Constitucionalismo Contemporáneo

TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PÚBLICO

FENÓMENOS INTERNACIONALES, SUPRANACIONALES Y NACIONALES

Armin **von Bogdandy**

MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNAM

Colección

Constitucionalismo Contemporáneo



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Francisco Domínguez Servién
Gobernador Constitucional

Juan Martín Granados Torres
Secretario de Gobierno

Javier Marra Olea
Secretario de Planeación y Finanzas

José de la Garza Pedraza
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Transformaciones del derecho público

Fenómenos internacionales, supranacionales y nacionales

Armin von **Bogdandy**



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW







Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público
Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Nacional Autónoma de México
México, 2020

Primera edición: diciembre de 2020

Transformaciones del derecho público
Fenómenos internacionales, supranacionales y nacionales

© Max Planck Institute for Comparative Public Law
and International Law
Im Neuenheimer Feld 535
69120 Heidelberg
Germany

© Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-66-0

Las opiniones de los autores son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro

Coordinación editorial

Rogelio **Flores Pantoja**
Coordinación

Carolina **Hernández Parra**
María Alejandra **de la Isla Portilla**
Edición

Felipe **Luna**
Formación

Contenido

Colaboradores 13

Prefacio del autor 15

Prólogo
Un *Manifiesto* para las transformaciones democráticas del derecho público
Mariela Morales Antoniazzi 19

PARTE I
DERECHO PÚBLICO EN AMÉRICA LATINA

Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador
Armin von Bogdandy
Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Mariela Morales Antoniazzi
Flávia Piovesan
Ximena Soley 27

Aproximación a la política de derechos humanos en América Latina. Una mirada desde el *ius commune*
Armin von Bogdandy
Mariela Morales Antoniazzi 61

El mandato transformador del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Legalidad y legitimidad de un proceso jurisgenerativo extraordinario
Armin von Bogdandy 95

Comunidades de práctica y constitucionalismo transformador en América Latina
Armin von Bogdandy
René Urueña 127

PARTE II
DERECHO PÚBLICO EN EUROPA

Principios de una doctrina de deficiencias sistémicas. ¿Cómo proteger los frenos y contrapesos en los Estados miembros de la Unión Europea?
Armin von Bogdandy 151

¿Tiranía de los valores? Problemas y caminos de una protección europea del Estado de derecho nacional
Armin von Bogdandy 199

En el nombre del club europeo de democracias liberales: sobre la identidad, el mandato y la modulación nacional de la jurisprudencia del TEDH
Armin von Bogdandy
Laura Hering 217

PARTE III
DERECHO COMPARADO
Y DERECHO INTERNACIONAL

La construcción de la autoridad judicial: una comparación entre la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional Federal alemán
Armin von Bogdandy
Davide Paris 255

El Banco Mundial frente al constitucionalismo transformador latinoamericano: panorama general y pasos concretos
Armin von Bogdandy
Franz Christian Ebert 281

El ejercicio de autoridad de la Organización Mundial de la Salud ante la pandemia de COVID-19: análisis desde el derecho internacional público
Armin von Bogdandy
Pedro A. Villarreal. 331

Colaboradores

Ebert, Franz Christian. Investigador en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Expresidente y juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Hering, Laura. Investigadora *senior* en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público.

Morales Antoniazzi, Mariela. Investigadora *senior* en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público.

Paris, Davide. Profesor Adjunto en Derecho Constitucional en la Universidad de Foggia, Italia.

Piovesan, Flávia. Segunda vicepresidenta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Soley, Ximena. Investigadora posdoctoral del Grupo de Berlin-Postdam sobre "The International Rule of Law - Rise or Decline?".

Urueña, René. Profesor adjunto en la Universidad de los Andes, Colombia.

Villarreal, Pedro A. Investigador *senior* en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público.

Prefacio del autor

La presente obra está dedicada a las transformaciones democráticas del derecho público en América Latina y Europa, sin dejar de lado el análisis de fenómenos comparados y globales. Comprende diez estudios relativos a la investigación desarrollada entre 2014 y 2020 a partir de la agenda definida como transformaciones estructurales del derecho público (*Strukturwandel des öffentlichen Rechts*).[1] Su propósito es sistematizar mi aproximación al derecho público transformador proveniente de los acervos jurídicos supranacionales, estatales e internacionales, aportando criterios para la construcción teórica emergente en este siglo XXI. La temática está agrupada desde el contexto iuspublicista de los textos escritos bajo una mirada alemana, pero europeizada e internacionalizada, unidos por el hilo conductor de la promoción de cambios estructurales a través del constitucionalismo transformador.

Hace una década abordé los fundamentos del nuevo derecho público en su relación dialéctica con la *autoridad pública*, entendiendo que el derecho público es un instrumento al servicio de la autoridad y, al mismo tiempo, constituye un requisito necesario para su legitimidad.[2] Recientemente he enfatizado el potencial

---

1 Esta Agenda se ejecuta con el apoyo financiero del Premio Leibniz otorgado por la Sociedad Alemana de Investigación (Deutsche Forschungsgemeinschaft –DFG–) y recibido a partir del 12 de marzo de 2014.

2 Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público: estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, IIJ-UNAM, 2011, p. 444.

del derecho público para generar transformaciones sociales y políticas mediante contribuciones inspiradas en mi vocación hegeliana que afirman la capacidad del derecho vigente, con todas sus limitaciones, para avanzar en una dirección progresista.[3] Este libro representa, en esencia, una bisagra que articula un enfoque iuspublicista diferenciado de la actual reacción nacionalista. Enmarcado en el discurso del *Sur global*, la idea del constitucionalismo transformador en América Latina abre una perspectiva sobre la forma en que el derecho público europeo podría influir para enfrentar las deficiencias sistémicas de algunos Estados miembros que evidencian una tendencia hacia el autoritarismo. Asimismo, a la luz del constitucionalismo transformador, se exploran vías vinculadas al derecho comparado y universal, que despiertan un considerable interés académico.

En América Latina se puede constatar un constitucionalismo transformador basado en los derechos humanos, esto es, un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL). Cuatro artículos configuran la Parte I contentiva del conjunto de las nociones clave, a saber, el alcance del propio *ius commune*, las dimensiones de la interamericanización, el mandato transformador del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la comunidad de práctica de derechos humanos que confronta, por medio del derecho, la violencia, la exclusión social y la debilidad institucional que caracterizan la región.

En la Parte II se recoge mi concepto holístico del derecho europeo desde una comprensión de la estructura democrática como un logro *conjunto* de los sistemas jurídicos nacionales, del derecho de la Unión y del derecho del Consejo de Europa. En tres trabajos aludo a los principios de una doctrina de deficiencias sistémicas y a los valores de la Unión Europea, así como al rol del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su legitimidad para actuar en nombre de las democracias liberales.

Mi interés en el derecho público no pretende una comparación entre América Latina y Europa. No obstante, es posible

[3] Bogdandy, Armin von, *Por un derecho común para América Latina. Cómo fortalecer las democracias frágiles y desiguales*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina, 2020, p. 256.

identificar un sentido de comunidad y pertenencia, así como la convicción de que el objetivo común y la cooperación aportan un valor añadido para todos los integrantes de los sistemas regionales. Con este prisma, puede profundizarse en los déficits estructurales y, paralelamente, en los desafíos del derecho público transformador.

La Parte III de la publicación compila tres textos dirigidos al examen de cuestiones específicas de derecho comparado y derecho internacional que igualmente encajan dentro de la concepción de las transformaciones democráticas del derecho público. Por una parte, se refleja el protagonismo de los jueces en el constitucionalismo transformador. Dada su relevancia, luce interesante la construcción paulatina de autoridad de la Corte Constitucional italiana en contraposición a la del Tribunal Constitucional Federal alemán, indagando sobre las razones de las transformaciones derivadas de su "poder en la debilidad". Por otra parte, desde el matiz del constitucionalismo transformador y acudiendo al derecho público como marco analítico, se ponen de relieve fenómenos que generan impactos transformadores a raíz de la formulación de respuestas globales frente a problemáticas esencialmente globales. Sirven de ejemplos paradigmáticos el Banco Mundial y la Organización Mundial de la Salud. Frente a la pandemia de COVID-19 resulta una tarea ineludible una lectura en llave del derecho público transformador.

Por último, pero no menos importante, quiero dejar constancia de mi gratitud hacia todas las personas e instituciones que colaboraron en la obra que el lector y la lectora tiene en sus manos. Un agradecimiento especial a los coautores con quienes escribí algunos capítulos, en orden alfabético, Franz Christian Ebert, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Laura Hering, Mariela Morales Antoniazzi, Davide Paris, Flávia Piovesan, Ximena Soley, Rene Urueña y Pedro A. Villarreal. Muchas gracias a los traductores, a David Geng, Paula González y al colega Jorge Roa Roa, que han llevado a cabo la compleja y minuciosa misión de expresar mi pensamiento, conceptos y doctrinas de manera inteligible en el idioma español. Y no puede olvidarse la cooperación de quienes, con dedicación, revisaron los manuscritos e hicieron sugerencias, entre ellas Miriam Henríquez, Juana María Ibáñez y Zulima Sánchez Sánchez.

A todos y todas quienes participaron en las sesiones de debate de los respectivos trabajos y que se identifican en cada capítulo les doy igualmente las gracias. En particular agradezco a Mariela Morales Antoniazzi por el impulso y la motivación para emprender este proyecto que vio la luz de la mano de su acompañamiento.

A los editores que facilitaron la publicación de las traducciones, como por ejemplo la Nomos Verlagsgesellschaft, manifiesto mi gratitud. Un reconocimiento sincero y profundo merecen el Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM) en la persona de su Director, Pedro Salazar y el equipo editorial encabezado por Raúl Márquez así como al Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, sin cuyo generoso apoyo la realización de la obra no hubiera sido posible. A Rogelio Flores Pantoja y su equipo editorial reitero mi palabra de gratitud por la excelente plataforma que brindan por medio de las publicaciones y eventos conjuntos. Al propio Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público agradezco el respaldo en la coedición de este libro. Deseo agradecer a la Sociedad Alemana de Investigación (DFG por su siglas en alemán) que posibilitó las estancias de científicos y científicas con la finalidad de desarrollar proyectos de investigación innovadores sobre las transformaciones estructurales del derecho público y, con ellas, el debate crítico y el diálogo transnacional.

Finalmente, quiero reiterar mi agradecimiento a Mariela Morales Antoniazzi, quien me motivó a preparar este volumen, coordinó el proceso de edición e incluso escribió el prólogo.

Armin von Bogdandy
Heidelberg, junio de 2020.

Prólogo

Un *Manifiesto* para las transformaciones democráticas del derecho público

Es un honor y un grato compromiso prologar esta obra del Profesor Armin von Bogdandy. Aunque parece una tarea sencilla, implica un desafío lograr el doble propósito de presentar al autor del libro y destacar su significado a la luz de los esenciales aportes que brinda. La primera finalidad podría sintetizarse en definir al autor como una figura precursora, visionaria y pionera en la estructuración y fundamentación del derecho público contemporáneo. La segunda función referida al legado que configura la publicación podría centrarse en la riqueza de los conceptos, reflexiones y perspectivas dirigidas a las transformaciones democráticas a través del derecho. Sin embargo, este prólogo debe cumplir, según mi criterio, una tercera función y es precisamente contextualizar la dimensión de *Manifiesto* que adquiere este libro y que sirve como un homenaje al "Profesor", con motivo de sus 60 años. En este sentido, la aproximación al iuspublicista alemán y sus contribuciones se agrupan en razón de tres de sus principales facetas, a saber, como académico, como constructor de puentes con América Latina y como autor del *Manifiesto* en torno al potencial transformador del derecho público en este siglo XXI.

Armin von Bogdandy como académico

Se encuentra entre los juristas europeos más reconocidos, con una notable repercusión global y calificado como un referente

obligado en el ámbito del Derecho Internacional Público, del Derecho Público Europeo y Comparado y del Derecho Latinoamericano. Se distingue por el canon original de la dogmática jurídica en sus tres líneas preponderantes de investigación como son el *Ius Publicum Europaeum* (IPE), la *International Public Authority* (IPA) y el *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL). Asimismo, tres rasgos sobresalen en sus estudios en tanto perfilan un nuevo derecho público, fortalecen los sistemas democráticos mediante el discurso científico y proponen el desarrollo de un sistema académico basado en principios jurídicos.

Al "Profesor" se le puede definir como un académico e investigador preocupado por adaptarse a las exigencias teóricas de los nuevos tiempos. Ocupó el cargo de director del Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público siendo aún muy joven. Como aval para tal nombramiento le sirvió su excelente formación tanto en derecho como en filosofía, al igual que sus estudios de doctorado, su habilitación y su quehacer como profesor universitario, con una exitosa trayectoria como catedrático en la Universidad Goethe de Fráncfort del Meno.

Uno de sus méritos ha sido la capacidad de propiciar la discusión científica sobre los retos de desarrollos normativos que trascienden las fronteras nacionales y que están generando espacios regionales o globales de construcción jurídica, frecuentemente acudiendo al pluralismo de instituciones y de fuentes, que exige formas de articulación o coordinación distintas a las clásicamente ancladas al Estado nacional. Su mayor acierto ha estado en estudiar esos procesos de imbricación jurídica entre ordenamientos bajo la mirada de una dinámica abierta e inacabada, promoviendo la comparación, con un horizonte más amplio. En todos estos tópicos no solo ha realizado sus propias contribuciones teórico-doctrinales, sino que ha conformado grupos y redes internacionales de trabajo científico, lo cual ha dado una gran potencialidad y repercusión a la labor desplegada.

Armin von Bogdandy, tempranamente, se ha situado en medio de los temas más controvertidos del Derecho Internacional Público y del Derecho Público Comparado contemporáneos, y ha invitado a sus pares en distintos Continentes a centrarse en

los ejes conceptuales medulares, con la rigurosidad que les es tan propia. Bajo su mirada orientadora, crítica y reflexiva, ha sido un verdadero *Maestro*, en la acepción mexicana del término. Sus discípulos, entre los que me incluyo, aprehendemos de su sabiduría, pero sobre todo, de su capacidad para el debate de ideas y para la crítica.

Armin von Bogdandy como constructor de puentes con América Latina

El "Profesor" es el protagonista principal en la conceptualización del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL). No obstante, reconociéndose su invaluable estatura como iuspublicista, en Latinoamérica lo identifican como un verdadero "arquitecto" de puentes entre constitucionalistas e internacionalistas, entre expertos y expertas de sistemas regionales y nacionales, entre los diversos actores del sistema interamericano, esto es, como un convencido del valor del diálogo, más allá de los acuerdos o los desacuerdos. Hasta junio de 2020, ha promovido más de 210 coloquios iberoamericanos, cursos de verano, seminarios internacionales a ambos lados del Atlántico, distintos Master Class con enfoque en América Latina y 25 publicaciones. A lo largo de la vigencia del Coloquio Iberoamericano se ha ido gestando, con distintas generaciones de investigadores e investigadoras, un cuerpo sólido de cultivadores de la ciencia jurídica, una red que abarca ya unos 500 colegas de diferentes latitudes, dejando una huella en el Instituto Max Planck. Las trayectorias académicas individuales, ideas y obra escrita de sus miembros se concatenan con las de sus colegas y se convierten en construcciones colectivas, conformando un eco sonoro de transformación de la realidad a través del derecho.

Un logro para América Latina es encontrar en el "Profesor" un interlocutor abierto y plural. En su carácter de Director, firmó acuerdos marcos con la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos y se fundó el "Grupo Tandem" con la Universidad de los Andes, único en su estilo en las ciencias sociales en la Sociedad Max Planck. También es Presidente de la sección alemana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional

y miembro de otras asociaciones que permiten la consolidación de redes.

Armin von Bogdandy goza de particular prestigio entre los tratadistas y expertos y expertas de la región. Es titular de los Premios Héctor Fix Zamudio y del Mazo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recibió el título *Doctor Honoris Causa* por la Universidad Nacional de Tucumán. Obviamente, su dominio del idioma español y su calidez humana son los pilares centrales del papel que juega en la región como un auténtico "hacedor de sueños".

Armin von Bogdandy y su *Manifiesto* para las transformaciones del derecho público

El presente libro recorre la ruta académica del "Profesor" y va llevando de la mano a la lectora y el lector, adentrándose en los espacios jurídicos latinoamericano, europeo, comparado e internacional. Utilizando el símil de una navegación, el autor echa el ancla en tres puertos diferentes del derecho público, pero siguiendo la carta de navegación hacia el faro de las transformaciones democráticas.

Comienza con América Latina y afirma la constatación de un constitucionalismo transformador basado en los derechos humanos, un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL). El ICCAL es un concepto jurídico compuesto por elementos provenientes de varios ordenamientos jurídicos que se encuentran interconectados, y el todo más que la suma de las partes.

Seguidamente, se analiza la *política de derechos humanos* con la finalidad de enfrentar las violaciones del pasado y transitar hacia la democracia, se revisa el mandato transformador del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y se explora cómo, y por qué, el constitucionalismo transformador internacional funciona en América Latina. La obra es rica en los conceptos, particularmente la noción del ICCAL, la interamericanización de los órdenes normativos estatales y la comunidad de prácticas en derechos humanos de la región.

En cuanto a Europa, el autor estudia las reacciones europeas ante la desintegración de los frenos y contrapesos en los Estados miembros de la UE como el ejemplo más problemático de una crisis más amplia que define con las *deficiencias sistémicas*. Sin duda, es sumamente valioso mostrar cómo se pueden trazar líneas rojas que respeten el pluralismo constitucional, y cómo la legitimidad de cualquier acción se ve reforzada al ser compartida entre muchas instituciones. Pero el "Profesor" continúa la navegación a la luz de los valores europeos, la crisis que confrontan y el posible sacudón que puede ocasionar en la "casa entera" de la Unión. No solo los valores están sometidos a un escrutinio y están siendo cuestionados, sino que el autor subraya que la Declaración de Copenhague ha pedido a los Estados del Convenio que evalúen la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para decidir sobre nuevas reformas. En definitiva, la legitimidad democrática del TEDH está bajo la lupa, por tanto, se focalizan los desafíos desde una perspectiva del derecho público transformador.

En la navegación se llega al último puerto y el ancla queda sujeta al derecho comparado y al derecho internacional. En lo concerniente a la primera arista, la autoridad de la Corte Constitucional italiana se compara con la del Tribunal Constitucional Federal alemán para denotar que la Corte italiana ha construido su autoridad sobre una base particularmente débil, si bien ha adelantado una dinámica de "poder en la debilidad". Siguiendo la narrativa del constitucionalismo transformador en clave del ICCAL, el autor examina las actividades del Banco Mundial y profundiza en las fricciones de su régimen jurídico con los objetivos de este constitucionalismo transformador.

Pero la obra adquiere singular relevancia actual porque concluye con el estudio sobre la Organización Mundial de la Salud (OMS) desde el punto de vista del ejercicio de una autoridad técnica frente a la pandemia de COVID-19. Para tal efecto, se exponen algunas de las obligaciones, facultades y procedimientos para la respuesta ante una pandemia, en atención al Reglamento Sanitario Internacional de 2005. Este análisis incorpora asimismo la dimensión de los derechos humanos en la medida del delicado balance entre la salvaguardia de diversas libertades y la protección de la salud pública con fundamentos científicos.

No podría concluir este prólogo sin brevemente referir el lado humano de Armin von Bogdandy, porque todas sus teorías y conceptos así como la magnitud e impacto de su obra escrita, no podría concebirse sin su vocación humanista, su profunda convicción en los valores y principios universales, su apertura al otro y los otros, su casi obsesión por el debate y la crítica constructiva, así como por su propia identidad de sencillez y solidaridad. Entiéndase que el afecto y admiración que me unen al "Profesor" no se limitan a estas palabras, pero tampoco fueron impedimento para describirlo en el contexto de este *Manifiesto*.

Mariela Morales Antoniazzi

Parte I
Derecho público en América Latina

Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*

Armin von Bogdandy
Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Mariela Morales Antoniazzi
Flávia Piovesan
Ximena Soley

I. La idea y el sentido de un Ius Constitutionale Commune en América Latina

Un grupo diverso de investigadores de Europa y América Latina hemos trabajado en colaboración durante más de una década en la investigación en torno a los problemas jurídicos que afronta la

* Agradecemos a Jesús María Casal, Leonardo García Jaramillo, Sabrina Ragone, Pablo Saavedra, Elizabeth Salmón, Judith Schönsteiner, José María Serna, René Urueña y Pedro Villarreal por sus valiosas sugerencias y comentarios. Este documento de investigación corresponde a la introducción del libro *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, publicado por Oxford University Press en 2017. El texto traducido se titula "Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism", publicado por el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público (MPIL), Research Paper Series núm. 2016-21, *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2859583*. Traducción de Jorge Roa Roa.

región.[1] Nos hemos aproximado a esos problemas con un enfoque de derecho público: nuestro principal interés es que el derecho gobierne el ejercicio de la autoridad pública, es decir, que la autoridad promueva el bien común. Ese objetivo nos ha llevado a buscar repuestas en el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho internacional público general, el derecho de la integración regional, los derechos humanos y el derecho de las inversiones. Del mismo modo, hemos tenido debates con economistas, politólogos e historiadores. En la medida en que han transcurrido los años, nos hemos agrupado cada vez más en torno a la idea de un *Ius Constitutionale Commune en América Latina* (ICCAL). El ICCAL hace referencia a una tendencia original de Latinoamérica hacia un constitucionalismo transformador cuyas características y elementos esenciales se exponen en el presente

[1] *Véase* Bogdandy, Armin von; Fix-Fierro, Héctor y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos,* México, IIJ-UNAM, 2014, p. 7; Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (eds.), *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina,* México, Porrúa, 2013; Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *Estudos Avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público,* Río de Janeiro, Elsevier Editora, 2013, p. 800; Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *Igualdad y orientación sexual. El caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial,* México, Porrúa, 2012, p. 208; Bogdandy Armin von *et al.* (eds.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina,* México, IIJ-UNAM, 2011, p. 464; Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica. Avançando no diálogo constitucional e regional,* Río de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 678; Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul,* Río de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 701; Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?,* México, IIJ-UNAM, 2010, vol. I (p. 878) y vol. II (p. 796); Georgieva Nikleva, Kristina, "La Justicia Constitucional y su Internacionalización. Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina?, tt. I y II", *Revista Peruana de Derecho Constitucional, Democracia Representativa y Derecho Electoral,* 2010, núm. 3 pp. 401-411; Bogdandy, Armin von; Landa Arroyo, César y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *¿Integración suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal,* Madrid, *CEPC,* 2009, p. 714.

texto. Como la mayoría de los conceptos jurídicos, el ICCAL tiene múltiples dimensiones.

En primer lugar, el ICCAL tiene una función analítica, incluso ontológica, que permite afirmar la existencia de un nuevo fenómeno jurídico compuesto por elementos provenientes de varios ordenamientos jurídicos que se encuentran interconectados por un impulso común denominado constitucionalismo transformador. El ICCAL vincula a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) con los demás instrumentos jurídicos interamericanos,[2] con las garantías establecidas en las constituciones nacionales, con las cláusulas constitucionales de apertura del ordenamiento jurídico interno al derecho internacional y con la jurisprudencia nacional e internacional pertinente. Con el objetivo de ofrecer una simple muestra de lo que esto significa, es importante señalar que la concepción jurídica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha mutado de una solitaria institución internacional escondida en el país de las hadas, la República de Costa Rica,[3] para convertirse en uno de los muchos puertos que conforman la red latinoamericana del constitucionalismo transformador. Esa red interconecta a la Corte IDH con las cortes y los tribunales nacionales.[4]

---

2 La lista de los instrumentos que conforman el *corpus iuris interamericano* se encuentra publicada en el sitio web de la Corte IDH, *http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/about-us/instrumentos*. Los instrumentos del Sistema Universal también han sido incorporados mediante la cláusula de interpretación establecida en el art. 29 de la CADH. Véase Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras.* Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C, núm. 304, párr. 168.

3 Parafraseando a la que puede ser la referencia más famosa sobre la integración jurídica europea: Stein, Eric, "Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution", *American Journal of International Law,* 1981, núm. 75, pp. 1-27: "escondido en la tierra de las hadas, el Gran Ducado de Luxemburgo, y beneficiado, hasta hace poco tiempo, por la indiferencia inocua por parte de los poderes establecidos y de los medios de comunicación, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha renovado el marco constitucional para una estructura de tipo federal constitucional en Europa".

4 Góngora-Mera, Manuel, "Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos

En segundo lugar, el ICCAL tiene una función normativa. Esta respalda el impulso específico del constitucionalismo transformador en América Latina que fue incorporado o renovado con los proyectos constitucionales que surgieron con posterioridad al periodo de los regímenes autoritarios. El objetivo del ICCAL es que en toda la región se tornen efectivas o se realicen materialmente las promesas centrales de las constituciones nacionales y que los diferentes países del subcontinente se integren dentro de una estructura de apoyo mutuo. Los mecanismos son la difusión de los estándares sobre derechos humanos, la compensación de los déficits nacionales y el fomento de una nueva dinámica de empoderamiento de los actores sociales.

En tercer lugar, el ICCAL se refiere a un enfoque académico. Este se caracteriza por la combinación de la investigación académica sobre el derecho nacional e internacional, una mentalidad comparativa y una orientación metodológica hacia los principios, en concreto, hacia la triada: derechos humanos, democracia y Estado de derecho. Su lógica es incremental y los derechos son su principal enfoque e instrumento.

Como indican las tres dimensiones del ICCAL, existen tres fases consecuenciales que deben ser agotadas: acuñar, desarrollar y propagar el concepto. Este es el camino adecuado para lograr el objetivo del ICCAL, que consiste en impactar la realidad. Por otra parte, es importante tener en cuenta que bajo la premisa de que el derecho es una construcción social, el lenguaje de los legisladores, de los tribunales y de los investigadores no es externo al derecho, sino que forma parte de este y lo constituye. En ese sentido, el lenguaje es esencial para crear y dar forma al derecho. Se trata de una tesis que tiene validez tanto para instituciones jurídicas específicas (*i.e.* la libertad de expresión o la propiedad), como para todo un ordenamiento jurídico (*i.e.* derecho nacional o derecho internacional). El ICCAL defiende la existencia de un nuevo fenómeno jurídico que ha emergido de la interacción y la confluencia entre el derecho nacional y el derecho internacional, distinguiéndose por ostentar un impulso específico.

---

de las víctimas", en Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización..., cit.,* p. 403.

El ICCAL le confiere una identidad y una orientación propias a este fenómeno. Además, contribuye a generar y estructurar la comunicación académica, política y judicial. Su denominación y descripción bajo una categoría unificada, refleja la intención de proponer una lectura compartida del fenómeno desde el punto de vista legal, doctrinal y académico, con el fin de unificar visiones que, hasta ahora, habían sido exploradas de manera independiente. La denominación ICCAL responde a un esfuerzo por reunir a personas y proyectos con orígenes muy diversos, quienes, sin embargo, comparten un elemento en común: la convicción respecto del potencial transformador que poseen los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho en América Latina.

En efecto, el derecho y la doctrina jurídica pueden impactar en la agenda social. América Latina ofrece un ejemplo importante de este impacto, precisamente en el ámbito de los derechos humanos. En el subcontinente, los derechos humanos se han desarrollado durante los últimos 30 años a partir de un lenguaje legal, político y social común que no existía previamente. Actualmente no solo se trata de un lenguaje común para los operadores jurídicos sino de una plataforma de movilización para un público mucho más amplio.

El conjunto de instrumentos jurídicos que reúne el ICCAL ofrece la oportunidad de contar con estructuras idóneas para impulsar una agenda transformadora. Se trata de una sólida red de instituciones y personas que han utilizado esas estructuras para desencadenar dinámicas transformadoras relevantes. A pesar de los muchos problemas que todavía afectan a la región, se han modificado los parámetros bajo los cuales el poder debe ser justificado y los objetivos pueden ser perseguidos. El concepto del ICCAL conecta varias líneas del discurso transformador con el fin de que este sea más potente, y destaca el papel del derecho en la transformación de las sociedades. Al mismo tiempo, el ICCAL enfatiza en la responsabilidad del derecho y de la academia frente a las situaciones de deficiencias sistémicas o estructurales. Al final de cuentas, las estructuras que generan los problemas de América Latina están arraigadas en el derecho.

Los sistemas jurídicos modernos se basan en estructuras, las estructuras se basan en conceptos y estos, a su vez, dependen de

la investigación jurídica. Delimitar y refinar los conceptos contribuye a disponer de una mejor construcción de la realidad, a organizar, desarrollar y criticar el derecho y, en nuestro caso, a crear una interacción dinámica entre los diferentes sistemas jurídicos. Los conceptos no caen del cielo ni saltan desde los textos legales, sino que requieren un esfuerzo académico. Este trabajo es el resultado de un esfuerzo de ese tipo.[5]

El ICCAL es un concepto incluyente, sin embargo, es importante insistir en una advertencia central: no está comprometido con una agenda partidista concreta. Ahora bien, como sucede con cualquier otro concepto jurídico, el ICCAL no es neutral o agnóstico. En efecto, tiene un vínculo con el constitucionalismo transformador, una conexión que se evidencia en su normatividad y forma parte de amplios procesos sociales. En concreto, múltiples actores, no solo juristas, proponen un cambio de la realidad política y social de América Latina con el fin de crear un marco general para la plena realización de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos; de esta manera, los Estados de América Latina podrán ser, al mismo tiempo, más plurales y cohesionados. A pesar de que esta propuesta puede parecer vaga o abstracta, el proyecto cuenta con unos elementos bastante concretos y precisos.

En el núcleo de la agenda del ICCAL hay dos elementos. El primero es enfrentar las profundas deficiencias que existen en muchos países de la región. Frecuentemente, estos déficits tienen origen en la debilidad de las instituciones y generan inseguridad, impunidad y corrupción. No es posible tener una verdadera democracia constitucional sin superar estas deficiencias. El segundo elemento tiene relación con las condiciones de vida inaceptables que afectan a amplios sectores de la población. En concreto, existe una preocupación especial por los denomina-

[5] Este es, desde luego, solo uno de los métodos para construir conceptos. Este método se basa en las ideas de: Koselleck, Reinhart, *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten, Begriffsgeschichte und Sozialgeschichte*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2000, p. 119; "Einleitung", en Brunner, Otto; Conze, Werner y Koselleck, Reinhart (eds.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1972, vol. 1, pp. XIII y XXIII.

dos *grupos vulnerables*. Una característica de muchos discursos en América Latina es su marcado énfasis en *lo social*, lo cual los distingue de los discursos hegemónicos en Europa o Canadá, ni qué decir de Estados Unidos. Algunos autores sitúan el problema de la desigualdad en el núcleo central de su reflexión. Esto conduce a los espinosos temas de la igualdad o la redistribución y a la manera como los autores del ICCAL se relacionan con esos problemas.

Nosotros tenemos diferentes ideas sobre la política económica, la protección de la propiedad y la redistribución, pero todos estamos de acuerdo en que la exclusión debe ser superada. La desigualdad puede tener diferentes causas, pero esta es particularmente grave, profunda, difícil —incluso explosiva— cuando sectores enteros de la población carecen de las condiciones para integrarse en los sistemas sociales. Eso significa que hay personas que están privadas del acceso a la salud, la educación, la economía, la política y la protección legal; con lo cual resultan excluidas del goce efectivo de sus derechos. El concepto de exclusión describe las verdaderas dimensiones del desafío. En efecto, este concepto permite comprender la manera como las sociedades pierden sus capacidades para la integración social en virtud de que muchas personas no reciben atención suficiente por parte de las instituciones.[6] Una sociedad nunca será verdaderamente próspera si no puede superar la exclusión[7] y el derecho es un elemento crucial para lograr ese objetivo. Sin embargo, no se puede dejar de lado que el derecho puede ser una herramienta para superar la exclusión o para perpetuarla.

---

6 A favor de que la filosofía moral y la filosofía política actuales tengan en cuenta los intereses de todos: Sen, Amartya, *The Idea of Justice,* Londres, Allen Lane, 2009, p. 117. Esta tesis se relaciona con la propuesta de reconocimiento de identidades, tal y como ha sido formulada por: Honneth, Axel, *Kampf um Anerkennung,* Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1994, p. 301; Fraser, Nancy y Honneth, Axel, *Redistribution or recognition?: A political-philosophical exchange,* Londres-Nueva York, Verso, 2003, p. 276.

7 Solo basta con leer el *mea culpa* del neoliberalismo: "Liberalism after Brexit: The politics of anger", publicado en *The Economist,* 2 de julio de 2016, p. 12.

Del mismo modo, este proyecto tiene como objetivo la inclusión en el marco de los principios constitucionales.[8] Como es bien sabido, las constituciones no se limitan a la organización de la política, sino que incorporan una idea de sociedad. Los objetivos de superación de la exclusión y promoción de la inclusión dentro de la democracia constitucional permiten que el proyecto involucre perspectivas diferentes —incluso divergentes— respecto de los modelos de crecimiento económico, los problemas de la redistribución, el libre comercio o la protección de las inversiones. Como ha demostrado el desarrollo de Europa después de la Segunda Guerra Mundial, un proyecto de inclusión social puede ser compartido y desarrollado por fuerzas conservadoras, liberales y socialistas.[9] Bajo esa premisa, algún grado de generalidad conceptual del ICCAL opera más como una ventaja que como un problema.[10]

Estas preocupaciones generales y compromisos normativos pueden ser leídos correctamente como parte de la agenda de un constitucionalismo transformador. Estos surgen en un terreno fértil para el debate en América Latina y trascienden allí donde el derecho público ha recibido el mandato de enfrentar el autoritarismo, fortalecer las instituciones públicas para promover el bien común y superar la exclusión.[11]

La orientación comparativa de la investigación constitucional obtuvo un impulso importante en 1974 con la fundación del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC).

---

8 Los atractivos del concepto de inclusión no han escapado a los políticos quienes los usan como parte de sus enfrentamientos políticos. Sin embargo, este uso instrumental del concepto no impide que también pueda ser usado bajo una perspectiva académica.

9 Una prueba de este fenómeno en: Judt, Tony, *Postwar. A History of Europe Since 1945,* Nueva York, Penguin, 2005, p. 896.

10 Sobre las ventajas de estos conceptos: Reimann, Mathias W., "The American Advantage in Global Lawyering", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, núm. 78, 2014, pp. 1-36.

11 Además del contexto de América Latina, el concepto de constitucionalismo transformador es quizás mejor conocido por los procesos de transición de Sudáfrica. Véase Klare, Karl E., "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", *South African Journal on Human Rights,* núm. 14, 1998, pp. 146-150.

Desde entonces, el Instituto ha sido un foro crucial para prolijos debates académicos sobre el derecho constitucional comparado.[12] El IIDC tiene su sede en el Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Desde su fundación como Instituto para el Derecho Comparado en 1940, el IIJ ha sido una plataforma central para la investigación jurídica en América.[13] El principal objetivo de Jorge Carpizo, Héctor Fix-Zamudio, Pedro Frías, Diego Valadés y Jorge Vanossi fue establecer un canal de comunicación entre los diferentes discursos jurídicos que estaban aislados con el fin de ampliar la idea del constitucionalismo. Todo esto fue hecho en medio de un contexto muy difícil para ese propósito debido a la existencia de regímenes autoritarios. Muy pronto se unieron en torno a este objetivo juristas de otros Estados, como Brasil, Colombia, Guatemala, Perú, Uruguay y Venezuela.[14] Lo que empezó como un proyecto académico devino en un proceso social y político mucho más amplio. Para finales del siglo xx, se habían unido muchos otros actores, entre estos varios tribunales, que empezaron a fomentar la idea de un constitucionalismo transformador.[15]

---

12 El Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC) tiene más de 20 secciones nacionales, ha organizado 12 congresos iberoamericanos y muchos otros eventos académicos en América Latina. Las publicaciones más destacadas están disponibles en *https://www.juridicas.unam.mx/publicaciones/*. Sobre las actividades recientes: Gil Valdivia, Gerardo y Chávez Tapia, Jorge (eds.), *Evolución de la organización político-constitucional en América Latina (1950-1975),* México, IIJ-UNAM, 1979, t. I México y Centroamérica (p. 315) y t. II Sudamérica y España (p. 467).

13 Véase *http://www.juridicas.unam.mx*.

14 Véase IIDC, *Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional: 1974-2004,* México, UNAM-IIDC, 2004; Rodarte Ledezma, Laura Eugenia y Enríquez Marín, Andrea (eds.), *Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional: Trayectoria,* México, UNAM-IIDC, 2014.

15 Sobre el desarrollo de la jurisdicción constitucional en la región: Sagüés, Néstor P., *El Sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina,* México, Porrúa, 2004, p. 121; Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI,* México, Porrúa, 2004, p. 324; Piza Escalante, Rodolfo, "Legitimación democrática en la Nueva Justicia Constitucional de Costa Rica", en Castro Loría, Juan C. (ed.), *Libro homenaje al profesor Eduardo Ortiz Ortiz,* San José, Universidad Autónoma de Centroamérica-Colegio Santo Tomás de Aquino, 1994.

Como el caso de Sudáfrica ha demostrado claramente, el constitucionalismo transformador es un fenómeno global. Por esa razón, el sendero trazado por América Latina es de interés en muchas otras partes del mundo, en especial, por sus dimensiones comparativas y multinivel. Los investigadores de los países donde el constitucionalismo transformador no es tan común pueden encontrar razones para interesarse en la contribución de América Latina al constitucionalismo. También se trata de una oportunidad para reflexionar sobre el grado en el que las concepciones del *Norte Global* pueden ser consideradas realmente como universales. Al mismo tiempo, el constitucionalismo latinoamericano tiene una enseñanza para todos aquellos que consideran que los conceptos esenciales del constitucionalismo del *Norte* han sido agotados.[16] En efecto, quienes piensan de esta manera pueden encontrar una nueva energía en las discusiones contemporáneas de América Latina.[17]

En ese ámbito cobran particular relevancia las profundas reflexiones sobre el potencial y los límites del activismo de los tribunales para lograr transformaciones sociales, las diferentes formas de interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional, el rol de la sociedad civil y el activismo transnacional con una agenda reformadora. Por otra parte, América Latina tiene muchos años de experiencia con fenómenos que ahora tienen una relevancia mucho mayor en Europa, por ejemplo, la debilidad de las instituciones.[18] En ese sentido, la investigación sobre América Latina implica la investigación sobre muchos aspectos relacionados con fenómenos europeos y globales.[19] La

16 Koskenniemi, Martti, "Human Rights Mainstreaming as a Strategy for Institutional Power", *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development,* núm. 1, 2010, p. 47-58, y del mismo autor, *The Politics of International Law,* Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 133.

17 Sobre esta posible contribución del *Sur Global*: Comaroff, Jean y Comaroff, John L., *Theory from the South. Or, How Euro-America is Evolving Toward Africa,* Boulder, Paradigm Publishers, 2012, en particular pp. 1-19.

18 Sissenich, Beate, "Weak States, Weak Societies: Europe's East-West Gap", *Acta Politica,* núm. 45, 2010, pp. 19-23.

19 Sobre esta perspectiva: Duve, Thomas, "Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive", *Rechtsgeschichte,* núm. 20, 2012, pp. 18-71.

creación de la Sociedad Internacional de Derecho Público es una prueba de que la interconexión entre la teoría política, la ciencia política, el derecho constitucional, el derecho comparado, el derecho de la integración y el derecho internacional es una tendencia universal contemporánea.[20]

La confianza en la relevancia global de la experiencia de América Latina está respaldada por la fortaleza y profundidad del constitucionalismo latinoamericano. Este ha existido por casi 200 años, lo que significa que es más antiguo que el de muchos Estados europeos y precede al constitucionalismo de la mayoría de los países del mundo. En particular, durante esos dos siglos, en América Latina han existido tres ideologías constitucionales: *i)* el conservadurismo inspirado en el catolicismo español; *ii)* el liberalismo inspirado en Estados Unidos antes del *New Deal,* y *iii)* el radicalismo inspirado en el socialismo francés.[21] Muchas personas consideran que estas ideologías se encuentran en declive y que se están desarrollando nuevas propuestas. En ese sentido, Latinoamérica es un prolijo laboratorio para la teoría y la práctica constitucionales. El constitucionalismo de América Latina se ha construido sobre un legado remoto lleno de contribuciones y tendencias originales como el recurso de amparo[22] o la constitu-

---

20 Véase Weiler, Joseph H. H., "The International Society for Public Law. Call for Papers and Panels", *International Journal of Constitutional Law,* núm. 12, 2014, pp. 1-3.

21 Gargarella, Roberto, *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution,* Nueva York, OUP, 2013, en particular, p. 197. Astudillo, César y Carpizo, Jorge (eds.), *Constitucionalismo: Dos siglos de su nacimiento en América Latina,* México, IIJ-UNAM, 2013, p. 989; Torre Villar, Ernesto de la y García Laguardia, Jorge, *Desarrollo histórico del constitucionalismo Hispanoamericano,* México, IIJ-UNAM, 1976, García Belaunde, Domingo; Fernández Segado, Francisco y Hernández Valle, Rubén (eds.), *Los sistemas constitucionales iberoamericanos,* Madrid, Dykinson, 1992, p. 908.

22 Véase Fix-Zamudio, Héctor, "The Writ of Amparo in Latin America", *University of Miami Inter-American Law Review,* núm. 13, 1981, pp. 361-391; Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (eds.), *Derecho de amparo en el mundo,* México, Porrúa, 2006; Ayala Corao, Carlos M., *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos,* Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1998, p. 100.

cionalización de los derechos sociales.[23] El ICCAL se ha unido a esta conversación.

II. Una breve introducción y una larga lista de desafíos

El constitucionalismo transformador que incorpora el ICCAL enfrenta las deficiencias estructurales y la exclusión. El objetivo de este apartado es realizar una mejor descripción de cada uno de estos retos. Con ese propósito, nos enfocamos primero en los estudios sobre la debilidad normativa del derecho y posteriormente en los tribunales, la democracia, la corrupción y los poderes privados.

El ICCAL es un enfoque jurídico que propone transformaciones sociales por medio del derecho. Por esa razón, es necesario confrontar algunas de las objeciones que se formulan al potencial del derecho en América Latina para lograr cualquier tipo de transformación significativa. Los tres conceptos clave en este ámbito son: deficiencias estructurales, instituciones débiles y exclusión; sin embargo, es importante enfatizar que, por regla general, el derecho en América Latina no es débil, sino que es inequitativamente eficaz. En algunos aspectos, el derecho tiene una fuerza vinculante efectiva que protege los intereses hegemónicos o consolidados. Sobre este punto, resulta especialmente revelador que algunos países del subcontinente se encuentren en posiciones destacables dentro de los índices sobre "calidad regulatoria y eficiencia" para efectos de promover la inversión extranjera; en este baremo, algunos países latinoamericanos superan a los países europeos.[24]

---

[23] La Constitución de México de 1917 fue la primera en constitucionalizar los derechos sociales.

[24] Sin embargo, entre los países de América Latina existe bastante desigualdad en este aspecto. Países como México (38), Chile (48), Perú (50), Colombia (54) y Costa Rica (58) están bien ubicados en la clasificación global de 189 Estados. Véase *Banco Mundial,* "Doing Business 2016. Measuring Regulatory Quality and Efficiency", Washington, 2015, núm. 13, en especial, p. 5, *https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB16-Full-Report.pdf.*

En evidente contraste, en otras áreas el derecho carece de eficacia para proteger a quienes se encuentran en una posición social de debilidad.[25] Para estos últimos, el Estado de derecho aparece más como un objetivo noble que como una realidad constante.[26] Algunas veces parece un artificio o una simple fachada. En ciertos casos, esta situación es el resultado de la simple falta de voluntad de las autoridades oficiales para cumplir con la ley, mientras que, en otros, obedece a la debilidad de las capacidades de los Estados y a la existencia de instituciones, procedimientos y prácticas deficientes.[27] Hay zonas de la región o ámbitos en los cuales las instituciones públicas no intervienen o no tienen la capacidad para enfrentar a los actores privados, ni siquiera para proteger los derechos esenciales, como la vida, la libertad, la seguridad o la propiedad.[28]

El problema no es solo que las leyes inadecuadas sean aplicadas —en algunas ocasiones este es, de hecho, el problema—, sino que existen marcos jurídicos admirables que no son efectivamente vinculantes o que son aplicados selectivamente. Este problema también es analizado como una *brecha de implementación* que se evidencia especialmente en el ámbito de los derechos humanos. Piénsese en el hecho de que la mayoría de los Estados ha aceptado los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, los ha incorporado a su derecho interno y ha creado mecanismos de protección para los individuos, pero esto no ha sido suficiente para obtener la garantía efectiva de los

---

25 Méndez, Juan E.; Sérgio Pinheiro, Paulo y O'Donnell, Guillermo, *The (Un) Rule of Law and the Underprivileged in Latin America,* Chicago, University of Notre Dame Press, 1999, p. 368.

26 Neves, Marcelo, *A constitucionalização simbólica,* 2a. ed., São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. 263, y del mismo autor, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne,* Berlín, Duncker und Humblot, 1992, p. 252.

27 Hernández, Antonio M.; Zovatto, Daniel y Mora y Araujo, Manuel, *Encuesta de cultura constitucional: Argentina, una sociedad anómica,* México, IIJ-UNAM, 2005.

28 Véase García Villegas, Mauricio y Espinosa R., José Rafael, *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia,* Bogotá, Dejusticia, 2013, p. 172; Risse, Thomas y Ropp, Stephen C., "Introduction and Overview", en Risse, Thomas; Ropp, Stephen y Sikkink, Kathyrn (eds.), *The Persistent Power of Human Rights. From Commitment to Compliance* Cambridge, CUP, 2013, pp. 17 y 18.

derechos humanos en la región. Para explicar este fenómeno, los científicos sociales han concluido que los progresos en materia de derechos humanos requieren la construcción de instituciones fuertes, cambios en la cultura política y transformaciones en las estructuras sociales y económicas. Por su parte, la literatura sobre las relaciones internacionales señala que la transición desde la aceptación normativa hacia el cumplimiento efectivo es como una especie de cuello de botella por el cual solo algunos Estados logran pasar.[29] Esta es precisamente la fase en la que se encuentra la mayoría de los Estados que han suscrito la CADH. Al mismo tiempo, se puede afirmar con certeza que las democracias están frecuentemente más preocupadas por su estatus internacional y son más susceptibles a las presiones de los organismos internacionales.[30] Este es, sin duda, un respaldo para el enfoque multinivel del ICCAL.

En razón de su énfasis en los derechos y en la protección efectiva de los mismos, el ICCAL atribuye un rol importante a los jueces y a los tribunales. Desde luego, los tribunales no son las únicas instituciones para aplicar el derecho; sin embargo, es imposible que exista el Estado de derecho sin un sistema judicial. Además, el constitucionalismo transformador concede un papel específico y exigente al poder judicial.[31]

Asumir la función que el ICCAL les asigna a los tribunales de América Latina no es una tarea fácil para la judicatura, porque este papel no se ajusta completamente a su rol tradicional.

---

29 Para una revisión de la literatura: Simmons, Beth A., "Compliance with International Agreements", *Annual Review of Political Science,* núm. 1, 1998, pp. 75-93, y de la misma autora,; "Treaty Compliance and Violation", *Annual Review of Political Science,* núm. 13, 2010, pp. 273-296.

30 Jetschke, Anja y Liese, Andrea, "The power of human rights a decade after: from euphoria to contestation?", en Risse, Thomas; Ropp, Stephen y Sikkink, Kathyrn (eds.), *op. cit.,* p. 17.

31 Gargarella, Roberto; Domingo, Pilar y Roux, Theunis (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies,* Burlington, Ashgate, 2006, p. 311; Vilhena Vieira, Oscar; Baxi, Upendra y Viljoen, Frans (eds.), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa,* Pretoria, PULP, 2013, pp. 3 y 4; Bonilla Maldonado, Daniel (ed.), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia,* Nueva York, CUP, 2013.

Con frecuencia, el poder judicial ha dejado de controlar efectivamente al poder ejecutivo y los jueces han actuado como meros subordinados.[32] Las reglas sobre la nominación de los jueces y magistrados permiten que el ejecutivo coopte con frecuencia a los tribunales para que estos decidan a su favor.[33] Algunos poderes ejecutivos han llegado hasta el punto de desintegrar tribunales que mostraron algún grado de independencia.[34] Entre otras causas, esta es una de las razones por las cuales la confianza en el poder judicial es notoriamente baja: en promedio, 67% de los latinoamericanos tienen alguna razón para desconfiar del poder judicial.[35]

Otra dificultad para la transformación social por medio del derecho y del poder judicial es que el acceso a la justicia es bastante oneroso para algunos sectores de la sociedad.[36] Quienes con mayor urgencia necesitan de la protección judicial, como

---

32 Eckstein, Susan E. y Wickham-Crowley, Timothy, "Struggles for Justice in Latin America", en Eckstein, Susan E. y Wickham-Crowley, Timothy (eds.), *What Justice? Whose Justice? Fighting for Fairness in Latin America,* Berkeley, University of California Press, 2003, p. 7.

33 Por ejemplo, Ortega con el fin de reelegirse como presidente o Chávez. En el caso de este último, la situación ha sido bien documentada en el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, sección especial III, p. 46 y ss.

34 Este fue el caso del dictador peruano Alberto Fujimori en 1997. Véase Eckstein, Susan E. y Wickham-Crowley, Timothy, "Struggles for Justice in Latin America", *op. cit.,* p. 8.

35 Latinobarómetro 2015, respuesta a la pregunta "Por favor, mire esta tarjeta y diga cuánto confía en cada uno de los siguientes grupos o instituciones. Puede contestar mucho (1), un poco (2), muy poco (3) o no confía (4)...?' Hemos tenido en cuenta el porcentaje de quienes contestaron que confían muy poco o que no confían en el poder judicial, *http://www.latinobarometro.org/latOnline.jsp*.

36 OEA, Acceso a la justicia: llave para la gobernabilidad democrática. Informe final del proyecto "Lineamientos y buenas prácticas para un adecuado acceso a la justicia en las Américas", Washington, 2007, p. 23; OEA, El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4, 7 de septiembre de 2007.

las personas que pertenecen a los grupos vulnerables, carecen de los recursos necesarios para soportar procesos largos, costosos y con resultados inciertos. De acuerdo con algunos estudios, aproximadamente la mitad de la población de la región no tiene acceso efectivo a la justicia.[37] A pesar de las grandes cantidades de recursos económicos que se han invertido en la reforma del poder judicial en América Latina, todavía subsisten importantes barreras para lograrlo.[38] Por ejemplo, la congestión judicial persiste como uno de los problemas y retos más importantes para la región.[39] Eso explica que el auge del litigio en materia de derechos humanos no se deba a la acción de los individuos excluidos, sino a las organizaciones de la sociedad civil y a las clínicas de derechos humanos que se han creado dentro de las facultades de Derecho del subcontinente. Fuera de estos casos, la probabilidad de éxito de los individuos es limitada o está condenada al fracaso.

Al mismo tiempo, existe evidencia que demuestra la existencia de transformaciones exitosas. Los ejemplos más destacados son, *inter alia*, los juicios a las Juntas en Argentina (1985) en los que se estableció la existencia de un plan sistemático para encarcelar, torturar y matar a los miembros de la oposición y, en los cuales, los miembros del gobierno de las juntas militares fueron declarados culpables de una serie de violaciones a los derechos humanos.[40] La Corte Suprema de Chile procesó a Manuel

37 Un estudio sobre el acceso a la justicia en Colombia: García Villegas, Mauricio y Espinosa R., José R., *op. cit.,* especialmente el capítulo segundo, p. 40.

38 Faúndez, Julio y Angell, Alan, *Reforma judicial en América Latina: El rol del Banco Interamericano de Desarrollo*, *http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/467.pdf.*

39 OEA, Acceso a la justicia: llave para la gobernabilidad democrática..., *cit.,* pp. 68-70.

40 Filippini, Leonardo, *Criminal Prosecutions for Human Rights Violations in Argentina*, ICTJ Prosecutions Program, 2009; Sikkink, Kathyrn, "From pariah state to global protagonist: Argentina and the struggle for international human rights", *Latin American Politics and Society,* núm. 50, 2008, pp. 1-29; Roht-Arriaza, Naomi, "After Amnesties are Gone: Latin American National Courts and the New Contours of the Fight Against Impunity", *Human Rights Quarterly,* núm. 37, 2015, pp. 341-382.

Contreras, quien era el segundo al mando después de Pinochet;[41] Perú procesó y puso en prisión al expresidente Alberto Fujimori[42] y una Corte Penal de Guatemala juzgó al exjefe de Estado y dictador Ríos Montt.[43] La Corte Constitucional de Colombia profirió una decisión muy famosa en contra de la reelección presidencial. El presidente Uribe aceptó la decisión y reconoció plenamente.[44] Por otra parte, a pesar de que se mantienen algunos retos relacionados con la independencia del poder judicial, durante las últimas décadas también han ocurrido cambios relevantes hacia la construcción de una judicatura autónoma e independiente. Muchos millones de dólares se han invertido en la reforma judicial y los jueces han comprendido que también pueden asumir un rol en la construcción de sociedades más justas. En consecuencia, no se trata de ciencia ficción cuando se hace referencia a un conjunto de acontecimientos importantes dentro del proceso de construcción de un constitucionalismo regional común.

Dentro del ICCAL existe plena conciencia de que el avance de una agenda transformadora por medio de procesos jurídicos genera muchos retos. Por supuesto, el poder judicial no puede sustituir la aprobación de políticas públicas por parte de las instituciones políticas. Si los tribunales son percibidos como *politizados*, lo que sea que eso signifique, ese factor puede "debilitar el fundamento jurídico de su legitimidad".[45] Sin embargo, más

---

41 Collins, Cath *et al.*, "Silencios e Irrupciones: verdad, justicia y reparaciones en la postdictadura chilena", en Vial Solar, Tomás (ed.*), Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2015,* Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2015, pp. 21-73.

42 Burt, Jo Marie, "Guilty as Charged: The Trial of Former president Alberto Fujimori for Human Rights Violations", *The International Journal of Transitional Justice,* núm. 3, 2009, pp. 384-405.

43 Kemp, Susan, "Guatemala Prosecutes former president Rios Montt. New Perspectives on Genocide and Domestic Criminal Justice", *Journal of International Criminal Justice,* núm. 12, 2014, pp. 133-156; Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, 10 de mayo de 2013, Sentencia C-01076-2011-00015 Of. 2º.

44 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141/10, de 26 de febrero de 2010, *www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm*.

45 Gloppen, Siri, "Courts and Social Transformation: An Analytical Fra-

allá de una discusión abstracta sobre el rol de los tribunales dentro del sistema político, es importante preguntarse por su rol en el contexto social y político específico de América Latina; particularmente cuando existen fenómenos de exclusión y debilidad institucional como los que se describieron previamente. Lo anterior lleva a considerar, ante todo "qué otros medios se encuentran disponibles para enfrentar estas preocupaciones, cuál es su grado de efectividad y con qué opciones cuentan los grupos vulnerables para superar sus problemas".[46] Cuando las instituciones políticas están bloqueadas o cooptadas, existe un contexto idóneo para que los tribunales intervengan. Como reconocen muchas teorías de la democracia.[47]

Otro problema sistémico de la región es la corrupción. En muchos países de América Latina, el poder es utilizado para el enriquecimiento personal o para promover intereses que corresponden a un solo grupo social.[48] La percepción de corrupción en toda la región es alta e impacta fuertemente sobre la aceptación de la democracia como una forma deseable de gobierno.[49] En algunos países, los ciudadanos deben lidiar con frecuencia con la corrupción, no solo por la existencia de un escándalo abstracto que involucra a las altas esferas del gobierno,[50] sino como un hecho que forma parte de la cotidianeidad de sus propias vidas. Muchas personas deben ser sobornadas con el fin de que los ser-

mework", en Gargarella, Roberto; Domingo, Pilar y Roux, Theunis (eds.), *op. cit.,* p. 39.

46 *Idem*.

47 Hart Ely, John, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review,* Cambridge, CUP, 1980, p. 268.

48 O'Donnell, Guillermo, "Corporatism and the Question of the State", en Malloy James M. (ed.), *Authoritarianism and Corporatism in Latin America,* Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 1977, pp. 47-87.

49 Smith, Peter H., *Democracy in Latin America: Political Change in Comparative Perspective,* Nueva York, OUP, 2005, p. 307.

50 Un estudio profundo sobre la corrupción en México: Sandoval Ballesteros, Irma (ed.), *Corrupción y transparencia: Debatiendo las fronteras entre Estado y mercado,* México, Siglo XXI Editores, 2009, p. 504. Sobre los casos de corrupción en Brasil: Vilhena Vieira, Oscar, "Inequality and subversion of the rule of law", en Rodríguez Garavito, César (ed.), *Law and Society in Latin America. A New Map,* Abingdon, Routledge, 2015, pp. 35 y 36.

vicios más sencillos de la administración sean prestados de manera oportuna.[51] Más de la mitad de los países de la región se encuentran por debajo de la media en los indicadores de gobernabilidad, incluyendo el Índice Internacional de Percepción de Corrupción, el Índice sobre el Estado de Derecho y la mayoría de los indicadores de gobernanza compilados por el Banco Mundial. Sin duda, este factor erosiona la confianza en las instituciones democráticas.[52]

El ICCAL no solo hace énfasis en los derechos humanos y en el Estado de derecho, sino también en la democracia. El sistema democrático se debilita por la existencia de la pobreza generalizada, las profundas desigualdades, la discriminación por motivos étnicos y, en muchos casos, por el mal desempeño económico,[53] afectando la percepción que los latinoamericanos tienen de la democracia.[54] En efecto, muchos latinoamericanos no parecen férreos defensores de este concepto y lo que puede resultar todavía más desalentador es el fracaso de la región para *producir* ciudadanos.[55] A la pregunta del Latinobarómetro sobre "si la

---

51 Prevost, Gary y Vanden, Harry, *Latin America: An Introduction,* Oxford, OUP, 2011, p. 247, en relación con la burocracia no profesional basada en el clientelismo.

52 Zovatto, Daniel, *The State of Democracy in Latin America,* Brookings, 15 de septiembre de 2014, *https://www.brookings.edu/opinions/the-state-of-democracy-in-latin-america*; Helmke, Gretchen y Levitsky, Steven (eds.), *Informal Institutions and Democracy, Lessons from Latin America,* Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2006, p. 368. Sobre la manera como las instituciones formales e informales interactúan en las nuevas democracias: Blake, Charles H. y Morris, Stephen D. (eds.), *Corruption and Democracy in Latin America,* Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2009, p. 256.

53 Información sobre la desigualdad: CEPAL, Panorama social en Latinoamérica 2015, marzo 2016, *https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39965/S1600175_es.pdf*.
Información histórica sobre el Coeficiente de Gini, *http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4095/1/S2013244_es.pdf*.

54 Mainwaring, Scott y Hagopian, Frances, "Introduction: The Third Wave of Democratization in Latin America", en Mainwaring, Scott y Hagopian, Frances (eds.), *The Third Wave of Democratization in Latin America: Advances and Setbacks* Cambridge, CUP, 2005, p. 5.

55 Latinobarómetro 2016, *http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp*.

democracia es preferible a cualquier otra forma de gobierno", el promedio regional de quienes se muestran a favor (54%) es preocupante.[56]

Las causas de este fenómeno son múltiples y complejas. La información sobre los últimos 20 años sugiere que la crisis económica provoca desconfianza en las instituciones democráticas.[57] En este sentido, los ciudadanos no solo reclaman la garantía efectiva de sus derechos civiles y políticos, sino que exigen seguridad, empleo y mejores condiciones de vida. En ese contexto, algunas personas incluso están dispuestas a apoyar regímenes autoritarios a cambio de obtener algunas de sus reivindicaciones.[58] En otras palabras, "la democracia no es el único juego en el pueblo".[59] Los sistemas democráticos solo han demostrado ser moderadamente mejores en lograr algunos objetivos sociales, lo cual dificulta que las personas asocien a la democracia con mejores condiciones individuales. A pesar de la falta de conciencia sobre el valor de la democracia entre la mayor parte de la población, las élites han expresado un compromiso mucho más firme con esta forma de gobierno del que mostraban hace algunas décadas.[60] La amenaza de un gobierno militar por la fuerza ha desaparecido.[61] Aunque se mantienen algunas tendencias au-

56 *Idem*.

57 *Idem*.

58 Smith, Peter H., *op. cit.,* p. 344.

59 Couso, Javier, "Back to the Future? The Return of Sovereign and the Principle of Non-Intervention in the Internal Affairs of the State in Latin America's Radical Constitutionalism", SELA, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, 2015, *https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/SELA15_Couso_CV_Eng.pdf*.

60 Hagopian, Frances, "Conclusions: Government Performance, Political Representation, and Public Perceptions of Contemporary Democracy in Latin America", en Mainwaring, Scott y Hagopian, Frances (eds.), *op. cit.,* pp. 324 y 325.

61 Levitsky, Steven y Loxton, James, "Populism and Competitive Authoritarianism in the Andes", *Democratization,* núm. 20, 2013, pp. 107-136; Landau, David, "Abusive Constitutionalism", *University of California Davis Law Review,* núm. 47, 2013, pp. 189-260.

toritarias, existe un mayor compromiso con el funcionamiento de las instituciones democráticas.[62] En consecuencia, el principio democrático cuenta con una base sólida sobre la cual el ICCAL puede construir.

Las instituciones débiles están frecuentemente ligadas a las políticas populistas y estas no fueron superadas con la última ola de democratización.[63] El surgimiento de un amplio respaldo popular para líderes fuertes que se comprometen a enfrentar las preocupaciones económicas de los ciudadanos es una consecuencia predecible de la aplicación de las políticas neoliberales que desmantelaron los programas sociales a cambio de un crecimiento económico moderado e inequitativo. El problema con algunos de los líderes populistas es que ellos han despreciado a las instituciones, han promovido la concentración del poder y han desconocido los clásicos derechos liberales, civiles y políticos (*i.e.* la libertad de prensa o el derecho de asociación).[64] Muchos de ellos también muestran su desprecio, desdeño y arrogancia frente a las instituciones cuando perciben que estas se erigen en un obstáculo indeseable para adelantar sus propias agendas políticas. Frecuentemente se apela directamente "al pueblo" y se buscan las fuentes de legitimidad en los sondeos de opinión como una especie de legitimidad plebiscitaria.[65] Este fenómeno no conduce a la construcción de instituciones fuertes dentro de un sistema de frenos y contrapesos; en buena medida, este fenó-

---

62 La Carta Democrática Interamericana de 2001 es una pieza importante de ese compromiso con la democracia. Desafortunadamente, su aplicación ha sido irregular.

63 Roberts, Kenneth M., "Latin America's Populist Revival", *SAIS Review of International Affairs,* núm. 27, 2007, p. 3; Mudde, Cas y Kaltwasser, Cristóbal, R., (eds.), *Populism in Europe and the Americas: Threat or Corrective for Democracy?,* Cambridge, CUP, 2012, p. 270; Levitsky, Steven y Roberts, Kenneth M. (eds.), *The Resurgence of the Latin American Left,* The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2011, p. 480.

64 Sobre el fenómeno de las "democracias iliberales": Zakaria, Fareed, "The Rise of Illiberal Democracy", *Foreign Affairs,* núm. 76, 1997, pp. 22-43.

65 O'Donnell, Guillermo, "Delegative Democracy?", *Journal of Democracy,* vol. 5, núm. 1, 1994, p. 63.

meno conduce a pensar nuevamente en el problema del hiperpresidencialismo.[66]

El socialismo bolivariano del siglo xxi es una forma propia de populismo que ha inspirado a líderes políticos y ha determinado la creación de algunas políticas públicas, particularmente en Venezuela.[67] En efecto, existe una profunda desconfianza entre las instituciones venezolanas y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y esto condujo a que ese Estado denunciara la CADH.[68] Los tradicionales derechos burgueses fueron desplazados por los derechos sociales, la reducción de la pobreza, la lucha contra la distribución inicua del ingreso y la prestación de servicios como la salud o la educación. A cambio, se ha restringido la libertad de expresión (estigmatizada como un instrumento al servicio del imperio y de los intereses económicos hegemónicos de las antiguas élites),[69] se ha limitado la participación política y se han manipulado las instituciones (mediante despidos masivos y la cooptación de los tribunales)[70] cuando

66 Véase Valadés, Diego, "Formación y transformación del sistema presidencial en América Latina. Una reflexión sobre el *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano", en Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Construcción de un Ius Constitutionale Commune en América Latina: contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Puebla, BUAP-UNAM-Corte IDH-MPIL, 2016, pp. 123-150.

67 OEA y PNUD, *Nuestra democracia,* México, FCE-PNUD-OEA, 2010.

68 CIDH, "CIDH manifiesta su profunda preocupación por efecto de la denuncia de la Convención Americana por parte de Venezuela", Comunicado de Prensa 64/13, Washington D.C., 10 de septiembre de 2013, *http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2013/064.asp.*

69 Smith, Peter H., *op. cit.,* p. 272. Ha controlado a la prensa a través de la asignación de frecuencias, ha "concedido licencia" a sus partidarios para que ataquen a los periodistas, interceptó las líneas telefónicas y designó agentes para que siguieran a los periodistas. Además de todo, su programa *Aló Presidente* (una emisión que puede durar más de cuatro horas) debe ser transmitido en todos los canales y frecuencias. Los jueces se han unido a ese ataque mediante órdenes de arresto contra los críticos del gobierno.

70 Véase CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, 30 de diciembre de 2009, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, *http://www.cidh.org/countryrep/Venezuela2009sp/VE09.indice.sp.htm.* Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs.*

estas se han interpuesto en el camino de las agendas políticas. A pesar de lo anterior, es importante señalar que el populismo no es un fenómeno vinculado a una orientación ideológica específica. De hecho, los líderes populistas de América Latina han demostrado que el populismo puede servir a cualquier objetivo, pues en la década de los noventa tanto Fujimori como Menem combinaron el populismo con la aplicación ejemplar de políticas neoliberales.[71]

Otro elemento que propicia la debilidad del gobierno democrático tiene relación con el hecho innegable de la conexión entre el poder y las fuerzas económicas privadas. Estos se refuerzan mutuamente en una especie de círculo vicioso. La captura de las instituciones por parte de la élite ha enceguecido a los gobiernos.[72] Con frecuencia, las reglas del juego político y económico son establecidas por quienes son titulares del poder y el contenido de esas reglas es prefijado para que las mismas elites puedan mantener su posición hegemónica.[73] Es importante recordar que, desde el comienzo de la industria colonial, el objetivo era la extracción de las riquezas del nuevo mundo con el fin de beneficiar

---

Venezuela. Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C, núm. 227; *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela.* Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C, núm. 197; *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela.* Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, núm. 182. La CIDH ha seguido de cerca la situación de derechos humanos en Venezuela: CIDH. Informe Anual 2015, *http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/InformeAnual2015-Cap4-Venezuela-ES.pdf.*

71 Roberts, Kenneth M., "Neoliberalism and the Transformation of Populism in Latin America: The Peruvian Case", *World Politics,* núm. 48, 1995, pp. 82 y 83; Navia, Patricio y Walker, Ignacio, "Political Institutions, Populism, and Democracy in Latin America", en Mainwaring, Scott y Scully, Timothy R. (eds.), *Democratic Governance in Latin America,* Stanford, Stanford University Press, 2010, pp. 245-267.

72 Higley, John y Gunther, Richard (eds.), *Elites and Democratization in Latin America and Southern Europe,* Cambridge, CUP, 1992, p. 372; Cannon, Barry, *The Right in Latin America: Elite Power, Hegemony and the Struggle for the State,* Nueva York, Routledge, 2016, p. 182.

73 Prevost, Gary y Vanden, Harry, *Politics of Latin America: The Power Game,* 5a. ed., Nueva York, OUP, 2015, p. 154.

a la Corona y a una pequeña élite, en detrimento de la situación de la mayor parte de la población. Este modelo se ha perpetuado desde que "aquellos que tienen riqueza han escrito las reglas políticas".[74] La Constitución de Chile de 1980 puede ser leída bajo esta perspectiva porque creó un sistema económico que ha logrado petrificar la distribución tradicional de la riqueza y abrir oportunidades de negocios tanto para empresas nacionales como transnacionales.[75]

El desplazamiento progresivo del Estado causado por los programas de ajuste estructural impulsados por el Consenso de Washington durante los ochenta y noventa ha exacerbado el poder de la élite económica de América Latina. Las políticas tributarias, la regulación y los presupuestos se encuentran sesgados a favor de la élite económica.[76] Del mismo modo, las normas sobre el sistema electoral tienen una influencia muy baja en el control de las políticas que son aprobadas por los gobiernos. Sin duda, de todo lo anterior se infiere que el poder sin control y la aplicación selectiva del derecho son dos fenómenos plenamente interconectados.

En el contexto de los retos anteriores, no resulta extraño que las teorías y las doctrinas constitucionales tradicionales perdieran todo su atractivo. Los autores del ICCAL son plenamente conscientes de estos desafíos y encuentran que el constitucionalismo transformador tiene un rol importante que desempeñar frente a esos retos. Desde luego, no se trata de una fórmula para traer el cielo a la tierra, pero los desafíos de América Latina demuestran que no existe una razón para desfallecer y que el derecho es una pieza esencial para cualquier transformación en la región.

---

74 Prevost, Gary y Vanden, Harry, *Latin America: An Introduction..., cit.*, p. 187.

75 Couso, Javier, "Trying Democracy in the Shadow of an authoritarian Legality: Chile's Transition to Democracy and Pinochet's Constitution of 1980", *Wisconsin International Law Journal,* núm. 29, 2012, pp. 393-415, especialmente p. 400.

76 Eckstein, Susan E. y Wickham-Crowley, Timothy, "Struggles for Justice in Latin America", p. 15; Oxhorn, Philip, "Social Inequality, Civil Society and the Limits of Citizenship in Latin America", p. 52; Karl, Terry, L., "The Vicious Cycle of Inequality in Latin America", pp. 147 y 148, todos en Eckstein, Susan E. y Wickham-Crowley, Timothy (eds.), *op. cit*.

III. El ICCAL dentro del dinámico panorama constitucional de América Latina

El ICCAL se basa en muchas propuestas desarrolladas por la academia de América Latina. En efecto, el renacimiento constitucional que se produjo en la región después de la desaparición de los regímenes autoritarios ha abierto el paso a un cuerpo teórico sustancial sobre la manera en que el derecho constitucional y la judicatura pueden enfrentar las deficiencias estructurales y la exclusión.

En este ámbito, el hecho más importante fue el surgimiento, en la década de los noventa, de una corriente de pensamiento —denominada "neoconstitucionalismo"— que propició la renovación del constitucionalismo latinoamericano.[77] Esta se basa en las innovaciones de las democracias constitucionales europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial y, particularmente, en las transformaciones ocurridas desde los años setenta.[78] Las referencias centrales son la Constitución de Italia (1947), la Ley Fundamental Alemana (1949) y las constituciones de Portugal (1976) y España (1978).[79] La recepción en América Latina de estas ideas constitucionales no fue mecánica. Se puede afirmar que el neoconstitucionalismo debió adaptarse a una realidad marcada por los múltiples problemas de la región como la desigualdad, la pobreza, la exclusión, la garantía deficitaria de los de-

---

77 Sobre sus fundamentos filosóficos y su origen en la escuela de filosofía del Derecho de Génova: Pozzolo, Susanna, "Un constitucionalismo ambiguo", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neconstitucionalismo (s),* Madrid, Trotta, 2003, pp. 187-210; Comanducci, Paolo, "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", en *ibidem,* pp. 75-98; Salazar Ugarte, Pedro, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)", en González Pérez, Luis R. y Valadés, Diego (eds.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 345-387.

78 Carbonell, Miguel, "Neoconstitucionalismo", *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales,* Universidad de Alcalá, 9 de mayo de 2009, *http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/101.*

79 Casal, Jesús María, *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo,* Caracas, Universidad Católica Andrés Bello-Fundación Konrad Adenauer, 2015, p. 15.

rechos humanos y los problemas de representación política.[80] En ese contexto, la doctrina jurídica y la academia española de los años ochenta tuvieron una especial importancia para la democratización y la consolidación del Estado de derecho en América Latina.[81]

El neoconstitucionalismo no es una "teoría unitaria".[82] La expresión abarca diferentes corrientes sobre la reconfiguración del derecho constitucional[83] que comparten algunos elementos esenciales. Uno de los puntos en común hace parte de los temas sobre los que se ocupa el neoconstitucionalismo, por ejemplo, el concepto mismo de Constitución y su función dentro del sistema jurídico, la interpretación constitucional, o la forma para hacer compatible la doctrina sobre la separación de poderes con el nuevo rol de los jueces. Otro aspecto compartido es la idea de que todo el ordenamiento jurídico debe ser irradiado por la Constitución, en especial por los derechos fundamentales, dentro de los

80 Arango, Rodolfo, "Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia. Aporte a la construcción de un *Ius Constitutionale Commune* en Latinoamérica", en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales..., cit.,* pp. 18 y 19; García Jaramillo, Leonardo, *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción,* Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, p. 190, en cap. 1.

81 García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* Madrid, Civitas, 1981; Sobre su impacto Bidart Campos, Germán J. (ed.), *El derecho a la constitución y su fuerza normativa,* Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 529, en p 19.

82 Ahumada, María Ángeles, "Neoconstitucionalismo y constitucionalismo", en Comanducci, Paolo; Ahumada, María Ángeles y González Lagier, Daniel, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo,* Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 135. Se encuentra plenamente justificado hablar de "neoconstitucionalismos" en plural, tal y como fue efectivamente utilizada la expresión por Carbonell, Miguel (ed.), en la compilación de artículos *Neoconstitucionalismo(s), cit.*

83 Los distintos tipos de neoconstitucionalismo son reconstruidos por varios autores: Pozzolo, Susana (ed.), *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos,* Lima, Palestra, 2011, p. 276; Prieto Sanchís, Luis, "Neoconstitucionalismos. Un catálogo de problemas y argumentos", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* núm. 44, 2010, pp. 461-506; Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional,* Madrid, Trotta, p. 201, p. 448; Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho,* Bogotá, Universidad Externado, 2009, p. 397.

cuales se incluye a los derechos sociales fundamentales. El éxito en el recurso al concepto alude, a juicio de sus cultores, a lo atinado de la identificación del fenómeno que procura identificar.[84]

En algunos casos, se hace referencia a la *constitucionalización de los derechos humanos*,[85] mientras que en otros se apela a la *constitucionalización del ordenamiento jurídico*.[86] Por otra parte, el neoconstitucionalismo se caracteriza por una triple ambición: el establecimiento de una *nueva teoría jurídica,*[87] una *nueva cultura jurídica*[88] y por comportar profundas transformaciones conceptuales, jurídicas y sociales.

El neoconstitucionalismo sustenta que la Constitución es mucho más que un simple marco para la acción política.[89] El centro de atención son los derechos y los principios establecidos en la Constitución. La rigidez constitucional se convierte en un tema central a efecto de dotar de eficacia a esos derechos y principios constitucionales, toda vez que es condición necesaria para la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Del mismo modo, la interpretación de la Constitución se convierte en una preocupación nuclear porque todas las leyes deben ser interpretadas de conformidad con las disposiciones constitucionales. El efecto esperado es la constitucionalización del ordenamiento jurídico y este es considerado esencial para el desarrollo de una agenda social. Por la

---

84 Pozzolo, Susanna (ed.), *Neoconstitucionalismo..., cit*.

85 Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica,* Madrid, Trotta, 2013, pp. 24 y 25.

86 Barroso, Luis Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho,* México, IIJ-UNAM, 2008, p. 68; García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos,* Madrid, Trotta, 2009, p. 60.

87 Rodríguez Garavito, César (ed.), *op. cit*.; Nolte, Detlef y Schilling-Vacaflor, Almut (eds.), *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices,* Ashgate, Farnham, 2012, p. 409.

88 García Jaramillo, Leonardo, "El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho constitucional: el caso colombiano", en Capaldo, Griselda D.; Sieckmann, Jan-Reinhard y Clérico, Laura (eds.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional,* Buenos Aires, Eudeba, 2012, p. 814.

89 Roberto Gargarella cuestiona que no se ha avanzado en la llamada "sala de máquinas".

misma razón, las garantías judiciales y la interpretación progresiva de los derechos son esenciales para el neoconstitucionalismo.[90]

El neoconstitucionalismo enfatiza en los principios constitucionales y en la relación de estos con los valores. Por esta razón, es cercano a la idea de la *lectura moral de la Constitución*. Los extensos catálogos de derechos fundamentales —sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales— son considerados como mandatos para el legislador, quien los debe desarrollar (optimizar) por medio de la ley. Además, se afirma que cada rama del sistema jurídico (derecho público, derecho privado, derecho social) tiene una dimensión constitucional.[91]

El neoconstitucionalismo destaca el valor normativo de todas las reglas, principios y mandatos constitucionales. Según esta tesis, con independencia de su estructura, todas las normas constitucionales producen efectos jurídicos. Esto incentiva a los tribunales constitucionales porque los principios constitucionales no se encuentran formulados de manera concreta o precisa, sino que requieren una labor de concreción y de determinación de su contenido por parte de los jueces. Por esa razón, adquieren una importancia central las técnicas de la interpretación constitucional y la ponderación. Muchos autores se enfocan en la aplicación del derecho, es decir, en el razonamiento legal y en la justificación de las decisiones judiciales,[92] lo cual explica el interés que suscitan los trabajos de Robert Alexy, Ronald Dworkin o Peter Häberle.

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar la existencia de una "versión estándar de la teoría neoconstitucionalista del derecho", cuyos principales elementos incluyen "constituciones sustantivas y pluralistas, principios que colisionan, deliberación, derrotabilidad, una respuesta correcta en términos de Dworkin o, al menos, cierto grado de discreción a través de la argumentación racional".[93] Estos elementos en común no impiden la existencia de

---

90 Bernal Pulido, Carlos, *Du néoconstitutionnalisme en Amérique latine,* París, L'Harmattan, 2015, p. 9.

91 Véase Casal, Jesús M., *op. cit.,* p. 26.

92 Atienza, Manuel, "Constitución y argumentación", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2007, pp. 197-228.

93 Prieto Sanchís, Luis, "Neoconstitucionalismos (Un catálogo de problemas argumentos)", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* núm. 44, 2010, p. 485.

un grado de diversidad terminológica y sustancial dentro del neoconstitucionalismo. Como lo demostraron los debates que se desarrollaron paulatinamente durante los años noventa, cada vez aparece con mayor claridad la distinción entre un constitucionalismo positivista y otro no positivista.[94] Este último es considerado por algunos autores como cercano al iusnaturalismo.[95] También se ha advertido que, entre el constitucionalismo fuerte y el constitucionalismo débil, el segundo es más cercano a las tesis positivistas.[96] Algunos textos son más descriptivos y se limitan a enumerar las características internas de las constituciones, mientras que otros son prescriptivos porque establecen cuáles deben ser las funciones propias de una Constitución, el valor normativo de las reglas, los principios y los mandatos constitucionales, la manera como deben ser interpretadas las disposiciones constitucionales y la extensión de la fuerza normativa conferida a la Constitución.

El "neoconstitucionalismo" debe distinguirse del "nuevo constitucionalismo latinoamericano".[97] Aquel es un concepto que procura teorizar acerca de los fundamentos normativos y axiológicos de este, que podría concebirse más bien como un movimiento constitucional que muestra una distancia respecto del constitucionalismo del *Norte Global*. El nuevo constitucionalismo latinoamericano ha tenido una influencia particular en los procesos constituyentes y en los textos constitucionales de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009).[98] Pedro Sa-

---

94 García Amado, Juan A., "Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo", en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo,* Madrid, Trotta, 2007, p. 239.

95 Véase Ferrajoli, Luigi, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho,* núm. 34, 2011, p. 17.

96 García Figueroa, Alfonso, "La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)..., cit.,* pp. 159-186.

97 Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, "Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Gaceta Constitucional,* núm. 48, 2011, p. 307-328. Para el periodo de transición véase Corte Constitucional de Ecuador, *El nuevo constitucionalismo en América Latina,* Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

98 Marcelo Neves se refiere al bolivarianismo y a las democracias monolíticas. Neves, Marcelo, "La concepción del Estado de derecho y su vigencia

lazar señala las diferencias en el plano teórico y práctico de estas constituciones, que son el producto de procedimientos constituyentes populares de los cuales surgieron instituciones con un evidente pedigrí populista.[99]

Las constituciones y los doctrinantes identificados con el nuevo constitucionalismo latinoamericano tienen en común las siguientes cinco características centrales:[100] *i)* un mayor énfasis en los derechos sociales, económicos y culturales; *ii)* una fuerte tendencia hacia la *democracia participativa* que desplaza a la democracia meramente representativa (*i.e.* "poder ciudadano" en Venezuela, "control social" en Ecuador y mecanismos de participación popular); *iii)* el reconocimiento de los sujetos colectivos como actores políticos (*i.e.* pueblos indígenas con derecho a participar en política); *iv)* la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas y el rediseño de las instituciones del Estado con el fin de superar el concepto de multiculturalismo, lo cual, en el caso de Bolivia y Ecuador, se extiende a la noción de *Estado plurinacional,* y *v)* aumento de la intervención del Estado en la economía en contra del neoliberalismo y el sistema de libre mercado.[101]

Además, los textos constitucionales que responden a esta tendencia se encuentran relacionados de manera implícita o

práctica en Suramérica, con especial referencia a la fuerza normativa de un derecho supranacional", en Bogdandy, Armin von; Landa Arroyo, César y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *op. cit.,* p. 70. Para otra aproximación: King, Phoebe, "Neo-Bolivarian Constitutional Design: Comparing the 1999 Venezuelan, 2008 Ecuadorian, and 2009 Bolivian Constitutions", en Galligan, Denis J. y Versteeg, Mila (eds.), *Social and Political Foundations of Constitutions,* Nueva York, CUP, 2013, pp. 366-397.

99 Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.,* p. 351.

100 Véase Serna de la Garza, José María, "Problemas, novedades y desafíos del constitucionalismo latinoamericano", en Serna de la Garza (ed.), *Contribuciones al Derecho Constitucional,* México, IIJ-UNAM, 2015, pp. 697-714.

101 Ramiro Ávila Santamaría señala que la Constitución de Ecuador de 2008 "asume con vigor un modelo igualitarista, que se basa en la solidaridad, en la protección de los menos favorecidos o peor situados y en un Estado que no puede ser sino fuerte". Ávila Santamaría, Ramiro, "Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia", en Elsner, Gisela (ed.), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* Montevideo, KAS, 2009, pp. 775-793.

explícita con un compromiso fuerte por transformar las condiciones materiales de la sociedad. Desde luego, también existe el propósito de ir mucho más allá del marco ideológico del constitucionalismo liberal.[102] Al mismo tiempo, es importante señalar que las experiencias y las prácticas constitucionales de Bolivia, Ecuador y Venezuela no son idénticas. Mientras que la Constitución de Venezuela tiene un enfoque multicultural, las de Bolivia y Ecuador se autodeclaran como parte de Estados plurinacionales, con lo cual se generan diversas políticas identitarias. Bolivia está inmersa en un constitucionalismo con una orientación específica hacia la diversidad y la inclusión social y el empoderamiento de los pueblos indígenas (*i.e.* curules o escaños en el parlamento para los representantes de los pueblos indígenas, sistemas judiciales indígenas, titularidad de la propiedad sobre los recursos naturales para los pueblos indígenas y garantía efectiva de los derechos de autonomía y autogobierno).[103] Otra diferencia es que en Venezuela el nuevo constitucionalismo latinoamericano ha subvertido el significado esencial de la democracia,[104] a tal punto que incluso la OEA se ha expresado al respecto.[105]

---

102 Uprimny Yepes, Rodrigo, "Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges", *Texas Law Review,* núm. 89, 2010, pp. 1587-1609.

103 Art. 5.I de la Constitución de Bolivia: "Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, que son el Aymara, Araona, Baure, Bésiro, Canichana, Cavineño, Cayubaba, Chácobo, Chimán, Ese Ejja, Guaraní, Guarasu'we, Guarayu, Itonama, Leco, Machajuyai-kallawaya, Machineri, Maropa, Mojeñotrinitario, Mojeño-ignaciano, Moré, Mosetén, Movima, Pacawara, Puquina, Quechua, Sirionó, Tacana, Tapiete, Toromona, Uruchipaya, Weenhayek, Yaminawa, Yuki, Yuracaré y Zamuco".

104 Levitsky, Steven y Way, Lucan A., *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes after the Cold War,* Nueva York, CUP, 2010, p. 517; Levitsky, Steven, "Populismo y autoritarismo competitivo", *La República,* 26 de septiembre de 2011, *http://larepublica.pe/columnistas/punto-de-vista-steven-levitsky/populismo-y-autoritarismo-competitivo-26-09-2011.* Brewer-Carías, Allan R., *Authoritarian Government vs. the Rule of Law. Lectures and Essays (1999-2014) on the Venezuelan Authoritarian Regime Established in Contempt of the Constitution,* Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 986.

105 OEA, Comunicado de Prensa E-057/16. Venezuela: Declaración del Secretario General de la OEA, Luis Almagro, 10 de mayo de 2016, *http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-057/16.*

Probablemente, el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano son las dos corrientes del pensamiento más prominentes, pero ciertamente no las únicas. La denominada *internacionalización del derecho constitucional* es una propuesta alternativa[106] que adquirió una marcada relevancia a partir de 2011 con la apertura de México hacia el derecho internacional de los derechos humanos;[107] sin embargo, la internacionalización del derecho constitucional tampoco constituye un paradigma incuestionable. Algunas voces son muy críticas respecto de la apertura de los sistemas nacionales y cuestionan la legitimidad democrática del derecho internacional.[108] Otra tendencia académica importante y reciente tiene una propuesta que supera el ámbito regional para enfatizar en los aspectos en común con otros procesos transformadores que ocurren en todo el *Sur Global*.[109]

En el marco de este prolijo contexto teórico y discursivo interviene el ICCAL. Este enfoque se construye sobre la base de la interacción con los debates previos del constitucionalismo: con sus triunfos, sus ideas y, por supuesto, con sus puntos ciegos. Ciertamente, el ICCAL comparte la convicción sobre el potencial

106 Capaldo, Griselda D.; Sieckmann, Jan-Reinhard y Clérico, Laura (eds.), *op. cit*.

107 En junio de 2011 fue aprobada una reforma constitucional que incorporó de manera explícita el principio *pro personae* dentro del art. 1 de la Constitución. Entre otros aspectos, la reforma garantiza un estatus privilegiado para los tratados internacionales sobre derechos humanos cuando los jueces realizan la interpretación constitucional, sobre el tema: José de Jesús Orozco Henríquez, "Los derechos humanos y el nuevo artículo 1° constitucional", *IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México,* núm. 28, 2011, pp. 85-98; Serna de la Garza, José M., *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano,* México, IIJ-UNAM, 2012, p. 240.

108 Ha habido voces que proponen un discurso constitucional idiosincrático enfocado en la denominada "identidad constitucional" y que destacan la falta de legitimidad del derecho internacional. Véase Núñez Poblete, Manuel, "Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona", *Ius et Praxis,* núm. 14, 2008, pp. 331-372. Estos argumentos provienen de todos los sectores del espectro político, pero no se han ubicado dentro de la discusión relevante en América Latina.

109 Por ejemplo, Bonilla Maldonado, Daniel (ed.), *op. cit*.

transformador del derecho cuando este se incluye dentro de un conjunto de procesos sociales mucho más amplios. Además, el ICCAL construye y reconstruye la riqueza de la actividad judicial con una agenda transformadora.

El ICCAL no se manifiesta en contra de los principales elementos teóricos que han generado los debates sobre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano, pero sí lo hace en contra de la distorsión del constitucionalismo para ponerlo al servicio de objetivos ideológicos y populistas (*i.e.* el desmantelamiento del Estado de derecho y de la democracia a través del populismo). Para el ICCAL son cruciales el respeto estricto de la separación de poderes y la democracia representativa.

Al mismo tiempo, el ICCAL es un enfoque que aporta algunas innovaciones dentro de la discusión constitucional latinoamericana contemporánea con el objetivo de enfrentar las deficiencias sistémicas y la exclusión, además, va mucho más lejos que el neoconstitucionalismo y tiene en cuenta la influencia del SIDH. La magnitud de esta influencia no fue prevista por los autores de la región de los noventa. Por esta razón, el enfoque analítico del ICCAL no se centra en cada una de las constituciones nacionales, sino que se refiere a la interacción horizontal trasnacional del derecho nacional de varios países entre sí y de estos con las instituciones internacionales. Ciertamente, esta interacción se produce con diferentes grados y mecanismos en cada uno de los países. Existen tanto casos de interacción intensa (*i.e.* Colombia)[110] como ejemplos en los cuales la interacción apenas puede ser descrita como emergente (Chile).[111] Este prisma trasnacional hace del ICCAL un compromiso esencialmente comparativo.

---

110 Cepeda Espinosa, Manuel J., "The Internationalization of Constitutional Law: A Note on the Colombian Case", *Law and Politics in Asia, Africa and Latin America,* 2008, núm. 41, pp. 61-77.

111 Henríquez, Miriam, "Propuesta inicial sobre derechos constitucionales", en Sierra, Lucas (ed.), *Propuestas constitucionales: la academia y el cambio constitucional en Chile,* Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2016, pp. 44 y 45. Algunos argumentos en contra: Nogueira Alcalá, Humberto, *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad,* México, UBIJUS, 2014, p. 39.

El enfoque comparativo está impreso en el ADN académico del ICCAL. Los investigadores que forman parte de la red tienen como interés prioritario el diálogo constante entre los desarrollos que surgen de la evolución del derecho nacional y la gobernanza internacional de los derechos humanos a la luz de los desafíos sociales y económicos que se les imponen. Del mismo modo, el ICCAL incluye tanto a investigadores especialistas en el derecho nacional como en derecho internacional, quienes realizan su trabajo de investigación con independencia de las fronteras de los sistemas legales que haya que traspasar. El ICCAL vincula a los juristas especialistas en el derecho público nacional que consideran que el derecho comparado e internacional son esenciales para su profesión con los juristas especialistas en derecho internacional que entienden que no existe un fenómeno global sin un fenómeno local. Todos ellos unen sus esfuerzos para explorar la emergencia de un derecho constitucional común en América Latina. Nosotros creemos que existe una red sólida conformada por el derecho constitucional comparado, el derecho de los derechos humanos regional y sus múltiples instituciones, los grupos de interés y otros actores; esta red está mostrando un enorme potencial para avanzar en una agenda transformadora. Al identificar, comprender y desarrollar esta red, el ICCAL está contribuyendo con este proceso.[112]

[112] Uprimny Yepes, Rodrigo, "The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates", en Gargarella, Roberto; Domingo, Pilar y Roux, Theunis (eds.), *op. cit.*, pp. 127-151; Cepeda Espinosa, "Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court", *Washington University Global Studies Law Review*, núm. 3, 2004, pp. 537-700.

Aproximación a la política de derechos humanos en América Latina. Una mirada desde el *ius commune**

Armin von Bogdandy
Mariela Morales Antoniazzi

1. Introducción

América Latina es una región que sufre de altos niveles de violencia, pobreza, exclusión social, extrema desigualdad, débil institucionalidad, hiperpresidencialismo, falta de independencia judicial y corrupción.[1] Estos problemas se ven reflejados en las

---

* La versión original de este trabajo se publicó en alemán bajo el título "Menschenrechte und Menschenrechtspolitik", en Maihold, Günther *et al*. (eds.), *Lateinamerika. Handbuch für Wissenschaft und Studium*, Baden-Baden, Nomos, 2019, p. 692. Los autores agradecen la traducción al español de David Geng y la valiosa revisión de Gretel Mejía y María Barraco. Se trata de un texto concebido para un público germano-parlante y contentivo de nociones básicas para llevar de la mano al lector y lectora, de forma introductoria, al discurso de los derechos humanos en América Latina. Se ha actualizado, complementado y ampliado, particularmente con referencias bibliográficas.

1 Entre tantos, véase: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), "Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas", 7 de septiembre de 2017, disponible en http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf. Una referencia a un contexto nacional en Cepeda, Manuel J., "Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role and Impact of the Columbian Constitutional Court", *Washington University Global Studies Law Review*, Serie 4, 2004, núm. 3, p. 650.

precarias condiciones de vida que afectan de manera desproporcional a los grupos más vulnerables. Para contrarrestar el impacto de estos fenómenos, en las últimas décadas, diversos actores han acudido a los derechos humanos debido a su potencial transformador de la realidad política y social de la región.

Hace 40 años los derechos fundamentale*s y humanos*[2] *eran c*onsiderados normas durmientes *(schlafende Normen),* meros estándares normativos que no eran tomados en consideración. Pero debido a los abusos cometidos por regímenes autoritarios y represivos en varios países de la región, numerosas instituciones y actores de la sociedad civil, incluidos órganos jurisdiccionales, adoptaron una concreta política de derechos humanos con la finalidad de enfrentar las violaciones y transitar hacia la democracia.[3] Esta política basada en los derechos humanos ha dado valiosos resultados en América Latina que son de interés global. Hoy día se puede contemplar en la región un constitucionalismo transformador basado en los derechos *humanos, esto es, un Ius Constitutionale Commune en América Latina.*[4] *A nivel* global se destaca la labor

[2] Tradicionalmente se distingue entre derechos humanos como las garantías establecidas por el derecho internacional, mientras que como derechos fundamentales se identifican las garantías establecidas por las constituciones nacionales. Son nociones estrechamente vinculadas y la distinción juega un papel bajo la premisa del pluralismo dialógico.

[3] A manera de aclaración, cuando el texto se refiere a *política de derechos humanos* de un tribunal, ello no significa que una corte viole su independencia e imparcialidad y actúe fuera de sus competencias judiciales, o que lleve a cabo un activismo judicial ilícito. El término *política de derechos humanos* se refiere en este texto más bien a los márgenes de actuación de los tribunales en la interpretación y aplicación de las disposiciones de derechos humanos. Los estándares son utilizados (o deberían utilizarse) en nombre del interés común, y sobre todo con el propósito de otorgar una protección contemporánea y eficaz de los derechos. Asimismo, el concepto político de derechos humanos indica que tales decisiones judiciales a menudo tienen impactos que van mucho más allá del caso concreto y que repercuten en las estructuras sociales y políticas. Véase en este mismo libro las contribuciones relativas al mandato transformador y al impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, esta última en coautoría con Rene Urueña.

[4] Bogdandy, Armin von, "*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador", *Revista Derecho del Estado*, enero-junio de 2015, núm. 34, pp. 3-50; Bogdandy, Armin von *et al*., "*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del

pionera de la Corte Constitucional de Colombia[5] y a nivel regional el desarrollo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).[6] Actualmente, los discursos políticos y los conflictos sociales se desarrollan y son caracterizados por el uso del lenguaje de los derechos humanos; sin embargo, este lenguaje es usado cada vez más por fuerzas y actores con un claro tinte autoritario.

2. Breve hilo histórico

Los derechos fundamentales en América Latina tienen una larga historia. Desde el siglo XIX, las naciones latinoamericanas proporcionaron ejemplos significativos de derechos individuales constitucionalizados, incluso antes que los países de Europa.[7] Durante este período, caracterizado por procesos de independencia, se adoptaron formas republicanas y democráticas de gobierno regidas por una Constitución. La región se distinguió por sus avances en los temas como la prohibición de la pena de muerte en las constituciones de Venezuela (1863), Costa Rica (1871) y Brasil (1891),[8] y en materia procesal con la previsión de garantías constitucionales de protección de derechos, como la acción de *amparo,* regulada por primera vez en la Constitución

constitucionalismo transformador", en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2017, pp. 17-51. En inglés puede consultarse Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

5 Cepeda, Manuel J. y Landau, David E., *Colombian constitutional law. Leading cases*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 448.

6 Engstrom, Par, "Reconceptualising the Impact of the Inter-American Human Rights System", *Revista Direito & Práxis*, Río de Janeiro, Serie 2, 2017, vol. 8, abril-junio de 2017, pp. 1250-1285.

7 Carozza, Paolo G., "From Conquest to Constitutions: Retrieving a Latin American Tradition of the Idea of Human Rights", *Human Rights Quarterly*, 2003, núm. 25, pp. 281-313.

8 Gros Espiell, Héctor, *Estudios sobre Derechos Humanos II*, Madrid, Civitas, 1988, p. 383, en p. 73.

mexicana de 1857, la cual influyó posteriormente en otros países de la región.[9] Durante la primera mitad del siglo XX, la región también jugó un rol fundamental en el ámbito de los derechos humanos.[10] En 1917, México promulgó una de las constituciones más progresistas en esa época. La Constitución de Querétaro reconoció una extensa serie de derechos económicos y sociales no incluidos antes en otro país del mundo.[11]

Las nuevas constituciones democráticas que surgieron como respuesta a los regímenes dictatoriales y a la violación sistemática y masiva de derechos humanos durante los años setenta y ochenta del siglo XX deben ponerse de relieve. A través de estas constituciones se ratificaron derechos civiles y políticos y se amplió el catálogo de derechos y garantías con aquellos económicos, sociales, culturales e incluso ambientales. Además, se crearon órganos judiciales y estatales destinados a proteger los derechos contenidos en las constituciones y controlar a la autoridad pública nacional. Principalmente entre estas instituciones cabe mencionar a los tribunales o cortes constitucionales (Guatemala, Colombia, Perú) o salas constitucionales dentro de tribunales supremos ordinarios (Costa Rica, Nicaragua, Venezuela) y la creación de defensorías del pueblo o procuradurías de derechos humanos. En la década de 1990 surgió una corriente de pensamiento para renovar el constitucionalismo latinoamericano, conocida como "neoconstitucionalismo".[12] Tanto la Constitución

9 Fix-Zamudio, Héctor, "La jurisdicción constitucional y la protección de los derechos humanos", *Revista de Derecho Themis*, Lima, 1994, núm. 29, pp. 54-56.

10 Becker Lorca, A., *Mestizo international law. A global intellectual history 1842 – 1933*, Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2014, p. 397.

11 Solo como un ejemplo, véase Rouaix, Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, 2a. ed., Ciudad de México, Biblioteca del Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1959, p. 324.

12 Sobre sus fundamentos filosóficos y su origen en la escuela de filosofía del Derecho de Génova: Pozzolo, Susanna, "Un constitucionalismo ambiguo", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 187-210; Comanducci, Paolo, "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", en *ibidem*, pp. 75-98; Salazar Ugarte, Pedro, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)",

de Italia (1947) o la Ley Fundamental alemana (1949) como las Constituciones de Portugal (1976) y España (1978) se erigieron como referencias,[13] si bien a la academia jurídica española dedicada a la democratización y el Estado de derecho de 1980 se le reconoce particular importancia en este proceso.[14]

Un impulso notable en el ámbito de los derechos humanos se le asigna a las innovaciones constitucionales del siglo XXI. En esta línea cabe resaltar la reforma constitucional de la Constitución mexicana en 2001 —producto del levantamiento zapatista en el estado de Chiapas en 1994— que reconoce la composición pluricultural de la nación sustentada en sus pueblos indígenas (art. 2). Además, la Constitución ecuatoriana reconoce derechos nuevos como el derecho al agua (art. 12) y derechos de la naturaleza o "Pachamama" (art. 71), considerándola como sujeto jurídico por medio del respeto a su existencia y su mantenimiento, así como la regeneración de sus ciclos vitales y procesos.[15] Por su parte la Constitución boliviana de 2009 integra en su artículo 8 principios éticos de los pueblos indígenas e intenta a través del artículo 30 dar valor a una cosmovisión y a formas colectivas de propiedad.

Además de los avances a nivel constitucional, en el ámbito regional se constatan los avances en la protección de los derechos humanos. Un primer hito fue el reconocimiento de la figura del asilo por medio del Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo, en 1889, el cual dio lugar a una regulación más detallada con la ratificación del Tratado sobre Asilo y Refugio Políti-

---

en González Pérez, Luis R. y Valadés, Diego (eds.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 345-387, en p. 352. Carbonell Sánchez, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 278.

13 Casal, Jesús M., *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*, Caracas, UCAB-KAS, 2015, p. 15 y ss.

14 García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981; Sobre su impacto Bidart Campos, Germán J. (ed.), *El derecho de la constitución y su fuerza normativa,* Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 529, en p. 19.

15 Uprimny, Rodrigo, "Las trasformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos", en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo 21, 2011, pp. 109-138.

co de 1939.[16] Otro acontecimiento crucial tuvo lugar con la aprobación de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (Carta de la OEA) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana) en la Novena Conferencia Internacional Americana en abril de 1948, ocho meses antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Declaración Universal). Esto convierte a la Declaración Americana en la primera enumeración detallada de derechos adoptada por una organización intergubernamental.[17] La creación de la Carta de la OEA y de la Declaración Americana sentaron las bases para la conformación de un sistema regional de protección de los derechos humanos.

3. El Sistema Interamericano y su mandato transformador

En la configuración del constitucionalismo transformador a partir de la construcción de un *ius constitutionale commune* en América Latina se genera un proceso de interamericanización en torno a la labor de los órganos del Sistema Interamericano. Los ordenamientos jurídicos nacionales muestran una transformación en tanto se adoptan gradualmente los estándares interamericanos por parte de los Estados que han ratificado los diversos instrumentos interamericanos de derechos humanos y han reconocido la competencia de la Corte IDH y que aplican su jurisprudencia en su derecho nacional. Por ello, la interamericanización representa un proceso de interacción y diálogo de estándares interamericanos a nivel doméstico, e incluso comparado, que se manifiesta no solo en reformas constitucionales y legislativas, sino también en la adopción de políticas públicas y un debate académico-jurídico que le acompaña, como sus rasgos predominantes. Dado que los órganos del SIDH revisan e incorporan estándares universales y de otros sistemas de protección de los

[16] Jiménez Lambis, Lascario, "Asilo y Refugio en América Latina: ¿avances o retrocesos?", *Saber, Ciencia y Libertad*, Colombia, 2013, núm. 8(1), pp. 63-68.

[17] Farer, Tom, "The rise of the Inter-American Human Rights Regime: No Longer a Unicorn, Not Yet an Ox", *Human Rights Quarterly*, 1997, núm. 19(3), pp. 510-546.

derechos humanos, la interamericanización se nutre también de todo el acervo multinivel.

Si bien se reconoce que la narrativa dominante sobre la relación entre la Corte IDH y los más Altos Tribunales nacionales se perfila por los conceptos del *ius constitutonale commune* y la interamericanización, que "continúan ganando terreno", también hay que dar cuenta de una contranarrativa argumentativa focalizada en la necesidad de recalibrar dicha relación invocando, principalmente, un mayor diálogo, otros insisten en la adopción de la doctrina del margen de apreciación por parte de la Corte IDH y algunas voces sostienen que se deben repensar los propósitos y enfoques fundamentales del SIDH.[18]

Hay opiniones que apelan a atender la tarea pendiente en los estudios de reconstrucción de los estándares en cuanto al análisis del anticanon jurisprudencial supranacional, en tanto que deberían examinarse las decisiones erróneas por las tensiones que ge-

[18] Véase a Gerald Daly, Tom, "Relation of Constitutional Courts / Supreme Courts to IACtHR", en Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law [MPECCoL], Marzo 2018. Disponible en: https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e770. Entre los autores críticos menciona, en alusión a estos tres ejes, a: Huneeus, Alexandra, "Rejecting the Inter-American Court: Judicialization, National Courts, and Regional Human Rights", en Couso, J, Huneeus, A y Sieder, R (eds.), *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 112-138; y Dulitzky, Ariel, "An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights", *Texas International Law Journal,* 2015, núm. 50(1), pp. 45-93; sobre el margen de apreciación a Acosta Alvarado, Paola Andrea, Núñez Poblete, Manuel (eds.), *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones Regionales y Nacionales* (UNAM-IIJ 2012); Villagrán Sandoval, Carlos Arturo, Fernandes Carvalho Veçoso, Fabia, "A Human Rights' Tale of Competing Narratives", *Revista Direito e Práxis,* 2017, núm. 8(2), pp. 1603-1651. Juan Camilo Herrera, en base a los ejes centrales de las críticas al enfoque del ICCAL, ha llevado a cabo una investigación del espectro teórico y los desafíos que afronta la región, no como respuesta a las críticas con otras críticas, sino en el marco de contribuir a la convergencia del espacio jurídico latinoamericano. Ponencia en el Coloquio Iberoamericano N° 202, Noviembre de 2019. Próximamente como Research Paper, Herrera, Juan C., La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas teóricas.

neran, al igual que ocurre a nivel nacional con las tensiones entre los principios constitucionales y el principio democrático a raíz del control constitucional.[19]

Bajo la mirada del *ius commune*, más allá incluso de la expresión acuñada sobre "la Constitución convencionalizada"[20], la política de derechos humanos en la región puede sistematizarse, desde el acervo interamericano construido mediante la adopción de los estándares interamericanos en los órdenes jurídicos nacionales, gracias a la permeabilidad y al Estado abierto establecido en las constituciones latinoamericanas.[21] Ello se refleja en nociones como constitucionalismo regional,[22] y como la emergencia de un nuevo entendimiento del SIDH y las autoridades nacionales de los Estados parte del Pacto de San José como un sistema integrado con "un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región".[23]

---

19 García Jaramillo, Leonardo, ¿Impacto sin cumplimiento? Dimensiones de la eficacia de las sentencias de tribunales regionales, Reseña sobre la obra Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Pablo Saavedra (coords.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades,* Querétaro-México, Instituto de Estudios Constitucionales, 2019. El autor cita a Jamal Greene, "The Anticanon", *Harvard Law Review,* 2011, núm. 125(2), pp. 379-475.

20 Sagüés, Néstor Pedro, "Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La 'constitución convencionalizada'", en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *Estudos avancados de direitos humanos*, Río de Janeiro, Elsevier, 2013, pp. 617-626; Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución: de la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, 2a. ed., 1a. reimpresión, México, Porrúa, 2016, p. 383, en pp. 339 y ss.

21 Morales Antoniazzi, Mariela, "El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*. Aproximaciones desde el Impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, UNAM, 2014, pp. 156-199.

22 Piovesan, Flavia, "Protección de los derechos sociales en el ámbito global y regional interamericano", en Saiz Arnaiz, Alejandro *et al.* (coords.), *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: un análisis desde la Unión Europea*, Bilbao, IVAP, 2011, pp. 559-573, en p. 562.

23 MacGregor Poisot, Eduardo Ferrer, Voto razonado a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Gelman vs. Uruguay.

Este argumento se presenta desde su doble vertiente, a saber, la constitucionalización de los derechos humanos y el SIDH en clave de su mandato transformador.

3.1. La constitucionalización de los derechos humanos

En 1978 entró en vigencia la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que en la actualidad, constituye la principal base normativa del SIDH. La CADH enumera 23 derechos civiles y políticos que los Estados miembros están obligados a respetar y asegurar. Para proteger estos derechos, establece dos órganos: *a)* la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y *b)* la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que son el sustento institucional del sistema. Desde su entrada en vigor, se han creado una serie de instrumentos complementarios que desarrollan de una manera más amplia derechos de gran importancia para la región, entre ellos: el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Además se cuenta con la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Cuando entró en vigor la CADH, de los 11 Estados parte de la misma en ese momento, menos de la mitad tenían gobiernos electos democráticamente y era la época de las dictaduras. El SIDH se originó entonces en un entorno sumamente autoritario que no permitía la interacción entre el Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos. El fin de estos regímenes facilitó una transición a la democracia, otorgándole un papel esencial al SIDH. En el curso de este período numerosos países de América Latina decidieron abrirse a las normas de la protección internacional de los derechos humanos a fin de salvaguardar los

principios fundamentales contenidos en sus propias constituciones. Esta apertura a las normas internacionales tiene efectos jurídicos, como son la prevalencia de los tratados de derechos humanos sobre el ordenamiento jurídico interno; la consideración de los tratados como parámetros de constitucionalidad —que, en caso de conflicto con una norma interna, puede declararse su inconstitucionalidad—, y la invocación de los derechos reconocidos en los tratados por medio de acciones constitucionales de amparo.[24] Esta aplicabilidad se canaliza mediante fórmulas o cláusulas constitucionales o a través del dinamismo de la jurisprudencia constitucional.[25]

La primacía del derecho internacional público solamente aplica respecto a los tratados internacionales de derechos humanos.[26] Un ejemplo emblemático lo es la Constitución de Argentina de 1994, que en su artículo 75 inciso 22 incorpora una lista extensa de tratados de derechos humanos al orden constitucional argentino, entre ellos: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo. Esta disposición constitucional plasma la política en materia de derechos humanos y justicia de transición que Argentina persiguió tras la dictadura,[27] la piedra angu-

[24] Góngora Mera, Manuel E., "La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano", en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, 2014, pp. 301-327.

[25] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Chile, Año 9, 2011, núm. 2, pp. 531-622.

[26] Fix-Zamudio, Héctor, "El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Latinoamericana de Derecho*, México, Año 1, 2004, núm. 1, enero-junio 2004, pp.141-180.

[27] Elías, José S., "Constitutional Changes, Transitional Justice and Legitimacy: The Life and Death of Argentina's 'Amnesty Laws'", *Student Scholarship Pa-*

lar de una jurisprudencia transformadora que bajo el nombre de "justicia de transición" logró convertirse en una figura jurídica de carácter global.[28] De igual manera la Constitución de Colombia de 1991 establece que "los tratados y convenciones internacionales ratificados por el Congreso prevalecen en el orden interno" y, a la vez, dispone que todos los derechos fundamentales constitucionales deben ser interpretados a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia (art. 93). Ciertamente, no todos los Estados han experimentado tales avances, por ejemplo, la Constitución de Chile, que data de la época de Augusto Pinochet, es reticente en materia de derechos humanos.

Esta posición normativa también se encuentra presente en constituciones de Estados que ahora son críticos del SIDH, por ejemplo, Venezuela, Bolivia y Ecuador. La Constitución de Ecuador de 2008 regula, por una parte, que "los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación" (art. 11.3) y, por la otra, establece que "la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público" (art. 424). En la misma línea la Constitución boliviana de 2009 dispone que las garantías internacionales en materia de derechos humanos tienen un rango superior al derecho interno, y que los derechos y deberes de la Constitución deben ser interpretados de conformidad con el derecho internacional (art. 13.IV). Además, las normas convencionales tienen un rango superior a la Constitución en la medida en que otorguen mayores derechos (art. 256).

Otro ejemplo importante es el de la Constitución mexicana, que desde junio de 2011 incluye una referencia a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, a los cuales se les reconoce rango constitucional (art. 1.1). En otros Estados se

pers, 2007, núm. 57, *https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1057&context=student_papers*.

[28] Teitel, Ruti G., *Transitional Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 292.

han producido reformas por medio de la interpretación constitucional, por ejemplo, desde 1995, la Sala Constitucional de Costa Rica les atribuye rango supraconstitucional a los tratados de derechos humanos en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas.[29]

Esta apertura opera doctrinariamente a través de la figura jurídica del *bloque de constitucionalidad*, una figura importada de Europa, pero ingeniosamente adaptada a la realidad latinoamericana.[30] Mientras que en Francia y España la figura se utiliza para incorporar normas del derecho estatal al derecho constitucional, en Latinoamérica el bloque de constitucionalidad se utiliza para integrar normas de derecho internacional al ordenamiento jurídico estatal, lo cual fortalece argumentativamente a los tribunales que apoyan una transformación democrática.

Los elementos provenientes del derecho internacional público que conforman el bloque constitucional son muy variados; sin embargo, sigue estando conformado por un núcleo común: el SIDH debido principalmente al rol de sus instituciones. La relevancia del SIDH para la región, como ya se ha afirmado, justifica que se describa este proceso de constitucionalización de los derechos humanos como un proceso de interamericanización.

3.2. Órganos regionales de derechos humanos: elementos básicos

3.2.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), fundada en 1959 y con sede en Washington, comenzó su labor en 1960 como "órgano autónomo" de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Está compuesta por siete miembros elegidos

[29] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, voto 2313-95, de 9 de mayo de 1995.

[30] Góngora Mera, Manuel E., *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American adjudication*, San José, Inter-American Institute of Human Rights, 2011, p. 243.

por la OEA para un período de cuatro años y solo pueden ser reelegidos una vez. Al momento de su creación, la Comisión fue considerada como una de las innovaciones institucionales más originales en el ámbito internacional.[31] La CIDH ha sido un actor clave en el proceso de democratización en América Latina. A través de visitas *in loco* y la elaboración de informes ha denunciado violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos ocurridas bajo regímenes dictatoriales. Los informes sobre la represión en Chile en 1973, en Nicaragua en 1978 y sobre desapariciones forzadas en Argentina en 1979 son de particular relevancia. En este último caso, la CIDH se reunió con representantes del gobierno y escuchó los testimonios de víctimas y familiares. Hay voces en la doctrina que acreditan la visita de la CIDH como uno de los factores de la disminución de casos de desapariciones forzadas y el fin de la represión política.[32]

De acuerdo a su mandato transformador, las principales tareas de la CIDH son: *a)* recibir denuncias de individuos y organizaciones sobre violaciones de derechos humanos comprendidos en la CADH, analizar la admisibilidad de esas peticiones y enviar el caso a la Corte IDH; *b)* elaboración de informes sobre las investigaciones *in situ* de la situación de los derechos humanos en los Estados miembros e informes temáticos sobre la situación de los derechos humanos; *c)* la adopción de medidas cautelares en casos urgentes y graves para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y prevenir daños irreparables, y *d)* presentar casos ante la Corte IDH y comparecer durante la tramitación y consideración de los casos. Además, la CIDH monitorea la implementación de sus recomendaciones en los Estados miembros, para lo cual recientemente creó una Unidad de Supervisión.

Los distintos comisionados también trabajan simultáneamente como relatores de país o temáticos. Existen actualmente 13 Relatorías temáticas, creadas a partir de 1990 con el objetivo

31 Tomuschat, Christian, "Die Interamerikanische Menschenrechtskommission", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1968, núm. 28, pp. 531-551.

32 Weissbrodt, David y Bartolomei, Maria L., "The effectiveness of International Human Rights Pressures: The case of Argentina, 1976-1983", *Minnesota Law Review,* 1991, núm. 75, pp. 1009-1035.

de brindar atención particular a ciertos grupos en situación de vulnerabilidad y discriminación en la región. Algunas de estas relatorías son la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, creada en 1997; la Relatoría sobre Defensores y Defensoras de Derechos Humanos, creada en 2001; la Relatoría sobre los Derechos de las Personas LGBTI, creada en 2014; la Relatoría Especial sobre DESCA, creada en 2017, y la Relatoría sobre Personas con discapacidad, creada en 2019.

Como parte de la ejecución de su mandato, la CIDH ha elaborado informes de diversa índole, los cuales forman parte esencial de su política de derechos humanos. Los informes de país detallan la situación general de los derechos humanos en los Estados miembros, como ejemplo cabe mencionar el primer informe de 1962 sobre Cuba. Desde su creación, la CIDH se ha enfocado en las violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos, en consecuencia, en los últimos años la CIDH ha dedicado tres informes de país a Venezuela, que se encuentra en una crisis institucional ya que la violencia y las violaciones de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales son parte de la coyuntura nacional. Asimismo, recientemente ha dictado el Informe relativo a la situación de los derechos humanos en Honduras (2019) y a las graves violaciones a los derechos humanos en el marco de las protestas sociales en Nicaragua (2018).

Los informes sobre problemas específicos de los Estados miembros suelen versar sobre la situación de grupos vulnerables y se procura darle visibilidad a las deficiencias estructurales que confrontan y la discriminación histórica de la cual han sido objeto, como mujeres, migrantes, niñez, personas privadas de libertad, personas afrodescendientes, personas LGBTI. Caben destacar los informes sobre pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes e industrias extractivas (2015), sobre la pobreza y derechos humanos (2017), y sobre personas defensoras de derechos humanos y líderes sociales en Colombia (2019). Igualmente, la CIDH elabora informes vinculados a desafíos actuales en la región a fin de precisar los estándares, por ejemplo, sobre Empresas y Derechos Humanos (2020); Corrupción y Derechos Humanos (2019), y Protesta y Derechos Humanos (2019). Hasta la fecha, la CIDH ha publicado un total de 165 informes de país y temáticos.

En numerosos casos (164 hasta mayo de 2020), la CIDH ha llegado a una "solución amistosa" con los Estados involucrados.[33] De esta manera ha logrado un impacto transformador a nivel nacional, llevando a cabo un intercambio con representantes gubernamentales, actores de la sociedad civil e incluso con la comunidad científica. Un buen ejemplo es la devolución de las tierras ancestrales a dos pueblos indígenas —Enxet-Lamenxay y Kayleyphapopyet-Riachito— por parte del Gobierno del Paraguay en 1998.[34] Otro ejemplo es la creación de un sistema de denuncias en Colombia por presuntas violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario imputadas a miembros de las fuerzas armadas.[35] En materia de DESCA y más recientemente, la solución amistosa de 2019 con Costa Rica hizo posible el acuerdo para la entrega de una casa a construir en un lote, de conformidad con lo requerido por la víctima.[36] Son ejemplos meramente enunciativos.

En cuanto a los derechos de la mujer, la Comisión actuó en México para procurar la creación de una unidad especial de la fiscalía especializada en casos que involucran a mujeres como víctimas.[37] Un informe relativo a Brasil llevó a la aprobación de la Ley 11.340 sobre la violencia doméstica y familiar,[38] que incluye programas de capacitación para la administración de justicia y otros órganos competentes. En el mismo país, gracias a otro informe de la CIDH, se logró una enmienda a la Constitución adicionando garantías de no discriminación laboral para muje-

33 Véase la información en la CIDH. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/amistosas.asp.

34 CIDH, Informe 90/99, Caso 11.713, Comunidades indígenas Enxet-Lamenxay y Kayleyphapopyet –Riachito –, Paraguay, 29 de septiembre de 1999.

35 CIDH, Informe 62/01, Caso 11.654, Masacre de Ríofrío, Colombia, 6 de abril de 2001.

36 CIDH, Informe 71/19, Caso 12.942, Emilia Morales Campos, Costa Rica, 15 de mayo de 2019.

37 CIDH, Informe 51/13, Caso 12.551, Paloma Angélica Escobar Ledezma y otros, México, 12 de julio de 2013.

38 CIDH, Informe 54/01, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, Brasil, 4 de abril de 2001.

res afrodescendientes.[39] En Colombia, en un informe vinculado a la violación sexual sufrida por una niña afrodescendiente en el contexto de desplazamientos forzados, se acordó la reparación pecuniaria de la víctima y sus familiares por daños materiales e inmateriales, así como la entrega de un auxilio económico para financiar los estudios de la menor.[40]

Con base en su mandato transformador, la CIDH ha evolucionado progresivamente como un órgano de apoyo utilizando un conjunto de herramientas que van desde la diplomacia pública en forma de comunicados de prensa, audiencias públicas, visitas *in loco*, medidas provisionales, hasta negociaciones confidenciales con funcionarios estatales.[41] Más recientemente, la CIDH ha creado órganos e iniciativas innovadoras para combatir la impunidad en relación con las actuales violaciones a los derechos humanos en la región, por ejemplo, la creación del Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI) con la función de investigar la desaparición de los 43 estudiantes de la Escuela Normal Rural de Ayotzinapa en México; el acuerdo para proporcionar asistencia técnica al Estado de Colombia para la implementación del Acuerdo de Paz, y el Mecanismo Especial de Seguimiento para Nicaragua (MESENI) con la función de dar seguimiento al informe de 2018 que detalla las graves violaciones a los derechos humanos en el contexto de las protestas sociales en ese país. En la misma línea, se dio paso a la constitución, en octubre de 2019, del Mecanismo Especial de Seguimiento para Venezuela (MESEVE) con el propósito de fortalecer las distintas labores llevadas a cabo por la CIDH y para hacer un monitoreo y seguimiento de la situación de los derechos manos.

En este proceso de innovación institucional, la CIDH cumple una agenda para dar respuesta oportuna y eficaz a los distintos desafíos emergentes. Así, después de la visita de observación a Bolivia en diciembre de 2019, vinculada a la crisis política y so-

39 CIDH, Informe 66/06, Caso 12.001, Simone André Diniz, Brasil, 21 de octubre de 2006.

40 CIDH, Informe 91/18, Caso 12.941, Nicolasa y Familiares, Colombia, 23 de agosto de 2018.

41 Engstrom, Par, *op. cit.*, nota 6, p. 1257.

cial generada por las elecciones en octubre del mismo año, se recomendó instaurar un mecanismo de investigación internacional sobre los hechos de violencia ocurridos; respetar y garantizar los derechos de protesta, libertad de expresión, reunión pacífica y participación política, y establecer un plan de atención inmediata y reparación integral a las víctimas y sus familias. En consecuencia, en enero de 2020 se presentó el Grupo Interdisciplinario de Expertas y Expertos Independientes (GIEI) para Bolivia.

En el marco de la caja de herramientas de la CIDH, para dar cumplimiento a su mandato transformador, se ha acudido al novedoso mecanismo de "Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada" (SACROI) para monitorear situaciones específicas y dar respuestas. Recientemente ha establecido la SACROI para monitorear la situación en Nicaragua (2018), la SACROI para monitorear el agravamiento de la violencia y el desabastecimiento en Haití (2019) y la SACROI COVID-19 para hacer un seguimiento de la situación de los derechos humanos en la situación de la pandemia. Esta última ha sido la plataforma que ha facilitado a la CIDH organizar diversos webinars abiertos al público, donde expertos y expertas han puesto de relieve la importancia de los estándares del SIDH en temas tales como el derecho a la salud. La SACROI emite boletines especiales destinados a identificar buenas prácticas y perfilar los desafíos en la respuesta de los Estados de la región a la pandemia.

En este mapeo ilustrativo de las innovaciones, que tienen importancia para la academia en tanto son fuentes de estudio y análisis sobre el impacto del SIDH, es clave destacar la creación de la Sección de Seguimiento de Recomendaciones e Impacto (SSRI), que data de 2018, de conformidad con el Plan Estratégico 2017-2021. Su finalidad es coordinar el seguimiento de las recomendaciones emitidas por la CIDH y evaluar el impacto y efectividad de sus proyectos y programas. En la misma línea, en diciembre de 2019, la CIDH adoptó las Directrices Generales de Seguimiento de Recomendaciones y Decisiones y dictó la Resolución 02/2019 para instituir el "Observatorio de Impacto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", cuyo fin es sistematizar, visibilizar y reflexionar sobre los impactos de la actuación de la CIDH en la defensa y protección de los derechos humanos en la región.

Dichas iniciativas no solo expresan una labor concreta en materia de derechos humanos, sino también una política de derechos humanos, ya que se ponen bajo la lupa y se critican problemas estructurales y, a la vez, la actuación de la CIDH genera una repercusión considerable en la esfera pública.

3.2.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH, integrada por siete jueces elegidos por seis años, es el órgano judicial del SIDH y tiene la función de interpretar y aplicar la CADH. Este mandato puede interpretarse como una contribución a un constitucionalismo transformador en la región, que aborda problemas estructurales. Para dar cumplimiento a su mandato transformador, la Corte IDH dispone de tres mecanismos centrales. En primer lugar, puede dictar sentencias en los casos remitidos por la CIDH. Por otro lado, es importante señalar que, a diferencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la Corte IDH también supervisa la implementación de las sentencias, lo que la convierte en una acompañante permanente de la política de derechos humanos de numerosos Estados. En segundo lugar, en virtud del Capítulo X de la Carta de la OEA, puede emitir opiniones consultivas sobre la Convención Americana o las disposiciones de otros instrumentos internacionales de derechos humanos a petición de los Estados parte o de los órganos de la OEA. De esta manera, su radio de acción puede expandirse ampliamente. Por ejemplo, la Opinión 18 (2003) sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados también analiza la situación en Estados Unidos de América, país que no está sujeto a la jurisdicción de la Corte IDH. En tercer lugar, puede, a petición de la Comisión Interamericana o incluso de los abogados de las víctimas, dictar medidas provisionales para la protección de personas que se encuentren en peligro grave o inminente.

La Corte IDH ha establecido que la Convención debe interpretarse como un "instrumento vivo". En otras palabras, persigue una política activa de derechos humanos en el sentido de un constitucionalismo transformador que busca la mayor protección posible

de los derechos humanos en torno a los problemas de la región. En tal tesitura, ha desarrollado una jurisprudencia innovadora y creativa con respecto a las violaciones de derechos humanos. El discurso latinoamericano, si bien se encuentra anclado universalmente, muestra una serie de características específicas. Particularmente se caracteriza por vulneraciones extremas a raíz de la violencia generalizada, tanto en el ámbito público como privado. Ello explica algunas innovaciones latinoamericanas que han sido acogidas internacionalmente, tales como la prohibición de amnistías por violaciones graves de derechos humanos, el feminicidio y la desaparición forzada de personas, así como la protección especial para migrantes, pueblos indígenas y personas afrodescendientes.

De acuerdo con su evolución, la jurisprudencia de la Corte IDH puede dividirse en cinco categorías, según lo ha explicado Eduardo Ferrer Mac-Gregor, a la luz de la celebración de los cuarenta años de la institución. La primera línea jurisprudencial concierne a casos de graves violaciones de derechos humanos cometidas durante regímenes autoritarios en la región. Como consecuencia de este contexto histórico en el cual empezó a operar la CorteIDH, los primeros casos abordan crímenes de lesa humanidad como desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, masacres, tortura, etc. Estas decisiones usualmente enfatizan el deber del Estado de investigar, perseguir y sancionar a los responsables de estas violaciones, así como ordenar compensaciones a las víctimas y sus familiares. Un ejemplo es el primer caso, decidido en 1988, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sobre prácticas de desaparición forzada realizadas por el gobierno hondureño a principios de los años ochenta. Los estándares establecidos en este caso aún son utilizados por la Corte IDH en la actualidad.

Otros casos de esta línea corresponden a problemas concernientes a la justicia transicional (*transitional justice*). Entre ellos figuran decisiones relativas a la impunidad, leyes de amnistía, derecho a la verdad y limitación de la jurisdicción militar. Con respecto a las leyes de amnistía, vale la pena resaltar el caso *Barrios Altos vs. Perú* en el que la Corte declaró contrarias al derecho internacional e incluso nulas dos leyes de amnistía aprobadas en 1995 durante el régimen de Fujimori, ordenando la investigación de la masacre y el castigo de los responsables.

La segunda línea jurisprudencial abarca la protección de personas y grupos en situación de vulnerabilidad. La Corte IDH ha establecido altos estándares de protección, a la vez que ha comprometido a los Estados no solo a abstenerse de violar los derechos, sino también a implementar medidas positivas para garantizarlos. Las decisiones emblemáticas comprenden niñez, mujeres, personas mayores, pueblos indígenas, personas con discapacidad, comunidades afrodescendientes, personas LGBTI, migrantes, personas privadas de libertad, desplazados internos y periodistas, entre otros. Un ejemplo de esta jurisprudencia relativa a grupos vulnerables es el fallo en el caso *Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua*, en el que se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva de la tierra como base de su cultura y vida espiritual. Otro caso, *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México,* sobre violencia contra la mujer. En su fallo la Corte IDH ordenó al Estado la investigación de la desaparición y muerte de mujeres en Ciudad Juárez con perspectiva de género, así como la adopción de medidas preventivas para combatir la discriminación contra las mujeres.

La tercera línea jurisprudencial concierne a la protección de la democracia y el Estado de derecho. Estos casos abarcan temas relativos a la independencia judicial, libertad de expresión y acceso a la información, derechos políticos, garantías del debido proceso, división de poderes, todos con miras hacia el fortalecimiento institucional, el combate a la impunidad y la corrupción y, en definitiva, a consolidar el Estado de derecho. Representativas de esta línea jurisprudencial son las sentencias sobre independencia judicial en los casos venezolanos, a saber, *Apitz Barbera y otros, Reverón Trujillo, Chocrón-Chocrón*. Se trató de destituciones arbitrarias de jueces provisorios y la Corte IDH afirmó la obligación de los Estados de asegurar el derecho de los jueces a un juicio imparcial y demás garantías del debido proceso, respetar la independencia judicial así como otorgar estabilidad y permanencia en el cargo.

La cuarta línea jurisprudencial se focaliza en una de las mayores contribuciones de la Corte IDH en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos: las reparaciones integrales. La característica fundamental deriva de que las sentencias de

la Corte IDH no se restringen a medidas pecuniarias, sino que a menudo están destinadas a cambios estructurales en la sociedad. La Corte tiene en cuenta las necesidades de las víctimas e incluso ordena reparaciones colectivas en beneficio de las comunidades afectadas. Asimismo, orienta sus medidas de reparación hacia las garantías de no repetición y a impedir que se repitan las violaciones de los derechos humanos.[42] De esta manera, ejerce una gran influencia en la política de derechos humanos de los Estados. Un ejemplo es el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, en el que se estableció la responsabilidad internacional del Estado por la negativa de brindar información relacionada a un proyecto de industrialización forestal. Como resultado de esta decisión, se aprobó la ley sobre la transparencia en la administración pública y el acceso a la información de la administración estatal.

Una mirada a los casos guatemaltecos sobre violencia contra la mujer —*Isabel Velásquez Paíz* y *Claudina Veliz Franco*—, muestran que la Corte IDH ordenó la creación de un mecanismo eficaz e inmediato de búsqueda de mujeres reportadas como desaparecidas. Como resultado, en 2016, se aprobó la Ley de Búsqueda Inmediata de Mujeres Desaparecidas, en virtud de la cual se creó el sistema de alerta *Isabel-Claudina* para localizar y proteger a las mujeres desaparecidas. Sin duda, no pueden dejarse de mencionarse las reparaciones de naturaleza simbólica ordenadas por la Corte IDH que incluyen ceremonias públicas en las que la sociedad aprende verdades históricas, la denominación de calles o escuelas con los nombres de las víctimas y la creación de monumentos públicos, así como disculpas por parte de altos funcionarios del Estado, por citar algunas de las reparaciones de esta naturaleza.

La quinta y última línea jurisprudencia de la Corte IDH aborda los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y se centra en el tema de su justiciabilidad directa. La propia Convención Americana no contempla un catálogo de estos derechos, pero en su artículo 26 hace referencia a los derechos contenidos en la Carta de la OEA. La justiciabilidad directa de los DESCA fue

[42] Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya: *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 952, en pp. 234-238.

declarada por primera vez por la Corte IDH en 2017 en el caso *Lagos del Campo vs. Perú*.[43] Uno de los aspectos más importantes es el cambio de paradigma de la justiciabilidad desde la interpretación en conexidad con otros derechos civiles y políticos hacia la interpretación autónoma a partir del artículo 26 de la CADH. Otros dos casos de 2019 relevantes en esta línea jurisprudencial son los casos *Poblete Vilches vs. Chile*,[44] vinculado al derecho a la salud de un adulto mayor quien falleció como consecuencia de una atención médica deficiente, y el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, relativo a la responsabilidad del Estado por la violación de los derechos a la salud, la vida, la integridad personal y las garantías judiciales de 49 personas infectadas de VIH.[45]

Igualmente vale mencionar avances de 2019 en el caso *Hernández vs. Argentina*, en el que la Corte analiza la violación del derecho a la salud de una persona privada de libertad[46] y de 2020 en el reciente caso *Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina,* en el cual por primera vez la Corte IDH reconoce la responsabilidad del Estado argentino por la violación al derecho a un medio ambiente sano, a una alimentación adecuada, al acceso al agua y a participar en la vida cultural.[47] Este último caso analiza de manera detallada

43 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Morales Antoniazzi, Mariela, Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión,* Ius Commune *y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, IECQ, Querétaro, 2019. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37411.pdf.

44 Morales Antoniazzi, Mariela, Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, IECQ, Querétaro, 2019. Disponible en https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5591/1.pdf.

45 Morales Antoniazzi, Mariela, Ronconi, Liliana, Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización de los DESCA. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*, IECQ, Querétaro, México 2020. Disponible en https://www.mpil.de/de/pub/forschung/nach-rechtsgebieten/oeffentliches-recht/ius-constitutionale-commune.cfm.

46 Corte IDH, Caso *Hernández vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C, núm. 395.

47 Corte IDH, *Caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sen-

qué implica cada uno de estos derechos, remitiéndose principalmente a las observaciones generales del Comité DESC. Además, precisa la obligación estatal de respetar y garantizar los DESCA así como el deber de prevenir violaciones de terceros mediante el establecimiento de mecanismos adecuados para supervisar y fiscalizar ciertas actividades. En este caso, la Corte IDH se pronuncia sobre las reparaciones específicas vinculadas al derecho al agua, a la alimentación y los recursos naturales, entre ellas, que en el plazo de seis meses Argentina presente un estudio identificando las situaciones críticas de falta de acceso a agua potable o alimentación, y que formule un plan de acción determinando las acciones a realizar y el tiempo en que las ejecutará.[48]

Con sus más de 360 decisiones, la Corte IDH ha producido una jurisprudencia fuertemente adaptada a los problemas estructurales de América Latina, que puede ser interpretada como una forma de política de derechos humanos judicial y que la Corte IDH denomina *corpus iuris*. Este último, así como los efectos de su jurisprudencia, han despertado el debate sobre la legitimidad de sus actos y de la propia Corte como institución. Esta crítica no proviene únicamente de instituciones que han sido el blanco de sus acciones, por ejemplo, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela que sostiene que las sentencias de la Corte IDH son "inejecutables", sino también de autores que en principio apoyan

tencia de 6 de febrero de 2020. Serie C, núm 400. Para todo el debate sobre la justiciabilidad véanse los votos de los jueces de la Corte IDH Eduardo Vio Grossi, Humberto Sierra Porto y Ricardo Pérez Manrique.

48 Entre otros, véase Patarroyo, Paola, Justiciability of 'implicit' rights: Developments on the right to a healthy environment at the Inter-American Court of Human Rights, EJIL-Talk, 11.5.2020. Disponible en: https://www.ejiltalk.org/justiciability-of-implicit-rights-developments-on-the-right-to-a-healthy-environment-at-the-inter-american-court-of-human-rights/; Angel Cabrera, Daniel Cerqueira y Salvador Herencia, Comentarios a la sentencia de la Corte Interamericana sobre el Caso Lhaka Honhat vs. Argentina, BlogDPLF, 30.4.2020. Disponible en: https://dplfblog.com/2020/04/30/comentarios-a-la-sentencia-de-la-corte-interamericana-sobre-el-caso-lhaka-honhat-vs-argentina/; Morales Antoniazzi, Mariela, How a landmark decision from the Inter American Court on Argentina can help shape a response to COVID-19 and the right to water – New momentum for the *ius commune,* CEJIL, 1.6.2020. Disponible en https://cejil.org/en/how-landmark-decision-inter-american-court-ar.

la creatividad y la orientación de su jurisprudencia. Parece ser que la Corte IDH se ha percatado del problema, y la decisión de celebrar "sesiones itinerantes" en los distintos Estados que han aceptado la competencia contenciosa podría considerarse una reacción en este sentido.[49] Las sesiones itinerantes tienen como propósito acercar a la Corte IDH a los Estados parte y a los interesados. El diálogo constante con organizaciones de la sociedad civil también es característico del sistema[50] y mucho más intenso que en el TEDH, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o incluso que muchos tribunales constitucionales.

De conformidad con el artículo 63.2 de la CADH, la Corte IDH podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, en los asuntos que esté conociendo. De allí otra de las competencias de la Corte IDH es emitir medidas provisionales y, mediante dichas medidas da cumplimiento a su mandato transformador. Los casos más comunes conciernen a la protección de testigos, defensores y defensoras de derechos humanos, periodistas u otros representantes de los medios de comunicación, pero también la Corte IDH ha dictado medidas provisionales muy relevantes respecto a las personas privadas de libertad y se advierte el déficit estructural.

En 2020, en el marco de la solicitud de medidas provisionales presentada por las representantes de la víctima del caso *Vélez Loor*, que se encuentra en etapa de supervisión de cumplimiento

[49] Saavedra Alessandri, Pablo y Pacheco Arias, Gabriela, "Las sesiones 'itinerantes' de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América", en García Ramírez, Sergio y Castañeda Hernández, Mireya (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 37-73.

[50] Entre tanta literatura, véase a ilustrativo, Krsticevic, Viviana, "El derecho común transformador: el impacto del diálogo del sistema interamericano de derechos humanos con las víctimas en la consecución de justicia", en Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Morales Antoniazzi, Mariela, Saavedra Alessandri, Pablo (coords.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades* , IECQ, Querétaro, México 2019, pp. 479-512.

de sentencia, mediante resolución de la presidenta, se requirió al Estado de Panamá adoptar todas las medidas adecuadas para proteger efectivamente los derechos a la salud, integridad personal y vida de las personas que se encuentran en las Estaciones de Recepción Migratoria, sin discriminación, incluyendo detección temprana y tratamiento del COVID-19.[51]

Sin duda, la función consultiva de la Corte IDH le faculta para no solo interpretar la Convención Americana y otros instrumentos internacionales, sino que con ella puede incluso, a petición de un Estado miembro, examinar la compatibilidad de sus leyes con los instrumentos internacionales de derechos humanos.[52] Entre las opiniones más significativas figuran la Opinión Consultiva 18 (2003) sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (2003), la Opinión Consultiva 23 (2017) sobre el medio ambiente y los derechos humanos (relativo a los daños ambientales, las condiciones de trabajo precarias y los daños a los cimientos de la agricultura de subsistencia), la Opinión Consultiva 24 (2017) sobre LGTBI/no discriminación (identidad de género e igualdad de parejas del mismo sexo) y la Opinión Consultiva 25 (2018) sobre legislación en materia de asilo.

3.2.3. La dimensión multinivel

El SIDH solo puede hacer realidad su mandato en materia de derechos humanos y su política de derechos humanos en cooperación con instituciones estatales, por tanto, su interacción con los órganos jurisdiccionales nacionales requiere atención especial. Esta cooperación entre instituciones de distintos ordenamientos jurídicos es una tarea difícil, como se manifiesta particularmente en Europa. Existe un amplio consenso en que se trata de una labor que debe ser abordada de manera dialogada.

---

51 Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Medidas Provisionales, Adopción de Medidas Urgentes, Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de mayo de 2020.

52 Para un análisis crítico veáse, entre otros, Roa Roa, Jorge, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 227.

Sobre el SIDH se plantea, por un lado, la cuestión de si las autoridades nacionales y, en especial, los tribunales nacionales cumplen con las sentencias de la Corte IDH. Una misión que por distintas razones no siempre resulta fácil, ya sea porque la fuerza de las sentencias nacionales se interpone, porque hay un conflicto con la Constitución nacional o porque deben adoptarse medidas que afectan los intereses de actores poderosos. Por otro lado, se plantea la cuestión de hasta qué punto las autoridades y tribunales nacionales deben regirse, más allá del caso concreto, por la interpretación de los derechos de la Convención hecha por la Corte IDH. El alcance y la profundidad del impacto de la política interamericana de derechos humanos depende en gran medida de la respuesta a esta pregunta.

Numerosas instituciones nacionales y especialmente tribunales nacionales han incorporado la jurisprudencia interamericana, ya que han encontrado en ella apoyo para su papel "activista" en el proceso de transformación democrática. En lo que concierne a la justicia transicional, estuvieron abiertos a la jurisprudencia interamericana sobre todo los tribunales de Argentina, Colombia y Perú, siendo un buen ejemplo el caso argentino *Simón*. En este último, la Corte Suprema de Justicia de Argentina declaró la inconstitucionalidad de dos leyes de amnistía que fueron aprobadas después de la dictadura (la Ley de Punto Final y la Ley de Obediencia Debida), y basó su decisión en la jurisprudencia de la Corte IDH. Su jurisprudencia sobre la prohibición de la amnistía fue de nuevo invocada por el gobierno peruano tras la caída del régimen de Alberto Fujimori con el fin de establecer un nuevo régimen democrático. Estos son ejemplos meramente enunciativos.

Para la efectividad de una política internacional de derechos humanos es de fundamental importancia determinar hasta qué punto el régimen internacional estipula el funcionamiento de sus decisiones a nivel nacional. Durante décadas, el TEDH ha sido reticente en este punto, en virtud de lo cual el desarrollo en América Latina resulta extraordinario. La figura central de esta discusión se denomina *control de convencionalidad*, que la Corte IDH introdujo en 2006 en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Mediante ella se exige a los tribunales, autoridades y parlamentos estatales la aplicación de la CADH de conformidad con

la interpretación que la Corte IDH haya hecho de la misma. De esta manera la Corte trata de aumentar la eficacia de su política judicial en materia de derechos humanos. En inglés esto se conoce como "*power grab*". Según esta figura, todos los actos estatales quedan sujetos al control de conformidad con la Convención a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH y, en caso de conflicto con la misma, no pueden ser aplicados por los tribunales nacionales. Ello produce efectos sustanciales en la distribución de competencias a nivel estatal: tanto en la relación del poder judicial con los otros poderes como en la jerarquía en el seno del poder judicial mismo.

La doctrina del control de convencionalidad tiene por objeto evitar la aplicación de leyes internas incompatibles con la CADH. La Corte IDH ha incluso ordenado la nulidad de ciertas leyes (particularmente en el caso de las leyes de amnistía), un paso que ni siquiera el TEDH se ha atrevido a dar. En otros casos, la doctrina tiene por objeto permitir a las autoridades estatales cumplir adecuadamente con sus obligaciones de conformidad con el sistema establecido por la CADH y les facilita la ejecución de las sentencias de la Corte IDH. Mediante esta cooperación, la doctrina del control de convencionalidad busca dar forma al carácter complementario (o subsidiario) de la jurisdicción interamericana en relación con los sistemas jurídicos nacionales.[53]

4. Sobre el impacto

Para evaluar el éxito del Sistema Interamericano, y en particular el de la Corte IDH, se ha tomado como parámetro el llamado cumplimiento (*compliance*), es decir, si los Estados realmente implementan sus decisiones. Es bien sabido que la Corte IDH se desempeña, según las estadísticas, pobremente en este aspecto y, por tanto, da la apariencia de ser una corte poco exitosa. Por ello, su política de derechos humanos parece ser más bien una utopía;

[53] Henríquez Viñas, Miriam y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *El control de convencionalidad. Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, Santiago, Der Ediciones, 2017, p. 624.

sin embargo, se tiene que ver más allá del cumplimiento.[54] Este no debería ser el criterio decisivo para evaluar el funcionamiento de un tribunal internacional que aborda problemas estructurales, especialmente cuando dispone de un mandato que le permite contribuir a un constitucionalismo transformador.

La Corte IDH al ejercer este mandato suele ordenar reparaciones que son a menudo difíciles de acatar plenamente, por ejemplo, la persecución de individuos que forman parte de grupos sociales poderosos. Si la Corte IDH aspirara a lograr el pleno cumplimiento, no podría desempeñar su mandato, por tanto, en el constitucionalismo transformador, el criterio de cumplimiento debe dar paso a objetivos más amplios que son complementarios, con el propósito de las bases sociales que den lugar a las transformaciones y que atiendan los problemas estructurales.[55]

Probablemente el efecto más significativo del (SIDH) es el fortalecimiento de los actores que se desempeñan dentro de las políticas de derechos humanos en el contexto latinoamericano. Vale la pena resaltar tres dimensiones. En primer lugar, el SIDH ejerce un papel esencial en la movilización de las organizaciones de la sociedad civil; en segundo lugar, enmarca los debates constitucionales internos, las estrategias de litigio, la argumentación jurídica y la práctica judicial y, en tercer lugar, refuerza el papel de las instituciones estatales con una orientación a los derechos humanos.[56]

---

54 Un estudio amplio con este enfoque en Engstrom, Par (ed.), *The Inter-American Human Rights System: Impact beyond compliance* (Studies of the Americas), 2019.

55 Saavedra Alessandri, Pablo, "40 años cambiando realidades: una mirada al impacto estructurales de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Pablo Saavedra (Coords.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades,* Querétaro-México, Instituto de Estudios Constitucionales, 2019, pp. 555-612. En otra dirección, Huneeus, Alexandra, "The Institutional Limits of Inter-American Constitutionalism", en Dixon, Rosalind, Ginsburg, Tom (eds.), *Comparative Constitutional Law in Latin America*, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 300-324.

56 Keck, Margaret E. y Sikkink, Kathryn, *Activists Beyond Borders. Advocacy Networks in International Politics*, New York, Cornell University Press, 1998, p. 228.

En cuanto a la primera dimensión, el SIDH ofrece a los activistas nacionales y transnacionales la oportunidad de dar visibilidad a los temas de la agenda de derechos humanos, ejercer presión y producir cambios en los sistemas políticos internos. Promueve coaliciones y alianzas entre organizaciones locales con un profundo conocimiento de los problemas locales y se enlazan con organizaciones transnacionales con experiencia en el SIDH.[57] La gran mayoría de las decisiones de la Corte IDH se basan en el litigio estratégico llevado a cabo por organizaciones de la sociedad civil,[58] el cual tiene como objetivo provocar un cambio social; por tanto, el litigio estratégico significa seleccionar casos paradigmáticos o simbólicos.

En segundo lugar, el SIDH ha estimulado un cambio en la autopercepción de los jueces nacionales. Numerosos jueces nacionales se consideran hoy en día jueces interamericanos encargados de hacer efectivas las normas regionales en sus sistemas jurídicos. La tercera y última dimensión se refiere a la interacción del SIDH con otros agentes institucionales, como ministerios, fiscales y otras autoridades. Esta interacción también promueve la difusión del discurso de los derechos humanos y una perspectiva basada en derechos humanos dentro de la política estatal. En resumen, el SIDH desempeña un papel decisivo en la creación de un espacio político en el que los derechos humanos juegan el papel principal.

A título ejemplificativo puede aludirse al caso mexicano. Quizás pionera a nivel global, la Constitución de Querétaro de 1917 profesa claramente un constitucionalismo transformador y diversos artículos subrayan la vocación de cambiar la vida concreta en el país, especialmente de mejorar la situación de vida

---

57 Cavallaro, James L. y Brewer, Stephanie E., "Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court", *American Journal of International Law*, 2008, núm. 102, pp. 768-827.

58 Piovesan, Flávia: "*Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos", en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, 2014, pp. 61-81.

de las ciudadanas y los ciudadanos que se encuentran en condiciones difíciles. Hoy, el impacto del SIDH en el sistema constitucional mexicano es innegable y sus huellas transformadoras se observan en la reforma constitucional de 2011, en reformas legislativas, en la institucionalidad del Estado, en el discurso político, en la opinión pública y en la actividad jurisdiccional, entre tantas otras transformaciones.

Para ver más allá del cumplimiento de las sentencias, se puede explorar también el impacto transformador de la jurisprudencia de la Corte IDH. Como afirma Sergio García Ramírez, la vocación transformadora es la íntima vocación definitoria del Tribunal Interamericano así como la relevancia o trascendencia que esa jurisprudencia está teniendo en los países de América (especialmente América Latina), pese a muchos obstáculos y resistencias. Un caso paradigmático lo representa la innovadora decisión *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México,*[59] que ya cumplió una década. Originalmente considerado por las autoridades locales no como parte de una tendencia o contexto más amplio con relevancia jurídica,[60] se demostró el contexto social de la victimización y se constató el patrón general de violencia en Ciudad Juárez y del feminicidio. La Corte IDH desarrolló las categorías con las que definió la realidad, creando y aplicando ciertos tipos de conocimiento (como estudios estadísticos de violencia contra la mujer y la impunidad), que después impactaron profundamente en la interpretación y aplicación del derecho.

La función epistémica de la Corte IDH no fue en absoluto insignificante. Por el contrario, fue una intervención transformadora clave para definir ese contexto fáctico más amplio proporcionando instrumentos como la estadística, la demografía y la ecología. Al permitirse una descripción diferente de la realidad, estas herramientas cumplen una función epistémica básica. Las categorías cognitivas elaboradas por la Corte IDH encuentran su camino en las prácticas jurídicas nacionales, influyendo, por

[59] Véase Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205.

[60] *Ídem,* párr. 127.

ejemplo, en la forma en que se conciben y ejecutan las reparaciones nacionales.[61] Tales descripciones no son neutrales porque implican elecciones normativas. Las categorías cognitivas creadas van más allá de la mera "traducción" de las realidades domésticas[62] y ayudan a organizar la interpretación de los actores de sus propios contextos.[63]

Entre las herramientas de la Corte IDH, el uso creativo del contexto y de las reparaciones para trascender los casos individuales y lograr un cambio social más amplio son esenciales y exigen comprender el concepto de impacto más allá del mero acatamiento de sentencias, considerando también su influencia en diversas dimensiones y actores.[64] De esta manera, se puede articular la respuesta en torno al potencial transformador de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho.

5. ¿Progreso?

A pesar del desarrollo en el ámbito de la política de derechos humanos, la situación de los derechos humanos en América Latina continúa siendo precaria. Incluso dentro de este ámbito político

---

61 Lina Marcela Escobar Martínez, Vicente F. Benítez-Rojas & Margarita Cárdenas Poveda, "La influencia de los estándares interamericanos de reparación en la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano", *Estudios Constitucionales,* 2011, núm. 2, pp. 165-190. Para una visión general, véase Salvador Herencia, "Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Steiner, Christian *et al.* (eds.), *Sistema interamericano de derechos humanos y derecho penal internacional,* Gotinga, Georg-August-Univ., Inst. de Ciencias Criminales, 2011, pp. 371-392.

62 Sally Merry ha explorado las implicaciones políticas y discursivas de este proceso en Merry, Sally E., *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice,* Chicago, University of Chicago Press, 2005, p. 280.

63 Más detalladamente, véase Jasanoff, Sheila, "The Idiom of Co-Production", en Jasanoff, Sheila (ed.), *States of knowledge: The co-production of science and social order,* Nueva York, Taylor & Francis Ltd, 2004, pp. 1-12.

64 Bogdandy, Armin von, Urueña, Rene, "International Transformative Constitutionalism in Latin America", *American Journal of International Law*, 1-85, 2020. Disponible en: 10.1017/ajil.2020.27. En esta obra véase la contribución con Rene Urueña en idioma español.

existen problemas considerables. A modo de conclusión se describirán dos de ellos, a saber, las reacciones en contra (*backlash*) de la influencia del SIDH,[65] así como el uso de los derechos humanos por fuerzas que pronuncian discursos contrarios a los estándares.[66]

La reacción en contra es particularmente grave en Venezuela. Este país, inicialmente, respaldó los desarrollos del SIDH. Después de la entrada en vigencia de la nueva Constitución de 1999, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia reconoció en 2003 que, según el artículo 23, los tratados de derechos humanos, incluida la CADH, forman parte integrante del bloque de constitucionalidad.[67] La Sala Constitucional incluso declaró la primacía de los derechos humanos,[68] y aún en 2011 confirmó que los tratados de derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad;[69] sin embargo, en el marco del creciente autoritarismo en Venezuela, que se reflejó en la falta de independencia e imparcialidad del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala Constitucional declaró en 2008 la inaplicabilidad del fallo de la Corte IDH sobre la reincorporación de los jueces destituidos (caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*). La resistencia al SIDH llegó a tal punto que la Sala Constitucional instruyó al gobierno para que se retirara de la Convención Americana. Venezuela denunció la CADH en 2012 y su membresía de la OEA en 2017.

Venezuela representa un ejemplo extremo, pero no es un caso aislado. Se puede observar resistencia en numerosos Estados. En Costa Rica, que ha tenido tradicionalmente una postura de inter-

65 Soley, Ximena, Steininger, Silvia, "Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights", *International Journal of Law in Context,* 2018, núm. 14, pp. 237-257; Disponible en: https://doi.org/10.1017/S1744552318000058.

66 Urueña, René, "Evangelicals at the Inter-American Court of Human Rights", *AJIL Unbound,* 2019, núm. 113, pp. 360-364. Disponible en https://doi.org/10.1017/aju.2019.64.

67 SC/TSJ. Sentencia 23, caso *Harry Gutiérrez Benavides y otro*, 22 de enero de 2003.

68 SC/TSJ. Sentencia 1173, caso *Esteban Gerbasi*, 15 de junio de 2004.

69 SC/TSJ. Sentencia 1089, caso *Analya Belisario y otros vs. Consejo Nacional Electoral*, 13 de julio de 2011.

pretación conforme con la CADH, se originó una controversia con la Corte Suprema de Justicia cuando la Corte IDH dictaminó en 2017, a petición del gobierno costarricense, que existe el deber de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. En 2018, debido entre otros factores a la creciente influencia de las fuerzas evangélicas, la opinión consultiva OC 24 se convirtió en un tema disputado en la campaña de las elecciones presidenciales, dando como resultado el aumento de popularidad del candidato de la oposición, Fabricio Alvarado, predicador evangélico y férreo opositor al matrimonio igualitario. La resistencia también se observa en la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina de 14 de febrero de 2017, en la que desconoció sus obligaciones en materia de libertad de expresión reconocidas por la Corte IDH en el caso *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*.

Igualmente, diversos grupos están utilizando los derechos humanos para empujar contracorriente a los estándares sentados en el ámbito de la política de derechos humanos. Bolivia ofrece un ejemplo en este sentido en el contexto de la reelección. Evo Morales, siendo presidente, perdió el referéndum de 2016 que supondría su reelección. No obstante, acudió con posterioridad ante el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, alegando la prohibición de reelección como discriminatoria. En su decisión, de 28 de noviembre de 2017, dicho Tribunal declaró procedente la petición, justificándola sobre la base del control de convencionalidad y el artículo 23 de la CADH. Una situación similar se observa en Nicaragua, ya que Daniel Ortega, que había sido presidente de 1979 a 1990, fue reelecto en 2007 y 2012. Para hacer posible la última reelección, que constituía una violación del artículo 147 de la Constitución nicaragüense, obtuvo la declaratoria de conformidad de su solicitud mediante sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de ese país, bajo el argumento de los derechos humanos.

El ámbito de la política de los derechos humanos en América Latina es objeto de disputas; sin embargo, es importante comprender estas resistencias como un paso adelante, ya que décadas atrás estas dinámicas eran simplemente impensables.

El mandato transformador del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Legalidad y legitimidad de un proceso iurisgenerativo extraordinario*

*Armin von Bogdandy***

1. Introducción

Para estudiar el derecho constitucional en América Latina frente al derecho internacional no hay instrumento más importante que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). En los últimos 40 años, este instrumento se ha convertido en un

* Esta contribución se basa en una ponencia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) con ocasión del 40º aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Se refiere a otras conferencias dadas durante las celebraciones en San José, que se publicarán en breve en la página web de la Corte IDH. Agradezco a la *Dienstagsrunde* por sus críticas y a Ximena Soley por el apoyo investigativo. Traducción de David Geng y revisión de Miriam Lorena Henríquez Viñas, René Urueña, Juana María Ibáñez y Mariela Morales Antoniazzi. Armin von Bogdandy, *El mandato transformador del sistema interamericano de derechos humanos. Legalidad y legitimidad de un proceso jurisgenerativo extraordinario*, en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN 9, México, julio Diciembre 2019, pp113-142. Igualmente en: Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Pablo Saavedra Alessandri (coords.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades* (IECQ, Querétaro, México 2019).

** Director del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público.

pilar del constitucionalismo transformador latinoamericano. A nivel mundial es quizás el instrumento más relevante de este tipo. Ello hace emerger dos interrogantes: ¿cómo ha sido posible este desarrollo extraordinario?, y ¿es válido y legítimo? Las respuestas exigen, ante todo, estudiar si está sustentado por su mandato.

Constitucionalismo transformador significa interpretar y aplicar las normas de carácter constitucional de manera que impulsen un cambio social profundo para conseguir determinados objetivos constitucionales.[1] En América Latina, el constitucionalismo transformador es definido por los desafíos que plantean la violencia extendida,[2] la exclusión social,[3] la desigualdad extrema[4] y la debilidad de muchas instituciones nacionales.[5] Tal debilidad obedece, entre otros factores, a fenómenos como el hiperpresidencialismo, la falta de independencia judicial y la corrupción.[6]

---

1 El término fue acuñado por Klare, Karl E., "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, 1998, pp. 146 y 150.

2 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe Anual 2018, en particular el Capítulo IV sobre el desarrollo de los derechos humanos en la región, *http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2018/indice.asp.*

3 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama Social de América Latina, 2018,* LC/PUB.2019/3-P, Santiago, 2019, pp. 153 y ss.

4 CIDH, Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas, de 7 de septiembre de 2017, *http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf.*

5 Roberto Gargarella plantea que América Latina se caracteriza por sus "democracias defectuosas". En tal sentido, los problemas que considera distintivos de los sistemas constitucionales defectuosos son seis: *1)* la exclusión política, económica y social; *2)* el problema de la "disonancia democrática" (elitismo que sigue presente en el entramado institucional que excluye políticamente a la sociedad y no le permite articular los asuntos comunes); *3)* las dificultades derivadas de la concentración de poderes; *4)* los problemas generados por una multiplicidad de derechos sociales que el sistema institucional invoca, pero no ayuda a satisfacer; *5)* el problema del perfeccionismo moral; *6)* los altos niveles de violencia política y social existentes. Gargarella, Roberto, "Constitucionalismo dialógico en democracias defectuosas", Disertación en el Seminario García Pelayo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 27 de febrero de 2019.

6 Bogdandy, Armin von *et al*., *"Ius Constitutionale Commune* en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism", en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin*

Por supuesto, los tribunales no pueden ni deben impulsar tal cambio por sí solos. Transformaciones de esta dimensión requieren un gran esfuerzo de múltiples actores de toda la sociedad y decidida voluntad política.[7] Como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha precisado a través de su doctrina del control de convencionalidad, todas las instituciones —y no solo el poder judicial— son responsables de la protección de los derechos humanos. Sin embargo, esto no reduce la importancia de la contribución del poder judicial para perseguir dichos objetivos, lo que se puede constatar en varios países, por ejemplo: la sanción sobre el terrorismo de Estado en Perú, la inclusión de los pueblos indígenas en el proceso político en Ecuador, la protección de personas homosexuales en Chile,[8] o —como ejemplo de un proceso llevado a cabo mayormente por un solo Estado— el impulso para un verdadero sistema de salud pública en Colombia.[9]

Estructuro mi argumento en seis partes. La primera explica cómo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos recibió, gracias a una evolución constitucional en América Latina, su mandato para apoyar el constitucionalismo transformador. La segunda atiende a la legitimidad social de la que goza este man-

---

America. The Emergence of a New Ius Commune, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 5 y 7.

7 Huneeus, Alexandra, "Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights", *Cornell International Law Journal*, vol. 44, núm. 3, 2011, pp. 393-533; Dulitzky, Ariel E., "El impacto del control de convencionalidad. Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos", en Rivera, Julio César (ed.), *Tratado de los Derechos Constitucionales,* Abeledo Perrot, 2014, pp. 533 y ss., y Soley, Ximena, "The Transformative Dimension of Inter-American Jurisprudence", en Bogdandy, Armin von *et al*. (eds.), *op. cit*., pp. 338 y 344.

8 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75; *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001, Serie C, núm. 83; *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 162; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245; *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239.

9 Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-760/08, de 31 de julio de 2008.

dato hoy en día. La tercera se focaliza en el derecho común de los derechos humanos, quizás su instrumento transformador más relevante, mientras la cuarta examina las salvaguardias para su ejercicio legítimo. La quinta parte está destinada a esbozar algunas medidas para evaluar el éxito del Sistema Interamericano al ejercer su mandato y, en sexto lugar, concluiré con una nota sobre el valor de la crítica.

2. La evolución del mandato

Desde principios del siglo xxi, la Convención Americana brinda a las instituciones del Sistema Interamericano un mandato para participar en el constitucionalismo transformador en las Américas. Este mandato es el fundamento jurídico de una jurisprudencia de los derechos humanos que aborda los problemas estructurales en la región, en concreto, las instituciones débiles, la exclusión social y la violencia. Esta jurisprudencia configura un tipo de *ius constitutionale commune* en América Latina,[10] un derecho común de derechos humanos que tiene influencia real en la vida de las personas.

¿Cómo es esto jurídicamente posible? En la Convención Americana no se observan disposiciones específicas para fomentar tal mandato. De hecho, prácticamente nadie sospechaba, ni en 1969 ni en 1978, que la Convención pudiera brindar la base para un constitucionalismo transformador. Basta recordar las políticas y orientaciones de los gobiernos de aquella época.[11] No obstante, cuatro décadas más tarde, sí se puede constatar que la Conven-

[10] Para una terminología similar véase Restrepo Piedrahita, Carlos, *Tres ideas constitucionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 137; Häberle, Peter, "Mexiko —Konturen eines Gemeinamerikanischen Verfassungsrechts— ein jus commune americanum", *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, núm. 52, 2004, p. 581; Häberle, Peter y Kotzur, Markus, *De la soberanía al derecho constitucional común,* México, UNAM, 2003.

[11] Sobre el antes inimaginable potencial de la Convención, así como la evolución inesperada que condujo a resultados innovadores, véase Farer, Tom J., "The Rise of the Inter-American Human Rights Regime: No Longer a Unicorn, Not Yet an Ox", *Human Rights Quarterly*, vol. 19, núm. 3, 1997, pp. 514 y ss.; Ragone, Sabrina, "The Inter-American System of Human Rights: Essential Features", en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *op. cit.,* p. 281.

ción Americana encomienda tal mandato al Sistema Interamericano y, sobre todo, a su Corte.

¿Cómo sucedió esto? En los años sesenta y setenta la mayoría de los países de América Latina estaban sujetos a gobiernos autoritarios o represivos. Solo a partir de los años ochenta la mayoría de los países de la región se orientó hacia la democracia. Mientras lo hacían, tenían ideas claras sobre qué hacer. La más significativa era la máxima "nunca más" dictaduras militares. Pero los países también buscaron un consenso social más amplio.

Partiendo de estos objetivos, adoptaron varias medidas. Cabe poner de relieve que en la mayoría de las constituciones se incluyeron amplios catálogos de derechos, a menudo progresivos. También abrieron sus constituciones hacia los tratados internacionales de derechos humanos, e incluso, varias de ellas atribuyeron a los tratados de derechos humanos un rango especial en su ordenamiento jurídico interno.[12] De este modo, las constituciones superaron un entendimiento de la soberanía con frecuencia excesivamente rígido y se sumaron a un sistema regional para afianzar la garantía de los derechos humanos.

En este contexto, la Corte Interamericana, inspirada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), las Organizaciones no gubernamentales (ONG) y —notablemente— por las fuerzas nacionales afines, empezó a interpretar las disposiciones de la Convención de una manera evolutiva que condujo a una forma específica de constitucionalismo transformador, a una forma latinoamericana.

El constitucionalismo transformador, es decir, el entendimiento del derecho constitucional como un instrumento de cambio profundo se puede encontrar en varios países. La Constitución mexicana de 1917, la Constitución italiana de 1947 o la Constitución portuguesa de 1976 son buenos ejemplos. Pero los tribunales de estos países no siguieron el programa transformador establecido en el texto constitucional. A diferencia de ello, la Corte Suprema de India y las cortes constitucionales de Sudáfrica

12 Morales Antoniazzi, Mariela, *Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*, México, UNAM, 2014.

y Colombia se tomaron sus constituciones transformadoras y su mandato en serio, generando así una jurisprudencia distinta que aborda problemas estructurales.[13] De hecho, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia jugó un papel relevante en el camino hacia el acuerdo de paz colombiano que recibió el Premio Nobel de la Paz en 2016.[14]

El constitucionalismo transformador es un fenómeno global, pero existen dos singularidades latinoamericanas que se deberían destacar: la primera es que no solo es apoyado por la Constitución nacional, sino también por un régimen internacional con dos instituciones operativas: la CIDH y la Corte IDH.[15] La segunda es que este sistema de dos niveles es complementado por un diálogo horizontal entre instituciones nacionales que comparten esta visión, fundamentalmente por los jueces nacionales encargados de la justicia constitucional, pero también por fiscales o defensores del pueblo, sin olvidar a las ONG y, entre otros, el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

A través de este discurso regional, las instituciones nacionales de varios países involucradas en el constitucionalismo transformador se apoyan mutuamente y, por consiguiente, fortalecen este fenómeno. El plano internacional es esencial para este ancla-

13 Para el fenómeno global véase Bonilla, Daniel (ed.), *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2015; Hailbronner, Michaela, "Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South", *American Journal of Comparative Law*, vol. 65, 2017, p. 527.

14 Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército del Pueblo (FARC-EP) y Gobierno de Colombia, Acuerdo Final Para La Terminación Del Conflicto y La Construcción de Una Paz Estable y Duradera, 24.11.2016; Céspedes-Báez, Lina M. y Prieto Rios, Enrique, *Utopía u oportunidad fallida: análisis crítico del Acuerdo de Paz*, Rosario, 2017; Huneeus, Alexandra y Urueña, René, "Symposium on the Colombian Peace Talks and International Law", *American Journal of International Law Unbound*, vol. 110, 2016, p. 161.

15 Uprimny, Rodrigo, "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina", en Rodríguez Garavito, César (ed.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, pp. 109 y 114.

je horizontal, porque las decisiones de la Corte Interamericana disponen de gran parte de la sustancia que impulsa el discurso regional.[16] Los jueces nacionales pueden conectarse más profundamente cuando discuten sobre un sistema regional común, sobre casos que les conciernen a todos. Este proceso dinámico tiene lugar en un entrelazamiento continuo y, por ende, sustenta la legitimidad de la Corte Interamericana, cuyo fundamento está formado por una densa red de finas raíces que crecen profundamente en el tejido social de cada Estado de la región.

Con su paso atrevido de crear la doctrina del control de convencionalidad, la Corte IDH contribuyó decisivamente a propiciar este desarrollo.[17] El término "derecho común" representa un concepto para lo que se está configurando, ya que el control de convencionalidad conlleva que la jurisprudencia que surge de la interpretación de la Convención y emana de la Corte, tenga que informar e incluso guiar a cada juez de la región.

Ciertamente, como subraya la Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay, de 11 de abril de 2019, la cosa juzgada afecta solamente a las partes del litigio. Sin embargo, es también fundamental considerar los demás efectos de una sentencia internacional que son universalmente reconocidos. Cualquier corte internacional, incluso la Corte Interamericana, para no ser arbitraria, debe, en principio, aplicar la misma interpretación

---

16 Instituciones relevantes parecen ser el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; The rule of law-program of the Konrad Adenauer-Stiftung (véase su Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, *https://www.kas.de/web/rspla/publikationen/einzeltitel/-/content/anuario-de-derecho-constitucional-latinoamericano)* así como el Yale Law School Latin American Legal Studies.

17 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154. Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional", en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (eds.), *Formación y perspectiva del Estado Mexicano*, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 151-188; Henríquez, Miriam y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, Santiago, DER Ediciones, 2017.

a casos futuros similares. De ello deriva la función orientadora de su jurisprudencia para cada tribunal nacional bajo una constitución que atribuye al derecho internacional de los derechos humanos un papel importante en el ordenamiento interno.[18] En este marco, el control de convencionalidad es ciertamente una interpretación avanzada de esta doctrina reconocida, pero nada fuera de su ámbito lógico.[19]

En consecuencia, cada juez nacional se convierte en un juez interamericano, lo que expande enormemente el alcance de la Convención Americana. Para entender el impacto social y político de esta doctrina, se ha de recordar la relevancia política de diversos casos paradigmáticos, por ejemplo, las violaciones masivas de los derechos humanos cometidas por actores a menudo vivos y a veces aun poderosos.

---

18 Reveladora la discusión sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Tribunal Constitucional Federal Alemán Urt. v. 14.10.2004, 2 BvR 1481/04 = BVerfGE 111, 307; Urt. v. 4.5.2011, 2 BvR 2365/09 = BVerfGE 128, 326 (364 ff.); BVerfGE 128, 326 (368); BVerfG, Urt. v. 12.6.2018, 2 BvR 1738/12 u.a., Rn. 129; Corte Constitucional Italiana, decisiones núm. 348 y núm. 349/2007. El concepto es de Mosler, Hermann, "Schlußbericht über das Kolloquium", en Maier, Irene (ed.), *Europäischer Menschenrechtsschutz. Schranken und Wirkungen*, C.F. Müller, 1982, pp. 355-366.

19 Resulta ilustrativa la respuesta del presidente de la Corte Suprema de Justicia de Chile ante la Declaración de Presidentes, pues el 24 de abril de 2019, Haroldo Brito sostuvo que "en la actualidad resulta impensable un control jurisdiccional que desatienda la aplicación de los tratados internacionales o los estándares elaborados para los órganos de control de los tratados, puesto que si algo distingue a la jurisprudencia actual es ser más proclive a la integración del derecho internacional de los derechos humanos en la decisión de los casos" *(https://www.eldinamo.cl/nacional/2019/04/24/corte-suprema-y-polemica-por-cidh-la-justicia-esta-ligada-a-tratados-internacionales/)*. El 26 de abril de 2019, la Corte Suprema de Justicia chilena hizo público su veredicto de dejar sin efecto los fallos condenatorios de ocho personas mapuche bajo la Ley Antiterrorista. Esta resolución es adoptada en cumplimiento de la reparación ordenada por la Corte IDH en la sentencia de 2014 en el caso *Norín Catriman y otros*, en la que determinó que dichas condenas resultaron de procesos que no cumplieron con el debido proceso y fueron discriminatorios. Comunicado vía electrónica. *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.

Parece fácil describir esta interpretación evolutiva de la Corte Interamericana como "activismo judicial", que iría más allá del mandato, o calificarla de "ultra vires", y, por ende, no conforme a la Convención. Aun así, pocas instituciones nacionales han llegado a esta conclusión.[20] En general se acepta la interpretación evolutiva como válida y legítima. La misma Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay de 11 de abril de 2019, aunque crítica en varios puntos, reconoce el valor fundamental de tal operación del Sistema. ¿Por qué? Porque esta interpretación evolutiva no ha sido el resultado de un proceso unilateral de arriba-abajo de una corte buscando hegemonía, sino, más bien, de un proceso en el cual han coadyuvado numerosos actores.

Primero, la mayoría de las constituciones atribuye un papel clave a la Convención Americana y sus instituciones en su ordenamiento jurídico interno, es decir, están integradas en las bases constitucionales de los Estados parte de la Convención. Doctrinalmente se define como el bloque de constitucionalidad, formado por la Constitución nacional y la Convención.[21] Por tanto, en términos de teoría constitucional, este desarrollo del mandato se puede explicar como un caso de cambio constitucional. La doctrina del cambio constitucional muestra la profundidad en que pueden impactar los cambios morales y políticos en las sociedades en cuanto al significado de la ley, sin que se produzca ningún

[20] Entre estas, la decisión de la Corte Suprema de Argentina en *Fontevecchia* parece de importancia particular, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico *vs.* Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", de 14 de febrero de 2017, párrs. 6 y ss., esp. 12. El Gobierno de República Dominicana expresó su rechazo a una resolución de la Corte IDH de fecha 12 de marzo de 2019, en la que ha reiterado tener competencia para conocer casos dominicanos relativos al derecho de la nacionalidad. Se argumenta que se contraría la decisión del Tribunal Constitucional núm. 256-14, de noviembre de 2014, que declaró la inconstitucionalidad del Instrumento de Aceptación de la Competencia de la Corte IDH, de fecha 19 de febrero de 1999.

[21] Góngora Mera, Manuel, *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, IIDH, 2011.

cambio formal (Georg Jellinek, Bruce Ackerman).[22] Se trata, sobre todo, de las disposiciones estructuradas de manera abierta, representando los derechos humanos el ejemplo clásico. La doctrina de la interpretación evolutiva constituye la base metodológica para este cambio.[23]

Segundo, la jurisprudencia de la Corte IDH responde a las expectativas e interpretaciones aportadas por numerosos actores.[24] De hecho, la interpretación evolutiva de la Corte se enriquece con los distintos progresos *in situ* en toda la región, jugando un papel clave las organizaciones de la sociedad civil. Al mismo tiempo, la posibilidad de generar litigio estratégico ante la Corte facilita el fortalecimiento de tales organizaciones de la sociedad civil, que no solo son esenciales para los derechos humanos, sino también para la democracia en la región.

Tercero, instituciones nacionales han reconocido este impulso transformador del mandato. Hay actores nacionales que encomiendan a la Corte IDH resolver bloqueos institucionales a nivel doméstico, es decir, desencadenar acciones para enfrentar aparatos estatales y burocracias que bloquean la democracia y el cumplimiento de los derechos.[25] Los tribunales nacionales han aceptado y respaldado esta interpretación, entendiendo su valor para el cumplimiento de sus mandatos constitucionales nacionales, lo que se puede constatar en la integración de la jurispruden-

---

22 Para más detalles véase Bernal, Carlos, "Prefacio Cambio Constitucional Informal: Una Introducción Crítica", en Albert, Richard y Bernal, Carlos (eds.), *Cambio constitucional informal*, Editorial Universidad Externado, 2016, p. 9.

23 Esta doctrina, característica del TEDH, ha sido muy discutida. Véase, por ejemplo, Bernhardt, Rudolf, "Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte", en Breitenmoser, Stephan (ed.), *Human rights, democracy and the rule of law: Liber amicorum Luzius Wildhaber,* 2007, p. 91; Letsas, George, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights,* Oxford, Oxford University Press, 2007, cap. 3.

24 Soley, Ximena, *op. cit*., pp. 352-355.

25 Parra Vera, Óscar, "El impacto de las decisiones interamericanas: notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al «empoderamiento institucional»", en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), Ius Constitutionale Commune *en América Latina. Textos básicos para su comprensión,* Querétaro, IECEQ, 2017, p. 511.

cia interamericana en muchas decisiones nacionales. Ciertos jueces nacionales incluso reconocen la construcción de un "derecho común" y se refieren a sí mismos explícitamente como "jueces interamericanos".[26] También, la rama política ha respondido positivamente. Solamente consideren el caso de Uruguay, que en 2018 nombró juez para la Corte IDH a un magistrado de su Corte Suprema que había exigido la implementación de la sentencia *Gelman vs. Uruguay*.[27] Sin duda, fue una señal de apoyo importante, considerando la crítica que la Corte IDH recibió por dicha decisión.[28]

Por supuesto, no todos están de acuerdo en que la Corte IDH asuma este mandato poderoso y transformador; al contrario, se ve enfrentado a inercia y resistencia. Pero las fuerzas que interpretan la Convención de tal modo tienen suficientes argumentos para sostener su fundamentación jurídica y, no menos importante, cuentan con suficiente respaldo para avanzar en este camino. El mandato goza de sólida legitimidad social.

3. La legitimidad del mandato transformador

Los festejos del 40 aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana brindan una excelente posibilidad para estudiar la legitimidad social del Sistema Interamericano al promover

---

26 Véase las contribuciones a esta conferencia de Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (México), Carmen María Escoto (Costa Rica) y Dina Ochoa Escribá (Guatemala).

27 OEA, Asamblea General, "Concluyó la 48.ª Asamblea General de la OEA", Comunicado de Prensa, Fotonoticia FNC-94314 (5 de junio de 2018) – "Ricardo Pérez Manrique (Uruguay) fue elegido juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".

28 Gargarella, Roberto, "Sin lugar para la soberanía popular: democracia, derechos y castigo en el caso *Gelman," Latin-American Seminar on Constitutional Theory and Policy*, Yale University, 2013, *https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf;* Sferrazza Taibi, Pietro, "¿Amnistías democráticas? El Caso Gelman *vs.* Uruguay de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un caso práctico para una reflexión teórica", en Alda Mejías, Sonia y Ángel Santano, Silvia (eds.), *La seguridad, un concepto amplio y dinámico: V Jornadas de estudios de seguridad*, IUGM-UNED, 2013, pp. 93-124.

este mandato transformador. Las celebraciones de los aniversarios de instituciones internacionales, en general, y de sus cortes, en particular, no son un gasto inútil de fuerza, tiempo y dinero.[29] Al contrario, estas festividades sirven para el buen funcionamiento de estas instituciones y el cumplimiento de sus mandatos. Sustentan lo que, sin duda, es su recurso más preciado: su legitimidad social. Sin una amplia aceptación social ningún tribunal puede cumplir su misión.

En el caso de la conferencia organizada para conmemorar el 40 aniversario, puede afirmarse que esta representa un brillante ejemplo de cómo se pueden utilizar las celebraciones para reforzar precisamente la legitimidad social. De hecho, la celebración muestra un gran éxito en términos jurídicos, políticos y sociales.

El éxito en el aspecto jurídico es fácil de constatar. En primer lugar, la celebración ha propiciado numerosas contribuciones científicas de alto nivel, tanto por la academia como por juristas de la praxis.[30] Estas han evaluado y elogiado el trabajo del Sistema Interamericano, en general, y de la Corte, en particular, reforzando con ello su autoridad. Al mismo tiempo, los ponentes formularon varias propuestas sobre el modo de avanzar, respaldando así los diferentes caminos que el Sistema pueda tomar. La autoridad académica de los ponentes afianza la legitimidad de la Corte.

Esta celebración igualmente ha sido un éxito político, como lo demuestra el número y el perfil de los asistentes.[31] La mera presencia de representantes de varias instituciones públicas importantes constituye una manifestación del respaldo político del que goza el Sistema Interamericano. Sin embargo, una presencia

[29] Vauchez, Antoine, "Keeping the dream alive: the European Court of Justice and the transnational fabric of integrationist jurisprudence", *European Political Science Review*, vol. 4, 2012, pp. 51-71.

[30] Véase las contribuciones en el próximo volumen de las memorias del 40 Aniversario de la Corte Interamericana.

[31] El programa de la reunión se puede consultar en Corte IDH, Comunicado de Prensa, CorteIDH_CP-31 /18, "Más de 1500 personas asisten a la semana de eventos en conmemoración del 40 aniversario de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", de 23 de julio de 2018, *http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_31_18.pdf*.

más visible de más Estados que están sujetos a la jurisdicción de la Corte IDH habría sido bienvenida. Ahora bien, haber logrado que todas las instituciones representadas en el evento conmemorativo hayan expresado su apoyo a la labor del Sistema revela un hecho de alta connotación política.

La Corte IDH, en el marco de la ceremonia, contó con manifestaciones positivas del poder ejecutivo. Dos voces fueron particularmente significativas en este sentido. El presidente de Costa Rica intervino en dos ocasiones a fin de expresar su profundo compromiso con el Sistema Interamericano, pese a una situación de conflicto político interno en cuanto a la autoridad de la Corte IDH.[32] Tal apoyo por parte del más alto representante del país anfitrión es revelador. Asimismo, el secretario general de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), probablemente el más alto representante del Sistema Universal, estuvo presente en esta celebración en honor a la Corte y expresó su apoyo inequívoco al Sistema Interamericano. Este apoyo no es evidente, teniendo en cuenta la tensión subyacente entre los sistemas regionales y el universal: después de todo, la fragmentación del derecho internacional sigue siendo un problema.[33]

En cuanto al poder judicial, la semana de festividad dejó en evidencia que la Corte Interamericana está apoyada por una red de tribunales, tanto internacionales como nacionales. Los otros dos tribunales regionales de derechos humanos, el europeo y el

---

[32] Nota de prensa en línea, "Costa Rica y la Corte Interamericana cumplen, entre presiones, 40 años de una relación estrecha", Semanario Universidad, de 18 de julio de 2018, *https://semanariouniversidad.com/pais/costa-rica-y-la-corte-interamericana-cumplen-entre-presiones-40-anos-de-una-relacion-estrecha/;* Nota de prensa en línea, "Fabricio Alvarado: 'Corte Interamericana no puede legislar en el país'", La República, de 16 de marzo de 2018, *https://www.larepublica.net/noticia/fabricio-alvarado-corte-interamericana-no-puede-legislar-en-el-pais-para-eso-estan-los-diputados,* y Nota de prensa en línea, "Fabricio Alvarado dispuesto a salirse de la Corte IDH para que no le 'impongan' agenda LGTBI", elmundo.cr, de 11 de enero de 2018, *https://www.elmundo.cr/fabricio-alvarado-dispuesto-salirse-la-corte-idh-no-le-impongan-agenda-lgtbi/*.

[33] Payandeh, Mehrdad, "Fragmentation within International Human Rights Law", en Andenas, Mads y Bjorge, Eirik (eds.), *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence of International Law*, CUP, 2015, pp. 297-319.

africano, participaron en el evento y estuvieron representados por sus presidentes y otros jueces. Para algunos de los jueces africanos, dicha participación conllevó viajes verdaderamente extenuantes; por tanto, su presencia es una clara señal de apoyo. Incluso dio lugar a un acuerdo de cooperación suscrito entre los tres tribunales regionales de derechos humanos, lo que demuestra la voluntad de profundizar su interacción.[34]

Los conflictos o desacuerdos entre la Corte Interamericana y otros tribunales internacionales, debido a cuestiones como la fragmentación, palidecen en comparación con los que pueden surgir con los tribunales nacionales. Solo hay que considerar la audacia de la Corte Interamericana con la doctrina del control de convencionalidad. Por tanto, la presencia de jueces de tribunales nacionales, sobre todo de aquellos con los cuales hay tensiones, es de enorme transcendencia.[35] Más importante aún, todos expresaron su apoyo al Sistema Interamericano, como a la Corte IDH. Si se tiene en cuenta que también se expresaron profundos desacuerdos, la manifestación de reconocimiento adquiere un valor adicional. Obviamente, la dimensión real del apoyo de los poderes judiciales nacionales a la Corte Interamericana no se puede deducir de estas pocas declaraciones, aunque es cierto que la Corte Interamericana no está sola.

Finalmente, el evento fue un éxito social. La inesperada afluencia de participantes hizo necesario trasladar las celebraciones a las salas más grandes de Costa Rica. La semana de festejos parece haber fortalecido el sistema social que, en definitiva, determina el éxito de la Convención Americana. Por tanto, cabe destacar la participación de una serie de organizaciones sociales y de víctimas individuales. Se hizo evidente que el Sistema Interamericano no solo está integrado por instituciones oficiales, sino por individuos y grupos de individuos, que son una parte

34 Corte IDH. Comunicado de Prensa, Corte IDH_CP-31 /18, *op. cit*. p. 2.

35 Supremo Tribunal Federal (Brasil), Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Corte Suprema de Justicia (Chile), Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), Corte Constitucional de Colombia, Corte Suprema de Costa Rica. Agenda del 19 de julio de 2018, *http://www.corteidh.or.cr/40aniversario/informacion/agenda_jueves.pdf*.

activa del Sistema. Tal como expresó Lucrecia Molina Theissen[36]: su participación activa ante los órganos del Sistema Interamericano la convirtió en una "ciudadana".

La amplitud y profundidad del Sistema Interamericano, el hecho de que vincule a diferentes instituciones nacionales con la sociedad civil, impacta la legitimidad de la Corte. Al mismo tiempo, denota la fuerza oculta del Sistema: consiste en mucho más que sus instituciones —la Corte y la Comisión, con sus siete jueces, siete comisionados, y su personal—. El Sistema Interamericano se basa hoy en una red robusta de miles y miles de personas cuyo objetivo es transformar América Latina a la luz de los derechos humanos.

Las celebraciones han esbozado quién pertenece al Sistema y cuál es su identidad. Un sistema jurídico a menudo se identifica por sus grandes casos, que son constantemente invocados por sus miembros y que forman parte de su narrativa.[37] La Corte, en la publicación diseñada con ocasión de la celebración titulada "40 años protegiendo derechos" señaló las decisiones que desde su punto de vista son trascendentales.[38] La importancia de estas decisiones ha sido reiterada por casi todos los participantes. Otro elemento central de la identidad es la finalidad del Sistema Interamericano. En este sentido, ha habido un amplio consenso durante las celebraciones: combatir la violencia y la exclusión social y fortalecer las instituciones débiles. La creencia de estar involucrado en un proyecto de tal dimensión robustece la identidad del grupo.

4. Un derecho común latinoamericano como la encarnación del mandato

Una parte esencial de la legitimidad e identidad del Sistema Interamericano es la convicción de múltiples actores jurídicos de que

[36] Corte IDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C, núm. 106.

[37] Yang, Nele, *Die Leitentscheidung*, Springer, 2018, pp. 6 y ss.

[38] Corte IDH. *40 años Protegiendo Derechos*, Corte IDH/GIZ, 2018, pp. 42-55, *http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/40anos_esp.pdf*.

el Sistema contribuye al desarrollo de una normativa regional de derechos humanos para aproximarse a los problemas estructurales de la región,[39] que abarca tanto el derecho internacional como el nacional. Este derecho latinoamericano no es un castillo en el aire. Aunque seguramente todavía no es un entendimiento jurídico compartido por todos los actores jurídicos relevantes, sí tiene impacto real en la región. Después de esta semana de celebraciones, tres rasgos de este derecho común destacan visiblemente.

Un primer rasgo fundamental de un derecho común latinoamericano de derechos humanos es la creencia compartida de que el derecho común latinoamericano realmente existe y abarca la Convención Americana y los sistemas jurídicos nacionales. Tal vez su manifestación más visible sea que varios jueces, tanto nacionales como internacionales, se consideran a sí mismos como jueces interamericanos, como se mencionó *supra*.

Esta autocomprensión se encuentra en los jueces de la Corte Interamericana, algo que no es obvio en lo absoluto. No tantos jueces internacionales se consideran parte de un sistema que igualmente está compuesto por jueces nacionales. Sin embargo, esta autocomprensión es todavía más significativa y transformadora para los segundos, considerando el dualismo rígido que durante largo tiempo era un elemento principal del constitucionalismo latinoamericano.[40] Con este telón de fondo, las declaraciones de jueces nacionales durante las celebraciones cobran mayor repercusión. Todos ellos afirmaron y resaltaron su firme convicción de ser también jueces interamericanos, pese a los profundos desacuerdos que a veces surgen. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y su actual presidente, afirmó categóricamente que todo juez mexicano es a la vez un juez interamericano. La presidenta (en funciones) de la Corte Suprema de Costa Rica, Carmenmaría Escoto, afirmó sin reservas que, a pesar de

[39] Sobre el concepto véase Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *op. cit.,* pp. 3 y ss.; Armin von Bogdandy *et al., op. cit.,* p. 27.

[40] Acosta Alvarado, Paola Andrea, "Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno", *Estudios Constitucionales*, vol. 14, núm. 1, 2016, pp. 15-60.

los desacuerdos, su Corte contribuye a la construcción de un *ius commune* interamericano.[41]

Esta creencia no se limita en absoluto a los jueces. Viviana Krsticevic, una perseverante litigante ante la Corte IDH, afirmó: "En mi experiencia, se puede hablar de un derecho común cuando la gente, las víctimas, el movimiento de derechos humanos, los funcionarios del Estado e, incluso los presidentes y expresidentes lo consideran una construcción jurídica dotada de autoridad. Creo que los juristas y los profesionales del derecho son solo una parte del colectivo/grupo pertinente".[42]

Un segundo elemento de este derecho regional común es que se nutre de las decisiones de los diferentes tribunales del Sistema y, especialmente, de los más altos tribunales (tribunales supremos, tribunales constitucionales y la Corte Interamericana). Es significativo que los tribunales estatales citen a la Corte Interamericana y esta última cite a las nacionales. Una característica fundamental del derecho común latinoamericano es que las decisiones judiciales nacionales deben, en principio, reconocer la autoridad de la Corte IDH.[43] Al mismo tiempo, las decisiones ju-

---

41 La presentación se publicará en breve en la obra contentiva de las Memorias del 40º Aniversario.

42 Directora ejecutiva del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), en un correo electrónico al autor.

43 Véase respuesta del presidente de la Corte Suprema de Justicia de Chile ante la Declaración de Presidentes, *op. cit*. Asimismo, sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México sobre matrimonio igualitario AR 581/2012, que cita a la Corte IDH en el *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, decisión que después de reiterarse en cinco sentencias se convirtió en jurisprudencia, *http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=143969*. Otro ejemplo paradigmático es la decisión ADR 6181/2016, que se vincula a la justicia con perspectiva de género a mujeres que sufren violencia y enfrentan cargos penales por agredir a sus victimarios, *http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=206132*. Se cita a la Corte IDH en el *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Para una visión general sobre el diálogo coevolutivo véase Góngora Mera, Manuel, "Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales", en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público,* Río de Janeiro, Elsevier, 2017, pp. 312-337.

diciales nacionales definen el horizonte en el que opera la Corte Interamericana, como lo demuestran sus numerosas referencias a las decisiones nacionales.

Por supuesto, persisten interrogantes e incluso desacuerdos en torno al funcionamiento de este derecho común. Pero una vez más, en las presentaciones y conferencias dictadas durante las celebraciones se puso de manifiesto la convergencia en cuestiones cruciales. Más sustancial todavía fue el hecho de que ninguna persona, sobre todo ningún representante de la Corte IDH, abogó por la supremacía incondicional de todas las decisiones de dicho órgano para todos los tribunales nacionales en cualquier situación. Por el contrario, el llamamiento ha sido a favor de soluciones matizadas. Además, parecía poco probable que todos los actores involucrados compartieran un único enfoque doctrinal. Al mismo tiempo, parece existir, al menos entre los participantes, un amplio consenso sobre el hecho de que los desacuerdos no deberían acabar perjudicando al Sistema Interamericano.

Esto lleva al tercer rasgo fundamental del derecho común latinoamericano de los derechos humanos: la percepción de un sinnúmero de actores de que el sistema común les permite cumplir mejor sus mandatos. La mayoría de las constituciones nacionales y la Convención Americana encomiendan a los jueces la tarea de abordar, dentro del ámbito de sus competencias y procedimientos, la violencia, la exclusión social y la debilidad de las instituciones. Todos los ponentes destacaron que, para fomentar el cambio social en la región en este marco, es esencial la cooperación. El derecho común latinoamericano de los derechos humanos sirve para hacer frente de manera conjunta a los grandes desafíos de la región. Aunque nadie proclamó que los tribunales pudieran superar por sí mismos tales desafíos, muchos parecían estar convencidos de su deber de desempeñar un papel fundamental para alcanzarlos.

Siguen sin resolverse innumerables dificultades. No obstante, se puede afirmar la existencia de un nuevo fenómeno jurídico, que se compone de elementos que tienen su origen en ordenamientos jurídicos diferentes y que están conectados por un impulso común. Este derecho es más que un tigre de papel o el

producto de una imaginación hiperactiva. Ha sido institucionalizado y operativizado por actores concretos con autoridad. Ciertamente, este derecho latinoamericano de los derechos humanos no determina todas las relaciones de poder en la región. Por el contrario, a menudo colisiona con otros enfoques, valores e intereses. De ahí, una línea de ataque es que este derecho común es producto de un "activismo judicial desenfrenado".[44] ¿Pero realmente es así? Esta cuestión nos conduce a explorar las salvaguardias para mantener la validez y la legitimidad de la ejecución del mandato.

5. Cuestiones de validez y legitimidad

El mandato para impulsar un constitucionalismo transformador en América Latina mediante un derecho común de los derechos humanos es un mandato abierto, pero no indeterminado. Los jueces no pueden simplemente hacer lo que crean mejor. Están guiados y restringidos por los marcos de los casos, la metodología jurídica, la colegialidad y los procedimientos, los precedentes y la necesidad de construir y proteger la autoridad de la Corte IDH.

La ejecución del mandato está restringida por los desafíos que provienen de la realidad social. Interpretar la Convención a la luz de la realidad social en América Latina significa, sobre todo, abordar la debilidad de las instituciones, la exclusión social y la violencia.[45] Existe en América Latina un acuerdo amplio de que estos son los desafíos que las naciones tienen que afrontar.

---

44 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *op. cit*.; Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sentencia 1939/2008, de 18 de diciembre de 2008. Asimismo, véase Malarino, Ezequiel, "Judicial activism punitivism and supranationalisation: illiberal and antidemocratic tendencies of the Inter-American Court of Human Rights", *International Criminal Law Review*, vol. 12, 2012, pp. 665-695.

45 Piovesan, Flávia, "*Ius Constitutionale Commune in Latin America*: Context, Challenges, and Perspectives", en Bogdandy Armin von *et al.* (eds.), *op. cit*., pp. 50-51.

Del mismo modo está claro que el constitucionalismo transformador necesita ser promovido por medidas estructurales, que atiendan las deficiencias estructurales.[46] El mandato de la Corte IDH va, por esa razón, mucho más allá de decidir si en el caso concreto hubo una violación de la Convención Americana.[47] Ello explica las órdenes de reparaciones creativas y de gran alcance que se han convertido en una llave clave del constitucionalismo transformador.[48] Es importante que la Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay, de 11 de abril de 2019 no rechace este desarrollo por completo, sino que se limite a enfatizar que las reparaciones "guarden una debida proporcionalidad", las "exigencias propias del Estado de derecho" y "los ordenamientos constitucionales y jurídicos de los Estados".[49]

---

46 Huneeus, Alexandra, "Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts", *Yale Journal of International Law*, núm. 40, 2015, pp. 1 y ss.; Abramovich, Víctor, "From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter- American Human Rights System", *Sur. International Journal on Human Rights,* núm. 6, pp. 7 y ss.

47 Ximena Soley, *op. cit.,* pp. 337 y ss.

48 *Ibidem*, pp. 346-348. Asimismo, Morales Antoniazzi, Mariela y Saavedra, Pablo, "Inter-Americanization. Its Legal Bases and Political Impact", en Bogdandy Armin von *et al.* (eds.), *op. cit*., pp. 267-275.

49 Se han generado por parte de la academia y de la sociedad civil, entre otros, reacciones advirtiendo los problemas que se pueden derivar de la Declaración. Véase, a título enunciativo, Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales de Chile, *http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/dummy-category-2/item/489-reaccion-a-la-carta-de-cinco-gobiernos-para-limitar-rol-del-sistema-interamericano;* Posicionamiento del Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos de la UNAM y de la Universidad Iberoamericana de México suscrita por profesores e investigadores de diversos países latinoamericanos y europeos, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/site//index/posicionamiento-cidh-ibero-osidh-final-4078.pdf;* Human Rights Watch, *https://www.lanacion.com.ar/politica/advierten-que-una-declaracion-firmada-por-la-argentina-debilita-la-defensa-de-los-ddhh-nid2241332;* CEJIL y más de 200 organizaciones y personas*, https://www.cejil.org/es/embates-al-sistema-interamericano-derechos-humanos-vulneran-proteccion-regional-ddhh;* DPLF, *https://dplfblog.com/2019/05/03/impericia-juridica-insolencia-historica-e-incoherencia-diplomatica-a-proposito-del-manotazo-de-cinco-paises-de-sudamerica-al-sistema-interamericano-de-derechos-humanos/*.

Aunque sea un ámbito amplio, con gran discrecionalidad por parte de la Corte IDH, existen, no obstante, normas y salvaguardias contra un "activismo judicial desenfrenado".[50] Ciertas voces se orientan hacia los "métodos" del razonamiento jurídico, parte del cual son los "métodos de interpretación jurídica". Cualquier decisión jurídica debe estar vinculada *lege artis* a la fuente fundamental de la autoridad de una corte, en nuestro caso, a la Convención Americana. Sin embargo, no se deberían sobrevalorar estos métodos. La investigación especializada muestra que estos métodos, inclusive los de interpretación, casi nunca determinan el resultado de una decisión, sobre todo de aquellas dictadas por las cortes supremas, constitucionales o internacionales. El propósito de estos métodos es más bien enmarcar la decisión y brindar estándares de crítica.

Pero los "métodos" representan solo un estándar de salvaguardia, entre otros, justamente el proceso de selección de los jueces interamericanos constituye uno de estos. Cada juez es seleccionado y elegido con una idea determinada de qué representa el mandato de la Convención. Tras 40 años de funcionamiento, su empuje transformador es incuestionable para todo el mundo jurídico. La selección y el nombramiento de jueces en el Sistema Interamericano es de importancia especial, ya que solo hay siete jueces o comisionados que son elegidos únicamente por seis o cuatro años con una única posibilidad de reelección. Ello implica que la Corte Interamericana, con apenas unos cuatro nombramientos, podría cambiar radicalmente su perspectiva y convertirse en la punta de lanza de aspiraciones autoritarias o neoliberales; la sala constitucional del Tribunal Supremo venezolano brinda un ejemplo deprimente.[51]

Al elenco de salvaguardias se suma el principio de colegialidad. En una corte de derechos humanos, cada decisión se basa en

---

50 Sobre el tema véase Schönberger, Christoph, "Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer,* vol. 71, 2012, p. 296; Bogdandy, Armin von y Venzke, Ingo, *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 156 y ss.

51 Brewer Carías, Allan, *La consolidación de la tiranía judicial*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana International, 2017.

el juicio de varios jueces. El *Hércules* de Dworking da una idea errónea de lo que pasa en San José. Las controversias entre jueces están incorporadas en los sistemas y disponen una característica central para enmarcar y restringir cualquier decisión.

Más orientación y restricciones brotan del proceso que desarrolla el caso, los actores con sus alegatos, la hoja de ruta y el contexto específico del caso, y las probables implicaciones de las diferentes decisiones posibles. La identidad del Sistema, creada por el camino que ha recorrido hasta ahora, establecido en la jurisprudencia, así como el legado de las luchas que lo alcanzaron, es otro factor limitante. Por último, y no menos transcendental, está la anticipación de la recepción que una decisión probablemente reciba, en particular de los tribunales nacionales, de los actores políticos, de la opinión pública, de la sociedad civil y de la academia. La autoridad de los tribunales, su activo fundamental, nunca está realmente consolidada, sino que se basa en una interacción continua con una amplia gama de partes interesadas. Ello es particularmente cierto para los tribunales internacionales. Por todas estas razones, los tribunales internacionales de derechos humanos son instituciones más bien limitadas.[52]

6. Evaluando los logros

Quizás el estándar de éxito más común de los tribunales internacionales es el grado de cumplimiento de las sentencias. Sobre todo cuando se trata de cambios sociales, parece evidente centrarse en la cuestión de si los Estados cumplen con estas. Es bien sabido que las estadísticas que reflejan el llamado "cumplimiento" no favorecen a la Corte IDH.[53]

[52] Sobre el problema de las contrarreacciones contra los tribunales de derechos humanos véase Soley, Ximena y Steininger, Silvia, "¿Parting Ways or Lashing Back? Withdrawals, Backlash and the Inter-American Court of Human Rights", Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), *Research Paper* núm. 2018-01, de 17 de enero de 2018.

[53] Para un análisis riguroso sobre el cumplimiento, Basch, Fernando *et al*., "The Effectiveness of the Inter-American System of Human Rights Protection: A Quantitative Approach to its Functioning and Compliance with its Decisions", *Sur. International Journal of Human Rights,* vol. 7, núm. 12,

Ahora bien, debemos mirar más allá del cumplimiento, pues este no debería ser el criterio decisivo para evaluar el funcionamiento de un tribunal internacional, sobre todo de una corte de derechos humanos que aborda problemas estructurales,[54] especialmente cuando su mandato es el de contribuir a un constitucionalismo transformador. La Corte IDH, al ejercer este mandato, suele ordenar reparaciones que son a menudo difíciles de acatar plenamente, como la persecución de individuos que forman parte de grupos sociales poderosos. Si la Corte aspirara a un cumplimiento total tendría que renunciar a su mandato, lo que carece de sentido. En el constitucionalismo transformador, el criterio de cumplimiento debería dar paso a otros criterios más amplios, como el impacto. Ello es válido para el proceso —y no solo el resultado— del cumplimiento y los numerosos actores involucrados en el mismo.[55]

Si se pone énfasis en el impacto, emergen y se perfilan otros criterios.[56] Lo más sorprendente es el impacto a largo plazo. Hace

2010, p. 9; González-Salzberg, Damián A., "La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: Un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la Corte Suprema de la Nación", *Sur. Revista International de Derechos Humanos*, vol. 8, núm. 15, 2011, p. 117. Para una vista más matizada sobre el cumplimiento véase Cavallaro, James L. y Erin Brewer, Stephanie, "Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court", *American Journal of International Law*, núm. 102, 2008, pp. 768 y ss. Respecto a la Comisión, Dulitzky, Ariel, *Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano: modelos para des(armar)*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, pp. 299-304. Respecto a decisiones contra Colombia, Anzola, Sergio Iván, Sánchez, Beatriz Eugenia y Urueña, René, *Después del fallo: el cumplimiento de las decisiones de Derechos Humanos. Una propuesta de metodología*, Uniandes, Documentos Justicia Global 11, 2015, pp. 447 y ss.

54 Cavallaro, James L. y Erin Brewer, Stephanie, *op. cit.*, p. 768 y ss.; Soley, Ximena, *op. cit*., pp. 347-348; Howse, Robert L. y Teitel, Ruti, "Beyond Compliance. Rethinking Why International Law Really Matters", *Global Policy Journal*, núm. 1, 2010, pp. 127 y ss.

55 Respecto a decisiones contra Colombia, Anzola, Sergio Iván, Sánchez, Beatriz Eugenia y Urueña, René, *op. cit.,* pp. 447 y ss.; Engstrom, Par, "Reconceptualising the Impact of the Inter-American Human Rights System", *Revista Direito & Práxis*, vol. 8, núm. 2, 2017, pp. 1250-1285.

56 Parra Vera, Óscar, "The Impact of Inter-American Judgments by Institutional Empowerment", en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *op. cit.,* p. 357. Véase

40 años, los derechos humanos contenidos en la Convención Americana eran cláusulas latentes, estándares que solo pocos actores tomaban en serio.[57] Gracias al trabajo del Sistema Interamericano, de la Corte IDH, de la CIDH, así como de las instituciones e individuos que constituyen su sistema social, a lo largo de estas cuatro décadas, los derechos humanos han pasado a ser operativos en ámbitos relevantes. Actualmente, numerosos discursos y conflictos políticos en la región son enmarcados y desarrollados en un lenguaje nuevo, el de los derechos humanos. Como juristas, sabemos que la forma, el lenguaje y las palabras importan y que desempeñan un papel preponderante.

A la pregunta de si América Latina es hoy un lugar mejor debido al impacto de la Convención Americana se podría contestar que la situación sigue siendo grave para muchas personas. No obstante, parece seguro adoptar la premisa de que muchas personas estarían peor sin el Sistema Interamericano y su impacto en las constituciones nacionales.

7. Crítica

Si algo ha faltado en la semana de la celebración de los 40 años ha sido una crítica seria. En cierto modo, el silencio al respecto es comprensible, si se tiene en cuenta la percepción extendida de que el Sistema Interamericano es débil y está amenazado por fuerzas hostiles. Dado que estas celebraciones han demostrado la legitimidad de la que goza el Sistema, hay buenas razones para buscar la fuerza innovadora que proviene de la crítica.[58]

también las contribuciones en Engstrom, Par (ed.), *The Inter-American Human Rights System: Impact Beyond Compliance*, Palgrave Macmillan, 2018.

57 Véase la contribución a esta conferencia del 40 aniversario de la Corte IDH celebrada en Costa Rica, en julio de 2018, por parte de Rafael Nieto Navia, expresidente del Tribunal.

58 Simmel, Georg, "Der Streit", en *Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, Gesamtausgabe, Ed. Otto Rammstedt, 1992, pp. 284 y ss.; Hirschmann, Albert O., "Social Conflicts as Pillars of Democratic Market Society", *Political Theory*, vol. 22, núm. 2, 1994, pp. 212 y ss.; Frankenberg, Günter, *Die Verfassung der Republik*, 1997, pp. 32 y ss., 133 y ss., 213 y ss.

A lo largo de estas líneas, me vienen a la mente varios temas para futuros seminarios. Se podría debatir si de verdad todo el *corpus iuris* latinoamericano es un logro. Esto es poco probable, a la luz de la complejidad de los asuntos que llegan a la Corte.[59] Una señal importante podría enviarse si la Corte IDH o la propia CIDH promovieran una reflexión sobre los puntos ciegos del derecho común interamericano en cuanto a las decisiones del Sistema que son percibidas como objetables. Un evento de este tipo podría generar una crítica constructiva que acabaría fortaleciendo el Sistema y su mandato transformador.

Otra iniciativa podría ocuparse de la tensión, o incluso la paradoja, que se notó regularmente durante las celebraciones. Muchos elogiaron la contribución de la Corte IDH para la garantía de los derechos humanos en la región, mientras que, al mismo tiempo, se lamentaron de la terrible situación de los derechos humanos. Por una parte, parece que se han hecho progresos y, por otra, que no se han producido cambios sustanciales. ¿Cómo se relacionan estas dos declaraciones entre sí?, ¿es suficiente declarar que la situación sigue siendo terrible porque no se respetan los derechos humanos?, ¿o tal vez hay causalidades más complejas detrás de todo el panorama?[60] Se trata, en última instancia, de reflexionar sobre la relación entre el constitutionalismo tranformador del mandato interamericano y el tradicional formalismo jurídico de América Latina. El estudio de esta cuestión podría dar lugar a otra perspectiva crítica útil.

---

[59] Por ejemplo, se podría cuestionar la solidez doctrinal de la jurisprudencia sobre *ius cogens*. Para una visión general de los casos en los que el concepto de *ius cogens* ha sido abordado por la Corte IDH véase Contreras-Garduño, Diana y Alvarez-Rio, Ignacio, "A Barren Effort? The Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on Jus Cogens", *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, núm. 14, 2016, pp. 113-132. Para una visión crítica de esta jurisprudencia véase Neuman, Gerald L. "Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights", *European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 1, 2008, pp. 101-123.

[60] La investigación estadounidense probablemente encabeza esta investigación, véase Kennedy, David, *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, Princeton University Press, 2004; Moyn, Samuel, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, Harvard University Press, 2018. Siempre se deberían reflejar los antecedentes específicos estadounidenses de esta investigación.

Finalmente, podría valer la pena involucrar a aquellos que no creen que el Sistema Interamericano sea tan maravilloso. Hay quienes consideran que la Corte debería ser más formalista, y que su forma actual de razonar socava la racionalidad específica del derecho. Hay quienes opinan que los objetivos del Sistema Interamericano se alcanzan mejor a través de otros mecanismos que podrían verse frustrados por un enfoque basado en los derechos humanos. Otros creen que la agenda de los derechos humanos se interpone en el camino de un proyecto verdaderamente importante: avanzar hacia sociedades más justas mediante un crecimiento económico sólido. Por último, hay quienes creen que este proyecto transnacional, precisamente debido a ese carácter, se construye sobre arena, ya que solamente un poder estatal puede propiciar tal cambio.

El Sistema Interamericano, a pesar de toda la profundidad y amplitud que ha adquirido en los últimos 40 años, es solo una de las diversas fuerzas que compiten por dar forma al futuro de las Américas. Para continuar su camino exitoso, parece probable que el constitucionalismo transformador deba construir coaliciones más amplias. Ello también debe entenderse como parte del mandato del Sistema Interamericano, en su vocación de conectar el derecho constitucional aún más sólidamente a un derecho internacional que fortifique sus principios fundamentales.

Bibliografía

Abramovich, Víctor, "From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System", *Sur. International Journal on Human Rights*, núm. 6.

Acosta Alvarado, Paola Andrea, "Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno", *Estudios Constitucionales*, vol. 14, núm. 1, 2016.

Anzola, Sergio Iván, Sánchez, Beatriz Eugenia y Urueña, René, *Después del fallo: El cumplimiento de las decisiones de Derechos Humanos. Una propuesta de metodología*, Uniandes, Documentos Justicia Global 11, 2015.

Basch, Fernando *et al.,* "The Effectiveness of the Inter-American System of Human Rights Protection: A Quantitative Approach to its Functioning and Compliance with its Decisions", *Sur. International Journal of Human Rights*, vol. 7, núm. 12, 2010.

Bernal, Carlos, "Prefacio Cambio Constitucional Informal: Una Introducción Crítica", en Albert, Richard y Bernal, Carlos (eds.), *Cambio constitucional informal*, Bogotá, Editorial Universidad Externado, 2016.

Bernhardt, Rudolf, "Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte", en Breitenmoser, Stephan (ed.), *Human rights, democracy and the rule of law: Liber amicorum Luzius Wildhaber,* 2007.

Bogdandy, Armin von *et al*., *"Ius Constitutionale Commune in Latin America:* A Regional Approach to Transformative Constitutionalism", en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New* Ius Commune, Oxford, Oxford University Press, 20173.

Bogdandy, Armin von y Venzke, Ingo, *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

Bonilla, Daniel (ed.), *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

Brewer Carías, Allan, *La consolidación de la tiranía judicial*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana International, 2017.

Cavallaro, James L. y Erin Brewer, Stephanie, "Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court", *American Journal of International Law*, núm. 102, 2008.

Céspedes-Báez, Lina M. y Prieto Rios, Enrique*, Utopía u oportunidad fallida: análisis crítico del Acuerdo de Paz*, Rosario, 2017.

Contreras-Garduño, Diana y Alvarez-Rio, Ignacio, "A Barren Effort? The Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on Jus Cogens", *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, núm. 14, 2016.

Dulitzky, Ariel, *Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano: modelos para des(armar)*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

——, "El impacto del control de convencionalidad. Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?", en Rivera, Julio César (ed.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Abeledo Perrot, 2014.

Engstrom, Par (ed.), *The Inter-American Human Rights System: Impact Beyond Compliance*, Palgrave Macmillan, 2018.

——, "Reconceptualising the Impact of the Inter-American Human Rights System", *Revista Direito & Práxis*, vol. 8, núm. 2, 2017.

Farer, Tom J., "The Rise of the Inter-American Human Rights Regime: No Longer a Unicorn, Not Yet an Ox", *Human Rights Quarterly*, vol. 19, núm. 3, 1997.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional", en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (eds.), *Formación y perspectiva del Estado Mexicano*, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010.

Frankenberg, Günter, *Die Verfassung der Republik*, 1997.

Gargarella, Roberto, "Constitucionalismo dialógico en democracias defectuosas", Disertación en el Seminario García Pelayo, Madrid, CEPC, 27 de febrero de 2019.

——, "Sin lugar para la soberanía popular: democracia, derechos y castigo en el *caso Gelman," Latin-American Seminar on Constitutional Theory and Policy*, Yale University, 2013, https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf.

Góngora Mera, Manuel, "Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales", en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, Río de Janeiro, Elsevier, 2017.

——, *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, IIDH, 2011.

González-Salzberg, Damián A., "La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la Corte Suprema de la Nación", *Sur. Revista International de Derechos Humanos*, vol. 8, núm. 15, 2011.

Häberle, Peter, "Mexiko.- Konturen eines Gemeinamerikanischen Verfassungsrechts – ein jus commune americanum", *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, núm. 52, 2004.

Häberle, Peter y Kotzur, Markus, *De la soberanía al derecho constitucional común*, México, UNAM, 2003.

Hailbronner, Michaela, "Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South", *American Journal of Comparative Law*, vol. 65, 2017.

Henríquez, Miriam y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, Santiago, DER Ediciones, 2017.

Hirschmann, Albert O., "Social Conflicts as Pillars of Democratic Market Society", *Political Theory*, vol. 22, núm. 2, 1994.

Howse, Robert L. y Teitel, Ruti, "Beyond Compliance. Rethinking Why International Law Really Matters", *Global Policy Journal*, núm. 1, 2010.

Huneeus, Alexandra, "Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts", *Yale Journal of International Law*, núm. 40, 2015.

——, "Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights", *Cornell International Law Journal*, vol. 44, núm. 3, 2011.

Huneeus, Alexandra y Urueña, René, "Symposium on the Colombian Peace Talks and International Law", *American Journal of International Law Unbound*, vol. 110, 2016.

Kennedy, David, *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, Princeton University Press, 2004.

Klare, Karl E., "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, 1998.

Letsas, George, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights,* Oxford, Oxford University Press, 2007.

Malarino, Ezequiel, "Judicial activism punitivism and supranationalisation: illiberal and antidemocratic tendencies of the Inter-American Court of Human Rights", *International Criminal Law Review*, vol. 12, 2012.

Morales Antoniazzi, Mariela, *Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del* ius constitutionale commune, México, UNAM, 2014.

Morales Antoniazzi, Mariela y Saavedra, Pablo, "Inter-Americanization. Its Legal Bases and Political Impact", en Bogdandy Armin von *et al.* (eds.), Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New* Ius Commune, Oxford, Oxford University Press, 2017.

Mosler, Hermann, "Schlußbericht über das Kolloquium", en Maier, Irene (ed.), *Europäischer Menschenrechtsschutz. Schranken und Wirkungen*, C.F. Müller, 1982.

Moyn, Samuel, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, Harvard University Press, 2018.

Neuman, Gerald L. "Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights", *European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 1, 2008.

Parra Vera, Óscar, "The Impact of Inter-American Judgments by Institutional Empowerment", en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New* Ius Commune, Oxford, Oxford University Press, 2017.

Payandeh, Mehrdad, "Fragmentation within International Human Rights Law", en Andenas, Mads y Bjorge, Eirik (eds.), *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence of International Law*, CUP, 2015.

Piovesan, Flávia, "*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Context, Challenges, and Perspectives", en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New* Ius Commune, Oxford, Oxford University Press, 2017.

Ragone, Sabrina, "The Inter-American System of Human Rights: Essential Features", en bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New* Ius Commune, Oxford, Oxford University Press, 2017.

Restrepo Piedrahita, Carlos, *Tres ideas constitucionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978.

Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2015.

Schönberger, Christoph, "Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 71, 2012.

Sferrazza Taibi, Pietro, "¿Amnistías democráticas? El Caso Gelman vs. Uruguay de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un caso práctico para una reflexión teórica", en Alda Mejías, Sonia y Ángel Santano, Silvia (eds.), *La seguridad, un concepto amplio y dinámico: V Jornadas de estudios de seguridad*, IUGM- UNED, 2013.

Simmel, Georg, "Der Streit", en *Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung, Gesamtausgabe*, Ed. Otto Rammstedt, 1992.

Soley, Ximena, "The Transformative Dimension of Inter-American Jurisprudence", en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.),

Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune, Oxford, Oxford University Press, 2017.

Soley, Ximena y Steininger, Silvia, "¿Parting Ways or Lashing Back? Withdrawals, Backlash and the Inter-American Court of Human Rights", Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2018-01, de 17 de enero de 2018.

Uprimny, Rodrigo, "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina", en Rodríguez Garavito, César (ed.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.

Vauchez, Antoine, "Keeping the dream alive: the European Court of Justice and the transnational fabric of integrationist jurisprudence", *European Political Science Review*, vol. 4, 2012.

Yang, Nele, *Die Leitentscheidung*, Springer, 2018.

Comunidades de práctica y constitucionalismo transformador en América Latina*

Armin von Bogdandy
René Urueña

Introducción

El 18 de julio de 1978 entró en vigencia la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Cuarenta años más tarde, esta se ha convertido en la piedra angular del constitucionalismo transformador en América Latina; esto se ha convertido en un instrumento de interpretación y aplicación de normas constitucionales inspirada en la intención de alcanzar cambios sociales profundos.[1] Por supuesto el constitucionalismo transformador no está restringido a Latinoamérica.[2] La Corte Suprema de la India[3]

---

* Este capítulo se basa en parte en una versión previa del texto publicado, con numerosos cambios, como "International Transformative Constitutionalism in Latin America", *American Journal of International Law,* vol. 114, 2020, pp. 1-85. La versión presentada aquí fue objeto de cambio y actualización en el texto finalmente publicado.

1 El término original proviene de Klare, Karl E.,"Legal Culture and Transformative Constitutionalism," *South African Journal on Human Rights,* vol. 14, 1998, pp. 146-150.

2 Véase Hailbronner, Michaela, "*Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South*", *The American Journal of Comparative Law,* vol. 65, núm. 3, septiembre 2017, pp. 527-565.

3 Véase Sripati, Vijayashri, "Constitutionalism in India and South Africa: A comparative study from a human rights perspective", *Tulane J. Int. Comp. Law,* vol. 16, 2007, pp. 92-103.

y la Corte Suprema Surafricana[4] también han desarrollado una jurisprudencia distintiva para abordar problemas estructurales, en particular, profundos patrones de injusticia;[5] sin embargo, dos características latinoamericanas resaltan en este contexto global, haciendo del constitucionalismo transformador un fenómeno diferente en esa región. La primera, que el constitucionalismo transformador latinoamericano no es solo un proceso interno, sino que está respaldado por un régimen internacional, que presenta dos instituciones operativas: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).[6] La segunda es que, este sistema de dos niveles se complementa con una interacción horizontal entre las instituciones nacionales que comparten esta perspectiva transformadora: jueces nacionales, así como fiscales, defensores del pueblo, administraciones especializadas y, lo que es más importante, organizaciones no gubernamentales (ONG).[7]

Como parte de esta amplia red de interacciones transnacionales, la Corte IDH ha desarrollado una jurisprudencia que aborda algunos de los problemas estructurales centrales de la región, fallando sobre temas altamente controversiales. Al decidir temas como la impunidad por violaciones graves de los derechos humanos en Perú y Uruguay,[8] la inclusión de los pueblos indígenas

4 Véase Roux, Theunis, "Transformative Constitutionalism and the Best Interpretation of the South African Constitution: Distinction without a Difference", *Stellenbosch Law Rev.,* vol. 20, 2009, p. 258. Para François Venter, por el contrario, la noción de transformación en Sudáfrica se ha vuelto "flexible y comprometida ideológicamente". Véase Venter, Francois, "The limits of transformation in South Africa's constitutional democracy", *South Afr. J. Hum. Rights,* vol. 34, 2018, p. 165.

5 Para el fenómeno global, véase Bonilla, Daniel (ed.), *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia,* Cambridge University Press, 2013.

6 Véase Acosta Alvarado, Paola Andrea, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*, Universidad Externado de Colombia, 2015.

7 Véase Azuero, Alejandra, "Redes de diálogo judicial transnacional: Una aproximación empírica al caso de la corte constitucional", *Rev. Derecho Publico - Universidad Los Andes,* vol. 22, 2009.

8 Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75; Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú.* Interpretación

en el proceso político en Ecuador,[9] la protección de los derechos LGBTI en Chile,[10] y la complicidad del Estado colombiano con la violencia paramilitar,[11] la Corte ha alimentado una especie de derecho común de los derechos humanos, es decir, un *Ius Commune Constitutionale* en América Latina, que ha transformado la realidad en la región.[12]

Este capítulo explora cómo, y por qué, el constitucionalismo transformador internacional funciona en América Latina. Para hacerlo, se enfoca en la práctica de la Corte IDH, ofreciendo una lectura contextualizada de sus decisiones y procedimientos como una parte pequeña, pero vibrante y esencial, de la comunidad latinoamericana de derechos humanos: un grupo determinado y especializado de personas que confronta, por medio del derecho, la violencia, la exclusión social y la debilidad institucional.

Para hacerlo, este capítulo describe los instrumentos y técnicas que la Corte IDH ha utilizado para actuar en este difícil contexto, ayudando a establecer una práctica transformadora en la región. En particular, se centra en dos dimensiones claves de

---

de la sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C, núm. 83; Corte IDH, *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 162.

9 Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245; Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239.

10 Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C, núm. 239.

11 Véase Corte IDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 134, párr. 123; Corte IDH, *Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C, núm. 163, párrs. 82, 93 y 101.

12 Véase Bogdandy, Armin von, *et al.* (eds.),*Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new Ius Commune*, Oxford, 2017. Para una terminologia similar, véase Restrepo Piedrahita, Carlos, *Tres ideas constitucionales: supremacía de la constitución, corte constitucional, el ombudsma*n, Bogotá,Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 137; Häberle, Peter,y Kotzur, Markus, *De la soberanía al derecho constitucional común,* México, UNAM, 2003.

dicha práctica: la dimensión jurídica y la dimensión social. Jurídicamente, la interpretación evolutiva de los tratados por parte de la Corte Interamericana, junto con las doctrinas del control de convencionalidad y el bloque de constitucionalidad, ha creado una metodología dinámica para establecer estándares jurídicos que abordan los desafíos importantes que surgen en la región. Esta dimensión es analizada en la segunda parte del capítulo. Por su parte, la tercera parte describe la práctica social. Proponemos que las operaciones jurídicas son solo un aspecto de un campo social mucho más amplio: los miembros de la comunidad latinoamericana de derechos humanos, que están presente en todo el continente, y que conforman una comunidad de práctica. La cuarta parte concluye, con algunas reflexiones sobre el 40 aniversario de la Corte IDH.

1. Algunas innovaciones jurídicas

Empecemos con la dimensión jurídica, particularmente, la noción de constituciones abiertas, bloque de constitucionalidad, la interpretación evolutiva y el control de convencionalidad. Para entender bien estos conceptos, debemos mirar atrás. En los años sesenta, cuando la CADH fue discutida, la mayoría de los países latinoamericanos estaban sujetos a gobiernos autoritarios o represivos. Los años setenta fueron un periodo particularmente oscuro, y no fue sino hasta 1980 cuando los países de la región comenzaron la lenta transición hacia la democracia, buscando asegurar que *"Nunca Más"*,[13] las violaciones a derechos humanos tendrían cabida en sus sociedades. Para lograrlo, llegaron a un consenso social a través de la aprobación de nuevos textos constitucionales: Brasil en 1988, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Perú en 1993, Ecuador en 1998 y 2008, Venezuela en 1999 y Bolivia en 2009.[14] Otros países introdujeron reformas sustanciales, por ejemplo, Argentina en 1994 y México en 2011. El

[13] Véase Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), *Nunca más,* 984.

[14] Véase, Morales Antoniazzi, Mariela, *Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune,* México,UNAM, 2014.

faltante es Chile, donde la Constitución promulgada bajo el régimen de Pinochet en 1980 continua vigente, con algunas reformas importantes y donde, sin embargo, el proceso de reforma constitucional parece prometer una transformación constitucional de importancia.[15]

La mayoría de las constituciones de la región introdujeron una amplia sección de derechos fundamentales, incluyendo los económicos y sociales.[16] También incluyeron cláusulas que intentaban mejorar la participación democrática, ya sea por participación directa o a través de una mejor representación.[17] Todo lo anterior significó un cambio profundo: se pasó de ver al derecho como el producto de una elite dedicada a obstruir el cambio social (una visión sostenida por progresistas de la región entre 1960 y 1970)[18] a verlo como un instrumento crucial para la transformación social. En una región dominada en ese momento por el formalismo jurídico, las fuerzas detrás de estos cambios constitucionales buscaban proteger los derechos en la vida real y ga-

---

15 Véase Atria, Fernando, *et al., El Proceso Constituyente en 138 preguntas y respuestas*.

16 Véase Rodríguez Garavito, César A. y Rodriguez Franco, Diana, *Radical deprivation on trial: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in the Global South,* Cambridge, 2015.

17 Ceballos Méndez, Edward Jonathan, "Participación Ciudadana en el marco de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los Consejos Comunales", *Provincia,* Venezuela, núm. 21, enero-junio 2009, pp. 43-60 . También véase Salamanca, Luis, "La Constitución Venezolana de 1999: de la representación a la hiperparticipación ciudadana", *Rev. Derecho Público,* 2000, núm. 82, pp. 85-105. María Antonieta Huerta Malbrán, María Antonieta *et al.*, *Descentralización, municipio y participación ciudadana: Chile, Colombia y Guatemala,* 2000. En Perú,Cuesta López, Victor, López Aguilar, Juan Fernando y Rodríguez-Drincourt Álvarez, Juan, *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional,*2008. Márquez Restrepo, Martha Lucia, Pastrana Buelvas, Eduardo y Hoyos Vásquez, Guillermo, *Democracia y ciudadanía: Problemas, promesas y experiencias en la Región Andina,*2009. Welp, Yanina, "La participación ciudadana en la encrucijada. Los mecanismos de democracia directa en Ecuador, Perú y Argentina", *Íconos Rev. Cienc. Soc.,* Ecuador. FLACSO, 2008, pp. 117-130.

18 Véase Novoa Monreal, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social,* Siglo XXI, 1975.

rantizar una verdadera participación en la toma de decisiones en los procesos democráticos emergentes.[19]

Complementando este proceso, las nuevas constituciones "abrieron" el derecho nacional al internacional, en particular hacia el derecho de los derechos humanos, a través de cláusulas que lo incorporaban. De esta forma, las constituciones nacionales superaron la comprensión rígida de soberanía.[20] Aun cuando hay variaciones significativas entre estas cláusulas —con Chile siendo la "menos abierta"— el resultado general fue una integración profunda del derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos, en el cual la CADH y sus instituciones juegan un papel clave en el derecho constitucional nacional.[21] Desde el punto de vista doctrinal, esto es concebido en algunos de los

19 Uprimny, Rodrigo, *"The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges"*, *Tex. Law Rev.,* vol. 89, 2010, pp. 1587-1609. Véase Dezalay, Yves y Garth, Bryant G., *The internationalization of palace wars: lawyers, economists, and the contest to transform Latin American states,* 2002. En Colombia, César A. Rodríguez Garavito, César A., *La globalización del estado de derecho: El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina,* 2009.

20 Morales Antoniazzi, Mariana y Saavedra Alessandri, Pablo, "Inter-Americanization: Its Legal Bases and Political Impact", en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new Ius Commune*, 2017, pp. 255-278.

21 Véase Cumplido Cereceda, Francisco, "Alcances de la Modificación del Artículo 5 de la Constitución Política Chilena en Relación a los Tratados Internacionales", *Rev. Chil. Derecho,* vol. 23, 1996, pp. 255-258. Sobre Bolivia, véase, Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, artículos 257 y 410, y Villarroel Alarcón, José Ismael, "El Tratamiento del Derecho Internacional en el Sistema Jurídico Boliviano," *De Anacronismos y Vaticinios: Diagnóstico Sobre Las Relaciones Entre El Derecho Internacional y El Derecho Interno En Latinoamérica*, en ed. Paola Acosta Alvarado, Paola, Acosta López, Juana Inés, y Rivas Ramírez, Daniel (eds.), Bogotá: Universidad de La Sabana/Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 29-66. Con respecto a Ecuador, véase Constitución de la República del Ecuador, artículo 424, y Caicedo Tapia, Danilo Alberto, "El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución", *Foro Rev. Derecho*, 2009, pp. 5-29. Para Brasil, véase Constitución de la República Federativa de Brasil, artículo 5, Enmienda Constitucional Nº 45. Este resumen esta basado en Uruena, Rene, "Domestic Application of International Law in Latin America", en Bradley, Curtis A. (ed.),*The Oxford handbook of comparative foreign relations law*, 2019, pp. 565-582.

países como un "bloque de constitucionalidad", el cual está compuesto por la constitución nacional y la Convención,[22] razón por la que esta última puede ser considerada como parte del derecho nacional en ciertos Estados de la región.[23]

A pesar de haber sido estudiadas de manera separada, las garantías sustantivas de los derechos constitucionales, por una parte, y la "apertura" constitucional, por la otra, son de hecho dos procesos complementarios. En el tiempo de los regímenes dictatoriales, la sociedad civil latinoamericana contaba en gran medida con las instituciones internacionales y extranjeras para avanzar en los cambios, tal y como lo observaron Keck and Sikkink al final de los noventa en Argentina, Chile y México.[24] La apertura al derecho internacional puede ser leída como una cristalización constitucional formal de esta estrategia: un medio para formalizar el espacio que activistas habían logrado en su lucha contra regímenes autoritarios.

En sincronía con estos cambios, los jueces y abogados de la Corte IDH con un alto compromiso por los derechos humanos, generaron dos desarrollos doctrinales que soportan estos cambios constitucionales. La primera fue la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos. Fue allí cuando la Corte empezó a adaptar el significado de las garantías enmarcadas en la Convención, en su mayoría tomadas de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), teniendo en consideración los retos específicos de Latinoamérica. Para el Tribunal Interamericano "[...] los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, los cuales deben ser interpretados en consonancia con la evolución de los tiempos y las actuales

22 Véase Góngora Mera, Manuel, *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication,* IIDH, 2011.

23 Binder, Christina, "Hacia una Corte Constitucional Latinoamericana? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos con enfoque especial sobre las amnistias", en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización*, UNAM, 2010, pp. 156-188.

24 Sikkink, Kathryn y Keck, Margaret, Activists beyond borders, 1998.

condiciones de vida".[25] A través de la interpretación evolutiva, la Corte expandió y profundizó la protección de diferentes derechos con un enfoque latinoamericano, tal y como se puede ver en la jurisprudencia —ahora reconocida mundialmente— sobre desaparición forzada,[26] privacidad,[27] libertad personal,[28] derecho de los niños,[29] propiedad colectiva[30] e igualdad y no discriminación.[31]

El segundo desarrollo doctrinal es el "control de convencionalidad",[32] que aplica la interpretación evolutiva directamente en la vida de las personas. En este sentido, la doctrina llama a las cortes nacionales a realizar revisiones judiciales de cualquier acto

25 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por Estados Unidos Mexicanos sobre "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal." Serie A, núm. 16, párr. 114.

26 Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 155; Corte IDH, *Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 155.

27 Corte IDH, *Artavia Murillo y otros* (Fertilización *in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C, núm. 257, párr. 272.

28 Corte IDH, *Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C, núm. 148, párrs. 154-158.

29 Corte IDH, *"Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63, párrs. 191-198; Corte IDH, *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C, núm. 110, párrs. 164-167.

30 Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79, párr. 148.

31 Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239, párrs. 83 y 91.

32 Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Objeciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Series C, núm. 154. En la doctrina, véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Conventionality Control the New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights", *AJIL UNBOUND*, vol. 109, 2015, pp. 93-99; Henríquez, Miriam y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile,* DER Ediciones, 2017.

nacional, incluyendo leyes nacionales, con base en la CADH, y tomando en consideración la interpretación de la Corte IDH.[33] El control de convencionalidad transforma a cada juez nacional en un juez interamericano, respetando "el marco de sus respectivas jurisdicciones y sus correspondientes reglas procedimentales".[34] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nunca se ha atrevido a ir tan lejos,[35] por lo que la Corte Interamericana se parece más a la Corte Europea de Justicia y su tesis de los efectos de sus decisiones.[36]

La Corte Interamericana, también tiene jurisdicción para revisar la conformidad de leyes nacionales con la Convención.[37] En casos excepcionales, se han declarado normas nacionales "sin efectos jurídicos"[38] por violar la Convención. Estos actos amplían enormemente el alcance de ese instrumento y crean un verdadero sistema de aplicación descentralizado, compuesto no solo

---

33 Corte IDH. *Tibi vs. Ecuador.* Objeciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Voto concurrente de García Ramírez, Sergio. Serie C, núm. 114, párr. 3.

34 Véase Corte IDH *Aguado Alfaro y otros vs. Perú.* Objeciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. párr. 128; Corte IDH. *Gelman vs. Uruguay.* Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. párr. 193.

35 Véase Burgorgue-Larsen, Laurence, "The Added Value of the Inter-American Human Rights System: Comparative Thoughts", en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *op. cit.,* pp. 377-408.

36 Caso 26/62, Van Gend en Loos,1963,ECR 1, 11 y ss. En la Corte de Justicia se expanden jurisdicciones, véase Stein, Eric, "Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution", 75 *AM. J. INT. LAW,* vol. 75, 1981, pp. 1-27.

37 Pedro Sagüés, Nestor, "Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad", *Estud. Const.,* vol. 8, 2018, p. 120. Nash Rojas, Claudio, "Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *XIX Anu. Derecho Const. Latinoamericana*, 2013, pp. 491 y 492.

38 Véase Corte IDH. *La Cantuta vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 162, párr. 189. Corte IDH. *La Cantuta vs. Perú.* Voto de Sergio García Ramírez. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 162, párrs. 4 y 5. Véase También Corte IDH., *Barrios Altos vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75.

por órganos interamericanos, sino, potencialmente, por miles de autoridades nacionales.[39]

La apertura constitucional, la interpretación evolutiva y el control de constitucionalidad provén una estructura jurídica que hace posible el constitucionalismo internacional transformador, mediante la introducción de un conjunto de normas y principios que pueden constituir un verdadero derecho común de derechos humanos en América Latina: un derecho común que es desarrollado por muchos actores de la comunidad latinoamericana de derechos humanos, transformándolo en un campo jurídico y en una práctica social en la región.[40] Este derecho común define y está definido por los operadores jurídicos de la región. Por una parte, encuadra jurídicamente la práctica de la Corte IDH, definiendo sus poderes así como sus estándares sustantivos y, al mismo tiempo, ha influenciado las prácticas de la Corte, sus decisiones y su voluntad de presionar por una efectiva protección de los derechos humanos.

---

[39] El alcance de las autoridades nacionales encargadas de realizar el control de convencionalidad se ha perfeccionado en la jurisprudencia. En *Cabrera García, et al. vs. México*, sostuvo que todos los órganos estatales, no solo las autoridades judiciales, están obligados a realizar dicha revisión, véase Corte IDH, *Cabrera García y Montiel-Flores vs. México*. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. Objeción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 225. Sin embargo, esta interpretación arriesgó una aplicación descoordinada de las normas interamericanas en el ámbito interno. Por tanto, la Corte buscó limitar el alcance de la doctrina aclarando que el control de convencionalidad debe ser ejercido, de oficio, por las autoridades estatales, "evidentemente dentro del marco de su jurisdicción respectiva y las normas procesales correspondientes". Véase Corte IDH, Caso de los empleados despedidos del Congreso, *Aguado - Alfaro y otros vs. Perú*. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Objeciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 128; Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Fondo y Reparaciones, párr. 193. En este contexto, el control de la convencionalidad implica que las instituciones nacionales tienen el deber de aplicar el derecho internacional, siempre que sea compatible con las normas nacionales de jurisdicciones y procedimientos, una doctrina mucho menos radical de lo que parecería inicialmente. La discusión de esta dimensión del control de convencionalidad se basa en Uruena, *supra* n. 24.

[40] Véase Bogdandy, Armin von, *et al.* (eds.), *Transformative constitutionalism in Latin America*, *supra* nota 12.

2. El derecho común de los derechos humanos como práctica social

En Latinoamérica, el concepto de derecho común de los derechos humanos describe un campo jurídico en el sentido bourdieusiano, lo que se traduce en una práctica social. Un "campo" es un espacio donde "las fuerzas se imponen a los agentes que participan en él, y un escenario de luchas dentro del cual los agentes se enfrentan entre sí, con medios y fines diferenciados de acuerdo con su posición en la estructura del campo de fuerzas, contribuyendo así a conservar o transformar su estructura".[41]

Como uno de esos campos, el derecho interamericano de los derechos humanos se ha convertido en un fenómeno de la vida real. En primer lugar, es una práctica social: un grupo de personas que interactúan, sobre la base de la Convención, para impulsar sus agendas y cumplir lo que ven como sus mandatos. Esta comunidad está compuesta por diferentes actores: ONG transnacionales que presentan casos ante el Sistema Interamericano; organizaciones de base que utilizan estos derechos para proteger a las víctimas en sus territorios; clínicas en facultades de Derecho que presentan informes *amicus curiae;* tribunales nacionales que interpretan y aplican la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH; funcionarios que trabajan en el campo de derechos humanos para gobiernos nacionales; académicos que escriben y enseñan Derecho de los derechos humanos, y comisionados y jueces del Sistema Interamericano, así como políticos, con una agenda de derechos humanos.

La noción de comunidad de práctica surge en 1991, cuando el antropólogo Jean Lave y el científico informático Etienne Wenger cristalizaron la noción de aprendizaje situado, es decir, la idea de que el aprendizaje es fundamentalmente un proceso social y, por tanto, no solo está conectado a conceptos abstractos, sino también a la acción, lo que implica la socialización.[42] Wen-

41 Reed-Danahay, Deborah Locating Bourdieu, 2005, p. 32. Esto coincide con muchas de las interpretaciones actuales del concepto hegeliano del derecho, véase Honneth, Axel, *Das Recht der Freiheit:Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*, 2013.

42 Jean Lave, Jean y Wenger, Etienne *Situated Learning: Legitimate Peripheral Participation*, 1991.

ger elaboró la idea, reformulándola como una forma organizativa: grupos de personas, unidas informalmente por experiencias compartidas y pasión por una empresa conjunta. Sus relaciones se definen en tres dimensiones: *1)* compromiso mutuo; *2)* una empresa conjunta, y *3)* un repertorio compartido, que significa "rutinas, palabras, herramientas, formas de hacer las cosas, historias, gestos, símbolos, géneros, acciones o conceptos que la comunidad ha producido o adoptado en el curso de su existencia y que se han convertido en parte de su práctica".[43] Posteriormente, el académico Emanuel Adler, muy influenciado por Pierre Bourdieu, sugirió que "no hay ninguna razón [...] por la que no podamos identificar comunidades de práctica transnacionales o incluso globales. Cuanto más nos acercamos al nivel de prácticas, de hecho, más podemos tomar el sistema internacional como una colección de comunidades de práctica; por ejemplo, comunidades de diplomáticos, comerciantes, ambientalistas y activistas de derechos humanos. Las comunidades de práctica atraviesan las fronteras estatales y median entre los estados, los individuos y la agencia humana, por un lado, y las estructuras y sistemas sociales, por el otro".[44]

Las comunidades de práctica han sido consideradas en el derecho internacional. Brunée y Toope han aplicado la noción, completándola con una reinterpretación de los criterios fullerianos de la moralidad interna del derecho, para analizar el problema de la obligación jurídica internacional.[45] Para Brunée y Toope, las comunidades de práctica transnacionales brindan el espacio de interacción que crea el surgimiento de tales obligaciones: "la obligación jurídica, entonces, se ve mejor como un compromiso internalizado y no como un deber impuesto externamente que se corresponde con una sanción por incumplimiento".[46]

---

43 Wenger, Etienne, *Communities of practice: learning, meaning, and identity*, 1998, p. 83.

44 Adler, Emanuel, *Communitarian International Relations: The Epistemic Foundations of InternationalRelations,* Londresy Nueva York, 2005, p. 15.

45 Toope, Stephen J. y Brunnée, Jutta , *Legitimacy and legality in international law: An interactional account*, 2010.

46 *Ibidem,* p. 115.

Nuestro interés en este punto no es explorar el origen de la obligación jurídico subyacente al derecho común de los derechos humanos en América Latina. Más bien, usamos la noción de comunidades de práctica para explicar el funcionamiento del constitucionalismo transformador en América Latina. Al analizar el funcionamiento del derecho en la región, la noción de comunidades de práctica nos permite lograr un equilibrio entre la agencia y la estructura. En lugar de pensar en la práctica interamericana como una sucesión de eventos que ocurren en la intersección de entidades abstractas (p. ej., los Estados y las instituciones internacionales), nuestra propuesta es observar las personas que toman las decisiones, sus intereses y temores.

Sin duda, este enfoque conlleva el riesgo, por un lado, de sobrevalorar la agencia de profesionales jurídicos individuales en la configuración del campo jurídico y, por el otro, de minimizar el impacto de factores estructurales, como el género, el origen étnico, el origen geográfico, o los medios financieros. Es claro que los factores estructurales y, particularmente, las estructuras socioeconómicas, influyen en la agencia de los actores.[47] Pero tales estructuras no son el final de la historia. Esa aproximación debe evitarse, en el sentido de que todos los resultados no están determinados por la estructura. De otra parte, también debe evitarse la idea de una contingencia absoluta, que presentaría el derecho común de los derechos humanos como resultado de "pura casualidad y voluntad".[48] La noción de comunidad de práctica, que se coloca entre las limitaciones de la estructura y la agencia de los individuos, trata de lograr ese equilibrio.

Una comunidad de práctica no implica homogeneidad. Los actores a menudo tienen distintos proyectos, así como diferentes puntos de vista sobre los derechos humanos. La comunidad de práctica está constituida no por un único objetivo, sino por

47 En el contexto del derecho internacional general, esta tensión se ha descrito en Urueña, Rene, "International Law as Expert Knowledge: Exploring the Changing Role of International Lawyers in National Contexts", *International Law as a Profession* 389-410, Jean d'Aspremont *et al.* eds., 2017, pp. 395 y 396.

48 Marks, Susan, *False contingency*, 62 Curr. Leg. Probl. 1-21,2009, p. 10.

un entendimiento común compartido de lo que están haciendo.[49] Al mismo tiempo, la comunidad latinoamericana de derechos humanos comparte un marco: sus instituciones, sus actores, los desafíos a enfrentar, es decir, un sentido de propósito y sus realidades. En este marco, existen varios puntos de vista sobre los derechos humanos interamericanos, pero la interacción continua establece el significado de una norma internacional para un caso dado.

A través del prisma de la práctica social, la idea de una división aguda entre lo nacional y lo internacional, por un lado, y la mentalidad jerárquica de un supuesto diseño constitucionalista en el que la Corte IDH estaría en un nivel superior, por el otro, carece de sentido. La Corte está en el centro de una comunidad de práctica que incluye actores nacionales e internacionales como, jueces nacionales, funcionarios públicos nacionales, comisionados interamericanos, secretarios, litigantes y académicos; en otras palabras, todos aquellos que contribuyen a las interacciones que crean decisiones jurídicas. Esta comunidad no debe entenderse como un "sistema", que pretende ser coherente, de hecho, la práctica puede desencadenar respuestas conflictivas a preguntas jurídicas específicas. El punto es un propósito compartido de transformación social a través del derecho. Por el contrario, el derecho común de los derechos humanos no es un castillo en el cielo, sino más bien, el proyecto profesional de miles de personas y, a veces, un salvavidas para las víctimas.

El tiempo, las interacciones reiteradas y el aprendizaje son cruciales para esta práctica. Es difícil entender cómo funciona el sistema cuando se conceptualiza la interacción entre actores como una cuestión de encuentros aislados. Aunque este podría

[49] Adler, Emanuel, *Relaciones internacionales comunitarias: los fundamentos epistémicos de las relaciones internacionales*, p. 22. La noción de comunidades de práctica ha sido criticada por permanecer en silencio sobre el tema de los desequilibrios de poder, por ejemplo, en *Alessia Contu* y *Hugh Willmott*, Reincorporando la situación: la importancia de las relaciones de poder en la teoría del aprendizaje, 14 ORGAN. SCI 283-296, 2003. Sin embargo, nuestra lectura de la práctica de derechos humanos de la comunidad latinoamericana tiene en cuenta las diferencias de poder, ya que considera a muchos actores y no solo a los estados y las organizaciones intergubernamentales.

ser el caso de algunos funcionarios nacionales, que se enfrentan a la Corte una o dos veces en su mandato, ciertamente no es el caso de los jueces nacionales, las instituciones nacionales de derechos humanos o las organizaciones de víctimas, todos usuarios frecuentes del sistema. La teoría de juegos demuestra claramente la diferencia entre juegos individuales (aislados) y juegos iterativos.[50] La iteración crea una interacción que es cualitativamente diferente de la del contacto aislado, ya que este proceso constante de interacción y aprendizaje da forma a las expectativas del Sistema Interamericano. La iteración cambia no solo las estrategias dentro del juego, sino también el juego en sí.[51] Las relaciones internacionales constructivistas también han explorado esta idea: la interacción entre los agentes desarrolla la estructura, pero ser parte de ella impacta en los intereses y estrategias de los agentes.[52]

La dimensión social demuestra otra característica del derecho común latinoamericano: la percepción de muchos actores de la comunidad de que el derecho común les permite cumplir mejor sus propios mandatos. Tanto la CADH como la mayoría de las constituciones nacionales confían a *todas* las autoridades públicas, y no solo a los jueces, la tarea de abordar los desafíos de la violencia, la exclusión social y la debilidad de las instituciones, en el marco de sus poderes y procedimientos. En ese contexto, la interacción con la Corte IDH se ha convertido en una dimensión importante del mandato de las instituciones nacionales de derechos humanos en la región. Así, es común que estas adopten la interpretación evolutiva de la Convención de la Corte Intera-

---

50 Véase Samuelson, Larry y Mailath, George Joseph, Repeated games and reputations: long-run relationships, 2006. En derechointernacional, véase Setear, John, *An Iterative Perspective on Treaties: A Synthesis of International Relations Theory and International Law*, 37 Harv. Int. Law J., 1996, pp. 139-230 . John K Setear, "Responses to Breach of a Treaty and Rationalist International Relations Theory: The Rules of Release and Remediation in the Law of Treaties and the Law of State Responsibility," *Virginia Law Review,* 83, núm. 1, 1997, pp. 1-126.

51 Frischmann, Brett, "A Dynamic Institutional Theory of International Law", Buffalo Law Rev, 679-809, 2003.

52 Véase Wendt, Alexander, "The Agent-Structure Problem in International Relations" (1987) 41 *International Organization* 335; Adler, *Communitarian International Relations*, pp. 5 y 6.

mericana y promuevan los derechos humanos en sus respectivos Estados con base en tal entendimiento.[53] El Tribunal, a su vez, interpreta de manera expansiva los poderes atribuidos en el artículo 69.2 de sus reglas de procedimiento. Así, la Corte interactúa directamente con las instituciones nacionales de derechos humanos para cooperar en el proceso de cumplimiento de sus órdenes (incluso en contra de los deseos del gobierno respectivo), o para intervenir en los procedimientos judiciales como actores independientes, y acerca a esas instituciones a la comunidad de práctica. Como ejemplo podemos tomar el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, en el cual la Defensoría del Pueblo de Costa Rica intervino en la audiencia pública sobre el monitoreo del cumplimiento o el caso *Vélez Loor vs. Panamá* donde la Defensoría panameña intervino en una audiencia privada de cumplimiento.[54]

Por supuesto, incontables dificultades siguen sin resolverse en el derecho común de los derechos humanos; sin embargo, algunas críticas parecen poco persuasivas. No es el caso que la Corte IDH defienda la supremacía incondicional de todas sus decisiones para todos los tribunales nacionales, en todas las situaciones. Por el contrario, el llamado ha sido el de tomar soluciones matizadas.[55] Contra una mentalidad *top-down*, puramente "constitucionalista", el derecho común de los derechos humanos apunta a un complejo proceso de constante aprendizaje y adaptación. Si nos fijamos en sus homónimos, es decir, el *common law* en inglés y el *ius commune* continental europeo, ambos han sido herramientas flexibles, muy sensibles a los contextos políticos y sociales, y, por tanto, buenos ejemplos en este respecto.

---

53 Véase Pegram, Thomas Innes, *National human rights institutions in Latin America: politics and institutionalization*, *in* Human rights, state compliance, and social change: assessing national human rights institutions 210-240 Ryan Goodman & Thomas Innes Pegram eds., 2012.

54 Véase Corte IDH. *Artavia Murillo y otros ("Fertilización In Vitro") vs. Costa Rica*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Véase Vélez Corte IDH. *Vélez Loor vs. Panamá*, Objeciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 132, párr. 94.

55 Véase, por ejemplo, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, núm. 337, 2016.

El concepto de una comunidad de práctica destaca otra característica importante: la creencia compartida de que existe un derecho latinoamericano común, que abarca la Convención Americana, su jurisprudencia y elementos de los sistemas jurídicos nacionales. Esta dimensión tiene un lado performativo crucial. El derecho común no se encuentra "allá afuera", en alguna fuente misteriosa; por el contrario, es un proceso que implica definir ciertos fenómenos usando el término *Ius Constitutionale Commune*. Tal denominación puede dar vida a una cierta realidad a través del poder de la palabra; sin embargo, la etiqueta de derecho común es solo una expresión de la realidad social que es fácilmente observable en la región. Este derecho común de derechos humanos no es solo otra etiqueta académica, sino que existe en los corazones y las mentes, en palabras y esperanzas, de muchos latinoamericanos.

En consecuencia, es posible afirmar la existencia de una nueva comunidad de práctica que crea un nuevo fenómeno jurídico, que se compone de elementos que se originan en diferentes órdenes jurídicos y que está conectada por un impulso común. Una nueva ola de constitucionalismo que creó entornos jurídicos para un proyecto constitucional transformador en toda la región. Una comunidad práctica que dio vida a estándares jurídicos que, según la Corte IDH, juegan un papel central en dicho proyecto. El resultado es un derecho común de derechos humanos que fortaleció a la comunidad latinoamericana de derechos humanos en general, lo cual nos ayuda a entender cómo el constitucionalismo transformador internacional sí funciona en América Latina.

3. Conclusión: Celebrando 40 años de cambios

En agosto de 2018, la Corte celebró, en San José, Costa Rica, el aniversario 40 de la entrada en vigor de la Convención. Tales celebraciones de instituciones internacionales no son una pérdida de tiempo, esfuerzo o fondos.[56] Más bien, sirven para la opera-

[56] Vauchez, Antoine, "Keeping the dream alive: the European Court of Justice and the transnational fabric of integrationist jurisprudence", *European Political Science Review*, núm. 4, 2012, pp. 51-71.

ción de las mismas. Alimentan sus recursos más preciados: su legitimidad social y sus respectivas comunidades de práctica. De hecho, la Corte Interamericana se puso entre bastidores en el evento en San José, dirigiendo la atención a las voces de la comunidad latinoamericana derechos humanos.

En gran medida, la celebración fue un éxito. Un indicador es el número y el perfil de sus asistentes.[57] Instituciones claves del poder ejecutivo han respaldado a la Corte. El presidente de Costa Rica, quien gracias en parte a una plataforma pro-Corte Interamericana, intervino dos veces para expresar su profundo compromiso con el sistema, a pesar de una situación de conflicto político interno con respecto a la autoridad de la Corte.[58] El Secretario General de las Naciones Unidas, probablemente el más alto representante del sistema internacional también estuvo presente en esta celebración, y expresó su apoyo irrestricto al Sistema Interamericano. Dicho apoyo no se puede dar por sentado, considerando la tensión subyacente entre los sistemas regionales y universales, después de todo, la fragmentación del derecho internacional continúa siendo un problema.[59]

Con respecto al poder judicial, la celebración mostró a la Corte Interamericana como parte de una red de tribunales, tanto nacionales como internacionales. Los otros dos tribunales regionales de derechos humanos (europeo y africano)[60] participaron en

---

57 Véase Corte IDH, Press Release, "More than 1500 persons attend the week of events in commemoration of the 40th anniversary of creation of the Inter-American Court of Human Rights" (23 July 2018), Corte IDH_CP-31/18, disponible en: *http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_31_18_eng.pdf*

58 Semanario Universidad, "Costa Rica y la Corte Interamericana cumplen, entre presiones, 40 años de una relación estrecha", 18 de julio de 2018, *https://semanariouniversidad.com/pais/costa-rica-y-la-corte-interamericana-cumplen-entre-presiones-40-anos-de-una-relacion-estrecha/*

59 Payandeh, Mehrdad, "Fragmentation within International Human Rights Law", en Andenas, Mads y Bjorge, Eirik (eds.), *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence of International Law,* CUP, 2015, pp. 297-319.

60 Corte IDH_CP-31/18, "More than 1500 persons attend the week of events in commemoration of the 40th anniversary of creation of the Inter-American Court of Human Rights", 23 de julio de 2018, p. 2, *http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_31_18_eng.pdf*

el evento y se concluyó con un acuerdo de cooperación. Dada la audacia de la Corte con la doctrina del control de convencionalidad, la presencia de jueces nacionales, especialmente de aquellos tribunales con los que han surgido tensiones fue particularmente significativa.[61] Todos expresaron su apoyo al Sistema Interamericano de Derechos Humanos en general y a la Corte en particular. Tal apoyo es especialmente valioso teniendo en cuenta que también se expresaron profundos desacuerdos. Por supuesto, la dimensión real del apoyo de los poderes judiciales nacionales no puede inferirse de estas pocas declaraciones. Pero lo cierto es que la Corte Interamericana no está sola.

La participación de varias organizaciones sociales, así como de víctimas individuales, fue particularmente notable. Quedó claro que la comunidad latinoamericana de derechos humanos no solo está compuesta por instituciones oficiales. Las personas y los grupos de personas tienen un papel activo, en particular las víctimas que recibieron ayuda. La amplitud y profundidad del Sistema Interamericano, el hecho de que vincula diferentes instituciones nacionales y la sociedad civil, nutre la legitimidad de la Corte. El sistema se basa en una sólida red de varios miles de personas cuyo objetivo es transformar la región como parte de la comunidad latinoamericana de práctica de derechos humanos.

Las celebraciones esbozaron quién pertenece a esa comunidad, o al menos, a su parte interamericana. Un sistema jurídico a menudo se identifica por sus casos principales, aquellos que son constantemente invocados por sus miembros y que forman parte de su narrativa. En la publicación preparada para su aniversario, "40 Años Protegiendo Derechos", el propio Tribunal destacó las decisiones que considera fundamentales.[62] Muchos participantes reiteraron la importancia de esas decisiones, muchas de las cuales se discutieron anteriormente en este capítulo.

---

61 Corte Suprema Federal (Brasil), Corte Constitucional de Guatemala, Corte Suprema de Justicia (Chile), Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), Corte Constitucional de Colombia, Corte Suprema de Costa Rica. Programa de 19 de julio, *http://www.corteidh.or.cr/40aniversario/informacion/agenda_jueves.pdf*

62 Corte IDH, *40 Years Protecting Rights,* 2018, pp. 42-55, *http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/40anos_eng.pdf*

Otro elemento central de la identidad es el propósito del sistema. Sobre este tema, hubo un consenso más amplio durante las celebraciones: combatir la violencia, la exclusión social y fortalecer las instituciones. La creencia de estar involucrados en un proyecto tan importante fortalece a cualquier comunidad.

Con todo, una dimensión que pudo haber hecho falta en las celebraciones del 40 aniversario del Sistema interamericano fueron las críticas serias. En cierto modo, el silencio sobre este asunto es comprensible, considerando una percepción generalizada del sistema como débil y amenazado por las fuerzas hostiles. Sin embargo, dado que estas celebraciones han demostrado la legitimidad de que goza el sistema, existen buenas razones para buscar la fuerza innovadora que proviene de la crítica.[63]

En este sentido, nos vienen a la mente varios temas. Se podría discutir si el *corpus iuris* latinoamericano constituye un desarrollo jurídico exitoso en su totalidad. Es poco probable que esto sea así, a la luz de la complejidad de los asuntos que llegan a la Corte,[64] se debe realizar una revisión crítica desde dentro de la comunidad latinoamericana. Tratar de identificar las diez peores decisiones y cómo lidiar con ellas podría generar críticas constructivas que terminen fortaleciendo el sistema.

Luego, hay una tensión —o incluso una paradoja— que surgió regularmente durante las celebraciones. Muchos elogiaron la contribución de la Corte a los derechos humanos en la región y, al mismo tiempo, lamentaron cuán terrible es la situación de los derechos humanos en la región. Por un lado, parece haber habido progreso, por el otro, parece que no ha habido cambios sustanciales. ¿Cómo se relacionan estas dos afirmaciones? ¿Es suficiente afirmar que la situación sigue siendo terrible porque no se

63 Hirschmann, Albert O., Social Conflicts as Pillars of Democratic Market Society, *Political Theory,* núm. 22, 1994, pp. 202-212.

64 Por ejemplo, la discusión sobre la Fortaleza analítica de la jurisprudencia del *ius cogens*. Véase Contreras-Garduno, Diana y Alvarez-Rio, Ignacio, "A Barren Effort? The Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on Jus Cogens", *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos,* núm. 14, 2016, pp. 113-132; Neuman, Gerald L., "Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights", *European Journal of International Law,* núm. 19 2008, pp. 101-123.

respetan los derechos humanos? ¿O hay quizás causalidades más complejas detrás de todo?[65] Explorar este asunto podría conducir a otro ángulo crítico.

Finalmente, podría valer la pena involucrar a aquellos que no creen que el sistema sea tan bueno. Hay quienes creen que la Corte debería ser más formalista y que su forma actual de razonamiento socava la racionalidad específica del derecho. Hay otros que creen que los objetivos del sistema se alcanzan mejor a través de otros mecanismos, que podrían verse frustrados por un énfasis innecesario en el lenguaje jurídico de los derechos humanos. También los hay quienes consideran que la agenda de derechos humanos se interpone en el camino del proyecto que es verdaderamente importante: avanzar hacia sociedades más justas mediante la obtención de un crecimiento económico robusto. Finalmente, hay quienes creen que este proyecto transnacional está construido sobre cimientos muy débiles, precisamente porque es un proyecto transnacional.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a pesar de toda la profundidad y aliento que ha adquirido en los últimos 40 años, es solo una de las diversas fuerzas que compiten para dar forma al futuro de las Américas. Para continuar su camino exitoso, el constitucionalismo transformador debe construir coaliciones más fuertes. Eso también debe entenderse como parte de su mandato.

[65] Véase Kennedy, David, *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, Princeton University Press, 2004; Moyn, Samuel, Not Enough: Human Rights in an Unequal World Harvard University Press, 2018.

Parte II
Derecho público en Europa

Principios de una doctrina de deficiencias sistémicas. ¿Cómo proteger los frenos y contrapesos en los Estados miembros de la Unión Europea?*

Armin von Bogdandy

En este capítulo se estudian las reacciones europeas ante la desintegración de los frenos y contrapesos en los Estados miembros de la Unión Europea (UE), como el caso paradigmático de un problema europeo más amplio: las *deficiencias sistémicas*. Al respecto, se examina en primer lugar el marco normativo con sus diversas opciones institucionales y sus múltiples principios y argumentos constitucionales. A continuación, se definen las *deficiencias sistémicas* como una forma específica de ilegalidad y conflicto intersistémico. En la tercera parte se elabora un marco jurídico para coordinar la gama de instrumentos existentes para hacer frente a las *deficiencias sistémicas* y evaluar las medidas correspondientes adoptadas por la UE. La *competencia*, el *procedimiento*, los *estándares* y el *control* constituyen los bloques de construcción esenciales que deberían ayudar a Europa a hablar con una voz común y basada en principios. El artículo muestra

* Traducido del inglés por David Geng. Me gustaría agradecer a Frank Hoffmeister, así como a la *Dienstagsrunde*, en particular a Michael Ioannidis, Laura Hering, Giacomo Rugge, Matthias Schmidt y Dimitri Spieker por su valiosa crítica y apoyo. Una versión anterior en alemán se ha publicado en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. Para esta versión en español agradezco los comentarios de Mariela Morales Antoniazzi y Zulima Sánchez Sánchez.

cómo se pueden trazar líneas rojas que respeten el pluralismo constitucional, y cómo la legitimidad de cualquier acción se ve reforzada al ser compartida entre muchas instituciones. Estas ideas también podrían ser pertinentes para otros casos de deficiencias sistémicas.

1. Doctrina jurídica en aguas turbulentas

En 2007, los países firmantes del Tratado de Lisboa elevaron a la categoría de *valores* europeos los antiguos *principios fundamentales* del Tratado de la Unión Europea, dejando salir del mundo "meramente" jurídico los conceptos de dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y protección de los derechos humanos. Se han postulado como orientaciones normativas ampliamente compartidas y profundamente arraigadas, formando así los verdaderos fundamentos de la casa común europea. Este paso probablemente tenía por objetivo alumbrar una nueva fuente de legitimidad y estabilidad.[1]

Hoy, sin embargo, sustenta una percepción de crisis profunda: al parecer, los débiles o controvertidos valores fundamentales fácilmente pueden sacudir la casa entera. La unión de los valores es quizás tan inestable como la propia Unión, siendo múltiples los desafíos a los que se enfrentan sus valores, como la desatención generalizada del derecho europeo de las personas refugiadas,[2] el trato inhumano de las personas detenidas,[3] las instituciones corruptas o débiles,[4] o el socavamiento del sistema interno de frenos y contrapesos. Este último punto representa el centro del estudio,

1 Mandry, *Europa als Wertegemeinschaft. Eine theologisch-ethische Studie zum politischen Selbstverständnis der Europäischen Union,* Baden-Baden, Nomos, 2009, p. 269, p. 55 y ss.

2 Comentarios editoriales, "The Rule of Law in the Union, the Rule of Union Law and the Rule of Law by the Union: Three interrelated problems", *CML Rev.*, vol. 53, 2016, pp. 597-606, en p. 597.

3 TJUE, Asunto C-404/15, *Aranyosi y Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198.

4 Bogdandy e Ioannidis, "Systemic deficiency in the rule of law: What it is, what has been done, what can be done", *CML Rev.,* vol. 51, 2014, pp. 59-96.

con el fin de desarrollar un marco jurídico común para dar una respuesta común europea. Ello permitiría reunir las posibles acciones bajo una panoplia de instrumentos con una postura común y única, de principios y, por tanto, dotada de mayor autoridad.[5]

En la actualidad, la atención se enfoca principalmente en las medidas tomadas por los Estados miembros que interfieren con las instituciones independientes y, por tanto, según preocupaciones generalizadas, las debilitan de manera crítica.[6] El propio sistema de frenos y contrapesos internos se ve perjudicado, y con él los mecanismos de cambio democrático. El caso más destacado es la modificación en la organización del poder judicial polaco desde 2015,[7] aunque los desarrollos polacos no son aislados y se pueden observar acontecimientos similares en otros Estados miembros de la UE, en particular en Hungría.[8] Si bien los debates suelen centrarse en el valor del Estado de derecho, también están en juego el respeto de los derechos humanos y la democracia.[9]

---

5 Sobre esta necesidad véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Refuerzo del Estado de derecho en la Unión. Propuesta de actuación, COM/2019/343 final, pp. 16 y 19.

6 Para un análisis detallado, poniendo mucha responsabilidad en el Occidente, Kosar, Baros, Dufek, "The Twin Challenges to Separation of Powers in Central Europe: Technocratic Governance and Populism", *EuConst*, vol. 15, 2019, pp. 427-461.

7 Véase la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de derecho por parte de la República de Polonia, COM (2017) 835 final, párrs. 6 y ss.; Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown,* Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 303.

8 Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre una propuesta en la que solicita al Consejo que, de conformidad con el art. 7, apdo. 1, del Tratado de la Unión Europea, constate la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión, 2017/2131(INL); Halmai, "Illiberal Constitutionalism? The Hungarian Constitution in a European Perspective", en Kadelbach (coord.), *Verfassungskrisen in der Europäischen Union,* Nomos, 2018, pp. 85-104, en p. 85.

9 Sobre la relación 'co-constitutiva' de la democracia, el Estado de derecho y los derechos fundamentales, véase Habermas, *Faktizität und Geltung,* Berlín, Suhrkamp, 1992, p. 667, en p. 109 y ss. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección del presupuesto de

En este sentido, cabe destacar que la ciencia política caracteriza tales medidas cómo autoritarias, es decir, no democráticas.[10]

Estas características presentan las deficiencias sistémicas más críticas hasta el momento, porque colocan al constitucionalismo europeo frente a una decisión difícil:[11] la determinación de si sus valores *rechazan* o *abarcan* "democracias iliberales". Ello en razón de que los valores consagrados en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) están acuñados por las tradiciones constitucionales de *todos* los Estados miembros.[12] Si la Unión Europea y sus Estados miembros no se diferencian de las "democracias iliberales", es decir, los ordenamientos constitucionales con muy pocos controles operativos y equilibrios de fuerzas frente a una mayoría gobernante bajo un líder poderoso, pasarán a formar parte del pluralismo constitucional europeo e incluso moldearán los valores europeos, presagiando el fin de la actual autocomprensión de la Unión. Lo que hoy todavía puede ser calificado como una deficiencia sistémica tendría que ser aceptado como la normalidad del mañana. Probablemente al percibir tal peligro, las instituciones claves europeas se han dedicado a defender los valores.[13] De hecho, la Comisión parece ahora estar comprometida a tomar medidas siempre,[14] lo que implica tam-

---

la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de derecho en los Estados miembros, COM (2018) 324 final, cdo. 3.

10 Merkel, "Vergleich politischer Systeme: Demokratien und Autokratien", en Schmidt, Wolf y Wurster (coords.), *Studienbuch Politikwissenschaft,* Wiesbaden, Springer, 2013, pp. 207-237, en p. 223 y ss.

11 Martín y Perez de Nanclares, "La Unión europea como comunidad de valores: a vueltas con la crisis de la democracia y del Estado de derecho", *Teoría y Realidad Constitucional,* vol. 43, 2019, pp. 121-159, en p. 126 y ss.

12 Voßkuhle, *The idea of the European community of values,* Colonia, Verlag der Buchhandlung Klaus Bittner, 2018, p. 110; Levits, "Die Europäische Union als Wertegemeinschaft", en Jaeger, Thomas (coord.), *Europa 4.0,* Vienna, Jan Sramek Verlag KG, 2018, p. 252; Calliess, "The Transnationalization of Values by European Law", *GLJ,* núm. 10, 2009, pp. 1367-1378.

13 Véase el reciente resumen de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, Reforzar en consecuencia el Estado de derecho en la Unión*, Situación y posibles próximas etapas*, COM/2019/163 final.

14 COM/2019/343 final, *op. cit.* (n. 5), p. 16.

bién un considerable desarrollo constitucional, a saber, dar la posibilidad al constitucionalismo europeo de reforzar su perfil e incluso evolucionar hacia una democracia militante.[15]

El marco jurídico de las acciones europeas contra las medidas que socavan los frenos y contrapesos nacionales está lejos de ser un pasatiempo doctrinal.[16] En primer lugar, se exige una coordinación distinta, porque para sustentar y defender los valores de la Unión se necesita una reacción clara y unívoca que gane autoridad de los numerosos actores europeos. En segundo lugar, la legalidad y la legitimidad de las acciones europeas pertinentes se encuentran en un terreno incierto y muy discutido. El propio servicio jurídico del Consejo considera inadmisible uno de los instrumentos de la Comisión Europea.[17] Algunas voces, entre ellas el Parlamento Europeo, estiman que las acciones europeas son demasiado unilaterales.[18] Otras acusan a la Unión de aplicar un doble estándar, pues ni ella misma cumple con los valores que está exigiendo a sus miembros.[19] Por eso algunos sostienen que la Comisión Europea generalmente puede calificarse como "inadecuada" para ser la guardiana de la democracia liberal.[20] Los

15 Hoffmeister, "Die Werteunion: Anspruch und Wirklichkeit", en Ludwigs, Markus y Schmahl, Stefanie (coords.), *Die EU zwischen Niedergang und Neugründung - Wege aus der Polykrise,* Baden-Baden, Nomos, 2020, pp. 21-54.

16 Sobre el debate Bonelli, "From a Community of law to a Union of values", *EuConst*, vol. 13, 2017, pp. 793-816.

17 Consejo, Servicio Jurídico, Comunicación de la Comisión sobre un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de derecho: compatibilidad con los Tratados, 10296/14.

18 Resolución del Parlamento Europeo sobre la necesidad de un mecanismo global para la democracia, el Estado de derecho y los derechos fundamentales, 2018/2886(RSP), considerando (K); Franzius, "Der Kampf um Demokratie in Polen und Ungarn", *Die Öffentliche Verwaltung,* vol. 71, 2018, pp. 381-389, en pp. 382 y 386.

19 Weiler, "Epilogue: living in a glass house: Europe, democracy and the rule of law", en Closa, y Kochenov (coords.), *Reinforcing the Rule of Law Oversight in the European Union,* Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 313- 326.

20 Schorkopf, "Wertesicherung in der Europäischen Union. Prävention, Quarantäne und Aufsicht als Bausteine eines Rechts der Verfassungskrise?", *EuR,* núm. 52, 2016, p. 159; Janse, "Is the European Commission a credible

representantes de Polonia han declarado que las acciones europeas contra su modificación de la judicatura son ilegítimas, y quizás incluso nulas y sin efecto.[21] Como respuesta, se han iniciado procedimientos contra los jueces polacos que tratan de defender su independencia mediante el procedimiento de decisión prejudicial.[22]

Por otro lado, las disputas sobre valores europeos se vuelven particularmente intensas con gran facilidad.[23] El embajador polaco en Berlín dijo que Polonia respetará todos los valores europeos, pero que "[...] el problema es su interpretación, y que Bruselas está demasiado influenciada por la ideología. Por una ideología liberal de izquierda".[24] En términos similares, Viktor Orbán explicó su rechazo a la nominación de Frans Timmermans como presidente de la Comisión: "[...] es un guerrero ideológico que no acepta la diversidad, que no tolera las opiniones que difieren de las suyas y de la democracia liberal, y que quiere imponer su propia concepción a todos los Estados miembros de la UE".[25]

---

guardian of the values?: A revisionist account of the Copenhagen political criteria during the Big Bang enlargement", *International Journal of Constitutional Law,* vol. 17, 2019, pp. 43-65, en p. 43.

21 Véase la declaración del primer ministro polaco, Mateusz Morawiecki, citado por Steinbeis, "The Deed, not the Doer", *Verfassungsblog,* 2018, *https://verfassungsblog.de/the-deed-not-the-doer/*; el vicepresidente del Tribunal Constitucional de Polonia ha anunciado que consideraría ilegítimo cualquier fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea contra Polonia, véase Muszyński, "Polski Trybunał w unijnej rzeczywistości", *Rzeczpospolita,* 22 de marzo de 2018, *www.rp.pl/Opinie/303229983-Polski-Trybunal-w-unijnej-rzeczywistosci---Mariusz-Muszynski-o-mocy-wyrokow-TSUE-w-Polsce.html.*

22 Véase THEMIS, Posición de la Asociación de Jueces, "Themis", en relación con las medidas disciplinarias contra los autores de las cuestiones prejudiciales, 15 de diciembre de 2018, *http://themis-sedziowie.eu/materials-in-english/position-of-the-association-of-judges-themis-in-connection-with-the-disciplinary-actions-against-the-authors-of-the-questions-referred-for-preliminary-rulings/*.

23 Weber, *Wissenschaft als Beruf,* 2a. ed., Múnich, Duncker & Humblot, 1921, p. 37, en p. 27; Schmitt, *Die Tyrannei der Werte,* 3a. ed. corregida, Epílogo de Christoph Schönberger, Berlín, Duncker & Humblot, 2011, p. 48 y ss.

24 Citado según Voßkuhle, *op. cit*. (n. 12), p. 17.

25 Comunicado de prensa, "They want to make Soros's man the President of the Commission", 2 de julio de 2019, *www.kormany.hu/en/the-prime-*

Esta escalada es más relevante debido a que los diversos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros están estrechamente conectados y dependen en gran medida unos de otros,[26] como ha demostrado recientemente el *Brexit*. En este clima, la doctrina jurídica puede contribuir a apaciguar y racionalizar estas disputas.[27]

En este contexto, en este capítulo se examinará en primer lugar el marco normativo con sus diversas opciones institucionales y sus múltiples principios y argumentos constitucionales (2). Tras ello se desplegarán las características compartidas de las acciones de *deficiencia sistémica* y el conflicto específico que producen (3). A continuación, en la tercera parte se presentará la panoplia de instrumentos (4.1) y se desarrollará un marco jurídico para su coordinación, así como para la evaluación de cualquier medida que toma la Unión. Siendo los componentes básicos la *competencia*, el *procedimiento*, los *estándares* y el *control* (4.2 a 4.5). Al mismo tiempo, la contribución se opone a un exceso normativo que puede encontrarse en algunos documentos de la Comisión.[28]

2. Análisis preliminar

2.1. Premisa y opciones básicas

Al pertenecer al espacio jurídico europeo, todas las instituciones públicas están obligadas a respetar sus valores fundamentales. Los ordenamientos jurídicos que constituyen este espacio se han comprometido mutuamente a un núcleo constitucional

minister/news/they-want-to-make-soros-s-man-the-president-of-the-commissio.

26 Esto es sabiduría común, véase Röben, "Constitutionalism of Inverse Hierarchy: The Case of the European Union", Jean Monnet Working Paper 8/03, 2003; Maduro, "Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action", en Walker (coord.), *Sovereignty in Transition,* Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 501-537.

27 Bernstorff, "International legal scholarship as a cooling medium in international law and politics", *European Journal of International Law,* vol. 24, 2014, pp. 977-990.

28 Véase, en particular, COM/2019/163 final, *op. cit.* (n. 13), p. 1.

común.[29] Esto se expresa con mayor claridad en los artículos 2, 7 y 49 del TUE, pero también en los derechos constitucionales nacionales se encuentran requisitos similares.[30] Estos se complementan con el derecho internacional en la materia, especialmente con el artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa, así como con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Dado el pluralismo constitucional europeo, estos requisitos no pueden ser idénticos; sin embargo, al no considerar la posible aportación de los Estados miembros "iliberales", sí coinciden en gran parte.[31]

Al mismo tiempo, no está claro si las instituciones públicas deben defender estos valores fundamentales desde fuera y cómo deben hacerlo. El artículo 7 del TUE, que estipula mecanismos específicos, es también discrecional: la Unión "puede", pero no está obligada a defender los valores europeos frente a sus Estados miembros.[32] En el mismo sentido, el resto de instrumentos deja un amplio margen[33] Por ello, cualquier posicionamiento de los principios pertinentes requiere considerar las diversas opciones.

Desde la perspectiva del derecho de la Unión, una primera opción es evitar cualquier conflicto, y no hacer nada. Asimismo, la Unión Europea podría —con optimismo liberal— confiar en los poderes de autocorrección del constitucionalismo liberal o dejar el asunto en manos de los instrumentos establecidos por

29 En detalle véase Bogdandy, "Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area", *International Journal of Constitutional Law,* vol. 12, 2014, pp. 980-1007.

30 Para un buen ejemplo, véase *The Minister for Justice and Equality vs. Celmer*, 2018, IEHC 119.

31 Conclusiones del abogado general Cruz Villalón en TJUE, Asunto C-62/14, *Gauweiler y otros*, ECLI:EU:C:2015:7, apdo. 61.

32 Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea - Respeto y promoción de los valores en los que está basada la Unión, COM (2003) 606 final, p. 6; Ruffert, "Art. 7 EUV", en Calliess y Ruffert (coords.), *EUV/AEUV*, 5a. ed., 2016, pp. 166-174, párr. 8.

33 No obstante, también puede haber constelaciones en las que existe el deber de actuar, Huber, "Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis", *Der Staat,* vol. 56, 2017, pp. 389-414, en p. 389.

el Consejo de Europa (decisiones del TEDH, dictámenes de la Comisión de Venecia, resoluciones del Consejo de Ministros o de la Asamblea Parlamentaria), reconociendo así la función especial del Consejo en cuanto a las cuestiones de derecho constitucional de los Estados miembros;[34] sin embargo, estas instituciones manejan instrumentos bastante débiles. Otra opción es la acción de los propios Estados miembros, ya sea colectivamente, como en el caso de las sanciones contra Austria[35] o, individualmente, por ejemplo, mediante la denegación de la cooperación judicial al Estado miembro en cuestión o mediante la aplicación del artículo 259 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).[36] No obstante, tales acciones tienen el potencial de resucitar viejos fantasmas de conflictos bilaterales[37] y recordando el caso de Austria, tampoco han tenido mucho éxito. Entonces si la Unión decide actuar y quiere evitar la discusión altamente conflictiva sobre los valores, podría adherirse al ámbito "ordinario" establecido por el derecho de la Unión. Fue en este sentido como la Comisión actuó contra Hungría: llevó, sin mucho éxito, el desempoderamiento del poder judicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como una discriminación inadmisible de los jueces por motivos de edad en virtud de la Directiva 2000/78 contra la discriminación.[38] Por tanto, todo parece apuntar hacia una defensa abierta de los valores de la UE por parte de sus instituciones, utilizando, entre otras cosas, el artículo 7 del TUE, el

---

34 Tuori, "From Copenhagen to Venice", en Closa y Kochenov (coords.), *op. cit*. (n. 19), pp. 225-246, en p. 237.

35 Sobre esta temática Ahtisaari, Frowein, Oreja, *Report on the commitment of the Austrian Government to the common European values, adopted in Paris on 8 September 2000*, párr. 116; Lachmayer, "Questioning the Basic Values—Austria and Jörg Haider", en Jabak y Kochenov (coords.), *The Enforcement of EU Law and Values*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 436-455.

36 Kochenov, "Biting intergouvernmentalism: The case for the reinvention of Article 259 TFEU to make it a viable Rule of Law enforcement tool", *HJRL,* vol. 7, 2015, pp. 153-174, en p. 153.

37 Müller, "Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law inside Member States?", *ELJ*, vol. 21, 2015, pp. 141-160, en p. 145.

38 TJUE, Asunto C-286/12 *Comisión v. Hungría*, ECLI:EU:C:2012:687, apdo. 24 y ss.; crítico Halmai, "The Early Retirement Age of the Hungarian Judges", en Nicola y Davies (coords.), *EU Law Stories,* Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 471.

Marco del Estado de derecho de la Comisión o los procedimientos judiciales.[39]

2.2. Razones a favor de la defensa

Al considerar la defensa de los referidos valores, las instituciones de la UE deben tener una idea nítida de los fundamentos constitucionales aplicables que sugieren tanto la acción como la cautela. Entre los fundamentos jurídicos que abogan por la defensa de los valores de la Unión, tres parecen tener una relevancia particular: la autocomprensión europea como comunidad de valores, la ciudadanía de la Unión y el principio de confianza mutua.[40]

Una primera razón para que la Unión defienda sus valores resulta de la concepción misma de su autocomprensión, estipulada en los Tratados Fundacionales, como un proyecto de paz liberal-democrático. Según el artículo 2 del TUE, la Unión se ha "fundado" sobre el respeto de estos valores, que no solo se aplica a las instituciones supranacionales de la Unión, sino también a sus Estados miembros. El mismo artículo expresa las normas para *cualquier* acción pública en el espacio jurídico europeo. Además, el respeto y la promoción de estos valores son los requisitos fundamentales para la adhesión, como se estipula en el artículo 49 del TUE. El término "valor" subraya el carácter de estos principios como fundamento normativo supremo y definitivo.[41] En el artículo 2 del TUE, todos los Estados miembros declaran quiénes son y qué representan; articulan la lógica subyacente de su práctica institucional y las convicciones morales de su ciudadanía, en resumen, posiciona la autocomprensión de la Unión como una auténtica comunidad de valores.

---

39 En detalle, véase punto 4.1.

40 Sobre los fundamentos jurídicos de la intervención Closa, Kochenov, Weiler, "Reinforcing Rule Of Law Oversight In The European Union", *EUI Working Paper RSCAS 2014/25,* 2014, pp. 5-7; Hillion, "Overseeing the Rule of Law in the EU: Legal Mandate and Means", en Closa y Kochenov (coords.), *op. cit.* (n. 19), pp. 59-81, en pp. 60-64.

41 Luhmann, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?,* Heidelberg, C.F. Müller, 1993, p. 32, en p. 19. *Cfr.,* también Habermas, *op. cit.* (n. 9), p. 311 y ss.

A la luz de las pruebas fehacientes de que diversas medidas de los Estados miembros violan los valores europeos, un silencio de esta región hablaría por sí solo. Pondría en cuestión a esta misma comunidad: su base axiológica común aparecería como una ilusión infundada o como un fundamento que incluye sistemas constitucionales con muy pocos controles operativos sobre el ejecutivo. En ambos casos, la autocomprensión cultivada hasta ahora difícilmente resultaría sostenible. La Unión se enfrentaría a una grave crisis de identidad.

En respuesta a ese desafío, la Comisión y el TJUE están dando peso al artículo 2 del TUE, que hoy en día representa mucho más que la "iconografía constitucional".[42] Con el Dictamen 2/13,[43] *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* (*ASJP*),[44] *Achmea,*[45] *L.M.*,[46] y *Wightman,*[47] el TJUE ha complementado la lógica funcional anteriormente dominante del derecho de la Unión con una axiológica. Hoy en día, los "valores" ocupan un lugar tan destacado como la "aplicación uniforme" y el efecto útil en la jurisprudencia constitucional del TJUE. Reconociendo a la Unión Europea como una auténtica "Unión de valores", el Tribunal posiciona sus propios fundamentos frente a los desafíos sin precedentes de algunos Estados miembros. Estas decisiones constituyen un verdadero paso al frente hacia una "Unión de valores" y están a la par de la jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal en los casos *van Gend en Loos* y *Costa/ENEL*. Este giro podría convertirse en el desarrollo característico de la presidencia de Koen Lenaerts.

Otro fundamento legal resulta del propio mandato de la Unión de proteger a todas las personas en el espacio jurídico eu-

---

42 Para tomar prestada una expression, J.H.H. Weiler, "On the power of the Word: Europe's constitutional iconography", *International Journal of Constitutional Law,* vol. 3, 2005, pp. 173-190.

43 TJUE, Dictamen 2/13, *Adhesión de la UE al CEDH*, ECLI:EU:C:2014:2454, apdo. 168.

44 TJUE, Asunto C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117, apdos. 30-32.

45 TJUE, Asunto C-284/16, *Achmea,* ECLI:EU:C:2018:158, apdo. 34.

46 TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality Minister for Justice and Equality*, ECLI:EU:C:2018:586, apdos. 35, 48 y 50.

47 TJUE, Asunto C-621/18, *Wightman*, EU:C:2018:999, apdos. 62-63.

ropeo. Esto incluye apoyar a la ciudadanía polaca contra su propio gobierno, defendiendo la esencia de sus derechos como está consagrada en el artículo 2 del TUE.[48] La medida de la Unión contra Polonia es importante no solo a nivel normativo, sino también a nivel cognitivo[49] ya que desmiente la suposición de que toda la ciudadanía polaca está del lado de la mayoría gobernante. De hecho, gran parte lucha por la democracia liberal en su país. Al hacerlo, se refieren a menudo a su condición de ciudadanos y ciudadanas de la Unión, como lo demuestra la bandera europea que acompaña las manifestaciones críticas con el gobierno. Para la ciudadanía de la Unión, este podría ser un momento histórico al adquirir un peso político real.

Una tercera razón para que la Unión defienda sus valores es el principio de confianza mutua. En la sentencia *L.M. (Deficiencias del sistema judicial)*, el TJUE ha dejado claro que medidas como las polacas ponen en peligro la estructura fundamental de la Unión ya que socavan la confianza mutua, sin la cual las esferas vitales de la cooperación europea dejan de funcionar.[50] El principio de confianza mutua establece que todos los Estados miembros *deben confiar* en que todos los demás respetan el derecho de la Unión y, sobre todo, sus derechos fundamentales.[51] El *statu quo* de la integración difícilmente puede mantenerse sin la confianza mutua,[52] pero esta requiere la defensa de los valores en los que se

48 Franzius, *op. cit.* (n. 18), p. 384.

49 Mälksoo, "The Memory Politics of Becoming European: The East European Subalterns and the Collective Memory of Europe", *European Journal of International Relations,* vol. 15, 2009, pp. 653-680.

50 TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, *op. cit.* (n. 46), apdo. 35; En detalle, Regan, "The role of the principles of mutual trust and mutual recognition in EU law", *Il Diritto dell'Unione Europea,* 2018, pp. 231-247, en p. 231.

51 TJUE, Dictamen 2/13, *Adhesión de la UE al CEDH*, ECLI:EU:C:2014:2454, apdo. 191; Lenaerts, "La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust", *CML Rev.,* vol. 54, 2017, pp. 805-840.

52 TJUE, Asunto C-411/10, *N.S. y otros*, ECLI:EU:C:2011:865, apdo. 83; en detalle von Bogdandy, "Ways to frame the European Rule of Law: Rechtsgemeinschaft, Trust, Revolution, and Kantian Peace", *EuConst*, vol. 14, 2018, pp. 675-699.

basa[53] por lo que es inaceptable encogerse de hombros y proclamar que "nadie es perfecto".[54]

2.3. Razones a favor de la discreción

Al mismo tiempo, argumentos poderosos sugieren mucha discreción. Los titubeos de la Unión, en particular del Consejo Europeo, no deben ser malinterpretados como mero oportunismo.[55] Una de las razones se relaciona con el binomio de la democracia y la identidad nacional. Si bien el artículo 2 del TUE menciona la democracia como un valor fundamental, el artículo 4, apartado 2, protege las "identidades nacionales, inherentes a sus estructuras fundamentales, políticas y constitucionales" de los Estados miembros. Si una mayoría gobernante elegida democráticamente modifica estas estructuras políticas y constitucionales fundamentales —ámbito más "sagrado" de la soberanía nacional— hay buenas razones para suponer que la Unión u otros Estados miembros solo deben intervenir en casos extremos. No cabe duda de que el gobierno polaco ha sido elegido democráticamente y, por tanto, goza de legitimidad democrática. Además, la situación en Polonia, e incluso en Hungría, es mucho menos grave que la de Rusia o Turquía.[56] La comprensión de los valores de la Unión de manera exacta crearía fácilmente la necesidad de intervenir en muchos Estados miembros, lo cual apenas puede ser la intención del TUE.

En este sentido, la "hegemonía" de los valores del artículo 2 TUE podría poner en peligro el pluralismo constitucional europeo.[57] La diversidad de las constituciones de los Estados

---

53 Véase Lenaerts *op. cit.* (n. 51).

54 Esto ha sido una declaración de la presidenta electa Ursula von der Leyen, "Streit um die Rechtsstaatlichkeit – Von der Leyen will auf Staaten Mittel- und Osteuropas zugehen", *Süddeutsche Zeitung,* 18 de julio de 2019.

55 *Cfr.,* por ejemplo, Kochenov y Pech, "Better Late than Never? On the European Commission's Rule of Law Framework and its First Activation", *JCMS,* vol. 54, 2016, pp. 1062-1074, en p. 1062.

56 Weiler, *op. cit.* (n. 19), p. 314.

57 Walker, "The Idea of Constitutional Pluralism", *Modern Law Review,* vol. 65, 2002, pp. 317-359; Halberstam, "Constitutional Heterarchy: The Cen-

miembros, protegidas por el derecho de la Unión, es enorme: tribunales constitucionales fuertes, débiles o carentes, grados de autoorganización judicial notablemente diferentes y contenido y grado de protección de los derechos fundamentales considerablemente divergentes, pero también repúblicas y monarquías, sistemas parlamentarios y semipresidencialistas, parlamentos fuertes y débiles, las democracias de modelo Westminster y las constitucionales, las democracias con estructuras de partidos fuertes o débiles, con instituciones sociales fuertes o débiles, órdenes unitarios o federales, sin olvidar las tradiciones constitucionales anarcosindicalistas, católicas, cívicas, laicas, otomanas, postcoloniales, protestantes, socialistas o estatistas. Todos estos elementos juegan un papel en los diversos sistemas de frenos y contrapesos,[58] por lo que la diversidad europea es especialmente expresada cuando se trata de esta característica básica de todo orden constitucional. Desarrollar los valores del artículo 2 del TUE, mediante su interpretación y aplicación en casos concretos, a una especie de ADN de cómo establecer frenos y contrapesos a la autoridad pública en el espacio jurídico europeo sería incompatible con esta diversidad. Sin embargo, la Comisión parece convencida de que el valor del Estado de derecho europeo se ha condensado en normas que permiten una aplicación dura y rápida,[59] que se asemeja mucho a la problemática "hegemonización" de los valores fundacionales.

Otro argumento basado en principios es la consideración de no poner en peligro la Unión. Los artículos 1 y 3 del TUE encomiendan a la Unión el desarrollo de políticas que garanticen el bienestar de su ciudadanía. Cualquier intento de forzar un gobierno elegido bajo una Constitución común puede fácilmente

trality of Conflict in the European Union and the United States", en Dunoff y Trachtman (coords.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance,* Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 326-355.

58 Utilizo el concepto de "frenos y contrapesos" en lugar de la "separación de poderes", porque el primero es más amplio, e incluye todas las características que se acaban de mencionar, véase Ackerman, Desierto y Volosin, "Hyper-Presidentialism: Separation of Powers without Checks and Balances in Argentina and Philippines", *Berkeley J. Int'l L.*, vol. 29, 2011, pp. 246-333.

59 COM/2019/163 final, *op. cit.* (n. 13), en p. 1.

resultar en conflictos explosivos, incluso pueden poner en peligro la propia Constitución.[60] Así lo consideran algunos autores con respecto a la escalada provocada por las acciones del Gobierno central del Estado español contra el Gobierno autonómico de Cataluña.[61] Y Las acciones europeas contra la actual mayoría gobernante en Polonia carecen incluso de importantes recursos que, por el contrario, sí apoyaron al Gobierno central español frente al catalán: un claro mandato democrático, una conciencia nacional desarrollada y el duro instrumento de la ejecución federal. Parece posible que una defensa europea de los valores pueda fracasar, lo que podría infligir un daño duradero a la autoridad de la Unión y demostrar la fragilidad de los fundamentos de la casa común europea. Ciertamente, la Unión no está construida para ese conflicto: desde su "momento constitucional" de superar el "asiento vacío" francés, la búsqueda de consenso ha sido clave para su funcionamiento.[62]

Pero también el éxito podría sumir a la Unión en serios problemas, pues si esta prevalece sobre el militante gobierno polaco, esto implicaría una enorme prueba de poder. La Unión ganaría considerablemente en estatura frente a sus Estados miembros si lograra transformar sus instrumentos, considerados hasta ahora bastante ineficaces, en una especie de ejecución federal eficaz.[63] Esa ganancia de poder podría considerarse *ultra vires* y causar un *backlash* de muchos Estados miembros, lo que igual podría poner en peligro a la Unión.

Resumiendo todas las razones anteriores, se recomienda una defensa vigorosa, pero limitada, en la cual las instituciones de la Unión Europea solo deban intervenir para proteger los valo-

---

60 El federalismo comparativo es instructivo a este respecto, Möllers y Schneider, *Demokratiesicherung in der Europäischen Union*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2018, p. 5 y ss.

61 García Morales, "Federal execution, Article 155 of the Spanish Constitution and the crisis in Catalonia", *ZöR,* vol. 73, 2018, pp. 791-830, en p. 791.

62 Van Middelaar, *Vom Kontinent zur Union. Gegenwart und Geschichte des vereinten Europa*, Berlín, Suhrkamp, 2016, pp. 41 y ss. y p. 120.

63 El cumplimiento por parte de Polonia de las medidas cautelares ordenadas por el TJUE en Asunto C-619/18, *Comisión Europea contra República de Polonia*, con respecto al Tribunal Supremo, podría ser un indicio.

res de la Unión cuando los mecanismos internos están fallando y únicamente en situaciones graves. No menos importante es que, cualquier intervención tiene que ser llevada a cabo de una manera que respete claramente los valores de la propia Unión. Esto se traduce en que la acción europea se concentre en las *deficiencias sistémicas*, es decir, en una forma específica de ilegalidad y conflicto intersistémico.

3. ¿Qué es la deficiencia sistémica?

Al explorar el término "deficiencia sistémica", este debería contribuir a mejorar el diseño de los correspondientes instrumentos jurídicos. El término ya está bien establecido en el espacio jurídico europeo[64] y muchas instituciones lo utilizan (o conceptos relacionados como *deficiencias estructurales, deficiencias generalizadas o problemas de funcionamiento*)[65] para identificar situaciones de tal gravedad que otros ordenamientos jurídicos debieran preocuparse por los valores en juego. Estas situaciones incluyen, aparte de las medidas que socavan el sistema interno de frenos y contrapesos, la inaplicación generalizada de la legislación europea sobre personas refugiadas, el trato inhumano de grupos de personas e instituciones débiles o corruptas.[66]

---

64 El término *deficiencia sistémica* no es en absoluto exclusivo de la UE. El TEDH lo utiliza para justificar su procedimiento de sentencia piloto, véase TEDH, *Glykantzi vs. Grecia*, sentencia de 30 de octubre de 2012, Req. núm. 40150/09. En el sistema de las Naciones Unidas, el Consejo de Derechos Humanos puede suspender la membresía en caso de violaciones sistemáticas, Resolución adoptada por la Asamblea General el 15 de marzo de 2006 (A/RES/60/251).

65 *Cfr.,* por ejemplo, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de derecho, COM (2014) 158 final; COM (2018) 324 final, *op. cit*. (n. 9); Reglamento (UE) 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Texto refundido) (2013) *OJ L180/31,* art. 3.

66 Esta sección se basa en Bogdandy e Ioannidis, *op. cit*. (n. 4), pp. 59, 63 y ss. Esa contribución exploró las deficiencias sistémicas de las instituciones

3.1. Una violación del derecho

La declaración de una *deficiencia sistémica* debe referirse a una *violación del derecho*. Esto, cuando se habla sobre las deficiencias sistémicas, queda oculto por el término *valor* que domina el debate europeo. Es común contrastar los valores con la ley, con la consecuencia de que el artículo 2 del TUE solo estipularía directrices normativas, pero no legales.[67] Por tanto, según el dualismo de los valores y la ley, una *deficiencia* no requeriría una *violación del derecho*. De hecho, la Comisión se esfuerza por distinguir entre el *derecho* y el *valor*: "La Comisión, más allá [...] de su tarea de asegurar el respeto del derecho de la Unión, es también responsable [...] de garantizar los valores comunes de la Unión".[68]

Esta diferenciación no es muy convincente. Los valores del artículo 2 están establecidos en el TUE, un texto legal, no solo en la parte declaratoria, es decir, el preámbulo, sino también en la parte operativa, por tanto, están concebidos para ser vinculantes y son aplicados por las instituciones públicas en los procedimientos establecidos por la ley, como se indica en los artículos 3, 7 o 13 del mismo instrumento. La violación de estos valores puede dar lugar a sanciones, que también se estipulan en el TUE. Cualquiera que sea el concepto de la ley que se utilice:[69] los valores del artículo 2 TUE forman parte del derecho de la Unión.

Otros argumentos confirman esta calificación. Los valores de *democracia* y *Estado de derecho* exigen que los requisitos normativos que las instituciones públicas pueden hacer cumplir se establezcan en forma de leyes. Si no, los instrumentos para remediar las deficiencias sistémicas podrían hacer cumplir las *me-*

---

débiles y de la corrupción. En comparación con ese estudio, dicha contribución profundiza en la dimensión intersistémica, y relaciona el concepto con todos los valores del art. 2 TUE, más allá del Estado de derecho formal.

67 Habermas, *op. cit.* (n. 9).

68 Recomendación de la Comisión (UE) 2018/103 por lo que respecta al Estado de derecho en Polonia, complementaria a las Recomendaciones (UE) 2016/1374 (UE) 2017/146 y (UE) 2017/1520 (2017) OJ L17/50, considerando (3).

69 Por ejemplo, MacCormick, "The Concept of Law and 'The Concept of Law'", *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 14, 1994, pp. 1-23.

jores prácticas políticas, morales y tecnocráticas extralegales o las ideologías de *buen gobierno* sin que esas normas tengan que pasar por los filtros legitimadores de los procedimientos democráticos con sus frenos y contrapesos. Del mismo modo, la interpretación y aplicación del artículo 2 TUE debe seguir las normas del razonamiento judicial, y no las del razonamiento moral o político.

Doctrinalmente, estos valores se califican como principios jurídicos fundamentales. El artículo 6, apartado 1, del TUE en la versión del Tratado de Ámsterdam de 1997 les ha atribuido esta naturaleza jurídica, y no hay razón para suponer que los creadores del Tratado tuvieran la intención de reducir o alterar su relevancia normativa con el Tratado de Lisboa en 2007, más bien, querían aumentar su importancia.[70] Por consiguiente, la declaración de una deficiencia sistémica requiere una violación de la ley. En este sentido el TJUE, cuya tarea es preservar el *derecho* (art. 19, apdo. 1 TUE), utiliza estos valores en sus sentencias.[71]

Ciertamente, el *riesgo* de una violación es a veces suficiente. El artículo 7 permite actuar a la Comisión en caso de un "riesgo claro" y, de acuerdo con el Marco del Estado de derecho, para que pueda emitir una recomendación sobre el Estado de derecho "en caso de que estime que hay pruebas objetivas de amenaza sistémica y de que las autoridades de dicho Estado miembro no han adoptado las medidas adecuadas para ponerle remedio".[72] Esto parece legítimo. Ninguna Constitución condena a sus instituciones a la pasividad ante el peligro inminente, como en el caso de las tendencias autoritarias.

3.2. El grado de gravedad que califica lo "sistémico"

Una *deficiencia sistémica* no es causada por cualquier violación de un derecho. El término denota sólo situaciones *graves*. De hecho, el artículo 7, apartado 1, del TUE se refiere a una "violación grave", y el apartado 2 del mismo artículo a una "violación grave

70 Mandry, *op. cit.* (n. 1), p. 55 y ss.

71 Véase *infra,* punto 4.2.3.

72 COM (2014) 158 final, *op. cit.* (n. 65), p. 8.

y persistente". Este elevado umbral del derecho primario se debe a las consideraciones desarrolladas anteriormente bajo el punto 2.3 y, por tanto, es pertinente para todas las acciones que defienden los valores. De hecho, la sentencia del caso *L.M.* sobre el cese de la cooperación judicial está relacionada con las calificaciones de la Comisión en virtud del artículo 7, apartado, 1 del TUE.[73] El marco del Estado de derecho también requiere "casos en los que los mecanismos establecidos a nivel nacional para garantizar el Estado de derecho dejan de funcionar eficazmente".[74] Esto excluye las violaciones aisladas de los derechos fundamentales o los errores individuales de la justicia.[75]

Para identificar estas situaciones, se utilizan varias expresiones: *generalizada*,[76] *estructural*,[77] o *esencial*;[78] sin embargo, el término más frecuente, que parece abordar mejor esas situaciones y distinguirlas de las violaciones "normales", es *sistémico*. Una violación "normal" de la ley se caracteriza por el hecho de que puede ser procesada como una cuestión de rutina que no pondría en duda los fundamentos de un orden jurídico.[79] Todas las situaciones denominadas deficientes de manera *sistémica*, *estructural* o *generalizada* comparten el aspecto de ser percibidas más allá de esta esfera normal. Esto no significa que equivaldrían a un estado de emergencia, es decir, golpes de Estado, rebeliones armadas o el inminente colapso del orden público. No obstante, las deficiencias sistémicas se perciben como crisis, es decir, como desafíos a un orden existente sin un remedio seguro. Estas crisis tampoco tienen por qué repercutir necesariamente en todo el ordenamiento jurídico, sino que pueden limitarse a esferas concretas, como la cooperación en materia de derecho penal o de personas refugiadas.

---

73 TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality, op. cit.* (n. 46).

74 COM (2014) 158 final, *op. cit.* (n. 65), p. 5.

75 *Ibidem*, p. 6 y ss.

76 COM (2018) 324 final, *op. cit.* (n. 9), art. 2.

77 Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los avances de Bulgaria en el marco del Mecanismo de Cooperación y Verificación, COM (2012) 411 final, p. 6.

78 TJUE, Asunto C-455/15 PPU, *P y Q*, ECLI:EU:C:2015:763, apdo. 39.

79 Bogdandy e Ioannidis, *op. cit.* (n. 4), p. 298 y ss.

En el lenguaje cotidiano, según su significado biológico, *sistémico* significa que *todo el organismo está afectado*. Siendo los antónimos *aislado*, *único* o *local*. En consecuencia, el término jurídico suele designar fenómenos de ilegalidad que se producen con regularidad, que están muy extendidos o arraigados, o que han sido ordenados por altas autoridades como expresión de una postura política. Los fenómenos de este tipo no aparecen como casos aislados, sino más bien como *características* de un sistema. La Comisión se refiere a una "práctica u omisión generalizada o recurrente, o a una medida"[80] y excluye las violaciones aisladas de los derechos fundamentales y los errores judiciales del ámbito de aplicación del Marco del Estado de derecho.[81] De manera similar, la TJUE utiliza *sistémico* y *generalizado* como sinónimos;[82] si bien, un fenómeno aislado, como la ruptura de una prohibición con un solo caso de tortura, puede indicar una deficiencia sistémica, sobre todo cuando no se encuentra con una reacción institucional adecuada. Estos casos también sugieren fallos del sistema.

3.3. La dimensión intersistémica

La consideración de la interrelación de los ordenamientos jurídicos en el espacio jurídico europeo hace avanzar la comprensión de lo que significa la *deficiencia sistémica*. De hecho, el concepto obtiene su significado específico de ahí. En el espacio jurídico europeo, la noción *sistémica* es utilizada principalmente por un ordenamiento jurídico para hacer una declaración sobre *otro*. Suele articular que este ha cambiado significativamente para peor, hasta el punto de que se cuestiona la interrelación y la cooperación. Aquí, como en otros contextos, se denomina *deficiencia sistémica* a un sistema cuando este produce un problema para el funcionamiento de otro.[83]

80 COM (2018) 324 final, *op. cit.* (n. 9), art. 2.

81 COM (2014) 158 final, *op. cit.* (n. 65), p. 6 y ss.

82 TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality, op. cit.* (n. 46); Asunto C-404/15, *Aranyosi y Căldăraru*, *op. cit.* (n. 3), apdos. 89, 93 y 104.

83 Kleinow, *Systemrelevante Finanzinstitute. Systemrisiko und Regulierung im europäischen Kontext*, Wiesbaden, Springer, 2016, p. 19 y ss.

Un buen ejemplo de ello es el Reglamento (UE) 1092/2010 relativo a la supervisión macroprudencial de la Unión Europea y la creación de la Junta Europea de Riesgo Sistémico (JERS).[84] En su artículo 2(c) se define riesgo sistémico como un "riesgo de perturbación del sistema financiero que puede tener repercusiones negativas graves sobre el mercado interior y la economía real". Otro ejemplo se encuentra en la Propuesta sobre la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de derecho en los Estados miembros. Allí se define como una práctica u omisión extendida o recurrente, o una medida adoptada por un Estado miembro que viole el Estado de derecho y afecte o pueda afectar al principio de buena gestión financiera o a la protección de los intereses financieros de la UE.[85]

En el mismo sentido, se observa una deficiencia sistémica con respecto al Estado de derecho en la corrupción generalizada en un Estado miembro que pone en tela de juicio la aplicación del derecho de la Unión, hasta el punto de que éste deja de estabilizar las expectativas normativas y, por consiguiente, no cumple su propia función.[86] Como la Unión es una unión de leyes, tales características ponen en duda toda la empresa. La unión de leyes se enfrenta a un problema similar cuando los tribunales nacionales ya no ejecutan un control efectivo sobre el gobierno. A nivel horizontal, existe una deficiencia sistémica si la entrega de una persona a otro Estado miembro da lugar a un grave conflicto con los derechos fundamentales en virtud de la constitución del Estado que la entrega.[87]

Hablar de una deficiencia sistémica supone un grave reproche y, por tanto, tiende a empeorar. Esta escalada debida a las acciones de deficiencia sistémica es tanto más relevante cuanto

---

84 Eling y Pankoke, "Systemic Risk in the Insurance Sector – What Do We Know?", *Working Papers on Risk Management and Insurance*, No. 124, 2014.

85 Proyecto de Resolución Legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de derecho en los Estados miembros, Enmienda, Propuesta de reglamento, 17, art. 2, párr. 1, punto b (disponible solo en inglés).

86 En detalle, von Bogdandy e Ioannidis, *op. cit.* (n. 4), p. 287 y ss.

87 *Cfr.,* Referencias bibliográficas de la n. 30.

que los diversos ordenamientos jurídicos están estrechamente conectados. En efecto, toda acción europea se desarrolla de manera transversal a la cultura política y jurídica general del espacio jurídico europeo, que busca el consenso. Por ende, los regímenes jurídicos de los instrumentos pertinentes deben atender a ello con procedimientos y requisitos previos que sean adecuados.

4. Un régimen legal para los instrumentos de deficiencia

4.1. La caja de herramientas

Se podrían utilizar muchos instrumentos para subsanar las deficiencias sistémicas de un Estado miembro cuando sus mecanismos internos están fallando.[88] Estos instrumentos tienen una característica crucial en común: no pueden —ni combinados ni por sí solos— "arreglar" o "resolver" las deficiencias sistémicas, lo que se desprende claramente de sus características ya mencionadas. Articular cualquier expectativa de este tipo implica una concepción errónea de los problemas en cuestión. Por otra parte, esa postura apoyaría a los autores y beneficiarios de las deficiencias sistémicas, ya que cualquier acción europea se concebiría presumiblemente como un fracaso, lo que desalentaría dicha acción *prima facie*. Frente a estas opiniones, cabe destacar que las funciones básicas de los instrumentos, en particular cuando se enfrentan al debilitamiento de los frenos y contrapesos, son mantener una comprensión liberal de los valores europeos y, como dijo Pál Sonnevend, contribuir "a crear una situación en la que la autocorrección a través de procesos domésticos todavía es posible",[89] en particular apoyando a las fuerzas nacionales que

[88] Esta contribución se centra en este último. En las medidas para evitar llegar a tal estado, como la profundización de la cultura cívica, véase COM/2019/163 final, *op. cit.* (n. 13), p. 7 y ss.

[89] Sonnevend, "Preserving the Acquis of Transformative Constitutionalism in Times of Constitutional Crisis: Lessons from the Hungarian Case", en von Bogdandy, Ferrer Mac-Gregor, Morales Antoniazzi y Piovesan (coords.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 123, 144 y ss.

defienden esta autocorrección.[90] Defender con éxito a los europeos es, sin duda, una tarea que requiere no pocos esfuerzos.

En este difícil contexto, parece seguro suponer que las acciones coordinadas son más prometedoras, mientras que las no coordinadas podrían causar efectos contraproducentes. Lamentablemente, la coordinación no resulta fácil, puesto que los distintos instrumentos son de naturaleza jurídica diversa (política, administrativa y judicial, vinculante y no vinculante), pertenecen a ordenamientos jurídicos diferentes y son aplicados por instituciones distintas, a veces incluso competidoras, como un tribunal constitucional nacional y el TJUE; sin embargo, la coordinación es clave y una reacción clara y unívoca de las numerosas voces europeas es esencial para mantener y defender los valores de la Unión.

En este aspecto, los instrumentos del derecho de la Unión están en el centro de atención.[91] Entre los instrumentos de las instituciones políticas, las medidas adoptadas en virtud del artículo 7 del TUE, el Marco del Estado de Derecho de la Comisión y el diálogo sobre el Estado de derecho del Consejo ocupan un lugar preeminente.[92] También el Cuadro de indicadores de la justicia de la Comisión para 2018 se ha convertido en un instrumento de supervisión,[93] al igual que el Informe de País de

---

90 La comparación con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es reveladora a este respecto, véase von Bogdandy, "The Transformative Mandate of the Inter-American Court of Human Rights", MPIL Research Paper núm. 2019-16, p. 13 y ss., véase también Hoffmeister, *op. cit*. (n. 15).

91 Para una visión general, véase Closa, Kochenov, Weiler, *op. cit*. (n. 40), así como los informes presentados en Closa y Kochenov (coords.), *op. cit*. (n. 19); Jakab y Kochenov (coords.), *Protecting European Values,* Oxford University Press, 2017.

92 Conclusiones del Consejo de la UE y los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo sobre garantizar el respeto del Estado de Derecho (16134/14).

93 *Cfr.,* recientemente, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Cuadro de indicadores de la Justicia en la UE de 2018, COM (2018) 364 final, p. 4 y ss. Sobre el Cuadro de indicadores de la justicia en la UE de 2018, Jakab y Lorincz, "International Indices as Models for the Rule of Law Scoreboard of the European Union: Methodological Issues", MPIL Research Paper No. 2017-21.

la Comisión sobre Polonia en el marco del Semestre Europeo.[94] Respecto a algunos Estados miembros, la Unión dispone de instrumentos adicionales, por ejemplo, el Mecanismo de cooperación y verificación para Bulgaria y Rumanía en sus Tratados de Adhesión tiene por objeto "observar el desarrollo de los sistemas administrativos y judiciales eficaces que ambos países necesitan para cumplir sus obligaciones como miembros de la UE y garantizar la correcta aplicación de las normas, políticas y programas de la UE",[95] y también el Tratado de Adhesión de Croacia contiene un instrumento similar.[96] Por otro lado, se están planeando más instrumentos, por ejemplo, la Comisión quiere supeditar la financiación al respeto de los valores de la UE[97] y lanzar un "Fondo de Justicia, Derechos y Valores de la UE" con una asignación presupuestaria global de 947 millones de euros.[98] En el marco del

94 UE documento de trabajo, "Country Report Poland 2018 accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank and the Eurogroup: 2018 European Semester: Assessment of progress on structural reforms, prevention and correction of macroeconomic imbalances, and results of in-depth reviews under Regulation" (EU) No 1176/2011, SWD (2018) 219 final, pp. 3 y 29 (disponible solo en inglés).

95 *Cfr.*, los informes correspondientes de la Comisión, más recientemente el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los progresos realizados por Bulgaria en el ámbito del Mecanismo de Cooperación y Verificación, COM (2018) 850 final; Vachudova, "Why Improve EU Oversight of Rule of Law", en Closa y Kochenov (coords.), op. cit. (n. 19), pp. 270-289.

96 Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Croacia y a las adaptaciones del Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (2012) OJ L112/21, art. 36. En detalle, Łazowski, "European Union do not Worry, Croatia is Behind you: A Commentary on the Seventh Accession Treaty", 8 *Croatian Yearbook of European Law* (2012), pp. 1-40, en pp. 33-36.

97 COM (2018) 324 final, *op. cit*. (n. 9), art. 2. Acerca de este tema, véase también Halmai, "The Possibility and Desirability of Rule of Law Conditionality", *HJRL*, vol. 11, 2019, pp. 171-188.

98 Anexo de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, Un presupuesto moderno para una Unión que proteja, empodere y vele por la seguridad El marco financiero plurianual para el período 2021-2027, COM (2018) 321 final, p. 48.

Parlamento Europeo se discute sobre la sanción de los partidos políticos radicales,[99] e instrumentos disciplinarios dentro de las alianzas políticas europeas.[100] También el Banco Central Europeo se está posicionando para defender los valores europeos.[101] Algunos de los puntos discutidos también consideran la expulsión de un Estado miembro divergente.[102]

En el ámbito judicial se puede recurrir al TJUE para que decida a través de los procedimientos de infracción y de decisión prejudicial; ambos pueden dar lugar a severas sanciones financieras. Recientemente, el Tribunal ha llegado a reivindicar la facultad de anular una medida nacional si amenaza la viabilidad de una política común profundamente integrada, en este caso la unión monetaria.[103] Además, el TJUE puede apoyar las acciones de las instituciones políticas, siendo un ejemplo importante de ello el papel que atribuye a las autorizaciones concedidas en la propuesta de la Comisión de instituir un procedimiento en virtud del artículo 7 del TUE.[104] Por consiguien-

---

99 Reglamento (UE, Euratom) 2018/673 por el que se modifica el Reglamento (UE, Euratom) No 1141/2014 sobre el estatuto y la financiación de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas (2018) OJ L114I/1, considerando (12), arts. 3 y 10.

100 Art. 9, Partido Popular Europeo Estatutos, por ejemplo, permite la exclusión de partidos políticos tanto individuales como de Estados Miembros, pero no define un motivo de exclusión. Disposiciones similares figuran en el artículo 16, Partido de la Alianza de los Liberales y Demócratas por Europa.

101 BCE, "Commission's Communication on further strengthening the Rule of Law within the Union A central bank perspective", 2019, p. 6 y ss., *www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb.other190731_commission_rule_of_law~7bb04806d3.en.pdf?05617bc240e68e259ce0c132c37302bb.*

102 Acerca de este tema véase Blagoev, "Expulsion of a Member State from the EU after Lisbon: Political Threat or Legal Reality?", *Tilburg Law Review,* vol. 16, 2011, 191-237, en p. 191; Krzan, "'PLEXIT'? – Poland, the rule of law and the (pre-)Article 7 procedure", en Hofmeister (coord.), The End of the Ever Closer Union, Baden-Baden, Nomos, 2019, pp. 143-168; véase también Müller, *op. cit*. (n. 37), en p. 150.

103 TJUE, Asuntos acumulados C-202/18 y C-238/18, *Rimšēvičs/BCE contra Letonia*, ECLI:EU:C:2019:139, párrs. 69 y ss.

104 TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality, op. cit*. (n. 46), párrs. 69 y ss.

te, las pruebas contenidas en esta propuesta son significativas incluso cuando es poco probable que el Consejo y el Consejo Europeo actúen.

Además de la Unión, los propios Estados miembros pueden defender los valores europeos. Los instrumentos de derecho internacional van desde las medidas "no amistosas" hasta los mecanismos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,[105] pasando por la opción extrema de una eventual intervención humanitaria.[106] Los gobiernos de los Estados miembros están facultados para coordinar estos instrumentos internacionales, como ocurrió con Austria, en 2000. También podrían considerar, y amenazar, con avanzar en la integración entre ellos, excluyendo a los países que no se ajustan a los valores,[107] pues los tribunales de los Estados miembros disponen de los instrumentos pertinentes. Una vez que los valores europeos se vuelven justiciables, pueden aplicarlos contra las medidas "iliberales", tanto en su país[108] como en el extranjero.[109]

En cualquier caso, en todos los ámbitos señalados, la coordinación de la Unión es clave para evitar una cacofonía de voces. Además, todos los instrumentos deben ser interpretados de la manera más legítima y eficaz posible. En este sentido, la presente contribución estudia las cuestiones comunes de competencia (4.2), procedimiento (4.3), estándar de los valores materiales (4.4) y control (4.5).

---

105 Acerca de este tema, véase Binder, *Die Grenzen der Vertragstreue im Völkerrecht,* Heidelberg, Springer, 2013, p. 770.

106 Asociación de Derecho Internacional, *Final Report on Aggression and the Use of Force,* 2018, *www.ila-hq.org/images/ILA/DraftReports/DraftReport_UseOfForce.pdf*, p. 20 y ss.

107 Franzius, *op. cit.* (n. 18), en p. 388.

108 Véase von Bogdandy y Spieker, "Countering the Judicial Silencing of Critics. Article 2 TEU Values, *Reverse Solange*, and the Responsibilities of National Judges", *EuConst,* vol. 15, 2019, pp. 391-426; para un ejemplo reciente, véase la referencia de la Corte Suprema de Polonia en los Asuntos acumulados C-585, 624 y 625/18, *Krajowa Rada Sądownictwa*.

109 Véase en particular Canor, "My brother's keeper? Horizontal solange: 'An ever closer distrust among the peoples of Europe'", *CML Rev.,* vol. 50, 2013, pp. 383-421.

4.2. Competencia

Cualquier calificación como *sistémicamente deficiente* es propensa a la escalada con consecuencias graves, por tanto, debe estar en manos de instituciones que puedan asumir esa responsabilidad y controlar los conflictos. Legalmente, esto se traduce en una cuestión de competencia, entendida de manera amplia que incluye cuestiones de prelación, admisibilidad y justiciabilidad.

4.2.1. El papel del artículo 7 del TUE

El artículo 7 del TUE desempeña un papel fundamental en este sentido, ya que podría impedir otras reacciones a deficiencias sistémicas en virtud del artículo 2 del mismo instrumento. De este modo la defensa de los valores estaría completamente bajo el control de los gobiernos de los Estados miembros, junto a las instituciones de la Unión. Por un lado, la responsabilidad sería muy clara pero, por el otro, los requisitos extremadamente elevados del citado artículo podrían dejar los valores de la UE sin defensa. Por ello, no es solo esta consideración consecuencialista, sino también son las consideraciones doctrinales las que militan en contra de interpretar el artículo 7 como un mecanismo exclusivo.

Una primera cuestión es si el artículo 7 TUE establece una *competencia exclusiva de la UE* que impida la adopción de medidas pertinentes por los Estados miembros. El artículo 3 del TFUE no menciona al artículo 7 del TUE y el artículo 4 del TFUE, que enumera los principales ámbitos de responsabilidades compartidas, tampoco lo hace. No obstante, enumera los espacios de libertad, seguridad y justicia, por tanto, se podría argumentar que las medidas del derecho de la Unión tienen prelación sobre la defensa de los Estados miembros. Además, a este argumento se une el artículo 344 del TFUE.[110]

La jurisprudencia del TJUE parecía apuntar a la prelación, especialmente en casos como el de *Melloni*, que excluía la aplicación

[110] Sobre la interpretación extensiva de esta cláusula, véase TJUE, Asunto C-459/03, *Comisión/Irlanda (Mox Plant)*, ECLI:EU:C:2006:345, párrs. 123 y ss.

unilateral de los principios constitucionales de un Estado miembro contra otro;[111] sin embargo, desde que el Tribunal Constitucional Federal alemán subrayó su competencia para proteger la identidad constitucional de la Ley Fundamental alemana también contra las medidas adoptadas por otros Estados miembros en su decisión de 15 de diciembre de 2015 (*Identitätskontrolle I*),[112] el TJUE reconoció que el derecho de la Unión deja margen para la defensa nacional de los principios fundamentales compartidos por la UE y sus Estados miembros.[113] Dado que los valores consagrados en el artículo 2 del TUE y las identidades constitucionales de los Estados miembros se solapan ampliamente,[114] los tribunales de estos no están impedidos para defender estos valores europeos compartidos. Esto corresponde a la lógica del espacio jurídico europeo de no monopolizar una cuestión central como la defensa de los valores en una institución o en un nivel. La considerable necesidad de coordinación debe ser atendida junto a otros medios.[115]

La segunda cuestión es si el artículo 7 del TUE prohíbe las medidas *adoptadas por otras instituciones de la Unión*. Este no contiene una declaración explícita sobre si otras instituciones de la Unión pueden defender los valores europeos utilizando otros instrumentos y, por tanto, se aplican las normas generales. Está bien establecido que un procedimiento específico destinado a tratar un determinado problema no excluye la elaboración de otros instrumentos,[116] una doctrina básica a partir de la sentencia *Van Gend en Loos*.[117] En consecuencia, es admisible, en principio, desarrollar nuevos instrumentos[118] como el Marco del Estado de

111 TJUE, Asunto C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107.

112 Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG), sentencia de 15 de diciembre de 2015, 2 BvR 2735/14, *Identitätskontrolle I*.

113 Al menos en el ámbito de los derechos fundamentales, TJUE, Asunto C-404/15, *Aranyosi y Căldăraru, op. cit*. (n. 3).

114 *Cfr.,* Conclusiones del abogado general Cruz Villalón en TJUE, Asunto C-62/14, *op. cit*. (n. 31).

115 Sobre este tema, véase puntos 4.3 y 4.4.

116 Bast, *Grundbegriffe der Handlungsformen der Eu,* Springer, 2006, pp. 60-63.

117 TJUE, Asunto C-26/62, *Van Gend en Loos/Administratie der Belastingen*, ECLI:EU:C:1963:1, apdo. 26.

118 Bast, *op. cit*. (n. 116), pp. 42-67.

derecho de la Comisión, o utilizar el presupuesto para defender los valores europeos.[119]

A pesar de todo, el ya referido artículo 7 sí desempeña un papel. Su redacción, su alcance general, la inclusión del Consejo Europeo y su procedimiento extremadamente exigente indican que estipula la forma más *intensa* de defensa de los valores por parte de la Unión. En consecuencia, carece de toda competencia para desarrollar instrumentos más fuertes. La expulsión de un Estado miembro o la destitución de su Gobierno, instrumento que el Gobierno español utilizó contra el Gobierno catalán, están fuera de los límites.[120] Todos los instrumentos que complementen los del artículo 7 del TUE en la defensa de los valores del artículo 2 deben ser menos severos.[121]

4.2.2. Instrumentos de derecho secundario

Hasta ahora, la acción en virtud del artículo 7 del TUE está paralizada en el Consejo y el Consejo Europeo, por lo cual se plantea una pregunta: ¿otras instituciones pueden defender los valores a través de nuevos instrumentos? Como se ha demostrado, este artículo no prohíbe otros instrumentos. Pero cualquier nuevo instrumento necesita una base jurídica adecuada. Este requisito proviene de la necesidad de legitimar cualquier acción de las autoridades públicas, incluyendo medidas "suaves".[122] La calificación como *sistémicamente deficiente* en el marco de una medida "suave", como puede ser una calificación correspondiente en el Cuadro de in-

[119] Véase Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de derecho en los Estados miembros, COM(2018) 324 final; Martín y Perez de Nanclares, *op. cit.* (n. 11), p. 143 y ss.; Brauneck, "Gefährdung des EU-Haushalts durch rechtsstaatliche Mängel in den Mitgliedstaaten?", *EuR*, vol. 54, 2019, pp. 37-59.

[120] Recientemente en España, en virtud del artículo 155 de la Constitución española. Acerca de este tema, García Morales, *op. cit.* (n. 61).

[121] En este sentido, también TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality, op. cit.* (n. 46); véase también *supra,* punto 4.4.

[122] Senden, *Soft Law in European Community Law,* Oxford, Hart, 2004, p. 478 y ss.

dicadores de la justicia en la UE,[123] o una recomendación de la Comisión, afecta a la situación interna de una mayoría gobernante y a la reputación de un Estado en las relaciones europeas e internacionales.[124] Por esta razón, estas medidas que de facto dañan la reputación de un Estado, no pueden permanecer en un vacío legal, sino que deberán estar fundamentadas en una base jurídica apropiada, tal como lo han confirmado las reacciones al Marco de Estado de Derecho de la Comisión.[125] El TJUE incluso ha declarado inválidas las Comunicaciones de la Comisión por falta de competencia.[126] El requerimiento del Tribunal de una base legal es particularmente llamativo en el procedimiento de OMT, cuyo origen fue el mero anuncio de un nuevo instrumento para la compra de bonos por parte del presidente del BCE, Mario Draghi.[127]

La admisibilidad del Marco del Estado de Derecho de la Comisión deriva del derecho de la Comisión a formular propuestas en virtud del artículo 7 del TUE, así como de su función general de guardiana de los tratados, de conformidad con el artículo 17, apartado 1. Sobre esta base, la Comisión también puede examinar si los Estados miembros respetan los valores del artículo 2 TUE. La competencia para formular las recomendaciones correspondientes se desprende del artículo 292 apdo. 4 TFUE.[128]

---

123 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Indicadores de Justicia de la UE 2015, COM(2015) 116 final.

124 En detalle, Goldmann, *Internationale öffentliche Gewalt: Handlungsformen internationaler Institutionen im Zeitalter der Globalisierung*, Heidelberg, Springer, 2015, p. 7 y ss., 337 y ss.

125 Véase el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo, *op. cit*. (n. 17).

126 TJUE, Asunto C-57/95, *Francia/Comisión*, ECLI :EU:C:1997:164; TJUE, Asunto C-233/02, *República Francesa contra Comisión*, ECLI:EU:C:2004:173, apdo. 40; Conclusiones del Abogado General Michal Bobek en TJUE, Asunto C-16/16 P, *Bélgica/Comisión*, ECLI:EU:C:2017:959.

127 Conclusiones del abogado general Cruz Villalón en TJUE, Asunto C-62/14, *op. cit*. (n. 31).

128 Giegerich, "Verfassungshomogenität, Verfassungsautonomie und Verfassungsaufsicht in der EU: Zum 'neuen Rechtsstaatsmechanismus' der Europäischen Kommission", en Calliess (coord.) *Herausforderungen an Staat und Verfassung: Liber Amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag,* Nomos, 2015, pp. 499-542, en pp. 535-536.

4.2.3. La justiciabilidad de los valores

Las instituciones políticas europeas no han sido muy eficaces hasta ahora para hacer frente a las deficiencias sistémicas en general y defender los valores en particular. Como tantas veces en la historia de la integración, se plantea la cuestión de si el poder judicial puede compensar esto. Para el TJUE, se trata de una cuestión de sus competencias en el marco de los procedimientos de los artículos 258, 259 y 267 TFUE. El artículo 7 TUE no bloquea estos procedimientos judiciales; el artículo 269 TFUE solo determina que el Tribunal no puede revisar la decisión del Consejo en cuanto al fondo. Habida cuenta del papel general del TJUE en la *Unión de Dderecho*, cabe suponer que los valores pueden desempeñar un papel en los procedimientos de los artículos 258, 259 y 267 TFUE.[129]

El quid de la cuestión es la justiciabilidad de los valores del artículo 2 TUE. El término *valor* puede interpretarse como si la redacción del Tratado atribuyera una vaguedad al artículo 2 TUE que excluye la aplicación judicial,[130] lo que podría estar respaldado por los argumentos relativos a la separación de poderes. La aplicación judicial de los valores extendería inmensamente la esfera de poder de los tribunales a conflictos altamente políticos. Todo esto puede evitarse considerando que los valores no son justiciables.

Sin embargo, la Comisión y el TJUE han condensado gradualmente los valores del artículo 2 TUE para responder a las deficiencias sistémicas, siguiendo el camino establecido del derecho de la Unión Europea.[131] Han desarrollado los valores para ser accesibles a la toma de decisiones judiciales, conectándolos a otras

[129] En detalle, Schmidt y Bogdanowicz, "The infringement procedure in the rule of law crisis: How to make effective use of Article 258 TFEU", *CML Rev.,* vol. 55, 2018, pp. 1061-1100, en pp. 1069-1073; para una posición distinta, véase Levits, *op. cit*. (n. 12), en p. 262.

[130] Kochenov y Pech, "Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality", *EuConst,* vol. 11, 2018, pp. 512-540, en p. 520.

[131] Para una presunción de aplicabilidad directa del derecho de la UE, véase Wohlfahrt, *Die Vermutung unmittelbarer Wirkung des Unionsrecht,* Berlín, Springer, 2015, p. 319.

disposiciones de los Tratados, a los derechos fundamentales y a los principios de las tradiciones constitucionales comunes.[132] Esta operación ha demostrado ser exitosa, en particular en lo que respecta al valor del Estado de derecho. Incluso del "Libro Blanco sobre la reforma de la judicatura polaca", —que presenta los muy controvertidos cambios en la judicatura polaca como conformes a los valores—, se puede extraer que los valores europeos han llegado a permitir evaluaciones jurídicas concretas.[133]

Entre los actos pertinentes de la Comisión, son de particular importancia el Marco de Estado de Derecho, así como sus dictámenes y recomendaciones sobre Polonia.[134] Un hito es su primera propuesta de acción en virtud del artículo 7, apartado 1 TUE.[135] En el mismo sentido se encuentra el Cuadro de indicadores de la justicia de la Comisión y el reciente Informe de País sobre Polonia en el Semestre Europeo.[136] La propuesta de la Comisión sobre "deficiencia generalizada del Estado de derecho" contiene incluso una definición jurídica de "deficiencias generalizadas".[137] Se puede encontrar más información en el Fondo de "Justicia, Derechos y Valores".[138] Dos comunicaciones de la Comisión en 2019 agrupan estos acontecimientos.[139]

---

132 Sobre las tradiciones constitucionales comunes, véase Cassese, "The 'Constitutional Traditions Common to the Member States' of the European Union", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2017, pp. 939-948; Graziadei y de Caria, "The 'Constitutional Traditions Common to the Member States' in the Case-Law of the European Court of Justice. Judicial Dialogue at its Finest", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico,* 2017, pp. 949-971.

133 Cancillería del Primer Ministro de Polonia, "White Paper on the Reform of the Polish Judiciary", 2018, *www.premier.gov.pl/files/files/white_paper_en_full.pdf*, apdo. 166.

134 Los documentos en cuestión son: dictamen de la Comisión de 1 de junio de 2016, por lo que respecta al Estado de derecho en Polonia, C (2016) 3500 final (disponible solo en inglés); recientemente Recomendación de la Comisión (UE) 2018/103, *op. cit*. (n. 68).

135 Véase *op. cit*. (n. 7).

136 UE documento de trabajo, "Country Report Poland 2018...", *op. cit*. (n. 94), pp. 3 y 29 (disponible solo en inglés).

137 COM (2018) 324 final, *op. cit*. (n. 9), art. 2.

138 Anexo de COM (2018) 321 final, *op. cit*. (n. 98), p. 48.

139 *Op. cit*. (nn. 5 y 13).

En cuanto a las sentencias del TJUE, destacan dos. El primero de ellos es el caso de la *Associação Sindical dos Juízes Portugueses (ASJP)*, el Tribunal ha hecho operativo el valor del Estado de derecho aplicándolo junto con otra disposición específica y directamente aplicable del Tratado. En el argumento clave, el Tribunal afirma que "El artículo 19 TUE [...] se refiere con mayor concreción al valor de Estado de derecho proclamado en el artículo 2"[140] —expresión que se ha utilizado repetidamente en los procedimientos para hacer cumplir los valores de la UE en los Estados miembros.[141] Esta lectura combinada permite al Tribunal concretar los valores abstractos consagrados en el artículo 2 TUE, convirtiéndolos en obligaciones justiciables.[142]

En el caso *L.M. (Deficiencias del sistema judicial)*, el Tribunal dio un paso más al permitir a los individuos defender los valores europeos.[143] Aunque el caso trataba de la separación de poderes a través de un poder judicial independiente, hizo que estas cuestiones estructurales e institucionales fueran justiciables a través del derecho fundamental a un tribunal imparcial y a un juicio justo. El enfoque del Tribunal recuerda a la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de *Maastricht*, que también hizo justiciable un principio fundamental (la democracia) a través de un derecho individual (derecho de voto, art. 38, párr. 1, de la Ley

---

140 TJUE, Asunto C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117, apdo. 32.

141 TJUE, Asunto C-619/18 R, *Comisión/Polonia (Indépendance de la Cour suprême)*, ECLI:EU:C:2019:531, apdo. 47; Asunto C-192/18, *Comisión/Polonia (Indépendance des juridictions de droit commun)*, ECLI:EU:C:2019:924, apdo. 98; véase también, Conclusiones del Abogado General Tanchev en apdo. 71, Asunto C-192/18, *Comisión/Polonia,* 20 de junio de 2019; Conclusión del Abogado General Tanchev en apdo. 77, Asuntos acumulados C-585, 624 y 625/18, *Krajowa Rada Sądownictwa,* 27 de junio de 2019; Abogado General Tanchev en apdo. 92, Asunto C-558/18, *Miasto Łowicz*, 24 de septiembre de 2019.

142 Para un análisis detallado, Spieker, "Breathing Life into the Union's Common Values: On the Judicial Application of Article 2 TEU in the EU Value Crisis", *German Law Journal,* vol. 20, 2019, pp. 1182-1213.

143 TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality, op. cit.* (n. 46), párrs. 47 y ss.

Fundamental alemana).[144] Así, el TJUE pone "la vigilancia de los particulares interesados en la protección de sus derechos" también al servicio de la lucha contra las deficiencias sistémicas.[145]

En consecuencia, los tribunales, incluidos los de los Estados miembros, pueden defender los valores del artículo 2 TUE.[146] El desarrollo podría incluso imputar cargos criminales a los responsables de las deficiencias sistémicas.[147] Esta expansión de la competencia judicial refleja la nueva importancia de los valores[148] y el papel general del poder judicial en el espacio jurídico europeo. A estas alturas, existe una línea de defensa judicial más allá de la racionalidad política del artículo 7 TUE.

La aplicabilidad judicial de los valores europeos significa que los tribunales constitucionales nacionales también pueden y deben defenderlos. Añadir su voz a la causa común europea de hacer frente a las deficiencias sistémicas parece significante, dada la autoridad de que gozan muchos tribunales constitucionales. Sin embargo, muchos de ellos sostienen que el derecho de la Unión no es un *estándar* de su revisión jurídica.[149] Algunas de las razones de esta reticencia son de carácter jurídico, especialmente el hecho de que el derecho de la Unión carece de rango constitucional en el ámbito interno. Otras consideraciones son de carácter más político, en particular la idea de que la abstención de los tribunales constitucionales al aplicar el derecho de la Unión facilita una división de tareas que reduce los conflictos entre el TJUE y los propios tribunales constitucionales.[150]

---

144 BVerfG, sentencia de 30 de junio de 2009, 2 BvE 2/08, *Lissabon*, y sentencia de 12 de octubre de 1993, 2 BvR 2134, *Maastricht*.

145 TJUE, Asunto C-26/62, *Van Gend en Loos/Administratie der Belastingen, op. cit.* (n. 117).

146 Véase, entre muchas otras, las referencias prejudiciales pendientes *Miasto Łowicz* contra *Skarb Państwa – Wojewoda Łódzki* (C-558/18) y *Prokuratura Okręgowa w Płocku* contra *VX, WW, XV* (C-563/18); véase la referencia similar en el caso *Prokuratura Rejonowa w Słubicach* (C-623/18).

147 Bogdandy y Spieker, *op. cit.* (n. 108).

148 Véase *supra,* punto 2.2.

149 En detalle, Paris, "Constitutional courts as European Union courts: The current and potential use of EU law as a yardstick for constitutional review", *MJ,* vol. 24, 2017, pp. 792-821, en p. 798 y ss.

150 *Ibidem,* p. 814.

Pero estos argumentos encuentran objeciones. Hay suficiente margen interpretativo para incluir el derecho de la Unión en el ámbito de los tribunales constitucionales.[151] Sustancialmente, esa medida tendría como resultado el fortalecimiento de la autoridad europea. Además, daría a los tribunales constitucionales un papel más activo en la configuración del espacio jurídico europeo en la cuestión, particularmente importante, de las deficiencias sistémicas.[152]

4.3. Procedimiento

El punto central de la sentencia *L.M. (Deficiencias del sistema judicial)* del TJUE es el derecho fundamental a un juicio justo, consagrado en el artículo 47.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE en adelante). Este derecho expresa un principio jurídico general que, en el espacio jurídico europeo, protege no solo a los individuos, sino también a las autoridades públicas.[153] Además, se aplica no solo en los procedimientos judiciales, sino también cuando un sujeto legal se enfrenta al ejercicio de la autoridad pública, especialmente cuando están en juego intereses sustanciales.[154] Este es el caso de los conflictos sobre deficiencias sistémicas: los intereses en cuestión aquí son la reputación nacional, el interés del enjuiciamiento, el funcionamiento efectivo del poder judicial nacional, los intereses financieros, así como la participación en las instituciones

151 *Ibidem,* p. 809 y ss.; Bäcker, "Das Grundgesetz als Implementationsgarant der Unionsgrundrechte", *EuR,* vol. 50, 2015, pp. 389-414, en p. 411.

152 Sobre esta discusión, Voßkuhle, "Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund", *EuConst*, vol. 6, 2010, pp. 175-198, en p. 197; Komárek, "Why National Constitutional Courts Should not Embrace EU Fundamental Rights", en: de Vries, Bernitz, Weatherill (coords.), *The EU Charter of Fundamental Rights as Binding Instruments*, Oxford, Hart, 2015, pp. 75-92.

153 Jarass, "Art. 47 GRCh", en Jarass (coord.), *Charta der Grundrechte der EU*, 3a. ed., Múnich, C.H. Beck, 2016, pp. 405-427, párr. 12.

154 A este respecto, art. 47 de la Carta va más allá del art. 6 CEDH. Sobre la relevancia del art. 47 (2) para los procedimientos administrativos, Nowak, "Europäisches Verwaltungsrecht und Grundrechte", en Terhechte (coord.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 2011, pp. 519-584, párr. 44.

de la Unión. Un procedimiento justo es importante no solo para la legitimidad de cualquier decisión específica, sino también para la cohesión general en la Unión Europea.[155]

De las muchas cuestiones de procedimiento, solo dos se abordarán aquí. La primera se refiere a los procedimientos políticos y administrativos. Un punto de crítica a las medidas tomadas por la Comisión y el Parlamento Europeo es que su motivación no es defender los valores de la Unión, sino sancionar una actitud crítica de la UE. Para justificar este punto, se dice que las medidas comparables a las polacas, cuando son adoptadas por gobiernos favorables a la UE, no provocan ninguna reacción.[156] Por tanto, se acusa a las dos instituciones de abusar políticamente de sus poderes.

Como se ha descrito (2.1), hay margen de discreción para decidir si se inicia un procedimiento. Por consiguiente, la acusación debe ser tratada bajo la doctrina de la discreción, aunque esta no limita el debate parlamentario. En efecto, es un principio general que los parlamentos gozan de plena libertad de debate.[157] Por el contrario, la Comisión Europea se enfrenta a límites. Si utiliza un instrumento de supervisión para sancionar una actitud generalmente crítica hacia la integración, esto equivaldría a un mal uso de su discreción. Pero para identificar ese uso indebido, se necesitan pruebas contundentes. Hasta la fecha, las acciones de la Comisión parecen justificadas debido a la extraordinaria gravedad de las situaciones en cuestión.[158]

En lo que concierne a los procedimientos judiciales, la cuestión fundamental es si los tribunales de los Estados miembros tienen que remitir un caso al TJUE si su objeto es una posible

[155] Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 2a. ed., Darmstadt, Luchterhand, p. 261, 48 y ss., y pp. 116-20.

[156] Mendelski, "Das europäische Evaluierungsdefizit der Rechtsstaatlichkeit", *Leviathan,* vol. 44, 2016, pp. 366-398, en p. 390.

[157] TJUE, Asunto C–230/81 *Luxemburgo/Pariamento*, ECLI:EU:C:1983:32, apdo. 39; Bast, *op. cit*. (n. 116), p. 28.

[158] En detalle, Hoffmeister, "Enforcing the EU Charter of Fundamental Rights in Member States: How Far are Rome, Budapest and Bucharest from Brussels", en von Bogdandy y Sonnevend (coords.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford-Múnich-Baden-Baden, Hart-C.H. Beck-Nomos, 2015, pp. 195-234.

deficiencia sistémica en otro Estado miembro. Un tribunal nacional puede tratar esa deficiencia tanto a la luz de los valores europeos, como lo hizo el Tribunal Superior de Irlanda en el caso *Celmer*,[159] como a la luz de los principios fundamentales de su constitución nacional, como en el caso "*Identitätskontrolle I*" del Tribunal Constitucional Federal de Alemania.[160]

Sin embargo, el tribunal alemán ha sido muy criticado por no haber planteado la cuestión prejudicial.[161] En consecuencia, el argumento relativo a la obligatoriedad de que los Tribunales Constitucionales deban plantear esta cuestión prejudicial se ha debatido exhaustivamente.[162] Cuando se trata de *deficiencias sistémicas*, esta remisión al TJUE reviste especial importancia para salvaguardar las relaciones entre los Estados miembros involucrados. Solo un procedimiento ante el TJUE que respete el valor del Estado de derecho permitirá defender los valores europeos. El Estado miembro en cuestión debe participar de manera adecuada, lo que un tribunal nacional difícilmente puede proporcionar al gobierno de otro Estado. Dado que cualquier gobierno puede presentar sus observaciones y, por tanto, defender sus acciones ante el Tribunal de Luxemburgo, un procedimiento ante el mismo parece ser el único foro adecuado para decidir cuestiones críticas de una deficiencia sistémica en cualquier ordenamiento jurídico de un Estado miembro.

También está de nuevo la idea de que "Europa debería hablar con una sola voz". Aunque los tribunales constitucionales se preocupan más por los *principios de la identidad nacional* que por los *valores europeos*, esos principios nacionales pueden defenderse mejor en el marco de los valores europeos.

---

159 Alto Tribunal de Irlanda (IEHC), *op. cit.* (n. 30).

160 BverfGE, 140, 317 – *Identitätskontrolle*.

161 Sobre las críticas, Nowag, "EU law, constitutional identity, and human dignity: A toxic mix? Bundesverfassungsgericht: Mr R.", *CML Rev.*, vol. 53, 2016, pp. 1441-1453, en p. 1450 y ss.; Rugge, "Bundesverfassungsgericht e Corte di Giustizia dell'UE: quale futuro per il dialogo sul rispetto dell'identità nazionale?", *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2016, pp. 789-812; Nettesheim, "Anmerkung", *JZ,* vol. 71, 2016, pp. 424-428; Sauer, "'Solange' geht in Altersteilzeit – Der unbedingte Vorrang der Menschenwürde vor dem Unionsrecht", *Neue juristische Wochenschrift,* vol. 69, 2016, pp. 1134-1138.

162 Acerca de este tema véase Paris, *op. cit.* (n. 149).

4.4. Estándar de los valores materiales

Todos los instrumentos de *deficiencia sistémica* se enfrentan a cuestiones similares de interpretación y aplicación. En adelante se examinarán tres cuestiones: la condensación interpretativa de los valores (4.4.1), la importancia de una evaluación integral y colectiva (4.4.2), así como la cuestión de cuán concreta debe ser una violación (4.4.3).

4.4.1. Líneas rojas

Como demuestran los tratados doctrinales, los manuales y los comentarios de la Ley Fundamental alemana, muchas características importantes de una constitución, incluso un ordenamiento jurídico entero, pueden inferirse de principios como la dignidad humana, el imperio de la ley y la democracia. Con este fin, la doctrina alemana considera estos principios como "leyes de construcción"[163] e incluso "requisitos de optimización",[164] justificando así una erudición que tiene algo que decir sobre casi cualquier cuestión importante, así como un poder judicial que se alegra de su trascendental papel legislativo. Hay señales de que la Comisión está adoptando una comprensión expansiva similar respecto a los valores de la UE, en particular del valor del Estado de derecho.[165] De hecho, la lista de verificación sobre el Estado de derecho de la Comisión de Venecia, con sus 52 páginas, a la que la Comisión Europea se refiere como autoritativa, casi parece un manual detallado que da orientación a los profesionales sobre casi cualquier cuestión pertinente.[166]

---

163 Véase, por ejemplo, Schulze-Fielitz, "Art. 20 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 (Rechtsstaat)", en Dreier (coord.), *Grundgesetz-Kommentar,* 3a. ed., Tubinga, Mohr Siebeck, 2015, pp. 186-291, párr. 44.

164 Alexy, *A Theory of Constitutional Rights, trad. de Julian Rivers,* Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 462.

165 COM/2019/163 final, *op. cit.* (n. 13), p. 1.

166 European Commission for Democracy Through Law, Rule of Law Checklist, CDL-AD(2016)007 con sus 53 páginas solo sobre el Estado de derecho. La Comisión Europea se refiere a este documento como decisivo, véase Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, *op. cit.* (n. 59), p. 8.

En cuanto a los valores del artículo 2 TUE, tal comprensión no puede convencer, especialmente en la medida en que se aplican a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Al utilizar el término *valor* en el artículo 2 TUE, de la redacción del Tratado implica que sus disposiciones deben entenderse como ambiguas y, por lo tanto, abiertas. Esta apertura no autoriza a las instituciones de la Unión a esbozar gradualmente un derecho constitucional común cada vez más detallado. Si bien el artículo 2 TUE ha pasado a ser directamente aplicable (véase arriba, 4.2.), ello no cambia el hecho de que no debe convertirse en una cláusula de homogeneidad similar al artículo 28 de la Ley Fundamental alemana o al artículo IV sec. 4 y a los artículos XIII a XV de la Constitución de Estados Unidos. Esto obligaría a la autonomía constitucional de los Estados miembros a constreñirse, lo que iría en contra del pluralismo constitucional europeo.

Las consideraciones constitucionales anteriores (2.) llevaron a la conclusión de que los instrumentos para contrarrestar las deficiencias sistémicas sirven al propósito de asegurar lo esencial de la asociación europea (*Verbund*), en particular su autocomprensión como comunidad de valores, el núcleo de los derechos fundamentales y el principio de la confianza mutua, pero nada más. Esto explica la ambigüedad de los valores, así como los umbrales extremadamente exigentes del artículo 7 TUE. La lógica de la restricción se extiende a toda la caja de herramientas. Por consiguiente, los valores deben interpretarse de manera que solo prohíban las medidas especialmente problemáticas, sin indicar un "camino correcto", y mucho menos estipular la organización básica de las instituciones de los Estados miembros. En este sentido, no constituyen "leyes de construcción", sino más bien "líneas rojas".[167]

En contra de este razonamiento se podría argumentar que la Comisión de la UE ha hecho demandas muy detalladas a los países candidatos de adhesión,[168] por ejemplo, incluso la extradición

[167] En detalle, von Bogdandy, Bogdanovic, Canor, Schmidt, Taborowski, "Guest Editorial: A potential constitutional moment for the European rule of law – The importance of red lines", *CML Rev.,* vol. 55, 2018, pp. 983-995.

[168] Véase, por ejemplo, Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación: Agenda 2000. Vol. I: Por una Unión más fuerte y más amplia, COM/97/2000 final, p. 42.

de un exgeneral croata al TPIY.[169] Estos requisitos detallados, que nunca han sido impugnados ante los tribunales, también podrían ser aplicables a los Estados miembros después de la adhesión.[170] Sin embargo, técnicamente, estos requisitos no están vinculados al artículo 2 TUE, sino a los criterios políticos de Copenhague. Además, los países candidatos y los Estados miembros tienen un estatuto fundamentalmente diferente. No menos importante, es el hecho de que los criterios de adhesión están sujetos a severas críticas.[171]

Por ello, parece apropiado un enfoque más cuidadoso, como se describe en 2.3. De hecho, la mayoría de las decisiones de la Comisión, del Parlamento Europeo y del TJUE pueden entenderse en este último sentido. La lógica de las líneas rojas explica su razonamiento, que puede parecer bastante "fino" y por lo tanto poco convincente a primera vista. En la mayoría de los casos, el valor pertinente se ilustra solo de manera general, con referencia a los principios;[172] pero hay poco desarrollo interpretativo en vista de la materia en cuestión. El aspecto central es *lo que no se puede tolerar*. Si bien la falta de desarrollo interpretativo limita el poder persuasivo de la decisión, con esta limitación se pueden evitar las normas interpretativas que podrían constreñir considerablemente la autonomía constitucional de los Estados miembros.[173]

169 Para un análisis detallado, véase Rötting, *Das verfassungsrechtliche Beitrittsverfahren zur Europäischen Union,* Dordrecht-Heidelberg, Springer, 2009, p. 317, 117 y ss.

170 Sobre los criterios de Copenhague como directrices para la aplicación del artículo 2 del TUE, véase Christophe Hillion, "Overseeing the Rule of Law in the EU: Legal Mandate and Means", en Closa y Kochenov (coords.), *op. cit*. (n. 19), pp. 59-81, en p. 66.

171 Kochenov, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality: Pre-Accession Conditionality in the Fields of Democracy and the Rule of Law,* La Haya, Kluwer, 2008, p. 311. Kosař, Baroš, Dufek, *op. cit*. (n. 6), p. 443 y ss.; Mendelski, "Europeanization and the Rule of Law: Towards a pathological turn", *Southeastern Europe,* vol. 40, 2016, pp. 346-384.

172 *Cfr.,* en particular, COM (2017) 835 final *op. cit*. (n. 7), apdos. 6 y ss., y TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, *op. cit*. (n. 46), apdos. 62-67.

173 En esta forma de construir normas, Lepsius, "Die maßstabsetzende Gewalt", en Jestaedt, Lepsius, Möllers, Schönberger (coords.), *Das entgrenzte Gericht*, Berlín, Suhrkamp, 2011, p. 182 y ss.; Bogdandy y Venzke,

En este sentido, la trascendental sentencia *Aranyosi y Căldăraru*, se refiere solo a los derechos absolutos, especialmente a la prohibición de los tratos inhumanos,[174] es decir, a las normas que forman parte del núcleo de la autocomprensión europea.[175] Esto también se aplica a la naturaleza de los derechos no absolutos: en la sentencia *L.M.* (*Deficiencias del sistema judicial*), el TJUE señala que la recién creada sala disciplinaria es problemática porque parece ser un instrumento para intimidar a los jueces.[176] En la sentencia se esbozan otras "líneas rojas" al referirse a las cualificaciones con respecto a Polonia establecidas en la propuesta de la Comisión en virtud del artículo 7 TUE. Por supuesto, el Tribunal no trata la propuesta como una fuente de derecho, sin embargo, advierte que la "información [...] constituye un elemento especialmente pertinente" y, por lo tanto, sirve para evaluar las medidas polacas.[177] Esta propuesta de la Comisión articula concretamente qué medidas son incompatibles con los valores y por lo tanto deben ser retiradas ya que han cruzado "líneas rojas".

Esta lógica de "líneas rojas" no es totalmente contraria a la construcción de la doctrina. Al contrario, es perfectamente imaginable desarrollar una doctrina de "líneas rojas" mediante los mecanismos probados de abstracción y descontextualización.[178] Esta doctrina podría disponer indicaciones sobre cómo refutar la presunción, fundada en el artículo 49 TUE, de que un Estado miembro respeta los valores europeos. También podría contribuir a la acción contra las deficiencias sistémicas por motivos distintos de las medidas que socavan el sistema interno de frenos

In whose name? A public law theory of international adjudication, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 186 y ss.

174 TJUE, Asunto C-404/15, *Aranyosi y Căldăraru, op. cit.* (n. 3).

175 Grabenwarter, "Konventionswidrigkeit der Auslieferung bei drohender Todesstrafe – Fall Soering", *Neue juristische Wochenschrift,* vol. 42, 2017, p. 3052.

176 TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality, op. cit.* (n. 46), apdo. 67.

177 *Ibidem*, apdo. 61.

178 Jestaedt, "Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist", en Jestaedt, Lepsius, Möllers, Schönberger (coords.), *Das entgrenzte Gericht*, Berlín, Suhrkamp, 2011, pp. 77-158.

y contrapesos. Sin embargo, esa doctrina es fundamentalmente diferente de una doctrina constitucional convencional de principios que tiene por objeto desarrollar, a partir de los principios, una "estructura general" para todo el ordenamiento jurídico. Tendría que seguir más bien la lógica de la "dialéctica negativa", que se caracteriza por el hecho mismo de no especificar cómo debe ser la situación ideal, sino más bien lo que no debe ser.

4.4.2. La evaluación exhaustiva y colectiva

La determinación de que un valor ha sido violado se basa generalmente en una *evaluación exhaustiva*. La Comisión y el TJUE suelen adoptar una visión global de una serie de hechos y medidas diferentes, a menudo descritas exhaustivamente, a la luz de principios que siguen siendo abstractos.[179] Ese razonamiento, que consiste esencialmente en una evaluación general de los acontecimientos, eventos, medidas y declaraciones políticas, es un ejercicio de discreción y, por lo tanto, inevitablemente evaluativo, y en ese sentido netamente político. Esto fácilmente da lugar a la acusación de que las decisiones están sesgadas o motivadas por consideraciones ilícitas.[180]

Sin embargo, esta práctica de evaluación se justifica por tres aspectos. En primer lugar, es la consecuencia inevitable de la interpretación restringida, que a su vez se justifica por las consideraciones constitucionales descritas en el pasaje anterior y en el apartado 2.3. En segundo lugar, la práctica responde a los problemas específicos de tratar jurídicamente las medidas que socavan el sistema nacional de frenos y contrapesos. El papel central de una evaluación exhaustiva se justifica por la naturaleza misma de las *deficiencias sistémicas*. Por lo general, la ley se aplica a una sola acción o medida. Esta modalidad fracasa en el supuesto de acontecimientos autoritarios, ya que, en la mayoría de los casos, solo una serie de acciones y medidas *en su totalidad* alcanzará el umbral crítico. Las acciones y medidas, tomadas individualmente,

[179] COM (2017) 835 final, *op. cit.* (n. 7), apdos. 109 y 173; TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality, op. cit.* (n. 46), apdo. 68.

[180] Véase *supra,* punto 4.3.

pueden a menudo justificarse de manera plausible.[181] El gobierno polaco está defendiendo su reforma judicial comparando la ley con países "insospechados".[182] A fin de detectar un "riesgo claro de violación grave" del artículo 2 TUE, es necesario tener una visión global de todas las medidas adoptadas por el Gobierno de Polonia con respecto al poder judicial, teniendo debidamente en cuenta las condiciones políticas y sociales generales del país. Es necesario evaluar las medidas adoptadas contra el poder judicial en el contexto de las medidas que se han tomado contra otras instituciones de control, principalmente la oposición parlamentaria, los medios de comunicación, la ciencia y las ONG.[183]

En tercer lugar, la evaluación exhaustiva suele basarse en percepciones semejantes de otras instituciones y, por lo tanto, se lleva a cabo de manera colectiva (*Einschätzungsverbund*). Contribuye a la legitimidad de una evaluación exhaustiva el hecho de que su fundamentación se base en evaluaciones concurrentes de otras instituciones independientes con una autoridad reconocida en cuestiones de valoración y evaluación. Dicho con las palabras de la lógica intersistémica de la deficiencia sistémica (3.3.): la

[181] Scheppele, "Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions", en Closa y Kochenov (coords.), *op. cit.* (n. 19), pp. 105-132. Sin embargo, algunas medidas polacas contra el propio tribunal constitucional del país aparecen como casos bastante claros, *cfr.,* Iustitia, "Response to the White Paper Compendium on the reforms of the Polish justice system, presented by the Government of the Republic of Poland to the European Commission", 2018, *www.statewatch.org/news/2018/mar/pl-judges-association-response-judiciary-reform-3-18.pdf;* Gersdorf, "Opinion on the White Paper on the Reform of the Polish judiciary", 2018, *www.sn.pl/aktualnosci/SiteAssets/Lists/Wydarzenia/EditForm/Supreme%20Court%20-%20Opinion%20on%20the%20white%20paper%20on%20the%20Reform%20of%20the%20Polish%20Judiciary.pdf*; Comisión de Venecia, Opinión sobre las enmiendas a la Ley de 25 de junio de 2015 sobre el Tribunal Constitucional de Polonia, Dictamen n° 833/2015, CDL-AD(2016)001, apdos. 126, 137 y 138.

[182] Cancillería del Primer Ministro de Polonia, *op. cit.* (n. 133).

[183] Esta lógica de evaluación exhaustiva no se limita en absoluto a los valores. El proceso de identificación de una deficiencia sistémica en el sector bancario es similar. *Cfr.,* Reglamento (UE) relativo a la supervisión del sistema financiero en la Unión Europea y por el que se crea una Junta Europea de Riesgo Sistémico (2010) OJ L331/1.

aplicación suele tener lugar en un *Einschätzungsverbund*, es decir, la evaluación exhaustiva de todas las circunstancias debe ser ampliamente compartida entre las instituciones del espacio jurídico europeo. Cuantas más instituciones perciban un problema sustancial, más sólidas serán las pruebas de una deficiencia sistémica.

Cabe señalar que, cuando se trata de deficiencias sistémicas, la interpretación y la aplicación no se presentan como autónomas, sino como parte de una evaluación colectiva en la que participan muchas instituciones de diversos ordenamientos jurídicos. La Comisión y el TJUE recurren a otras fuentes autorizadas cuando abordan estas cuestiones, en particular a las sentencias del TEDH y a los dictámenes de la Comisión de Venecia.[184] Las evaluaciones de los órganos internacionales, así como de las organizaciones cívicas, también son importantes.[185] A la luz de la reconocida autonomía del derecho de la Unión, parece especialmente remarcable que la Comisión y el Tribunal concedan gran importancia a las evaluaciones hechas en el marco del ordenamiento jurídico nacional en cuestión; dichas evaluaciones gozan incluso de una especial relevancia. En el caso de Polonia, un punto importante es que las voces polacas autorizadas consideran que las reformas de la mayoría gobernante son profundamente inconstitucionales.[186] Así pues, cuantas más instituciones de diferentes sistemas jurídicos compartan esta calificación, más probable será que una situación o medida se califique como *sistémicamente deficiente*.

Tal evaluación exhaustiva también es importante en otros aspectos. Basta pensar en la acusación de que la propia Unión no cumple los requisitos que exige a Polonia.[187] Ciertamente, la posibilidad de reelección de los jueces del TJUE no cumple con

184 *Cfr.*, COM (2017) 835 final, *op. cit.* (n. 7), apdos. 18, 32, 95, 116 y ss.; TJUE, Asunto C-404/1, *Aranyosi y Căldăraru, op. cit.* (n. 3), apdo. 90; Conclusiones del Abogado General Tanchev en TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality, op. cit.* (n. 46), apdo. 10.

185 COM (2017) 835 final, *op. cit.* (n. 7), apdos. 33, 63, 76, 80 y 82.

186 *Ibidem,* apdos. 19, 21, 29, 81, 83 y 86; *cfr.,* en particular Iustitia, *op. cit.* (n. 181); Gersdorf, *op. cit.* (n. 181).

187 *Cfr.*, Weiler, *op. cit.* (n. 19).

los más altos estándares de independencia judicial. Sin embargo, parece indiscutible que el TJUE es un tribunal independiente.[188]

4.4.3. Sobre la concreción y la carga de la prueba

Las instituciones políticas suelen evaluar una situación general y decidir si existe un riesgo general para los valores, por ejemplo, debido a la transformación del sistema judicial polaco desde 2015. Para los tribunales, se plantea la cuestión de si ese riesgo abstracto es suficiente para una decisión judicial, o si un riesgo tendría que materializarse concretamente en el caso en cuestión para ser pertinente y justiciable. En el caso *L.M.*, el asunto era si un tribunal irlandés tenía que negarse a entregar a una persona a Polonia en virtud de una orden de detención europea, pese a la remodelación general del poder judicial polaco. El TJUE respondió que el tribunal nacional debía verificarlo en un procedimiento de dos etapas: 1) si había una deficiencia sistémica en Polonia y 2) si había "razones serias y fundadas para creer que esa persona correrá un riesgo real de que se viole su derecho fundamental a un juez independiente y, con ello, el contenido esencial de su derecho fundamental a un proceso justo".[189]

Esta revisión en dos etapas ayuda a distinguir el procedimiento legal del político en virtud del artículo 7 TUE. Por lo cual, contribuye a justificar la decisión del TJUE.[190] Sin embargo, se encuentra con considerables dudas, dado que las medidas del gobierno polaco socavan la independencia de todo el poder judicial polaco, cualquier caso corre el riesgo de ser dictaminado por un juez comprometido en algún momento. Además, la estipulación del TJUE de que los jueces de los Estados miembros deben revisar la independencia de sus colegas polacos[191] parece difícilmente

---

188 Krenn, "Self-Government at the Court of Justice of the European Union: A Bedrock for Institutional Success", *GLJ,* vol. 19, 2018, pp. 2007-2030, en p. 2024.

189 TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality, op. cit*. (n. 46), apdo. 75.

190 *Cfr., supra,* punto 4.2.

191 TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality, op. cit*. (n. 46), párrs. 77 y ss.

factible.[192] Al menos se invierte la carga de la prueba: en caso de una deficiencia sistémica (generalizada), es el Estado miembro en cuestión el que debe demostrar que no existe un riesgo concreto para el individuo en cuestión.[193] Aquí se hace evidente otra dimensión importante de las deficiencias sistémicas en general: una vez que se haya establecido una deficiencia sistémica, la carga de la prueba puede cambiar entre los participantes de un litigio.[194]

4.5. Control judicial

El último bloque de análisis aborda la cuestión de la protección legal. Se trata de la cuestión de si se puede revisar judicialmente la legalidad de los instrumentos y cómo debe hacerse, así como la legalidad de su uso. Este examen es un aspecto fundamental del Estado de derecho europeo y a veces, se considera el control de la autoridad pública por tribunales independientes e imparciales como su mayor logro.[195] Por lo tanto, el artículo 269 TFUE prescribe una excepción que debe interpretarse en sentido estricto.[196]

Por evidente que parezca este principio, su aplicación es problemática más allá de las decisiones formales y durante mucho

192 Krajewski, "Who is Afraid of the European Council? The Court of Justice's Cautious Approach to Independence of Domestic Judges", *EuConst*, vol. 14, 2018, pp. 792-813, en p. 792; Bárd y van Ballegooij, "Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in Minister for Justice and Equality v. LM", *NJECL,* vol. 9, 2018, pp. 353-365, en p. 353.

193 TJUE, Asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality, op. cit*. (n. 46), apdo. 78.

194 La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene una rica jurisprudencia a este respecto, véase *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Serie C, núm. 4, Mérito, 1988: 134-136; *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Serie C, núm. 5, Mérito, 1989: 140-142; *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*. Serie C, núm. 16, Mérito, 1994: 49; *Caso Neira Alegría y otros vs. Peru.* Serie C, núm. 20, Mérito, 1995: 65; *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Serie C, núm. 70, Mérito, 2000: 152; *Caso Gómez Palomino vs. Perú.* Serie C, núm. 136, Mérito, 2005: 106.

195 *Cfr.,* TJUE, Asunto C-294/83, *Les Verts/Parlamento*, ECLI:EU:C:1986:166.

196 Más detalladamente, Niedobitek, "Right and duty to pursue the 'wrongdoer' and a possible abuse of Art. 7 TEU", en Hatje y Tichy (coords.), *Liability of Member States for the Violation of Fundamental Values of the European Union*, EuR supplement 1/2018, pp. 233-242.

tiempo, la protección del TJUE ha sido fragmentada e incierta a este respecto. No parece nada seguro que un Estado miembro pueda emprender acciones legales contra una recomendación de la Comisión en el marco del procedimiento del Estado de derecho o contra una clasificación en el Cuadro de indicadores de la justicia de la Comisión que perjudique su reputación. No obstante, la jurisprudencia más reciente del TJUE amplía el control judicial también a los actos que tienen efectos jurídicos más sutiles.[197] Esto debería hacer posible el control, al menos, cuando una recomendación de la Comisión resulte de la asunción de una deficiencia sistémica.[198]

Otro desafío es cómo coordinar el control judicial entre los distintos ordenamientos jurídicos, lo que lleva de nuevo al artículo 267 TFUE (véase arriba 4.3.). Existe una necesidad urgente de dicha coordinación cuando se defienden los valores europeos o sus equivalentes en las constituciones nacionales. La coordinación y el control de los tribunales nacionales es, ante todo, una tarea del TJUE. A sensu contrario, esto no significa que el propio TJUE esté fuera de control y, ciertamente, sigue siendo objeto de la prueba *ultra vires*. Pero es allí, en el explosivo contexto de las acciones de *deficiencia sistémica*, donde la cooperación multinivel de los tribunales europeos podría encontrar su momento estelar.[199]

5. Perspectiva

Las instituciones europeas están muy lejos y son ajenas a muchas personas. Si instan a los gobiernos electos a revisar proyectos políticos importantes invocando los valores europeos, corren el riesgo de ser rechazados como actores complacientes, arbitrarios

197 TJUE, Asunto C-16/16 P, *Bélgica/Comisión*, ECLI:EU:C:2018:79, apdo. 44; TJUE, Asunto C-258/14, *Florescu y otros*, ECLI:EU:C:2017:448, apdo. 30; TJUE, Asunto C-207/01, *Altair Chimica*, ECLI:EU:C:2003:451, apdo. 41; Conclusiones del abogado general Cruz Villalón en TJUE, Asunto C-62/14, *op. cit.* (n. 31), párrs. 27 y ss.

198 En detalle, véase *supra,* punto 4.4.1.

199 Voßkuhle, *op. cit.* (n. 12).

e ilegítimos. A fin de defender de manera creíble los valores europeos, se necesitan procedimientos justos para mostrar de manera convincente a un amplio público europeo los requerimientos de los valores, por qué hay una deficiencia sistémica y cómo repararla. Una doctrina de deficiencia sistémica debería ayudar a cumplir esta tarea.

La unión de valores es tan arriesgada como la unión monetaria. Pero también hay cierta esperanza en esta sombría declaración; después de todo, Europa fue capaz de gestionar esta última grave crisis. La idea europea es más resiliente de lo que muchos podrían suponer. Por supuesto, cualquier acción está llena de incertidumbres y, a fin de cuentas, ningún ordenamiento jurídico puede garantizar plenamente su propia base.[200] Sin embargo, la resistencia europea puede aprovechar una fuente particularmente poderosa en este sentido: el rechazo del autoritarismo.[201] De hecho, la lucha contra las deficiencias sistémicas en general y las violaciones de los valores en particular goza de un fuerte apoyo en toda Europa.[202]

200 Véase Böckenförde, "Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation", en Böckenförde (coord.), *Recht, Staat, Freiheit,* Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2006, pp. 92-114, en p. 112; sobre este *dictum*, Müller, "What the dictum really meant – and what it might mean for us", *Constellations,* vol. 25, 2018, pp. 196-206; Stein, "The Böckenförde Dictum—On the topicality of a liberal formula", *Oxford Journal of Law and Religion,* vol. 7/1, 2018, pp. 97-108.

201 Seminally Loewenstein, "Militant Democracy and Fundamental Rights", *American Political Science Review,* vol. 31, 1937, pp. 417-432, en p. 417; Schorkopf, *op. cit*. (n. 20), p. 119 y ss.; Müller, "The EU as a militant democracy, or: are there limits to Constitutional mutations within EU member States?", *Revista de Estudios Políticos,* vol. 165, 2014, pp. 141-162.

202 Eurobarómetro especial 489 el imperio de la ley, *https://data.europa.eu/euodp/en/data/dataset/S2235_91_3_489_ENG*.

¿Tiranía de los valores? Problemas y caminos de una protección europea del Estado de derecho nacional*

Armin von Bogdandy

1. El difícil territorio inexplorado de la unión de valores

En 2007, el Tratado de Lisboa realza los *fundamentos* del Tratado de la Unión Europea como *valores* europeos. Con ello, abandonan el mundo meramente jurídico la dignidad humana, los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho, este último, el elemento esencial del cual nos ocupamos. El artífice del Tratado postula los valores como las orientaciones normativas reales, altamente valiosas, ampliamente compartidas, profundamente arraigadas, formando así la base de la casa común europea. Esta base, más allá de las ratificaciones de los Estados miembros, debe proporcionar, en efecto, una nueva fuente de legitimidad y

* Este texto se basa en una conferencia dictada en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público (MPIL) en febrero de 2019, con motivo del 15 aniversario del Coloquio Iberoamericano del Instituto. Se publicó en alemán bajo el título "Tyrannei der Werte? Probleme und Wege europäischen Schutzes nationaler Rechtsstaatlichkeit", y en ingles con el título "Tyranny of values? On the European defense of the Polish constitution", Research Paper núm. 2019-04, 17 de enero de 2019, *https://ssrn.com/abstract=3317539 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3317539*

estabilidad;[1] sin embargo, hoy en día, el paso dado en el Tratado de Lisboa agrava la percepción de la crisis: dado que estos valores fundamentales parecen débiles o controvertidos, fácilmente se puede ver afectada la casa entera. El camino hacia la unión de valores no parece que entrañe menos riesgos que el camino hacia la unión monetaria.

El discurso sobre los valores europeos se ha convertido en uno de autoafirmación dentro de un discurso de crisis.[2] En la actualidad, este está siendo alimentado en particular por medidas con las que los gobiernos modifican sus instituciones de control y, de este modo, surge la preocupación de si no se les estará debilitando. Mayoritariamente se ve en peligro el Estado de derecho, pero también se ven afectados los valores democráticos y el respeto de los derechos humanos.[3] En ciencia política estas medidas son típicamente sintomáticas de democracias defectuosas o iliberales, de tendencias autoritarias.[4]

---

1 Con referencia a las consideraciones relevantes durante los debates véase Mandry, Christof, *Europa als Wertegemeinschaft. Eine theologisch-ethische Studie zum politischen Selbstverständnis der Europäischen Union*, Nomos, 2009, pág. 55 y ss. Respecto a la necesidad filosófica, Joas, Hans, *Die Entstehung der Werte,* Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1997.

2 Huber, P. M., "Europäische Verfassungs und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis", *Der Staat*, vol. 56, 2017, p. 389; Voßkuhle, Andreas, *Die Idee der Europäischen Wertegemeinschaft*, Klaus Bittner, 2018, pp. 16 y ss.

3 Comisión Europea, Vorschlag für eine Verordnung über den Schutz des Haushalts der Union im Falle von generellen Mängeln in Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip in den Mitgliedstaaten, 2018/0136 (COD), Erwägung 3; básicamente Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats,* Suhrkamp, 1992, pp. 109 y ss.; más específicamente, Möllers, Christoph y Schneider, Linda, *Demokratiesicherung in der Europäischen Union*, Mohr Siebeck, 2018, pp. 97 y ss.

4 Lauth, Hans-Joachim y Sehring, Jenniver, "Putting Deficient Rechtsstaat on the Research Agenda: Reflections on Diminished Subtypes", *Comparative Sociology,* vol. 8, núm. 2, 2009, pp. 165-201; Kailitz, Steffen y Köllner, Patrick, "Zur Autokratieforschung der Gegenwart: Klassifikatorische Vorschläge, theoretische Ansätze und analytische Dimensionen", *Politische Vierteljahresschrift*, vol. 47, 2012, pp. 9 y 11; Merkel, Wolfgang, "Vergleich politischer Systeme: Demokratien und Autokratien", en Schmidt, Manfred G.; Wolf, Frieder y Wurster, Stefan, (eds.), *Studienbuch Politikwissenschaft*, Springer, 2013, pp. 207, 223 y ss.

Un caso específico es la transformación que ha sufrido la justicia polaca desde 2015;[5] sin embargo, la evolución de la situación en Polonia no es el único ejemplo. En varios de los Estados miembros de la Unión Europea se pueden contemplar tendencias similares.[6] Por esta razón, el constitucionalismo europeo quizás se encuentra en un "momento de determinación constitucional".[7] Se ha de decidir si abarca a las democracias iliberales o si las combate. En el primero de los casos, se anunciaría el fin de la autopercepción constitucional tal y como se ha entendido hasta ahora, ya que las democracias iliberales participarían a partir de este momento en la determinación de los valores comunes del artículo 2 del TUE. El camino alternativo exige mantener la autopercepción reinante hasta ahora. Para ello el constitucionalismo europeo tendría que trazar "líneas rojas" y defenderlas, lo que también implicaría una importante evolución, porque desarrollaría contornos más claros y una verdadera fuerza de resistencia.

Es este segundo camino el que se sugiere, llevando al derecho europeo seguramente a un territorio inexplorado y extremadamente complicado.[8] Algunas voces académicas consideran el accionar europeo/enfoque europeo como demasiado unilateral.[9] Otras, recriminan a la Unión una doble moral, porque ni siquie-

---

5 Una lista de las medidas particularmente problemáticas en la Comisión Europea propuesta motivada en virtud del art. 7, apdo. 1, del TUE sobre el Estado de derecho en Polonia, COM (2017) 835 final, marg. 6 y ss.; sobre el contexto, Bachmann, Klaus, "Zur Entwicklung der polnischen Demokratie", *APuZ,* núm. 10-11, marzo de 2018, pp. 9 y ss.

6 Halmai, Gabor, "Illiberal Constitutionalism? The Hungarian Constitution in a European Perspective", en Kadelbach, Stefan (ed.), *Verfassungskrisen in der Europäischen Union*, Nomos, 2018, p. 85.

7 Ackerman, Bruce, *We the People: Foundations,* 1991, vol. 1, p. 6, pero con un impulso diferente allí.

8 Stein, T., "Die rechtlichen Reaktionsmöglichkeiten der Europäischen Union bei schwerwiegender und anhaltender Verletzung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätze in einem Mitgliedstaat", en Götz, Volkmar; Selmer, Peter y Wolfrum, Rudiger (eds.), *Liber amicorum Günther Jaenicke*, Springer, 1998, p. 873.

9 Mendelski, M., "Das europäische Evaluierungsdefizit der Rechtsstaatlichkeit", *Leviathan* vol. 44, 2016, pp. 366 y 390; Franzius, C., "Der Kampf um Demokratie in Polen und Ungarn", *DöV,* 2018, pp. 381, 382 y 386.

ra ella misma cumple con los valores que está pidiendo a sus miembros,[10] siendo por eso "inadecuada" la Comisión Europea como guardiana de la democracia liberal.[11]

Algunos, incluso, ven en el territorio inexplorado del derecho europeo lo que Carl Schmitt estigmatizó como la "tiranía de los valores": la realización de los valores al destruirlos.[12] El embajador polaco en Berlín dijo, en abril de 2017, que todos los valores europeos son respetados en Polonia, pero el problema es la interpretación. Bruselas está demasiado marcada ideológicamente, sobre todo por una ideología del liberalismo de izquierdas.[13] Este posicionamiento es sintomático: Uwe Volkmann ha observado que hoy en día en la sociedad europea existen "diferentes tipos de sistemas de valores que giran solo alrededor de sí mismos y entre los cuales apenas hay contacto".[14] Ello implica que la predominancia de uno sea fácilmente concebida como tiranía del otro.

Además, el debate sobre los valores a menudo es poco racional, pues son más defendidos vehementemente que justificados discursivamente.[15] No obstante, existe la posibilidad de abordarlos de manera racional. En particular, la dogmática jurídica puede ser un garante de legitimidad y efectividad en situaciones conflictivas.[16] Para serlo, aparecen cuatro aspectos de relevancia par-

10 Weiler, J. H. H., "Epilogue: living in a glass house: Europe, democracy and the rule of law", en Closa, Carlos y Kochenov, Dimitry (eds.), *Reinforcing the Rule of Law Oversight in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2016, pp. 313 y 326.

11 Schorkopf, Frank, "Wertesicherung in der Europäischen Union. Prävention, Quarantäne und Aufsicht als Bausteine eines Rechts der Verfassungskrise?", *EuR,* 2016, pp. 147 y 159.

12 Schmitt, Carl, *Die Tyrannei der Werte*, Epílogo de Schönberger, C., 3a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 2011, pp. 48 y ss. El termino *Tyrannei der Werte* viene de Hartmann, Nicolai, *Ethik,* De Gruyter, 1962, pp. 524 y ss.

13 Voßkuhle, Andreas, *Die Idee der Europäischen... cit.*, p. 17.

14 Volkmann, Uwe, "Wertedämmerung", *Merkur,* vol. 72, 2018, pp. 5 y 14.

15 Véase solo Weber, Max, *Wissenschaft als Beruf,* 1919; Frankenberg, Günter, "Angst im Rechtsstaat", *KJ*, vol. 10, 1977, pp. 353 y ss.

16 Entonces, en rara armonía, Schmitt y Habermas: Schmitt, Carl, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, Internationaler Universitäts-Verlag,

ticular: *1)* la participación de los tribunales constitucionales de los Estados miembros en la defensa de los valores europeos; *2)* la necesidad de que se cumpla el mandato del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE); *3)* la interpretación de los valores europeos como "líneas rojas", y *4)* su aplicación en una unión multinivel de valoración / un sistema de evaluación multinivel.

2. Valores europeos ante los tribunales constitucionales nacionales

La defensa de los valores por las instituciones políticas ha sido, hasta ahora, poco eficaz. Como ha sucedido muchas veces a lo largo de la historia de la integración, surge la cuestión de si la justicia, en general, y los tribunales constitucionales nacionales, en particular, podrían actuar compensando esta situación. Se plantea en primer lugar la cuestión de los valores del artículo 2 del Tratado de Lisboa. El término *valor* deja asumir que la fuente (art. 2 del TUE)[17] En contra de la justiciabilidad de los valores se puede argumentar también con base en la separación de poderes. Su aplicación jurídica ampliaría la esfera del poder judicial a conflictos altamente políticos y le abriría márgenes[18] Todo ello se evita al entender los valores como no justiciables.

A pesar de ello, la Comisión Europea y el TJUE, con un esfuerzo interpretativo considerable, han llenado de densidad los valores del artículo 2 del TUE de tal manera que ahora son susceptibles de ser objeto de discursos jurídicos sobre su aplicabilidad. Hasta este momento la atención se ha centrado en el valor del Estado de derecho, el camino más significativo para lograr tal densidad del artículo 2 es una conexión con los derechos funda-

1950; Habermas, Jürgen, "Discourse Theory and International Law", *VerfBlog,* 12 de mayo de 2013.

17 Kochenov, Dimitry, "On Policing Article 2 TEU Compliance", *Polish Yearbook of International Law,* vol. 33, 2013, pp. 145 y 149.

18 Sobre la discusión alemana véase Schmitt, Carl, *Die Tyrannei der Werte..., cit*.; Böckenförde, E.W., "Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik", *Der Staat,* vol. 29, 1990, pp. 1 y 25.

mentales y los principios establecidos en las tradiciones constitucionales comunes.[19] Este esfuerzo tuvo éxito, pues incluso del "Libro Blanco sobre la reforma judicial" polaca y ciertamente no eurófila —que defiende los controvertidos cambios en la jurisdicción polaca como conformes a los valores— se puede extraer que los valores europeos permiten entretanto discursos de aplicación concretos.[20]

En el proceso de hacer operativo judicialmente el valor del Estado de derecho deben ponerse de relieve dos sentencias del TJUE, de 2018. En el caso *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* (*ASJP*) el Tribunal extrae del artículo 19 del Tratado de la Unión Europea (TUE) normas para la protección institucional de la independencia de los jueces en los Estados miembros.[21] En el caso *LM* (*Deficiency*) sigue con esta línea y otorga la posibilidad a los particulares de defender los valores europeos en relación con los derechos fundamentales.[22] La figura dogmática subyacente recuerda a la creativa construcción procesal de la sentencia *Maastricht* del Tribunal Constitucional de Alemania que también hizo justiciable un principio fundamental (la democracia) a través de un derecho individual (derecho de voto, art. 38 párr. 1 del Código Civil alemán).[23] Según el caso *LM* ahora también es esen-

---

19 Véase, por ejemplo, el caso C - 216/18 PPU del ECJ, ECLI: EU: C: 2018: 586, marg. 70-73 - *Minister for Justice and Equality/LM;* para tradiciones constitucionales comunes véase Cassese, Sabino, "The 'Constitutional Traditions Common to the Member States' of the European Union", pp. 949 ss.; Graziadei, Michele y Caria, Riccardo de, "The 'Constitutional Traditions Common to the Member States' in the Case-Law of the European Court of Justice. Judicial Dialogue at its Finest", pp. 939 y ss.; ambos en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2017.

20 Cancillería del Primer Ministro de Polonia, White Paper on the Reform of the Polish Judiciary, 7 de marzo de 2018, *https://www.premier.gov.pl/files/files/white_paper_en_full.pdf*, Rn. 166

21 TJCE, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*.

22 TJCE Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 70-73 – *Minister for Justice and Equality/LM,* en particular, Rn. 47 y ss.

23 BVerfG, 2 BvE 2/08, Lissabon, Rn. 176-180, 210; 2 BvR 2134, Maastricht, Rn. 91 y ss..; véase la crítica de Nettesheim, Martin, "Ein Individualrecht auf Staatlichkeit? Die Lissabon-Entscheidung des BverfG", *NJW*, vol. 62, núm. 39, 2009, pp. 2867 y 2869.

cial para la "protección" de los valores europeos la "vigilancia del respeto de los derechos de los particulares".[24]

De este modo los valores del artículo 2 del TUE quedan bajo el ámbito de competencia de los tribunales, inclusive de aquelloss de los Estados miembros.[25] Los valores son de aplicación inmediata.[26] Ello significa, que también los tribunales constitucionales pueden tomar estos valores como estándar o punto de referencia y así defenderlos. No obstante, se encuentra una restricción en el hecho de que, en varios Estados miembros, según la interpretación de los tribunales constitucionales respectivos, el derecho de la Unión no es *objeto* de análisis ni *criterio* de revisión.[27] Mayoritariamente se argumentan dos tipos de razones. Por un lado, existen razones técnico-jurídicas y dogmáticas, en particular por la ausencia de reconocimiento con rango constitucional del derecho de la Unión, así como la ausencia de normas de atribución de competencias. Por otro lado, existen consideraciones político-jurídicas, destacándose que la abstención de los tribunales constitucionales propiciaría una división de funciones menos conflictiva entre el TJUE y los tribunales constitucionales.[28]

Estas consideraciones están sujetas a objeciones. La mayoría de los tribunales constitucionales de los Estados miembros

---

24 TJCE, Rs. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 – *Van Gend and Loos*, p. 26.

25 Particularmente, TJCE, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*; TJCE Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 70-73 – *Minister for Justice and Equality/LM* insb. Rn. 47 ss.; ya antes TJCE, Rs. C-477/16 PPU, EU:C:2016:861 – *Kovalkovas*; Rs. C-452/16 PPU, EU:C:2016:858 – *Poltorak*.

26 Véase Wohlfahrt, Christian, *Die Vermutung unmittelbarer Wirkung des Unionsrechts,* Springer, 2015.

27 Más en detalle, Paris, Davide, "Constitutional courts as European Union courts: The current and potential use of EU law as a yardstick for constitutional review", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 24, 2017, pp. 792, 798 y ss.; Mengozzi, P., "A European Partnership of Courts: Judicial Dialogue between the EU Court of Justice and National Constitutional Courts", *Il Diritto dell`Unione Europea*, vol. 20, 2015, p. 707; Lacchi, C., "Review by Constitutional Courts of the Obligation of National Courts of Last Instance to Refer a Preliminary Question to the Court of Justice of the EU", *German Law Journal,* vol. 16, 2015, p. 1663.

28 Paris, Davide, *op. cit.,* p. 814.

dispone de un margen de interpretación amplio para ocuparse también del derecho de la Unión.[29] Tomar en cuenta el derecho de la Unión, incluyendo sus valores, en el mandato del control de constitucionalidad significaría que su aplicación sería más efectiva. Pero también para los tribunales constitucionales tendría sentido tomar en cuenta el derecho de la Unión ya que así pueden tener una mejor participación en la configuración del espacio jurídico europeo.[30]

3. Un proceso justo

El eje de la sentencia *LM* (*Deficiency*) del TJUE es el derecho fundamental a un proceso justo, contemplado en el artículo 47, apartado 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).[31] Es la expresión de un principio jurídico general, que en el espacio jurídico europeo no solo salvaguarda a los individuos, sino también a instituciones soberanas. Además, se aplica no solo para los procesos jurídicos, sino también para cuando una persona jurídica se enfrenta al ejercicio del poder público,[32] especialmente cuando se trata de intereses importan-

29 Más en detalle, *ibidem,* pp. 809 y ss.; Griebel, Jörn, *Europäische Grundrechte als Prüfungsmaßstab der Verfassungsbeschwerde, Das Deutsche Verwaltungblatt*, Deutsches Verwaltungsblatt, 2014 p. 204; Bäcker, M., "Das Grundgesetz als Implementationsgarant der Unionsgrundrechte", *Europarecht,* vol. 50, 2015, p. 411.

30 Con respeto a este debate, Voßkuhle, Andreas, "Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund", *European Constitutional Law Review*, vol. 7, 2010, pp. 175 y 197; Komárek, Jan, "Why National Constitutional Courts Should not Embrace EU Fundamental Rights", en Vries, Sybe de; Bernitz Ulf y Weatherill Stephen (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights as Binding Instruments*, Hart Publishing, 2015, p. 75; Thym, D., "Vereinigt die Grundrechte!", *Juristenzeitung,* vol. 70, 2015, p. 56.

31 Jarass, H., "Art. 47", en Stern, K. y Sachs M. (eds.), *Europäische Grundrechte-Charta: GRCh*, 3a. ed. C.H. Beck, 2016, Rn. 12.

32 Alber, S., "Art. 47", en Stern, K. y Sachs M. (eds.), *op. cit.,* Rn. 10. Sobre la validez del art. 47, párr. 2 de la GRCh también en relación con el procedimiento en materia de derecho administrativo, Nowak, Ebene C., "Europäisches Verwaltungsrecht und Grundrechte", en Terhechte, J. P., (ed.), *Verwaltungsrecht der EU*, Baden-Baden, Nomos, 2011, § 14, Rn. 44.

tes. Generalmente, este es el caso en conflictos por déficits sistémicos: la reputación estatal, el interés en persecuciones penales, el trabajo eficaz de la justicia estatal, los intereses financieros, así como la participación en las instituciones de la Unión. Un juicio creíble no solo es relevante para la legitimidad, sino también para la imposición de una decisión y la cohesión en una unión.[33]

De importancia singular es la cuestión controvertida sobre si los tribunales de los Estados miembros tienen que plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE cuando el objeto del litigio es un déficit sistémico en otro Estado miembro. Un tribunal nacional puede tratar los déficits tanto a la luz de los valores europeos del artículo 2 del TUE —como lo hizo el Alto Tribunal de Irlanda en el caso *Celmer*—[34] como a la luz de los principios básicos de la Constitución de uno de los Estados miembros, como en el caso *Control de identidad I* (*Identitätskontrolle I)* del Tribunal Constitucional Federal de Alemania,[35] quien fue criticado por no haber planteado una cuestión prejudicial al TJUE.[36]

La pregunta general sobre la obligación del planteamiento de la cuestión prejudicial por parte de los tribunales constitucionales es ampliamente discutida y no debe ser recapitulada aquí.[37]

---

33 Luhmann, Niklas, *Legitimation durch Verfahren*, 2a. ed., Suhrkamp, 1975, pp. 34 y ss., 48 y ss., 116-20.

34 Véase Donnelly J., en *The Minister for Justice and Equality v. Celmer,* 2018, IEHC 119.

35 BVerfG, Sentencia de 15 de diciembre de 2015, 2 BvR 2735/14 – *Control de Identidad I.*

36 Véase la crítica de Burchardt, Dana, "Die Ausübung der Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht", *ZaöRV*, vol. 76, 2016, pp. 527 y ss.; Schönberger, C., "Anmerkung", *Juristen Zeitung,* 2016, p. 422; Nettesheim, M., "Anmerkung", *Juristen Zeitung,* 2016, p. 424; Sauer, Heiko, "'Solange' geht in Altersteilzeit. Der unbedingte Vorrang der Menschenwürde vor dem Unionsrecht", *NJW*, vol. 69, núm. 16, 2016, p. 1134; Classen, Claus Dieter, "Zu wenig, zu fundamentalistisch. Zur grundrechtlichen Kontrolle 'unionsrechtlich determinierter' nationaler Hoheitsakte", *Europarecht,* núm. 3, 2016, p. 304; Nowag, J., "EU law, constitutional identity, and human dignity: A toxic mix? Bundesverfassungsgericht: Mr R", *CMLRev.,* vol. 53, 2016, pp. 1441, 1450 y ss.; Rugge, G., "Bundesverfassungsgericht e Corte di Giustizia dell'UE: quale futuro per il dialogo sul rispetto dell'identità nazionale?", *DUE,* 2016, p. 789.

37 Véase Paris, Davide, *op. cit.,* n. 28.

En la lucha contra los déficits sistémicos, me parece que la referencia del TJUE a una coexistencia pacífica y ordenada de los Estados miembros es de particular importancia. Un procedimiento prejudicial ante este Tribunal posibilita una defensa de los valores europeos en un proceso que precisamente los respeta: el valor del Estado de derecho exige un proceso justo. De esta manera, el Estado miembro concernido ha de ser incluido en él con una posición cualificada. A diferencia del TJUE, un tribunal nacional difícilmente puede ofrecer tal participación al gobierno de otro Estado. Se puede argumentar que probablemente solo un procedimiento prejudicial puede canalizar los problemas críticos de un déficit sistémico en otra jurisdicción hacia una decisión legítima en un procedimiento constitucional ordenado.

Por último, pero no menos importante, según el precepto político-constitucional "Europa debe hablar con una sola voz", incluso si los tribunales supremos nacionales hablan de identidad nacional en lugar de valores europeos, debería quedar claro que una identidad basada en la constitución nacional de carácter liberal-democrático puede defenderse mejor dentro del marco de los valores europeos. Esta es otra razón por la que los tribunales constitucionales deben consultar al TJUE si tienen que decidir sobre déficits sistémicos de los otros ordenamientos jurídicos.[38]

4. "Líneas rojas" en vez de "leyes de construcción"

¿Cómo han de aplicarse e interpretarse los valores europeos? El comentario sobre la dignidad humana del artículo 1, apartado 1 de la Ley Fundamental de Bonn en la séptima edición del libro *v. Mangoldt/Klein/Starck* abarca 60 páginas, y su comentario sobre democracia y Estado de derecho del artículo 20 es de casi de 150 páginas. Tal como demuestran esas extensas páginas, se podría extraer de los principios básicos de dignidad humana, Estado de derecho y democracia, muchos anclajes de

[38] Más detallado en Spieker, Luke Dimitrios, "From Moral Values to Legal Obligations. On How to Activate the Union's Common Values in the EU Rule of Law Crisis", MPIL Research Paper núm. 24, 2018, pp. 22 y ss.

una constitución o incluso de un ordenamiento jurídico íntegro. En consecuencia, los principios constitucionales básicos valen como "normas elementales"[39] e incluso como "mandamientos de optimización",[40] acordes a una dogmática constructiva correspondiente y una jurisprudencia creativa. Al fin y al cabo, en el derecho alemán se puede reconstruir casi cada violación de un derecho como una violación de un principio fundamental.

Esto no puede ser un ejemplo para el tratamiento jurídico de los valores del artículo 2 del TUE, especialmente en cuanto que establecen normas para los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.[41] Ya con el término *Wert* en el referido artículo se da a entender a los Estados miembros que las normas establecidas en él son particularmente imprecisas y, como consecuencia, abiertas.[42] Esta apertura no está concebida como un instrumento de habilitación para los tribunales para desarrollar los valores a través de su aplicación continua en muchas situaciones a un plano del derecho constitucional común europeo. Aunque es cierto que el artículo 2 del TUE tiene un carácter inmediato y por consiguiente es invocable judicialmente, esto no cambia el hecho de que en ningún caso pueda desarrollarse y convertirse en algo similar a una cláusula de homogeneidad como la del artículo 28 de la Ley Fundamental de Bonn o la del artículo IV sección 4 y XIII a XV de la Constitución estadounidense,[43] que reconduce hacia

---

39 Reimer, Franz, *Verfassungsprinzipien*, Berlín, Duncker & Humblot, 2001, pp. 26 y ss..

40 Más detallado en Schulze-Fielitz, H., en Dreier, Horst (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2015, vol. 2, art. 20 *(Rechtsstaat)*, Rn. 44.

41 La situación es diferente con respecto al sistema legal sindical: Bogdandy, Armin von, "Prinzipien von Staat, supranationalen und internationalen Organisationen", en Isensee, Josef y Kirchhof, Paul (eds.), *Handbuch des Staatsrechts,* Heidelberg, C.F. Müller, 2013, t. XI: Internationale Bezüge, § 232, Rn. 35 y ss.

42 La apertura es un punto central de la crítica de Schmitt. Véase Schmitt, Carl, *Die Tyrannei der Werte..., cit.,* pp. 23, 53 y ss. El autor habla sobre el "terror de la aplicación de los valores".

43 Véase Giegerich, Thomas, "Verfassungshomogenität, Verfassungsautonomie und Verfassungsaufsicht in der EU: Zum 'neuen Rechtsstaatsmechanismus' der Europäischen Kommission", en Calliess, Christian (ed.), *He-*

un estrecho margen la autonomía constitucional de los Estados miembros, pues esto no encajaría con el principio europeo de un pluralismo constitucional.[44]

La diversidad constitucional de los Estados miembros, protegida por el derecho de la Unión, es enorme: repúblicas y monarquías, sistemas parlamentarios y semipresenciales, parlamentos fuertes y débiles, consociativismos y democracias mayoritarias, todoscon estructuras partidarias fuertes y débiles, con instituciones sociales fuertes y débiles, con ordenamientos unitarios y federales o tribunales constitucionales inexistentes, débiles y fuertes, muy diferentes grados de autoorganización de la justicia así como divergencias notables entre el contenido y la intensidad de protección de los derechos fundamentales, sin olvidar a las tradiciones constitucionales otomanas, católicas, laicas, protestantes, anarcosindicalistas, socialistas, provenientes de la sociedad civil, postcoloniales o estatistas. Con esta diversidad, sería incompatible desarrollar los valores del artículo 2 del TUE como "normas elementales" de todos los derechos en el espacio jurídico europeo o incluso como mandamiento de optimización que permiten un control minucioso del derecho de los Estados miembros.

La protección de los valores entiende la protección de los fundamentos de la estructura europea, en particular de la autopercepción de la comunidad como comunidad de valores, del principio de confianza mutua, así como de los contenidos fundamentales de los derechos individuales. Esto explica la vaguedad de los valores, así como las fuertes barreras procesales del artículo 7 del TUE, por tanto, los valores europeos han de ser interpretados de manera que solo prohíban medidas extremadamente problemáticas, pero sin dirigirse hacia un "camino correcto" o de marcar el diseño de las instituciones de los Estados miembros. Así, no forman "normas elementales" sino más bien "líneas rojas".[45]

---

rausforderungen an Staat und Verfassung: Liber Amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag, Nomos, 2015, pp. 499 y ss.

44 Con vista comparativa, Palermo, Francesco y Kössler, Karl, *Comparative Federalism,* Hart Publishing, 2017, Parte III.

45 Más detallado en Bogdandy, Armin von *et al.,* "A potential constitutional moment for the European rule of law. The importance of red lines", *CML-Rev,* vol. 55, 2018, p. 963.

En este sentido se puede entender la jurisdicción pertinente del TJUE. La sentencia pionera *Aranyosi y Căldăraru* se centra solamente en derechos absolutos, sobre todo, en la prohibición del trato inhumano,[46] es decir, normas que pertenecen al núcleo de la autopercepción europea.[47] La lógica de las "líneas rojas" explica lo que parece a primera vista una argumentación "débil" y, por tanto, en un primer momento, como poco convincente. Tanto la Comisión como el TJUE condensan el valor del Estado de derecho, del que trata la mayoría de los procesos, muchas veces solo de forma general refiriéndose a principios,[48] pero pocas veces lo desarrollan de manera interpretativa respecto a los hechos en cuestión. En el centro está *lo que no va*.

Así, el TJUE constata inicialmente en la sentencia *LM (deficencies)* la problemática de la nueva "cámara disciplinaria", que según su configuración aparece como un instrumento para vincular a la magistratura a la mayoría gubernamental.[49] La sentencia esboza ulteriores "líneas rojas" haciendo referencia a las conclusiones de la propuesta de la Comisión en virtud del artículo 7 del TUE donde se remite a Polonia. Por supuesto, la Corte no trata la propuesta como fuente de derecho; sin embargo, muestran las "informaciones [...] datos muy relevantes", según los cuales han de ser valoradas las medidas polacas.[50] Esta propuesta de la Comisión indica específicamente qué medidas son incompatibles con los valores y, por tanto, deben retirarse porque han superado las "líneas rojas".

Aunque el escaso desarrollo interpretativo de los valores afecta a la fuerza persuasiva argumentativa de la decisión, es justamente esta abstención la que evita un desarrollo de medidas

46 C-404/15, C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, Rn. 85, 90.

47 Grabenwarter, C., "Urteilsanmerkung zu Soering", *NJW*, 2018, p. xxx.

48 Véanse en particular los dos textos más importantes hasta la fecha, la propuesta razonada de la Comisión (supra, n. 6), Rn. 6 y ss., y la decisión *LM (deficiencies)*-Urteil TJCE Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 — *Minister for Justice and Equality/LM*., Rn. 62-67. Al mismo tiempo, debe enfatizarse que el juicio *LM* proporciona muchas más razones que el juicio pionero similar en el Rs. *Ruiz-Zambrano,* TJCE Rs C-34/09 Slg. 2011 I-1177.

49 Rn. 67.

50 Rn. 61.

en un "nivel intermedio", que podría llevar hacia una restricción enorme de la autonomía constitucional de los Estados miembros.[51]

Esta lógica de las "líneas rojas" no es necesariamente hostil a la dogmática. No es completamente inimaginable desarrollar, mediante los mecanismos de abstracción y descontextualización ya probados, una dogmática de "líneas rojas".[52] Podría dar lugar a indicadores que alteren la presunción de que un Estado miembro cumple con los valores europeos. Tal dogmatismo, sin embargo, es algo fundamentalmente diferente a uno constitucional-convencional de principios, que apunta a un "gran plan estructural" o a una "concepción global y significativa".[53] Más bien debería seguir la lógica de una "dialéctica negativa", que se caracteriza por decir no cómo debe ser, sino lo que no debe ser.[54]

5. Visión global evaluativa en la unión de valores

La constatación concreta de la violación de un valor y de este modo de un déficit sistémico se basa en una *visión global evaluativa*, que focaliza una serie de medidas muchas veces detalladamente descritas a la luz de principios abstractos.[55] Seguramente

[51] Sobre esta forma de construcción a escala Lepsius, O., "Die maßstabsetzende Gewalt", en Jestaedt, M., *et al., Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgerichts,* Suhrkamp, 2011, pp. 159, 182 y ss.; Bogdandy, Armin von y Venzke, Ingo, *In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens,* Suhrkamp, 2014.

[52] Jestaedt, M., "Phänomen Bundesverfassungsgericht", en Jestaedt, M. *et al., op. cit.,* pp. 77, 119 y ss., y 132.

[53] Bumke, Christian y Schuppert, Gunnar Folke, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des "einfachen" Rechts,* Nomos, 2000, pp. 28 y 39; Volkmann, Uwe, "Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit", *VVDStRL*, vol. 67, 2008, pp. 57 (67 y ss.).

[54] Adorno, Theodor W., *Negative Dialektik. Jargon der Eigentlichkeit*, Suhrkamp, 2003.

[55] Propuesta fundada (supra, n. 6), Rn. 109, 173; TJCE (supra, n. 23), Rn. 68.

existen en tal discurso de aplicación, que en gran medida consiste en una visión global evaluativa de evoluciones, acontecimientos, medidas y posicionamientos, grandes márgenes de apreciación, en este sentido es el discurso inevitablemente político. En este aspecto surge fácilmente el reproche de que la forma de actuar sea parcial o de que esté alimentada por consideraciones exógenas.

Pero esta práctica de aplicación de la visión global evaluativa se justifica por tres aspectos. Primero, representa la consecuencia inevitable del escaso desarrollo de medidas, justificada por los aspectos constitucionales antes mencionados. Segundo, da respuesta a problemas específicos para afrontar derivas autoritarias de manera jurídica. Y tercero ha de tener en cuenta que la visión global evaluativa se basa muchas veces en evaluaciones concurrentes de otras instituciones, es decir, que se crea en una unión de opiniones o de valoraciones.

El papel central de la visión global evaluativa se justifica por el asunto de *déficits sistémicos*. Los discursos de aplicación jurídicos normalmente se ocupan de actos individuales. Esto lleva a plantear dificultades al tener que constatar derivas autoritarias, porque normalmente solo el *conjunto* de una serie de acciones alcanza el umbral crítico. Leyes individuales, nombramientos de jueces o prohibiciones concretas muchas veces pueden ser justificados de manera clara.[56] De este modo defiende el Gobierno polaco su reforma judicial a través de una comparación con paí-

[56] Scheppele, Kim Lane, "Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions", en Closa, Carlos y Kochenov, Dimitry (eds.), *op. cit.,* p. 105. Las medidas polacas contra el Tribunal Constitucional parecen ser casos relativamente claros: véase Iustitia (Polish Judges Association), "Response to the White Paper Compendium on the reforms of the Polish justice system, presented by the Government of the Republic of Poland to the European Commission", 17 de marzo de 2018, *https://twojsad.pl/wp-content/uploads/2018/03/iustitia-response-whitepaper.pdf;* Gersdorf (primer presidente de la Corte Suprema), "Opinion on the White Paper on the reform of the Polish judiciary, 16 de marzo de 2018, *https://archiwumosiatynskiego.pl/images/2018/04/Supreme-Court-Opinion-on-the-white-paper-on-the-Reform-of-the-Polish-Judiciary.pdf*; Comisión de Venecia "Opinion on Amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland", Opinión núm. 833/2015, CDL-AD (2016) 001, Rn. 126, 137 y 138.

ses "no sospechosos".[57] Para detectar un "peligro de una violación grave" de un valor mencionado en artículo 2 del TUE, es necesaria una visión integral de todas las medidas concernientes a la justicia del gobierno polaco con la debida consideración de las circunstancias políticas y sociales del país. Esto puede incluso exigir la evaluación de las acciones contra la justicia en el contexto de las acciones contra otras instituciones de control, en particular contra la oposición parlamentaria, los medios de comunicación, la academia y las ONG.[58]

En tercer lugar, la legitimidad de una visión global evaluativa se ve reforzada si se basa en valoraciones idénticas de otras instituciones independientes con autoridad sobre los valores. Formulado en la lógica de unión del déficit sistémico: la aplicación regular se lleva a cabo en una *unión de valoraciones*. Cuantas más instituciones vean un problema sustancial, mayor será la evidencia de un déficit sistémico.

Es notable que cuando se trata de valores y déficits sistémicos, la interpretación y la aplicación no se presenten como un acto autónomo de conocimiento, sino como un proceso complejo de evaluación colectiva que va mucho más allá del propio ordenamiento jurídico. La Comisión y el TJUE, pero también muchas otras instituciones, se remiten a menudo a otras fuentes autorizadas para tales cuestiones, en particular las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los dictámenes de expertos de la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia).[59] También son importantes las evaluaciones realizadas por organismos internacionales y organizaciones de la

57 "White Paper on the Reform of the Polish Judiciary" (n. 6).

58 Esta lógica de la vista general no se limita en modo alguno a los valores. El proceso para identificar un déficit sistémico en la banca es similar: aquí también, se le pide al profesional legal, en este caso la Junta Europea de Riesgo Sistémico, que eche un vistazo general; *cfr.* Reglamento (UE) 1092/2010 sobre la supervisión financiera de la Unión Europea a nivel macro y por el que se crea una Junta Europea de Riesgo Sistémico.

59 Véase la propuesta de la Comisión (n. 6), pp. 18, 32, 95, 116 y ss.
TJCE., Rs. C-404/15 y C-659/15 PPU – *Aranyosi y Căldăraru* (n. 47), Rn. 90.

sociedad civil.[60] En el contexto del principio de la autonomía del derecho de la Unión, cabe destacar, en particular, que incluso la evaluación en el marco del ordenamiento jurídico de los Estados miembros de que se trate, desempeña un papel e incluso tiene una importancia considerable en la calificación de *deficiente desde el punto de vista sistémico* en virtud del derecho de la Unión. En el caso polaco es importante que las voces polacas autorizadas consideren las medidas de reforma de la mayoría del Gobierno como totalmente inconstitucionales,[61] por tanto, una situación o medida es aún más *deficiente desde el punto de vista sistémico* cuantas más instituciones de los distintos sistemas jurídicos asociados compartan esta calificación.

6. ¿Tiranía de los valores?

Las instituciones europeas son lejanas y ajenas para muchas personas. Si instan a los gobiernos electos a revisar proyectos políticos importantes sobre la base de los valores europeos e incluso intentan obligarlos a hacerlo, corren el riesgo de ser rechazados por autocráticos, arbitrarios e ilegítimos. Lo mismo ocurre cuando otros Estados insisten en los valores.

Esta acusación de tiranía de los valores difícilmente podrá ser contrarrestada con el argumento de que se tiene razón. No basta con tener "derecho", por el contrario, una defensa creíble y prometedora de los valores europeos requiere que un amplio público europeo demuestre de manera convincente en juicios justos qué exigen los valores, por qué se violan y qué es lo que hay que hacer. El fundamento jurídico de esta defensa es el objetivo real de un sistema dogmático de déficits sistémicos.

La unión de valores conlleva tantos riesgos como la unión monetaria, aunque también hay esperanza en esta funesta observación, ya que Europa ha logrado controlar la grave crisis de la

60 Propuesta de la Comisión (n. 6), Rn. 33, 63, 76, 80 y 82.

61 Propuesta de la Comisión (n. 6), Rn. 19, 21, 29, 81, 83, 86; en particular Iustitia (Polish Judges Association), *op. cit.*, Gersdorf (primer presidente de la Corte Suprema), *op. cit*.

unión monetaria. La resistencia de la idea europea es más fuerte de lo que muchos sospechan. Esto también da confianza para el futuro de la unión de valores, especialmente porque la resiliencia europea puede alimentarse aquí de una fuente particularmente fuerte: el rechazo a la tiranía. Esta actitud debe determinar el objetivo, pero también la lógica interna de todos los instrumentos contra los déficits sistémicos.

En el nombre del club europeo de democracias liberales: sobre la identidad, el mandato y la modulación nacional de la jurisprudencia del TEDH

Armin von Bogdandy
*Laura Hering**

1. Agenda

La protección europea de los derechos humanos y su institución más importante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se enfrentan a una amplia gama de desafíos.[1] De estos, la acumulación de procedimientos puede ser la menor. Más im-

* Traducción de Paula Alejandra González y David Geng. El texto se publicó en alemán en *Jursitenzeitung,* 2020, núm 75, pp. 53-63. Además, se publicó una versión corta como editorial en *Der Staat,* 2019, núm. 58, pp. 1-5. Se basa en una presentación realizada en la Conferencia de expertos de alto nivel sobre el sistema de CEDH, Kokkedal, 31 de octubre - 2 de noviembre de 2018. Nos gustaría agradecer a la ronda del martes, así como a Christina Binder, Raffaela Kunz, Angelika Nußberger, Mateja Steinbrück Platise e Ingo Venzke por sus valiosas críticas.

1 Para más sobre los desafíos véase p. ej. Council of Europe Steering Committee for Human Rights, 'The Longer-Term Future of the System of the European Convention on Human Rights' (2015), disponible en *https://rm.coe.int/the-longer-term-future-of-the-system-of-the-european-convention-on-hum/1680695ad4* (última visita 27 octubre 2019); B.Çalı, "Coping with Crisis: Whither the Variable Geometry in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Wisconsin International Law Journal,* 2018, núm. 35, pp. 237-276, en p. 240 y ss.

portante aún, la legitimidad de algunos jueces es controvertida, gobiernos cada vez más autoritarios están en el poder en varios Estados parte de la Convención y muchas sentencias se encuentran con una resistencia considerable.[2] Además, los tribunales bien establecidos, como el Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht)* y la Corte Constitucional italiana (*Corte Costituzionale)*, buscan limitar su autoridad legislativa.[3] En su Declaración de Copenhague de abril de 2018, los Estados parte de la Convención, incluso, estipularon formalmente que la reciente jurisprudencia del TEDH debería ser evaluada.[4] No es demasiado descabellado interpretar este anuncio como una expresión de insatisfacción y como una advertencia.

Dirigir a través de aguas turbulentas requiere una buena orientación. Una estrella fija que ha sido subutilizada hasta ahora es la legitimación democrática de las decisiones del TEDH.[5] Esto lleva a la siguiente pregunta: ¿en nombre de quién decide realmente el TEDH? La idea central de esta contribución es que

---

2 Sobre los ataques véase: M. R. Madsen, "The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash", *Law and Contemporary Problems,* 2016, núm. 79, pp. 141-178, en p. 167 y ss.; X. Soley y S. Steininger, "Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights", *International Journal of Law in Context,* 2018, núm. 14, pp. 237-257; M. Breuer (ed.), *Principled Resistance to ECtHR Judgments – A New Paradigm?,* Berlín, Springer, 2019.

3 Corte Constitucional Italiana, decisión No. 49 (26 marzo 2015); Corte Constitucional Federal Alemana, BVerfGE 148, 296; véase *infra,* 4.

4 Declaración de Copenhague, aprobada en la Conferencia de alto nivel del 12/13 abril 2018, *http://rm.coe.int/copenhagen-declaration/16807b915c* (última visita 6 diciembre 2019), párr. 41. Sobre la Declaración véase J. Polakiewicz/I. Suominen-Picht, "Aktuelle Herausforderungen für Europarat und EMRK: Die Erklärung von Kopenhagen (April 2018), das Spannungsverhältnis zwischen EMRK und nationalen Verfassungen und die Beteiligung der EU an dem europäischen Menschenrechtskontrollmechanismus", *Europäische Grundrechte-Zeitschrift,* 2018, pp. 383-390, en p. 383 y ss.; G. Ulfstein/ A. Føllesdal, "Copenhagen – much ado about little?", *EJIL: Talk!,* 2018, *https://www.ejiltalk.org/copenhagen-much-ado-about-little/* (última visita 6 diciembre 2019).

5 Sobre los diversos mecanismos para reforzar la legitimidad véase A. von Bogdandy e I. Venzke, *In whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication,* Oxford, Oxford University Press, 2014, en p. 156 y ss.

la ley y el camino del Tribunal, hasta ahora, pueden condensarse en la fórmula de que el TEDH habla "En nombre del club europeo de democracias liberales". Al mismo tiempo, el mayor desafío del Tribunal de Estrasburgo es que esta fórmula siga siendo creíble.

La primera parte de este capítulo explica por qué la legitimidad democrática del TEDH es un problema (2.1). Luego justifica la fórmula "En nombre del club europeo de las democracias liberales" como respuesta (2.2). La segunda parte muestra cómo esta fórmula se materializa en el mandato del Tribunal. Durante muchas décadas, este cumplió este mandato apoyando la *revolución de los derechos* en Europa, integrando los tribunales constitucionales en un discurso europeo y contribuyendo a la transformación de los Estados post-autoritarios (3.1). A la luz de las tendencias autoritarias en algunos Estados de la Convención, el mandato ahora está adquiriendo más dimensiones, en particular la defensa de la autoimagen del club, así como el apoyo de la democracia constitucional en esos Estados (3.2). Esto requiere una nueva evaluación del Tribunal (3.2.1.), en particular de su jurisprudencia sobre el estado de emergencia (3.2.2.), los derechos fundamentales (3.2.3.), el abuso de derechos (3.2.4.), y el agotamiento de los recursos internos (3.2.5.). Además, alegamos que, para asegurar su propio futuro, el Tribunal debería desarrollar más su doctrina del margen de apreciación (3.2.6.). Esto, a su vez, exige una modificación de su mandato y modulación de su legislación judicial. El *Bundesverfassungsgericht* alemán y la *Corte Costituzionale* italiana aportan ideas para esta evolución (4.).

2. La legitimidad democrática del TEDH

2.1. La cuestión

El TEDH no encaja en el papel tradicional de un tribunal internacional que sirve simplemente como un organismo intergubernamental de solución de controversias. Sus decisiones se

refieren regularmente a cuestiones domésticas controvertidas.[6] Además, no solo reclama autoridad sobre la disputa decidida, sino que exige que todos los tribunales nacionales sigan sus decisiones.[7] Por último, pero no menos importante, el TEDH incluso nos recuerda a un tribunal constitucional, ya que controla el que los legisladores nacionales respeten los derechos individuales.[8]

El TEDH no ejerce ningún poder coercitivo; sin embargo, ejerce autoridad pública.[9] Sus decisiones ejercen una presión considerable. Así, el Comité de Ministros del Consejo de Europa supervisa la aplicación de las sentencias del TEDH en virtud del artículo 46, párrafo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y el decimocuarto protocolo adicional ha añadido un procedimiento de infracción en virtud del artículo 46, párrafo 4 del CEDH, que se activó recientemente por primera vez.[10] Otros Estados parte de la Convención esperan que un Es-

6 Véase p. ej. TEDH sentencia de 6 de octubre de 2005, *Hirst vs. Reino Unido (no. 2),* 74025/01, sobre los derechos políticos de los convictos; TEDH sentencia de 3 de diciembre de 2009, *Zaunegger vs. Alemania,* 22028/04, sobre la custodia de los niños.

7 Comparar TEDH sentencia de 18 de enero de 1978, *Irlanda vs. Reino Unido,* 5310/71, párr. 154; TEDH sentencia de 6 de noviembre de 1980, *Guzzardi vs. Italia*, 7367/76, párr. 86; TEDH sentencia de 7 de enero de 2010, *Rantsev vs. Chipre y Rusia*, 25965/04, párr. 197; TEDH sentencia (méritos) de 28 de junio de 2018, *G.I.E.M. S.R.L. y otros vs. Italia*, 1828/06, párr. 252.

8 Sobre la función constitucional, véase C. Grabenwarter, "The European Convention on Human Rights: Inherent Constitutional Tendencies and the Role of the European Court of Human Rights", en: A. von Bogdandy y P. Sonnevend (eds.), *Constitutional crisis in the European constitutional area,* Baden-Baden, Nomos, 2015, pp. 257-274.; A. Nußberger, "Die Europäische Menschenrechtskonvention – eine Verfassung für Europa? ", *Juristenzeitung,* 2019, núm 74, pp. 421-428; C. Walter, "Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozeß", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* 1999, núm. 59, pp. 961-983, en p. 962 y ss.

9 Sobre las funciones múltiples y la autoridad pública de cortes internacionales, véase von Bogdandy y Venzke, *op. cit.,* nota 5, pp. 5-18 y pp. 101-119.

10 TEDH sentencia de 29 de mayo de 2019, *Mammadov vs. Azerbaiyán*, 15172/13.

tado perdedor cumpla con las sentencias del Tribunal.[11] Incluso la legislación interna a menudo requiere el cumplimiento del sistema europeo de derechos humanos.[12] Tribunales nacionales, instituciones específicas de derechos humanos[13] y un público a menudo poderoso están listos para verificar este cumplimiento.

Dicha autoridad plantea cuestiones de legitimidad, incluso desde un punto de vista democrático.[14] Este es un flanco particularmente vulnerable del Tribunal, porque se opone regularmente a las instituciones elegidas democráticamente, es decir, con la mayor legitimidad posible, mientras que su propio mandato democrático no es obvio. Si bien muchos tribunales nacionales reclaman legitimidad democrática en las primeras palabras de sus sentencias, que comienzan con "En nombre del pueblo",[15] el TEDH permanece en silencio.[16]

2.2. El club de las democracias liberales

¿Qué fórmula preliminar podría evocar una legitimación democrática similar a la de los tribunales nacionales "En nombre del

11 Mencionado expresamente en la Declaración de Copenhague, *op. cit.,* nota 4, párr. 19 y ss.

12 Sobre la posición de la TEDH en el derecho interno de los Estados miembros, véase H. Keller y A. Stone Sweet (eds.), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems,* Oxford, Oxford University Press, 2008, en p. 31 y ss.

13 AG Res. 48/134 20 de diciembre 1993, U.N. Doc. A/RES/48/134.

14 Sobre la importancia de la legitimidad democrática para el poder judicial A. Voßkuhle y G. Sydow, "Die demokratische Legitimation des Richters", *Juristenzeitung,* 2002, núm. 57, pp. 673-682. Desde un punto de vista crítico A. Torres, "In Nobody's Name: A Checks and Balances Approach to International Judicial Independence", *MPIL Research Paper,* 2017, núm. 2017-03, p. 27, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2924435 (última visita 31 octubre 2019).

15 Véase p. ej. § 25 párr. 4 Ley de la Corte Constitucional Federal Alemana; art. 101 párr. 1 de la Constitución de la República de Italia; art. 454 del Código de Procedimiento Civil francés.

16 Véase la crítica fundamental de R. Bellamy, "The Democratic Legitimacy of International Human Rights Conventions: Political Constitutionalism and the European Convention on Human Rights", *European Journal of International Law,* 2014, núm. 25, pp. 1019-1042.

pueblo"? ¿En nombre de quién decide el TEDH?[17] Si se hiciera referencia a la Convención, la fórmula se leería: "En nombre del Convenio Europeo de Derechos Humanos", como si un tribunal nacional utilizara el nombre de la ley como fórmula inicial; sin embargo, esto ignoraría el hecho de que no es la ley como tal sino la decisión parlamentaria subyacente la que proporciona la fuente real de legitimidad democrática.

Esta idea lleva a las ratificaciones nacionales de la Convención. En consecuencia, se podría considerar —siguiendo el entendimiento clásico del derecho internacional— si el TEDH decide "En nombre de los Estados parte en la controversia". Esto puede ser apropiado para la Corte Internacional de Justicia; sin embargo, ciertamente no se aplica al Tribunal de Estrasburgo, donde los litigantes, por regla general, no son entre dos Estados, sino entre un Estado y un individuo que, a menudo, es incluso un ciudadano del Estado involucrado. ¿Entonces qué?

La legitimidad democrática del Tribunal de Estrasburgo se basa principalmente en la ratificación de la Convención por todas las partes contratantes. Por consiguiente, decide "En nombre de todas las altas partes contratantes". El "todas" holístico expresa una característica fundamental: una sentencia del TEDH no solo juzga el caso en disputa, sino que también sirve a un interés común de todos los Estados parte de la Convención, a saber, "los Derechos humanos y el Estado de derecho en Europa", como se indica en el recital 2 de la Declaración de Copenhague. Así, el CEDH deja atrás el tradicional bilateralismo del derecho internacional, pues sus decisiones persiguen un interés comunitario.

La fórmula "En nombre de todas las altas partes contratantes" puede condensarse aún más. El CEDH no solo supera el tradicional bilateralismo del derecho internacional, sino que también trasciende el agnosticismo tradicional de ese régimen con respecto al sistema político de los Estados. Un Estado parte de la Convención debe ser liberal y democrático.[18] Ciertamente, no

[17] Bellamy ya ha tratado de definir la "circunscripción" del TEDH. Véase *idem*.

[18] Véase el Preámbulo y el artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa. Para el concepto de democracia en la jurisprudencia del TEDH, véase J. Zand,

todos los Estados cumplieron con todos los requisitos cuando se unieron, pero fueron aceptados con la obligación de desarrollar aún más sus estructuras democráticas y de Estado de derecho de conformidad con la Convención.[19]

La exigencia de ser liberal y democrático no es abstracta, sino que toma forma a través de su triple oposición a los sistemas totalitarios de las Potencias del Eje, el comunismo soviético[20] y los regímenes autoritarios, como la Grecia de los obristas.[21] Hoy se basa en la práctica consolidada de los organismos de Estrasburgo. Esto abarca la protección efectiva de una amplia gama de derechos fundamentales, el pluralismo político y una separación funcional de poderes, incluidos los tribunales independientes.[22] Este significado de *liberalismo,* cabe mencionar, no tiene nada que ver con inclinaciones izquierdistas o las ideologías neoliberales, en cambio, contrasta con lo que Victor Orbán proyecta como una "democracia iliberal".[23]

"The Concept of Democracy and the European Convention on Human Rights", *University of Baltimore Journal of International Law,* 2017, núm. 5, pp. 195-227; G. Lautenbach, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights,* Oxford, Oxford University Press, 2014, en p. 193 y ss.

19 Véase por ejemplo con respecto a Rusia: Parliamentary Assembly, Solicitud de Rusia para ser miembro del Consejo de Europa, opinión 193 (1996), núm. 3, disponible en https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML-2HTML-EN.asp?fileid=13932&lang=en (última visita 31 octubre 2019).

20 M. R. Madsen, "From Cold War Instrument to Supreme European Court: The European Court of Human Rights at the Crossroads of International and National Law and Politics", *Law & Social Inquiry,* 2007, núm. 32, pp. 137-159.

21 Sobre el procedimiento de exclusión contra Grecia en 1969 de conformidad con el artículo 8 del Estatuto del Consejo de Europa, H. A. Richter, *Griechenland 1950–1974. Zwischen Demokratie und Diktatur,* Ruhpolding, Rutzen, 2013, en p. 323 y ss.

22 Sobre la independencia de los tribunales, TEDH sentencia de 28 de junio de 1984, *Campbell y Fell vs. Reino Unido*, 7819/77, párr. 78.

23 Viktor Orbán, discurso en el *29th Bálványos Summer Open University and Student Camp* (Julio 28, 2018), véase https://www.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/prime-minister-viktor-orban-s-speech-at-the-29th-balvanyos-summer-open-university-and-student-camp.

El preámbulo de la Convención establece que los derechos humanos y las libertades fundamentales pueden protegerse mejor "en un régimen político verdaderamente democrático". Incluso postula una cultura legal correspondiente a toda Europa como "patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de primacía del derecho". Según los *travaux préparatoires*, la Convención se creó no solo para proteger al pueblo de las dictaduras sino también para fortalecer la resistencia contra los intentos progresivos de socavar el estilo de vida democrático, un objetivo significativo, dado el contexto actual.[24] Como resultado, podemos reemplazar la fórmula de las "altas partes contratantes" por los "Estados liberales y democráticos". El TEDH, argumentamos, decide "En nombre de los Estados democráticos liberales europeos".

La Convención, además, no solo concierne al aparato del Estado y la organización formal de la autoridad pública; también es un tratado revolucionario porque supera el derecho internacional tradicional en un tercer aspecto. Al equipar a las personas con derechos y crear un mecanismo de denuncia individual, convierte a los agentes privados en actores transnacionales. Adicionalmente, la Convención a menudo se dirige al individuo como ciudadano y sujeto político. Asegurar los derechos democráticos es una de las líneas de jurisprudencia más importantes del Tribunal.[25] Basta considerar sus decisiones sobre la libertad de asociación política, de conformidad con el artículo 11 del CEDH,[26] la libertad de expresión, estipulada en el artículo 10 del CEDH[27] y el derecho a elecciones libres, contemplado en el artículo 3 del primer

[24] Véase Consejo Europeo, Collected Edition of the „Travaux préparatoires" (1979), Vol. 5, 332, Vol. 1, 30.

[25] Véase *op. cit.,* nota 18.

[26] Véase la jurisprudencia sobre la prohibición de los partidos políticos TEDH sentencia de 9 de julio de 2013, *Vona vs. Hungría*, 35943/10, párr. 58; TEDH sentencia de 8 de diciembre de 1999, *Partido Libertad y Democracia (Özdep) vs. Turquía*, 23885/94, párr. 37.

[27] Sobre la libertad de expresión, véase TEDH sentencia de 7 de diciembre de 1976, *Handyside vs. Reino Unido*, 5493/72, párr. 49; también J. A. Frowein, "Meinungsfreiheit und Demokratie", *Europäische Grundrechte-Zeitschrift,* 2008, núm. 35, pp. 117-121.

Protocolo adicional,[28] así como los artículos 3 y 8 del Estatuto del Consejo de Europa. Esta inclusión de los ciudadanos es un logro importante del sistema de Estrasburgo y debe expresarse en la fórmula introductoria. No es casualidad que los tribunales nacionales no utilicen "en nombre del Estado", sino "en nombre del pueblo" o "de la República".

Podemos articular esta dimensión abreviando la fórmula "En nombre de los Estados democráticos liberales europeos" de esta manera: "En nombre de las democracias liberales europeas". La integración de los *Estados,* mencionando *democracias,* permite a los ciudadanos formar parte de esa expresión. Por otra parte, cabe resaltar el uso gramatical de *"las democracias"* en plural. Ello es significativo porque el Tribunal no habla en nombre de una idea abstracta de un orden político, más bien, la fórmula subraya que la legitimidad democrática del Tribunal deriva de los pueblos democráticamente organizados de los Estados parte de la Convención.

Finalmente, la fórmula debe reflejar el hecho de que la legitimidad democrática del TEDH es un logro común de las democracias europeas. Tiene una dimensión colectiva importante, sobre todo porque los jueces del Tribunal son elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.[29] Este término "*club"* en la fórmula expresa, por lo tanto, que las democracias europeas se han reunido bajo el Estatuto del Consejo de Europa y la Convención para perseguir objetivos que no pueden lograr por sí solas. El más importante, es un sistema regional de derechos humanos que salvaguarda sus sistemas constitucionales concurrentes.[30] Con este fin, los Estados de la Convención han es-

---

28 Véase V. Natale, "Le droit à des élections libres ou la construction d'un véritable ordre démocratique européen", *Revue trimestrielle des droits de l'homme,* 2006, núm. 68, pp. 939-972.

29 A. von Bogdandy y C. Krenn, "On the Democratic Legitimacy of Europe's Judges: A Principled and Comparative Reconstruction of the Selection Procedures", en M. Bobek (ed.), *Selecting Europe's Judges,* Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 162-180.

30 Cfr. E. Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights,* Oxford, Oxford University Press, 2010, en p. 5; S. Greer, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects,* Cambridge, Cambridge University Press, 2006, en p. 56 y ss.

tablecido instituciones comunes e independientes con autoridad pública, incluido el TEDH, cuyos jueces se eligen conjuntamente en un procedimiento parlamentario. El término "club" está bien establecido a este respecto.[31]

3. El mandato de proteger el Estado de derecho democrático

3.1. El desarrollo del mandato

Si el TEDH habla "En nombre del club europeo de las democracias liberales", ¿qué debería decir? La respuesta solo puede derivarse parcialmente a través del canon de los métodos legales con los que se debe interpretar la Convención. Estos métodos casi nunca determinan una decisión, especialmente en el caso de normas abiertas como los derechos humanos.[32] Lo que es más significativo es cómo los jueces del TEDH, sus colegas nacionales, otras autoridades nacionales e internacionales y, por último, pero no menos importante, el público democrático, entienden el mandato del TEDH. La comprensión actual del mandato se puede resumir en la atribución de un papel activo, a veces incluso transformador, al TEDH para garantizar que el club sea, en realidad, uno de democracias liberales.

---

31 El consejo europeo se describe a sí mismo como "un club de democracias", véase Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Official Report of Debates (1995), 45. *Cfr.* también J. A. Carrillo Salcedo, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos,* España, Tecnos, 2003, en p. 14; F. Weber, "Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Türkei – Zum Notstand sowie zur Möglichkeit der Wiedereinführung der Todesstrafe", *Die Öffentliche Verwaltung,* 2016, núm. 22, pp. 921-928; A. Gioia, "The Role of the European Court of Human Rights in Monitoring Compliance with Humanitarian Law in Armed Conflict", en O. Ben-Naftali (ed.), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law,* Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 201-249, en p. 202.

32 H. Kelsen, "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer,* 5, Alemania, De Gruyter, 1929, pp. 30-88, en p. 31; C. Möllers, "Individuelle Legitimation: Wie rechtfertigen sich Gerichte?", en A. Geis/ F. Nullmeier/ C. Daase (eds.), *Der Aufstieg der Legitimitätspolitik,* Baden-Baden, Nomos, 2012, pp. 398-418, en p. 403 y ss.

De ninguna manera se puede dar por sentado, sino que es un logro sobresaliente y sorprendente, el hecho de que el TEDH tiene hoy el mandato de apoyar y desarrollar *el club europeo de democracias liberales*.[33] Esto se hace evidente en retrospectiva. El TEDH se entendió inicialmente como una respuesta al "comunismo al estilo soviético".[34] Como esos estados no estaban bajo la jurisdicción del TEDH, el Tribunal tenía poco que hacer. Su primer presidente dudó de si era relevante en absoluto.[35] Según Jochen Frowein, la CEDH estaba en un "sueño de la bella durmiente".[36]

Poco a poco, el TEDH asumió un papel en el apoyo a lo que se describe en los Estados Unidos como *la revolución de los derechos*: la expansión sustancial de los derechos individuales.[37] Cuando la protección de los derechos individuales se convirtió en un tema importante en las sociedades occidentales, muchos Estados de la Convención no tenían una buena base para ello. A menudo carecían de un catálogo moderno de derechos y tenían pocas instituciones aptas para la adjudicación constitucional. Esta brecha proporcionó una oportunidad para que el Tribunal y la antigua Comisión de Derechos Humanos intervinieran y comenzaran a apoyar *la revolución de los derechos* en una variedad de países, asumiendo así una tarea comparable a la de un tribunal constitu-

---

33 Sobre el desarrollo, véase E. Bates, "The Birth of the European Convention on Human Rights", en J. Christoffersen/ M. R. Madsen (eds.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics,* Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 17-42.

34 C. Grabenwarter y K. Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention,* 6a. ed., Múnich, C. H. Beck, 2016, § 1 párr. 1; R. Grote, "Entstehungs- und Rezeptionsgeschichte der EMRK", en O. Dörr/ R. Grote/ T. Marauhn (eds.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2a. ed., Tubinga, Mohr Siebeck, 2013, t. 1, pp. 1-51, en p. 7, párr. 10.

35 H. Rolin, "Has the European Court of Human Rights a Future", *Howard Law Journal,* 1965, núm. 11, pp. 442-451.

36 J. A. Frowein, "European Integration through Fundamental Rights", *Michigan Journal of Law Reform,* 1984, núm. 18, pp. 5-27, en p. 8.

37 *Ibidem,* p. 7: 'legal revolution'. Respecto a EE. UU, véase C. R. Epp, *The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective,* Chicago, University of Chicago Press, 1998.

cional a este respecto.[38] Los instrumentos legales utilizados para cumplir con esta tarea incluyeron la interpretación dinámica o evolutiva del CEDH,[39] y la autoridad de sus decisiones más allá del caso en cuestión.[40] Una vez que se había aventurado en este camino, el Tribunal obtuvo el apoyo de una gran cantidad de actores y, por lo tanto, adquirió un papel clave para la democracia liberal en Europa.[41] Hoy se le identifica con este mandato, como lo confirma la Declaración de Copenhague.[42]

El mandato es algo diferente para ciertos estados como Alemania o Italia, que tienen un tribunal constitucional orgulloso y en funcionamiento. Estos tribunales han desarrollado de forma independiente la protección de los derechos individuales que se aplica, en gran medida, en paralelo al sistema de Estrasburgo. En consecuencia, el papel del TEDH con respecto a estos estados consiste en integrar sus tribunales en el contexto europeo.[43] Gracias a las decisiones de Estrasburgo, la protección alemana e

38 Véase Austria: C. Grabenwarter, "Österreich", en A. von Bogdandy/ P. Cruz Villalón/ P. M. Huber (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europeaeum,* Karlsruhe, C.F. Müller, 2008, t. 2, § 20 párr. 64 y ss.; para los Países Bajos véase R. A. Wessel/ W. E. van de Griendt, "Niederlande", en *ibidem,* § 19 párr. 52 y ss.

39 J. A. Frowein, "Die evolutive Auslegung der EMRK", en T. Marauhn (ed.), *Recht, Politik und Rechtspolitik in den internationalen Beziehungen,* Tubinga, Mohr Siebeck, 2005, pp. 1-13; R. Bernhardt, "Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention of Human Rights", *German Yearbook of International Law,* 1999, núm 42, pp. 11-25.

40 Declaración de Copenhague, *op. cit.,* nota 4, párrs. 3, 8, 14, 26 y ss.; O. M. Arnardóttir, "Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights", *European Journal of International Law,* 2017, núm. 28, pp. 819-843.

41 *Cfr.* A. Mowbray, "ECtHR and Democracy", *Public Law,* 1999, pp. 703-725; sobre la transformación del sistema del TEDH, véase F. G. Roca, "La transformación del Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Revista General de Derecho Constitucional,* 2018, núm. 28, p. 1.

42 Declaración de Copenhague, *op. cit.,* nota 4, párr. 2.

43 Sobre la integración, véase L. Helfer, "Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime", *European Journal of International Law,* 2008, núm. 19, pp. 125-159.

italiana de los derechos fundamentales, está integrada en un sistema de derechos humanos extendido por toda Europa que tiene un vocabulario y una doctrina comunes, e incluso los primeros signos de una cultura legal común.[44] Esto ciertamente crea un tipo específico de conflicto, ya que requiere de un control visible por parte del Tribunal de Estrasburgo sobre los orgullosos tribunales constitucionales de estos Estados, en un área que consideran el núcleo de su mandato.[45] Hasta ahora, sin embargo, dichos conflictos han sido manejados con éxito. Los términos clave aquí son *diálogo* y *responsabilidad conjunta*.[46]

El tercer aspecto de este mandato para promover la democracia liberal surgió después de la caída del Muro de Berlín, cuando el Tribunal de Estrasburgo comenzó a acompañar a los países de Europa Central y Oriental en su transformación.[47] Surgieron nuevas líneas de jurisprudencia que restringieron la autonomía nacional mucho más intensamente que antes. Uno podría señalar, por ejemplo, las decisiones sobre la estructura de los sistemas judiciales nacionales, las sentencias sobre "justicia transicional" o las sentencias piloto que abordaban los déficits estructurales.[48] Todo esto aumentó significativamente la amplitud y profundidad de la

---

44 P. Häberle, "Gemeineuropäisches Verfassungsrecht", *Europäische Grundrechte-Zeitschrift,* 1991, pp. 261-274.

45 Frente a este conflicto, véase D. Paris, "Allies and Counterbalances – Constitutional Courts and the European Court of Human Rights: A Comparative Perspective", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* 2017, núm. 77, pp. 623-649.

46 Véase Declaración de Copenhague, *op. cit.,* nota 4, párrs. 6 y ss., 33, 36 y ss.

47 M. Hofmann, *Von der Transformation zur Kooperationsoffenheit?,* Berlín-Heidelberg, Springer, 2009, pp. 86 y ss., 182 y ss., 248 y ss., 315 y ss., 395 y ss.; I. Motoc e I. Ziemele (eds.), *The Impact of the ECHR on Democratic Change in Central and Eastern Europe,* Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 529.

48 El primer procedimiento piloto se refería al llamado caso Bug River de Polonia: TEDH sentencia de 22 de junio de 2004, *Broniowski vs. Polonia*, 31443/96. Véase también TEDH sentencia de 28 de septiembre de 2005, *Broniowski vs. Polonia* (solución amistosa), 31443/96. Sobre la emergencia, véase W. Sadurski, "Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments", *Human Rights Law Review,* 2009, núm. 9, pp. 397-453.

importancia e influencia de Estrasburgo. Sin embargo, la mayoría de los observadores, como la Declaración de Copenhague, consideran esta jurisprudencia como parte del mandato del Tribunal.[49]

3.2. El mandato en tiempos de crisis

La jurisprudencia de la Corte ha respaldado con éxito la *revolución de los derechos* en las democracias europeas, la integración europea de los tribunales constitucionales nacionales y la transformación de los países de Europa Central y Oriental. Como resultado de este éxito, el TEDH ahora puede tomar decisiones creíbles "En nombre del club europeo de las democracias liberales". Sin embargo, su éxito es incierto y el club se encuentra en una encrucijada. El tribunal debe elegir entre dos caminos, de los cuales ambos conducen a terrenos difíciles.

En algunos países, la situación de los derechos humanos se ha deteriorado drásticamente.[50] Hoy en día, la desviación es tan fuerte que llega a cuestionar las credenciales de algunos estados como democracias liberales. Estos estados amenazan la identidad del club. Por supuesto, casi todos los clubes tienen miembros difíciles, incluso mal adaptados, sin que esto ponga en peligro su identidad. En cierto punto, sin embargo, dichos miembros comienzan a dar forma a su identidad común debido a su número, visibilidad, peso, estrategia o influencia en cómo se ve el club desde afuera. En otras palabras, se está volviendo cuestionable si el Tribunal de Estrasburgo puede continuar adjudicando "En nombre del club europeo de las democracias liberales".

En estas encrucijadas, el club puede, por un lado, elegir defender su identidad como un club de democracias liberales. Eso afectaría su identidad, ya que su cultura previa de consenso difícilmente puede mantenerse. Por otro lado, podría aceptar que

49 Véase Declaración de Copenhague, *op. cit.*, nota 4, párrs. 14, 17; *cfr.* también El Comité de Ministros, "Resolución (2004) 3 sobre las sentencias que revelan un problema estructural subyacente", (12 mayo 2004), disponible en *https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dd190* (última visita 1 noviembre 2019).

50 Véase en este contexto Declaración de Copenhague, *op. cit.*, nota 4, párr. 16.

esos miembros problemáticos co-determinan su identidad.[51] En este caso, el club probablemente no se disolvería, pero se encontraría en el camino hacia una identidad muy diferente. Por supuesto, las instituciones de Estrasburgo podrían seguir siendo útiles. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Corte Internacional de Justicia son ciertamente valiosos, por ejemplo. Pero no son instituciones de un club de democracias liberales.

Si uno entiende el mandato del TEDH en términos de contribuir a la democracia liberal en Europa, entonces debería elegir el primer camino. La jurisprudencia más reciente de la Corte, en consecuencia, debe evaluarse a la luz de esto.

3.2.1. La autoridad del Tribunal en tiempos de crisis

Antes de analizar líneas individuales de jurisprudencia, es necesario aclarar un punto preliminar. Cada tribunal debe adquirir autoridad, porque solo la autoridad puede ayudarlo a cumplir su mandato.[52] Si un estado perdedor cumple con sus sentencias es un indicador importante para la autoridad del TEDH.[53] Esto significa que el Estado perdedor no solo paga la compensación otorgada, sino que también rectifica la infracción establecida e incluso adapta su situación legal interna para cumplir con el fallo. Este proceso a menudo se describe como "implementación" o "cumplimiento".[54]

---

51 S. Stewart, "Der Europarat und Russland. Glaubwürdigkeit verlangt konsequente Entscheidungen", *Stiftung Wissenschaft und Politik (SWP-Aktuell),* mayo 2019, núm. 29, p. 1-4, *https://www.swp-berlin.org/publikation/der-europarat-und-russland/* (última visita 1 noviembre 2019).

52 Sobre este reto Alter/Helfer/Madsen, en *idem* (eds.), *International Court Authority,* Oxford, Oxford University Press, 2018, en p. 24.

53 Véase M. Polzin, "Der verrechtlichte Ausnahmezustand – Art. 15 EMRK und die Rolle des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* 2018, núm. 78, pp. 635-669, en p. 650.

54 A. von Staden, *Strategies of Compliance with the European Court of Human Rights: Rational choice within normative constraints,* Pensilvania, University of Pennsylvania Press, 2018.

A este respecto, el TEDH tiene que lidiar con dificultades considerables.[55] La gran importancia que otorga al cumplimiento de las sentencias, en particular la implementación de medidas generales, puede llevarlo fácilmente a ser tímido hacia los gobiernos cuyos autorretratos se basan en su oposición a Europa. Si se vinculara la autoridad judicial con este indicador, en primer lugar, la colocaría en manos de dichos gobiernos y desanimaría a la Corte a intervenir en lo que probablemente sea el mayor desafío para el orden público europeo. Esto no tendría sentido. Por lo tanto, evaluar la operación de la Corte requiere un enfoque diferente.

Esta afirmación no cuestiona que la implementación de las decisiones de la Corte es legalmente obligatoria. Por lo tanto, es de acoger que la Declaración de Copenhague no deje dudas al respecto.[56] Pero, si bien el cumplimiento y la implementación siguen siendo el criterio más importante para evaluar el estado perdedor, los criterios más allá del cumplimiento y la implementación se vuelven importantes para evaluar a la Corte. En particular, uno debe mirar el *impacto* de su jurisprudencia.[57]

El enfoque en el *impacto* redirige nuestra atención a la pregunta de si la jurisprudencia de Estrasburgo le permite al club mantener su identidad como una de democracias liberales de manera creíble. También cuestiona si la jurisprudencia apoya a las fuerzas domésticas que están comprometidas con la democracia liberal en estados difíciles. Un ejemplo impresionante de esto es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

---

55 Véase p. ej. Comité de Ministros, Informe anual 2018, Supervisión de la ejecución de sentencias y decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2019), p. 71 y ss., disponible en *https://rm.coe.int/annual-report-2018/168093f3da* (última visita 1 diciembre 2019).

56 Ver en este contexto Declaración de Copenhague, *op. cit*., nota 4, párr. 19 y ss.

57 Este enfoque fue especialmente desarrollado con respecto al sistema interamericano, Ó. Parra Vera, "The Impact of Inter-American Judgments by Institutional Empowerment", en A. von Bogdandy *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune,* Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 357-376.

Aunque lucha con problemas aún mayores de cumplimiento,[58] su jurisprudencia ha provocado que los derechos humanos desempeñen un papel real en contextos a menudo dramáticos de violencia, exclusión y desigualdad. Hoy, los discursos políticos y las principales disputas en América Latina se llevan a cabo en el lenguaje de los derechos humanos. De allí es de donde la Corte IDH extrae su autoridad, y donde ha encontrado su mandato.[59] También se debe recordar el Acta Final de Helsinki, que desde 1975 ha apoyado a los movimientos de derechos humanos de Europa Central y Oriental en su exitosa lucha por la libertad.

Hoy en día, el Tribunal de Estrasburgo puede ayudar a las fuerzas nacionales a través de decisiones relevantes. Esto sigue siendo prometedor, sobre todo porque ninguno de esos estados se ha vuelto totalitario: quedan jueces independientes, grupos de oposición y fuerzas de la sociedad civil.[60] Por lo tanto, el criterio más significativo para evaluar un tribunal de derechos humanos en tal constelación no es el cumplimiento de un gobierno, sino su capacidad de posicionar los derechos humanos como argumentos poderosos en los procedimientos institucionales y debates públicos.[61] La jurisprudencia supranacional puede así promover la autocuración nacional a través de procesos domésticos.[62]

---

58 S. I. Anzola/B. E. Sánchez/R. Urueña, "Después Del Fallo: El Cumplimiento De Las Decisiones Del Sistema Inter-Americano De Derechos Humanos: Una Propuesta De Metodología", *Justicia Global,* 2015, núm. 11, pp. 1-76.

59 Véase A. von Bogdandy, "The Transformative Mandate of the Inter-American System" *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3463059;* para una comparación del sistema europeo e interamericano de protección de los derechos humanos, véase J. Vasel, *Regionaler Menschenrechtsschutz als Emanzipationsprozess,* Berlín, Duncker und Humblot, 2017.

60 Sobre la influencia del TEDH en los acontecimientos en los Estados de Europa del Este, véase las referencias en la nota 47.

61 Véase A. Huneeus, "Constitutional Lawyers, and the Inter-American Court's Varied Authority", *Law and Contemporary Problems,* 2016, núm. 79, pp. 179-207.

62 Respecto a Hungría: P. Sonnevend, "Preserving the Acquis of Transformative Constitutionalism in Times of Constitutional Crisis: Lessons from the Hungarian Case", en von Bogdandy *et al., Transformative Constitutionalism, op. cit.,* nota 57, p. 123 y p. 140 y ss.

Si el Tribunal de Estrasburgo puede hacerlo o no, proporciona un criterio para evaluar su jurisprudencia. Esto se aplica en particular a la jurisprudencia más reciente sobre el estado de emergencia (3.2.2.), el núcleo duro de los derechos fundamentales (3.2.3.), el abuso de derechos (3.2.4.) y el agotamiento de los recursos internos (3.2.5.).

3.2.2. Límites del estado de emergencia

El TEDH ha dibujado líneas rojas en su reciente jurisprudencia sobre el estado de emergencia. El artículo 15 del CEDH permite a los Estados de la Convención suspender ciertos derechos de la Convención en situaciones extremas.[63] En los últimos años, este artículo ha adquirido una importancia considerable debido a las declaraciones de excepción de Ucrania,[64] Francia[65] y Turquía.[66]

El Tribunal es ciertamente cauteloso en esta delicada área y permite a los Estados de la Convención un amplio margen de apreciación al evaluar una situación peligrosa y clasificarla como

63 Sobre esto, véase C. Ashauer, "Die Menschenrechte im Notstand", *Archiv des Völkerrechts* 2007, núm. 45, pp. 400-431.

64 Consejo de Europa, excepción de Ucrania del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Comunicado de prensa del 10 de junio de 2015, *https://www.coe.int/en/web/portal/news-2015/-asset_publisher/9k8wkRrYhB8C/content/ukraine-derogation-from-european-convention-on-human-rights* (última visita 6 diciembre 2019).

65 Consejo de Europa, Francia informa al Secretario General del Artículo 15 Excepción del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Comunicado de prensa de 25 de noviembre de 2015, *https://www.coe.int/en/web/secretary-general/news/-/asset_publisher/EYlBJNjXtA5U/content/france-informs-secretary-general-of-article-15-derogation-of-the-european-convention-on-human-rights* (última visita 6 diciembre 2019).

66 Consejo de Europa, el Secretario General recibe una notificación de Turquía sobre su intención de suspender temporalmente parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Comunicado de prensa de 21 de julio de 2016, *https://www.coe.int/en/web/portal/news-2016/-/asset_publisher/StEVosr24HJ2/content/secretary-general-receives-notification-from-turkey-of-its-intention-to-temporarily-suspend-the-european-convention-on-human-rights* (última visita 6 diciembre 2019).

una emergencia.[67] Sin embargo, ha comenzado a endurecer los requisitos,[68] en respuesta a las críticas.[69] Los Estados de la Convención continúan teniendo un amplio margen de apreciación en la evaluación de estas exigencias, pero el Tribunal ahora realiza una prueba de proporcionalidad cada vez más detallada.[70] Esta prueba toma en cuenta la importancia del derecho derogado de la Convención, la situación general que rodea al estado de emergencia y su duración.[71] En varias ocasiones, el TEDH ha encontrado que el Estado demandado incumplió los requisitos del artículo 15 CEDH, como en *Aksoy v. Turquía,*[72] *A. y otros v. Reino Unido,*[73] *Altan v. Turquía,*[74] y *Alpay v. Turquía.*[75]

El estado actual de emergencia en Turquía plantea grandes desafíos para el TEDH.[76] Por un lado, es cuando Estrasburgo es más necesario para defender la protección de los derechos humanos. Por otro lado, el TEDH corre el riesgo de que no se observen

---

67 Sobre la primera aplicación, véase *Irlanda vs. Reino Unido*, *op. cit*., nota 7, párr. 207. Véase también H. Krieger, Notstand, en Dörr/ Grote/ Marauhn, *op. cit.,* nota 34, p. 417, párr. 12.

68 Véase también Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley (eds.), *Law of the European Convention on Human Rights,* 4a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 821 y ss.

69 Véase p. ej. E. Chrysler, "Brannigan and McBridge v. UK: A New Direction on Article 15 Derogations under the European Convention on Human Rights?", *Revue Belge de Droit International,* 1994, núm. 27, pp. 603-631, en p. 628 y ss.; O. Gross y F. Ní Aoláin, "From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Quarterly,* 2001, núm. 23, pp. 625-649, p. 637 y ss.

70 Para esta evaluación véase Polzin, *op. cit.,* nota 53, p. 643 y ss.

71 TEDH sentencia de 25 de mayo de 1993, *Brannigan y McBride vs. Reino Unido*, 14553/89, párr. 43; TEDH sentencia de 18 de diciembre de 1996, *Aksoy vs. Turquía*, 21987/93, párr. 68.

72 *Aksoy vs. Turquía*, *op. cit*., nota 71.

73 TEDH sentencia de 19 de febrero de 2009, *A y otros vs. Reino Unido*, 3455/05.

74 TEDH sentencia de 20 de marzo de 2018, *Mehmet Hasan Altan vs. Turquía*, 13237/17.

75 TEDH sentencia de 20 de marzo de 2018, *Sahin Alpay vs. Turquía*, 16538/17.

76 Véase Weber, *op. cit.,* nota 31, p. 925 y ss.

sus sentencias o se denuncie la Convención si se basa en un enfoque más progresivo del artículo 15 CEDH e impone restricciones radicales a la discreción de los Estados de la Convención. También corre el riesgo de exponerse a la acusación de hacer política en lugar de realizar una interpretación legal.[77]

El TEDH ha abordado este dilema de la siguiente manera: por un lado, ha ejercido moderación. No hizo ningún comentario general sobre el artículo 15 del CEDH, lo cual fue posible porque el Tribunal Constitucional turco ya había emitido las sentencias correspondientes. Particularmente en los casos de *Altan* y *Alpay*, el Tribunal siguió siendo muy superficial.[78] Por otro lado, el Tribunal de Estrasburgo trazó líneas rojas al definir los límites de la restricción gubernamental a la libertad de expresión: en los casos de *Altan* y *Alpay*, el TEDH examinó por primera vez el artículo 10 del CEDH en el marco de un estado de emergencia. Es cierto que no se ocupó expresamente de los requisitos de las exigencias de la situación en virtud del artículo 15 del CEDH. Sin embargo, las explicaciones apuntan a una interpretación limitada de las restricciones, bajo la cual el derecho a la libertad de expresión de conformidad con el artículo 10 del CEDH solo puede restringirse en casos absolutamente excepcionales.[79]

Además, el TEDH reconoce que las medidas tomadas en un estado de emergencia podrían no solo servir para abordar una amenaza, sino también apuntar a debilitar las estructuras democráticas o incluso abolirlas por completo.[80] El Tribunal subraya la importancia de la libertad de expresión para una democracia en funcionamiento y señala en un *obiter dictum* que un estado de emergencia no debe servir como pretexto para restringir la libertad de debate político. Las medidas de emergencia deben per-

77 *Idem*.

78 *Altan vs. Turquía*, *op. cit*., nota 74, párrs. 140 y 213; *Alpay vs. Turquía*, *op. cit*., nota 75, párrs. 119 y 183. No obstante, *A y otros vs. Reino Unido*, *op. cit*., nota 73, el razonamiento comprendía los párrs. 182-190.

79 *Altan vs. Turquía*, *op. cit*., nota 74, párrs. 206-207; *Alpay vs. Turquía*, *op. cit*., nota 75, párrs. 177-178. Véase también Polzin, *op. cit*., nota 53, p. 667.

80 Polzin, *op. cit*., nota 53, p. 654.

manecer comprometidas con la protección de la democracia.[81] Además, no otorga a los Estados miembros ningún margen de apreciación si se les acusa de violar derechos no derogables mediante asesinatos, torturas o tratos inhumanos.

3.2.3. El núcleo duro de los derechos fundamentales

La jurisprudencia sobre la libertad de expresión también refleja la jurisprudencia sobre el núcleo duro de los derechos fundamentales del TEDH, que define las líneas esenciales de las democracias liberales. El tribunal trata el núcleo duro de los derechos fundamentales de manera diferente desde un punto de vista doctrinal. Si bien su mandato de apoyar la *revolución de los derechos* en Europa ha llevado a una amplia comprensión de la mayoría de los derechos de la Convención, los costos de este enfoque, combinados con una prueba de proporcionalidad de contexto abierto, son bien conocidos y han sido contrarrestados por el concepto de núcleo duro de los derechos fundamentales.[82]

En consecuencia, los derechos de la Convención consisten en varios elementos, algunos de los cuales son más importantes y, por lo tanto, más dignos de protección que otros.[83] Esta diferencia se puede encontrar no solo en la jurisprudencia del TEDH sino también en la Carta Europea de Derechos Fundamentales[84] y en varias constituciones nacionales. Cuando se trata del núcleo duro de los derechos fundamentales, el Tribunal dibuja líneas rojas al prescindir del estilo de argumentación de equilibrio habitual y, en cambio, adopta un razonamiento más categórico.[85]

---

81 *Altan vs. Turquía*, *op. cit*., nota 74, párr. 210; *Alpay vs. Turquía*, *op. cit*., nota 75, p. 180.

82 *Cfr.* J. von Bernstorff, "Kerngehaltsschutz durch den UN-Menschenrechtsausschuss und den EGMR: Vom Wert kategorialer Argumentationsformen", *Der Staat,* 2011, núm. 50, pp. 165-190.

83 I. Leijten, *Core socio-economic rights and the European Court of Human Rights,* Cambridge, Cambridge University Press, 2018, en pp. 2 y 11.

84 Carta Europea de Derechos Fundamentales, artículo 52, párr. 1.

85 von Bernstorff, *op. cit.,* nota 82, p. 172 y ss.

La protección de los derechos fundamentales es particularmente evidente en las prohibiciones de la tortura (artículo 3 del CEDH) y la esclavitud (artículo 4 del CEDH), donde el TEDH prescinde por completo del equilibrio.[86] La prohibición de las matanzas estatales (artículo 2, párrafo 2 del CEDH) también es interpretado a la luz de la protección de los derechos fundamentales, permitiendo solo excepciones limitadas que no pueden ser parte de las evaluaciones de proporcionalidad.[87]

Las formas categóricas de argumentación se vuelven más difíciles en el caso de los derechos humanos que están sujetos a excepciones ampliamente definidas, como los artículos 8 a 11 del CEDH. Pero es precisamente aquí donde la doctrina del núcleo duro de los derechos fundamentales resulta útil. Las expresiones de opinión que critican al gobierno solo se pueden restringir si constituyen una incitación a la violencia.[88] El debate político está altamente protegido por su papel clave en una sociedad democrática.[89] La jurisprudencia orientada al núcleo duro de los derechos fundamentales del TEDH constituye, por lo tanto, un elemento adicional en las líneas rojas que fundamentan el club europeo de las democracias liberales.

3.2.4. El abuso de los derechos

Otro instrumento para proteger lo que es esencial para el club y responder a las crisis en el Estado de derecho democrático es la

[86] Véase, TEDH sentencia de 30 de junio de 2008, *Gäfgen vs. Alemania*, 22978/05, párr. 69.

[87] TEDH sentencia de 27 de septiembre de 1995, *McCann y otros vs. Reino Unido*, 18984/91, párr. 150.

[88] Véase p. ej. TEDH sentencia de 25 de noviembre de 1997, *Zana vs. Turquía*, 18954/91; TEDH sentencia de 8 de julio de 1999, *Sürek y Özdemir vs. Turquía*, 23927/94 y 24277/94.

[89] Según la jurisprudencia del TEDH, la libertad de debate político está en el centro de las sociedades democráticas, según lo previsto por el TEDH, TEDH sentencia de 8 de julio de 1986, *Lingens vs. Austria*, 9815/82, párr. 42; véase S. Hinghofer-Szalkay, "Extreme Meinungen und Meinungsäußerungsfreiheit: Die Schranke des Artikel 17 EMRK", *Journal für Rechtspolitik,* 2012, núm. 20, pp. 106-114.

prohibición del abuso de los derechos. El artículo 18 del CEDH estipula que las restricciones "no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual hayan sido previstas".

Durante mucho tiempo, esta disposición pareció ser irrelevante,[90] y los requisitos para presentar pruebas sobre los motivos de las autoridades estatales eran estrictos;[91] sin embargo, esto cambió en 2004, cuando el TEDH concluyó, por primera vez, que el artículo 18 en relación con el 5 del CEDH había sido violado.[92] Más casos se presentaron, principalmente en relación con países de Europa del Este y el Cáucaso. Las decisiones a menudo se referían a medidas sintomáticas de tendencias autoritarias. Así, los casos *Merabishvili*, *Tymoshenko* y *Lutsenko* se referían al encarcelamiento de destacados políticos de la oposición. Mientras que en *Jafarov* y *Mammadov vs. Azerbaiyán*, los disidentes políticos fueron silenciados a través de medidas de derecho penal.[93]

No obstante, al principio, el Tribunal hizo hincapié en que todavía existía la presunción de que estos Estados parte de la Convención estaban actuando de buena fe, es decir, que en una primera aproximación estaban cumpliendo con el tratado.[94] En términos procesales, esto significaba que el solicitante no solo

---

90 J. A. Frowein, "Artikel 18", en J. A. Frowein/ W. Peukert (eds.), *EMRK-Kommentar,* 3ª. ed., Kehl am Rhein, Engel, 2009, párr. 2; H. Keller y C. Heri, "Selective criminal proceedings and article 18 ECHR: The European Court of Human Rights' untapped potential to protect democracy", *Human Rights Law Journal,* 2016, núm. 36, pp. 1-10 en p. 2 y ss.

91 Sobre la jurisprudencia anterior a Merabishvili (Gran Sala) véase D. Harris *et al.* (eds.), *op. cit.,* nota 68, p. 844.

92 TEDH sentencia de 19 de mayo de 2004, *Gusinskiy vs. Rusia*, 70276/01.

93 TEDH sentencia de 28 de noviembre de 2017, *Merabishvili vs. Georgia*, 72508/13; TEDH sentencia de 30 de abril de 2013, *Tymoshenko vs. Ucrania*, 49872/11; TEDH sentencia de 3 de julio de 2012, *Lutsenko vs. Ucrania*, 6492/11; TEDH sentencia de 17 de marzo de 2016, *Jafarov vs. Azerbaiyán*, 69981/1; TEDH sentencia de 22 de mayo de 2014, *Mammadov vs. Azerbaiyán*, 15172/13; véase también TEDH sentencia de 13 de noviembre de 2007, *Cebotari vs. Moldavia*; ampliamente Keller y Heri *op. cit.,* nota 90, p. 3 y ss.

94 *Mammadov vs. Azerbaiyán*, *op. cit.*, nota 93, párr. 137; *Lutsenko vs. Ucrania*, *op. cit.*, nota 93, párr. 106; TEDH sentencia de 31 de mayo de 2011, *Khodorkowski vs. Rusia*, 5829/04, párr. 255.

tenía que soportar toda la carga de presentar pruebas, sino que el Tribunal también impuso requisitos estrictos,[95] no permitiendo ni la prueba *prima facie*[96] ni la revocación de la carga de presentar pruebas.[97] En vista de las críticas considerables,[98] el Tribunal se volvió más liberal, y en los casos *Lutsenko*, *Tymoshenko* y *Mammadov*, adoptó un enfoque más contextual y ya no exigió pruebas directas de un motivo estatal correspondiente.[99] En el caso *Jafarov*, se tuvo en cuenta la situación general de los activistas de derechos humanos. Así, la evidencia de problemas sistémicos en Azerbaiyán facilitó, así, la determinación de una violación concreta del artículo 18 del CEDH.[100]

La decisión de la Sala en el caso *Mammadov* también desencadenó el primer procedimiento en virtud del artículo 46, párrafo 4 del CEDH. En una decisión reciente que se emitió por unanimidad, la Gran Sala del TEDH, de acuerdo con el Consejo de Ministros, declara que Azerbaiyán no ha cumplimentado la sentencia y por lo tanto violó sus obligaciones contempladas en la Convención.[101] El Tribunal admite que su primer fallo en el caso *Mammadov* fue declarativo y silencioso sobre la cuestión de las medidas individuales adecuadas; sin embargo, la ausencia de una declaración explícita relevante para su ejecución no fue decisiva para la cuestión de si Azerbaiyán había incumplido sus obligaciones en virtud del artículo 46, párrafo 1, del CEDH. En cualquier caso, las medidas tomadas por el acusado deben ser "compatibles con las conclusiones y el espíritu de la sentencia

95 *Lutsenko vs. Ucrania*, *op. cit.*, nota 93, párr. 107; *Khodorkowski vs. Rusia*, *op. cit.*, nota 94, párr. 256; *Cebotari vs. Moldavia*, *op. cit.*, nota 93, párr. 52 y ss.

96 P. ej. TEDH sentencia de 18 de septiembre de 2009, *Varnava y otros vs. Turquía*, 16064/90, párrs. 182-184.

97 *Khodorkowski vs. Rusia*, *op. cit.*, nota 94, párr. 256.

98 F. Tan, "The Dawn of Article 18 ECHR: A Safeguard Against European Rule of Law Backsliding?", *Goettingen Journal of International Law*, 2018, núm. 9, pp. 109-141, p. 127 y ss.; Keller y Heri, *op. cit.*, nota 90, p. 8.

99 *Mammadov vs. Azerbaiyán*, *op. cit.*, nota 93, párr. 137; *Tymoshenko vs. Ucrania*, *op. cit.*, nota 93, párr. 294; *Lutsenko vs. Ucrania*, *op. cit.*, nota 93, párrs. 104 y ss.

100 *Jafarov vs. Azerbaiyán*, *op. cit.*, nota 93, párrs. 104, 159-163.

101 *Mammadov vs. Azerbaiyán*, *op. cit.*, nota 10.

del Tribunal".[102] Con esta decisión, este envía una señal contundente: incluso si un fallo no dice nada sobre los recursos individuales, esto no proporciona defensa para el Estado demandado. Una *restitutio in integrum* en forma de liberación de la custodia no puede rechazarse si se ha dictado una condena con base en el artículo 18 del CEDH y un Estado parte de la Convención ha actuado de mala fe;[103] sin embargo, la sentencia fue objeto de críticas, pues se alegó que el valor agregado de los procedimientos era mínimo, mientras que los riesgos para la legitimidad del Tribunal eran considerables.[104]

El Tribunal dio un paso más en su sentencia en el caso *Merabishvili*,[105] en el que la Gran Sala rompe por completo con los requisitos más estrictos sobre la prueba en virtud del artículo 18 del CEDH, sosteniendo que el "enfoque habitual de la prueba en lugar de reglas especiales puede y debe aplicarse",[106] por tanto, la carga de la prueba ya no es responsabilidad exclusiva de una parte y el Tribunal puede investigar *ex officio*.[107] Este estándar reducido aumenta la relevancia práctica del artículo 18 del CEDH,[108] que además se vio fortalecida porque el Tribunal hizo hincapié en el carácter autónomo de la norma. Aunque dicho artículo solo se vuelve operativo junto con otras disposiciones de la Convención, ahora tiene un significado autónomo en la medida en que prohíbe a los Estados parte de la Convención restringir los

---

102 *Ibidem,* párr. 186 (traducción propia).

103 B. Çalı, "No Going Nuclear in Strasbourg: The Infringement Decision in Ilgar Mammadov v. Azerbaijan by the European Court of Human Rights", *Verfassungsblog,* 2019, disponible en https://verfassungsblog.de/no-going-nuclear-in-strasbourg/ (última visita 3 diciembre 2019).

104 F. de Londras y K. Dzehtsiarou, "Mission Impossible? Addressing Non-Execution through Infringement Proceedings in the European Court of Human Rights", *International & Comparative Law Quarterly,* 2017, núm. 66, pp. 467-490, pp. 486 y ss.

105 *Merabishvili vs. Georgia*, *op. cit*., nota 93. Véase Çalı, Coping with Crisis, *op. cit.,* nota 1, p. 267 y ss.; Tan, *op. cit.,* nota 98, p. 133 y ss.

106 *Merabishvili vs. Georgia*, *op. cit*., nota 93, párr. 310 (traducción propia).

107 *Ibidem,* párr. 311.

108 Véase también Tan, *op. cit.,* nota 98, p. 135.

derechos en ella contenidos para fines contrarios a la misma.[109] Aquí, el criterio del "propósito predominante" de una medida introducida en el caso *Merabishvili* parece ser problemático.[110] Parece como si el Tribunal tolerara propósitos abusivos mientras prevalezca el propósito legítimo de la restricción de derechos.[111]

Presentar su caso, seguirá siendo un desafío para los reclamantes en virtud del artículo 18 CEDH,[112] por ejemplo, en el caso *Navalnyy y Ofitserov*,[113] el TEDH estableció un nuevo requisito con respecto a la aplicación del artículo 18 CEDH: al examinar la violación del artículo 6 del mismo, reconoció que había un vínculo obvio entre las actividades públicas del autor y la decisión del comité de investigación de presentar cargos en su contra;[114] sin embargo, rechazó la queja como inadmisible, argumentando que el artículo 18 del CEDH no puede afirmarse junto con el artículo 6 y el artículo 7 el mismo instrumento.[115] Este desarrollo de la jurisprudencia fue correctamente recibido con desaprobación.[116]

3.2.5. El agotamiento de los recursos internos

Es obvio que las líneas rojas deben dibujarse lo antes posible para que tengan efecto, pero el TEDH también debe respetar su sub-

109 *Merabishvili vs. Georgia*, *op. cit.*, nota 93, párrs. 287-288.

110 *Ibidem,* párr. 353.

111 Para las críticas a este respecto, ver la opinión conjunta de los jueces Yudkivska, Tsotsoria y Vehabović sobre *Merabishvili vs. Georgia*, *op. cit.*, nota 93, párrs. 1, 19, 37; también opinión concurrente del juez Serghides en el mismo asunto párrs. 3, 34; opinión conjunta concurrente de los jueces Sajó, Tsotsoria y Pinto De Albuquerque sobre TEDH sentencia de 21 de junio de 2016, *Tchankotadze vs. Georgia*, 15256/05, párr. 1.

112 Sobre esta jurisprudencia, véase Keller y Heri *op. cit.,* nota 90, p. 6.

113 TEDH sentencia de 23 de febrero de 2016, *Navalnyy y Ofitserov vs. Rusia*, 46632/13.

114 *Ibidem,* párr. 119.

115 *Ibidem,* párr. 129.

116 *Ibidem,* opiniones separadas de los jueces Nicolaou, Keller y Dedov; Keller y Heri *op. cit.,* nota 90, p. 6.

sidiariedad. Según el artículo 35, párrafo 1, del CEDH, el TEDH solo puede tratar un asunto después de que se hayan agotado todos los recursos internos. El dilema correspondiente se puede ver claramente en las reacciones del Tribunal a las represiones turcas que comenzaron en 2016. Después de recibir numerosas quejas contra medidas represivas en el contexto del intento de golpe de Estado, el Tribunal inicialmente decretó tales quejas como inadmisibles en los casos *Mercan*,[117] *Catal*,[118] *Zihni*[119] y *Köksal*.[120] Los demandantes, argumentó el Tribunal, no habían agotado los recursos internos[121] porque las decisiones del Tribunal Constitucional turco aún estaban pendientes. Esto también ha llevado a la crítica.[122]

De acuerdo con su jurisprudencia, el Tribunal puede decidir si el recurso legal a ser presentado es inútil o ineficaz,[123] por tanto, la cuestión dependía de si los tribunales turcos, incluido el Tribunal Constitucional, habían seguido siendo instituciones en funcionamiento. En los casos *Altan*[124] y *Alpay,*[125] el TEDH, de acuerdo con el Tribunal Constitucional turco, determinó que la detención de dos periodistas violaba sus derechos en virtud de los artículos 5 párrafos 1 y 10 del CEDH. En estas circunstancias, y de acuerdo con el principio de subsidiariedad, la postura del TEDH parece plausible, especialmente porque su cooperación con los tribunales nacionales es clave para cumplir su mandato.

---

117 TEDH sentencia de 8 de noviembre de 2016, *Mercan vs. Turquía*, 56511/16.

118 TEDH sentencia de 7 de marzo de 2017, *Catal vs. Turquía*, 2873/17.

119 TEDH sentencia de 29 de noviembre de 2016, *Zihni vs. Turquía*, 59061/16.

120 TEDH sentencia de 6 de junio de 2017, *Köksal vs. Turquía*, 70478/16.

121 Diferente en TEDH sentencia de 31 de julio de 2012, *Er y otros vs. Turquía*, 23016/04, párr. 45 y ss.

122 J. A. Frowein, "Straßburg muss handeln", *Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung,* 3 Marzo 2017.

123 Sobre el agotamiento de los recursos internos ver especialmente TEDH sentencia de 25 de marzo de 2014, *Vučković y otros vs. Serbia*, 17153/11, párr. 69 y ss.

124 *Altan vs. Turquía*, *op. cit*., nota 74.

125 *Alpay vs. Turquía*, *op. cit*., nota 75.

3.2.6. El margen de apreciación

Un club solo puede ser fuerte y vibrante si sus miembros actúan en su espíritu. En consecuencia, los procedimientos y doctrinas que vinculan a los tribunales supranacionales con los tribunales nacionales son clave. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede recurrir al procedimiento prejudicial desarrollado desde *van Gend en Loos*, mientras que la Corte IDH se beneficia del control de convencionalidad introducido en *Almonacid Arellano*.[126] Durante mucho tiempo, el TEDH careció de una herramienta comparable; sin embargo, la doctrina del margen de apreciación ofrece algo al respecto.[127] Podría reajustar el mandato del Tribunal y fundamentar su reclamo de pronunciar la ley "En nombre del club europeo de democracias liberales".

La idea central es que el TEDH ejercerá moderación si la decisión nacional en cuestión considera adecuadamente la jurisprudencia relevante de Estrasburgo. Esto se basa en la doctrina del margen de apreciación,[128] según la cual los Estados parte de la

126 Véase J. H. H. Weiler, "The Transformation of Europe", *Yale Law Journal,* 1991, núm. 100, pp. 2403-2483, pp. 2420 y ss.; E. Ferrer MacGregor, "The Conventionality Control as a Core Mechanism of the Ius Constitutionale Commune", en A. von Bogdandy *et al., Transformative Constitutionalism..., op. cit.,* nota 57, p. 321.

127 También existe el procedimiento de opinión consultiva en virtud del 16º Protocolo Adicional, que, sin embargo, solo ha sido ratificado por 13 Estados (hasta el 19/9/2019).

128 Véase TEDH sentencia de 13 de junio de 1979 (opinión concurrente del juez Fitzmaurice), *Marckx vs. Bélgica*, 6833/74, párr. 27 y ss.; TEDH sentencia de 22 de abril de 2013, *Defensores Internacionales de Animales vs. Reino Unido*, 48876/08, párrs. 102, 123; TEDH sentencia de 19 de febrero de 2013, *X y otros vs. Austria*, 19010/07, párr. 102; para una perspectiva académica R. Bernhardt, "Internationaler Menschenrechtsschutz und nationaler Gestaltungsspielraum", en: R. Bernhardt (ed.), *Festschrift für Hermann Mosler,* Berlín, Springer, 1983, pp. 75-88, en p. 81 y ss.; J. Frowein, "Die Europäische Menschenrechtskonvention in der neueren Praxis der Europäischen Kommission und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte", *Europäische Grundrechte-Zeitschrift,* 1980, pp. 231-237, en p. 237; D. Spielmann, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine; Waiver of Subsidiarity of European Review?", *Cambridge Yearbook of European*

Convención tienen discreción con respecto a la interpretación y aplicación de una norma de la Convención en muchas, aunque de ninguna manera todas las constelaciones de casos. La doctrina se justifica por la subsidiariedad del sistema de la Convención,[129] la mayor legitimidad democrática de las legislaturas de los Estados parte de la Convención[130] y la mayor proximidad de las autoridades nacionales al tema.[131]

La doctrina del margen de apreciación fue de gran interés para los ministros de justicia en la conferencia celebrada en Copenhague. En el primer borrador público de la Declaración de Copenhague de febrero de 2018, el énfasis en la subsidiariedad del TEDH se leía como una crítica sistémica a su jurisprudencia.[132] El tono áspero probablemente desagradó a muchos y obviamente condujo a discusiones fundamentales. Esto se refleja en la Declaración de Copenhague que, finalmente, fue adoptada en abril de 2018 y subraya que un fortalecimiento del principio de subsidiariedad no tiene la intención de restringir la protección europea de los derechos humanos;[133] sin embargo, enfatiza: "Donde se ha llevado a cabo un ejercicio de equilibrio a nivel nacional de conformidad con los criterios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal, este *generalmente* ha indicado que no sustituirá su propia evaluación por la de los tribunales nacionales, a menos que existan *razones sólidas* para

Legal Studies, 2012, núm. 14, pp. 381-418; C. Binder, "The Concept of the Margin of Appreciation", *Journal für Rechtspolitik,* 2015, núm. 23, pp. 56-66; J. Asche, *Die Margin of Appreciation,* Berlín, Springer, 2018.

129 M. Villiger, "The Principle of Subsidiarity in the European Convention on Human Rights", en M. Kohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law,* Leiden, Brill, 2007, pp. 623-637, en p. 632.

130 TEDH sentencia de 1 de julio de 2014, *S.A.S. vs. Francia*, 43835/11, párr. 129; Asche, *op. cit.,* nota 128, p. 44.

131 *Handyside vs. Reino Unido*, *op. cit.*, nota 27, párr. 48; TEDH sentencia de 23 de junio de 1994, *Jacubowski vs. Alemania*, 15088/89, párr. 26 y ss.

132 Véase borrador de la Declaración de Copenhague (5 febrero 2018), párr. 22, *https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/media/dokumenter/nyheder/draft_copenhagen_declaration_05.02.18.pdf* (última visita 5 diciembre 2019).

133 Declaración de Copenhague, *op. cit.,* nota 4, párr. 26 y ss.

hacerlo".[134] Esto enfatiza cómo la doctrina del margen de apreciación exige la responsabilidad de las instituciones nacionales, pero al mismo tiempo conserva la responsabilidad última del TEDH.[135]

Al igual que el procedimiento prejudicial en virtud del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y el control de convencionalidad de la CIDH, el margen de apreciación puede conducir a una cooperación más intensa entre el TEDH y los tribunales nacionales, fortaleciendo así la protección europea de los derechos humanos. En esencia, ofrece a los tribunales nacionales un incentivo para reconocer la jurisprudencia del TEDH como precedentes autorizados para sus decisiones. Dicha doctrina integra profundamente la jurisprudencia del TEDH en los sistemas jurídicos nacionales y, por tanto, aumenta su eficacia. Al hacerlo, fortalece el club de las democracias europeas y contrarresta las críticas de un TEDH excesivamente invasivo. Por supuesto, disminuye el papel de este Tribunal como fuerza impulsora principal en el desarrollo de los derechos humanos; sin embargo, tal corrección de su mandato parece apropiada porque la protección judicial dinámica de los derechos individuales, una rareza en la década de 1970, se ha convertido en algo habitual en la mayoría de los sistemas legales europeos.[136]

Esta doctrina también es prometedora, en vista de la alienación de algunos Estados parte de la Convención, de la jurisprudencia del TEDH. Estos Estados a menudo se refieren a los valores de identidad nacional, diversidad y democracia nacionales. La doctrina del margen de apreciación podría tener en cuenta estos valores y al mismo tiempo proteger lo que es esencial.

---

134 *Ibidem,* párr. 28c (traducción propia; énfasis añadido por los autores).

135 Véase *ibidem,* párr. 10.

136 Véase contribuciones de A. von Bogdandy/ C. Grabenwarter/ P. Huber, C. Behrendt, A. Farahat, K. Tuori, O. Jouanjan, R. Bifulco/ D. Paris, L. Besselink, C. Grabenwarter, P. Tuleja, M. L. Amaral/ R. A. Pereira, G. Biagini, J. L. Requejo Pagés, L. Sólyom, J. Murkens, P. Quint, en A. von Bogdandy/ C. Grabenwarter/ P. Huber (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum,* Karlsruhe, C.F. Müller, 2016, t. 6.

4. ¿El *Bundesverfassungsgericht* y la *Corte Costituzionale* frustran el cumplimiento de este mandato?

Pero ¿qué decisiones del TEDH tienen efectos autoritarios frente a los tribunales nacionales?[137] Hay muchas gradaciones posibles.[138] Un controvertido debate dentro de la red de tribunales constitucionales europeos ha evolucionado sobre este tema clave.

El TEDH siempre ha afirmado que sus decisiones tienen autoridad más allá del caso concreto.[139] Los Estados parte de la Convención reconocen expresamente tal relevancia en la Declaración de Copenhague;[140] sin embargo, el Tribunal ha adoptado recientemente una posición particularmente categórica: "El Tribunal enfatizaría que todas sus sentencias tienen el mismo valor legal. Su naturaleza vinculante y su autoridad interpretativa no pueden, por lo tanto, depender de la formación por la cual fueron dictados".[141] No distingue entre una decisión de un juez único, un comité de tres jueces, una sala de siete jueces o la Gran Sala de diecisiete jueces, ni entre un nuevo desarrollo y una doctrina que se ha consolidado por varias decisiones en diferentes formaciones. Cabe mencionar, además, que la legislación de la Unión Europea respalda esta postura del TEDH;[142] sin embargo, el *Bun-*

137 Sobre el fenómeno general ver la contribución en A. von Bogdandy e I. Venzke (eds.), *International Judicial Lawmaking,* Berlín, Springer, 2012.

138 M. Jacob, *Precedents and Case-based Reasoning in the European Court of Justice,* Cambridge, Cambridge University Press, 2014, en pp. 218 y 219. Para una visión general sobre el funcionamiento de los precedentes, véase M. Payandeh, *Judikative Rechtserzeugung. Theorie, Dogmatik und Methodik der Wirkung von Präjudizien,* Tubinga, Mohr Siebeck, 2017, en p. 11 y ss.

139 *Irlanda vs. Reino Unido*, *op. cit*., nota 7, párr. 154.

140 Véase Declaración de Copenhague, *op. cit.,* nota 4, párr. 26.

141 *G.I.E.M. S.R.L. y otros vs. Italia*, *op. cit*., nota 7, párr. 252 (traducción propia).

142 Véase el considerando 32 del Reglamento Dublín III (Reglamento No. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por nacional de un tercer país o apátrida, DO L 180/31 de 29 de junio de 2013).

desverfassungsgericht alemán y la *Corte Costituzionale* italiana tienen una visión mucho más diferenciada.

4.1. La modulación interna de la autoridad del TEDH

Según ambos tribunales, la autoridad legislativa de Estrasburgo está sujeta a una serie de requisitos previos y límites. La decisión del *Bundesverfassungsgericht* sobre la prohibición de huelga de los funcionarios públicos es histórica en este asunto.[143] Según la decisión, la ley alemana solo puede interpretarse de conformidad con la Convención "si los tribunales alemanes tienen libertad para interpretar y equilibrar dentro del alcance de los métodos reconocidos de interpretación de leyes".[144] Los tribunales alemanes no pueden "alinear esquemáticamente"[145] conceptos constitucionales individuales, sino que deben integrar la CEDH "con el mayor cuidado posible en el sistema jurídico nacional existente y doctrinalmente diferenciado"[146] por medio de un "proceso activo (de reconocimiento)".[147] Los casos en los que la República Federal de Alemania no era parte, deben considerarse de manera sensible al contexto.[148] Además, no todas las decisiones de Es-

[143] Sobre este juicio, véase p. ej. J. Polakiewicz/I. Suominen-Picht, "Aktuelle Herausforderungen für Europarat und EMRK: Die Erklärung von Kopenhagen (April 2018), das Spannungsverhältnis zwischen EMRK und nationalen Verfassungen und die Beteiligung der EU an dem europäischen Menschenrechtskontrollmechanismus", *Europäische Grundrechte-Zeitschrift,* 2018, pp. 383-390, en p. 385 y ss.; M. Jacobs y M. Payandeh, "Das beamtenrechtliche Streikverbot: Konventionsrechtliche Immunisierung durch verfassungsgerichtliche Petrifizierung", *Juristenzeitung,* 2019, núm. 74, pp. 19-26.

[144] Corte Constitucional Federal Alemana, *op. cit.,* nota 3, párr. 133 (traducción propia).

[145] *Ibidem*, párr. 131 (traducción propia).

[146] *Ibidem,* párr 135 con referencia a las decisiones BVerfGE 111, 307, 327 y BVerfGE 128, 326, 371 (traducción propia).

[147] *Ibidem*, párr. 131 (traducción propia).

[148] *Ibidem*, párr. 132; A.-B. Kaiser, "Streikrecht für Beamte – Folge einer Fehlrezeption?", *Archiv des öffentlichen Rechts,* 2017, núm. 142(3), pp. 417-441, en p. 432 y ss.

trasburgo tienen autoridad para los tribunales alemanes. Por el contrario, tienen que "identificar declaraciones sobre los *valores principales* consagrados en la Convención y abordarlas", pero no más.[149] Esto está muy alejado de la autoridad precedente que el *Bundesverfassungsgericht* asigna a sus propias decisiones.[150]

Se pueden encontrar límites similares en la jurisprudencia más reciente de la *Corte Costituzionale*. En 2015, decidió que los tribunales ordinarios solo tendrían que observar la jurisprudencia de Estrasburgo si Italia hubiera sido parte en la demanda o si la jurisprudencia estaba "consolidada" o consistía en sentencias piloto, ya que, generalmente, solo estas son vinculantes.[151] La interpretación conforme a la Constitución debe tener prioridad sobre las interpretaciones conforme a la Convención, y no hay obligación de iniciar un procedimiento de revisión judicial ante el Tribunal Constitucional.

Por esta jurisprudencia, la *Corte Costituzionale* ha sido objeto de muchas críticas por parte de los académicos[152] y del propio TEDH.[153] Si los tribunales italianos ahora deciden qué es la "ley consolidada", esto podría tener efectos negativos en el cumplimiento italiano de la CEDH e incluso sobre la seguridad jurídica internacional.[154] Si todos los tribunales, y no solo la *Corte Costituzionale*, pueden pronunciarse sobre la autoridad de

---

149 Corte Constitucional Federal Alemana, *op. cit.,* nota 3, párr. 132 (traducción propia; énfasis añadido por los autores).

150 Extensivamente Payandeh, *op. cit.,* nota 138, p. 373 y ss.

151 Decision No. 49 de 26 marzo 2015, párr. 7. Sobre esta decision véase D. Paris y K. Oellers-Frahm, "Zwei weitere völkerrechts„unfreundliche" Entscheidungen des italienischen Verfassungsgerichtshofs aus dem Jahr 2015 (Nr. 49 und 50). Zur Frage der Maßgeblichkeit der Rechtsprechung des EGMR", *Europäische Grundrechte-Zeitschrift,* 2016, pp. 245-252, en p. 247 y ss.; F. Viganò, "La Consulta e la tela di Penelope", *Diritto Penale Contemporáneo,* 2015, núm. 49, pp. 333-343.

152 M. Bignami, "Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente", *Diritto Penale Contemporaneo,* 2015, núm. 49, pp. 288-302.

153 *G.I.E.M. S.R.L. y otros vs. Italia*, *op. cit.*, nota 7, párr. 252; véase también la opinión concurrente del juez Pinto de Albuquerque, párr. 57 y ss.

154 Paris y Oellers-Frahm, *op. cit.,* nota 151, p. 249.

la jurisprudencia de Estrasburgo, los tribunales ordinarios podrían estar sobrecargados,[155] ya que los jueces de los tribunales inferiores apenas poseen el conocimiento suficiente sobre la jurisprudencia del TEDH. Finalmente, el Tribunal Constitucional amenaza con retirarse del diálogo entre el TEDH y los tribunales nacionales.

El *Bundesverfassungsgericht* no hace tal distinción. Hasta ahora, se ha ocupado de las decisiones relevantes de Estrasburgo, independientemente de si fueron emitidas por la Gran Sala o solo por una Sala;[156] sin embargo, su jurisprudencia, que solo obliga a los tribunales alemanes a pronunciarse sobre los *valores principales* de la Convención, lleva a una modulación similar de la autoridad de la jurisprudencia de Estrasburgo.

4.2. Legitimidad a través de control

A primera vista, la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale* y del *Bundesverfassungsgericht* no parece ser muy favorable a la Convención. No se puede negar que representa un riesgo considerable para el cumplimiento de la CEDH y la jurisprudencia de Estrasburgo.[157] Después de todo, las críticas y el rechazo de sus sentencias pueden dañar la autoridad del TEDH; sin embargo, al mismo tiempo, también brinda la oportunidad de compartir la carga de la legitimidad.

El TEDH tiene el mandato democrático de no solo resolver una disputa para las partes, sino también de promover la democracia liberal "En nombre del club europeo de las democracias

155 D. Tega, "La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: 'il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU'", *Quaderni Costituzionali,* 2015, pp. 400-405, en p. 404.

156 P. ej. Corte Constitucional Federal Alemana, *op. cit.,* nota 3, párr. 163 y ss.

157 Véase, por ejemplo, el reciclaje problemático de decisiones críticas del TEDH de Alemania e Italia por parte del Tribunal Constitucional ruso (Decisión de 14 de julio de 2015, N ° 21-P), con respecto a esta decisión: M. Hartwig, „Vom Dialog zum Disput? Verfassungsrecht vs. Europäische Menschenrechtskonvention - Der Fall der Russländischen Föderation", *Europäische Grundrechte-Zeitschrift,* 2017, pp. 1-23, p. 8 y ss.

liberales"; sin embargo, la legitimidad democrática de sus decisiones es a menudo débil, especialmente cuando el Tribunal utiliza normas abiertas de derechos humanos para juzgar cuestiones domésticas controvertidas o complejas en términos generales. La apertura de los sistemas legales nacionales, impone una enorme carga en términos de legitimidad democrática no solo a las disposiciones abstractas del CEDH sino también a los juicios del TEDH.

En este contexto, el debilitamiento de la autoridad del TEDH a través del *backlash* de la jurisprudencia nacional resulta ser un posible activo legítimo que respalda el cumplimiento de su mandato. Si los tribunales nacionales no están estrictamente vinculados a los precedentes de Estrasburgo, contribuyen con su propia legitimidad democrática cuando se refieren a las decisiones del TEDH.[158] Además, un diálogo genuino con el TEDH, que todas las partes consideran indispensable, solo puede desarrollarse si los tribunales nacionales pueden ejercer control sobre la jurisprudencia que eligen respetar. Al recibir y discutir las decisiones de Estrasburgo, los tribunales nacionales ayudan a la legitimidad del TEDH.

Por supuesto, este mecanismo solo funciona si todas las instituciones involucradas son conscientes de su responsabilidad compartida por el sistema europeo de derechos humanos y se entienden a sí mismos como buenos miembros del club. En su diálogo con el TEDH, todos los tribunales de los Estados parte de la Convención deben continuar manifestando su apoyo, basado en sus principios, al sistema de la Convención. Esto no significa que siempre deben dar su consentimiento incondicional a la legislación de Estrasburgo, pero sí deben actuar como miembros leales del club de las democracias europeas, en cuyo nombre el TEDH está cumpliendo un mandato muy difícil.

158 Sobre la función legitimadora de los más altos tribunales nacionales, véase A. von Bogdandy/ C. Grabenwarter/ P. Huber, „Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum", en von Bogdandy/Grabenwarter/Huber (eds.), *Ius Publicum Europaeum, op. cit.,* nota 136, § 95, párrs. 15 y 17.

Parte III
Derecho comparado y derecho internacional

La construcción de la autoridad judicial: una comparación entre la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional Federal alemán*

Armin von Bogdandy
*Davide Paris***

1. La idea de la "fuerza en la debilidad"

"Esto no nos lo imaginábamos", fueron las palabras del primer canciller federal de Alemania Occidental, Konrad Adenauer, al observar los años iniciales de funcionamiento del Tribunal Constitucional Federal alemán.[1] Estas palabras expresan sucintamente un rasgo peculiar de la Corte Constitucional alemana: una confrontación directa con el poder político constituyó un aspecto crucial en la formación de su autoridad. Mediante esta confrontación, la Corte logró una brillante victoria que le permitió emerger como un contrapeso a la mayoría gobernante. Entre 1952 y 1953, dos eventos marcaron esta confrontación de una manera

* Este texto fue publicado en *Revista Derecho del Estado,* Universidad Externado de Colombia, núm. 43, mayo-agosto de 2019.

** Profesor Adjunto en Derecho Constitucional en la Universidad de Foggia (IT)

1 El original establece: "Dat ham wir uns so nich vorjestellt". Véase Schönberger, C., "Anmerkungen zu Karlsruhe", en Schönberger, C. *et al., Das entgrenzte Gericht*, Berlín, Suhrkamp, 2011, p. 26.

particular.[2] En primer lugar, en la batalla por el rearme de Alemania, la Corte se convirtió en el centro de atención en relación con el interrogante, principalmente político, de si la ratificación del Tratado de la Comunidad Europea de Defensa requería una enmienda constitucional previa. El Tribunal pudo resistir la presión política de la mayoría gobernante y la oposición. Las dos partes tuvieron que aceptar a grandes costos que el Tribunal Constitucional no podía ser utilizado con fines políticos. En segundo lugar, en la "batalla por el estatus", el Tribunal Constitucional consiguió acabar con la dependencia administrativa y la supervisión del Ministerio de Justicia: se le reconoció como un órgano constitucional, junto con el presidente federal, el *Bundestag*, el Gobierno federal y el *Bundesrat*.[3]

Las cosas fueron diferentes en Italia. El fallo fundacional 1/1956 —el *Marbury vs. Madison* italiano—[4] no constituyó un desafío directo al poder político: el momento de la confrontación directa con el poder político vendría hasta unos 40 años después. Después de todo, la sentencia 1/1956 anuló una ley fascista que limitaba la libertad de expresión. La mayoría gobernante en ese momento estaba probablemente muy complacida de poder continuar aprovechándose silenciosamente de esta y otras leyes represivas similares; sin embargo, ciertamente no se habría levantado para defender abiertamente una disposición fascista iliberal. Por el contrario, la referida sentencia 1/1956 fue un desafío directo a la autoridad de la Corte Suprema. Por un lado, la Corte Constitucional consideró inconstitucional una ley que la Corte Suprema había validado previamente en virtud de la Constitución, dando razón a los tribunales inferiores "rebeldes" y, por el otro, eliminó las dos doctrinas centrales sobre el control de constitucionalidad

2 *Ibidem,* pp. 21 y ss.

3 Para un recuento histórico de estas dos confrontaciones fundacionales véase Wesel, U., *Der Gang nach Karlsruhe. Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik*, Múnich, Karl Blessing, 2004, pp. 54-82. En inglés: Collings, J., *Democracy's Guardians. A History of the German Federal Constitutional Court 1951-2001,* Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 9-28.

4 Barsotti, V. *et al., Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 30 (pero véase también la p. 236).

que la Corte Suprema había desarrollado en años anteriores. Primero, la Corte Constitucional rechazó la doctrina de que la legislación preconstitucional se escapa de su jurisdicción, afirmando que todas las leyes están sujetas a su control, sin importar si se han promulgado antes o después de la Constitución. En segundo lugar, refutó la distinción entre normas prescriptivas y normas programáticas, haciendo hincapié en que ambas pueden servir como criterio para el control de constitucionalidad.

No obstante, los mecanismos de creación de autoridad utilizados por el Tribunal Constitucional alemán y la Corte Constitucional italiana no solo difieren en relación con sus respectivos contendientes principales —los más altos poderes políticos o judiciales—,[5] sino que también difieren en relación con el resultado. No hay duda de que, al emitir la sentencia 1/1956, la Corte Constitucional italiana obtuvo un puntaje en la confrontación con la Corte Suprema, pero menos de diez años después, en la llamada "primera guerra de las cortes", la Corte Constitucional no pudo obtener otra victoria sobre la Corte Suprema. El intento de la Corte Constitucional de hacer su propia interpretación de la ley para que fuese aceptada por la Corte Suprema se encontraba en juego. Al final, este intento no tuvo éxito y la Corte Constitucional se vio obligada a dar marcha atrás, justificando este resultado con la nueva doctrina del "derecho viviente".[6] De esto se deriva que la Corte Constitucional italiana deba revisar las leyes según la interpretación de la Corte Suprema y no pueda reemplazar esa interpretación con la suya.

En esa ocasión, la Corte Constitucional italiana experimentó su propia debilidad en su máxima expresión: a diferencia de otros

[5] Para estar seguros, la Corte Constitucional alemana también tuvo que encarar una fuerte confrontación con la Corte Suprema en los primeros años de su existencia, en particular en la batalla en el *Stellungnahmeverfahren*. Véase Farahat, A., "Das Bundesverfassungsgericht", en Bogdandy, A.; Grabenwarter, C. y Huber, P. M. (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum,* t. VI: *Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen,* Heidelberg, Müller, 2016, p. 92. Sin embargo, para la identidad de la Corte, esto no parece haber tenido el mismo significado fundamental que tiene la confrontación con el poder político.

[6] Véase sentencias 11/1965 y 52/1965, así como también las sentencias 127/1966 y 49/1970.

tribunales constitucionales, esta tiene que compartir y negociar su autoridad con los tribunales ordinarios, en los cuales tanto su actividad como su eficacia son condicionales. De hecho, el poder más importante de la Corte, el control concreto de constitucionalidad de las leyes, depende de la disposición de los tribunales ordinarios a referirle los asuntos de constitucionalidad. Del mismo modo, el éxito de muchas decisiones de la Corte Constitucional depende de su aceptación por parte de los tribunales ordinarios (incluidos los administrativos).

Ahora bien, lo que parece ser la principal debilidad de la Corte Constitucional italiana, si se compara con su homólogo alemán, es quizá su característica más notable en una perspectiva comparativa: su debilidad institucional, que la llevó a establecer una cooperación eficaz con los tribunales ordinarios. Esta "relación interjudicial" puede considerarse la fuerza más característica del sistema italiano de control constitucional, como ilustra el libro de Vittoria Barsotti, Paolo Carozza, Marta Cartabia y Andrea Simoncini.[7]

El lema "El poder se perfecciona en la debilidad"[8] captura esta característica esencial de la Corte Constitucional italiana; no obstante, la lógica del poder que se perfecciona en la debilidad va más allá de la relación con los tribunales ordinarios. En las siguientes secciones tratamos de proporcionar una lectura de la Corte Constitucional italiana de acuerdo con el problema de la debilidad que se convierte en fortaleza.

En relación con el tema del acceso a la Corte, esta pudo superar algunos límites propios de su regulación constitucional de tal manera que ahora es cuestionable si una enmienda constitu-

7 Barsotti, V. *et al.*, *Italian Constitutional Justice in Global Context...*, *cit.*, p. 236.

8 Segunda Carta a los Corintios, 12:9. Es probable que los lectores familiarizados con las epístolas paulinas objeten nuestro uso de las palabras de San Pablo en este capítulo porque el significado de las mismas en el contexto original claramente difiere del que les atribuimos aquí. Sin embargo, decidimos adoptar esta fórmula por su capacidad de transmitir como ninguna otra un concepto claro sobre la relación entre la debilidad y el poder de una manera muy sucinta. Pero la analogía no va más allá de esto y cualquier otra comparación con el texto original excede la voluntad de los autores.

cional sigue siendo deseable (2.). El estilo de razonamiento de la Corte, bastante minimalista, y su posición general de bajo perfil en la opinión pública parece, a primera vista, ser una debilidad; sin embargo, podría en realidad no serlo, comoquiera también trae consigo ciertas ventajas (3.). La debilidad del contexto político en el que opera la Corte y, en particular, la falta de respuesta del legislador, podría haber sido un obstáculo para el poder de la Corte, pero a fin de cuentas, esta circunstancia presionó a la Corte para que se volviera más activista y superara el papel de un "legislador negativo" (4.). Finalmente, la dinámica del "poder en la debilidad" también se puede aplicar a la interacción con los tribunales europeos: a pesar de varias limitaciones, la Corte pudo ganar un papel importante en el ordenamiento jurídico europeo (5.).

A lo largo del presente capítulo, el Tribunal Constitucional alemán servirá frecuentemente como la principal referencia comparativa. Si bien comparte con la Corte Constitucional italiana el estatus de ser uno de los tribunales constitucionales más antiguos de Europa, además de tener antecedentes históricos similares (ambos se establecieron como instituciones posautoritarias), el Tribunal Constitucional alemán parece representar un modelo muy diferente, si no opuesto, tanto en la forma en que consolida su autoridad como en sus relaciones con otras autoridades, en el nivel nacional y en el europeo.[9] Por tanto, la comparación mediante un enfoque de contraste ayudará a comprender mejor la esencia del modelo italiano.

Esta contribución resalta la forma extraordinaria en que la Corte Constitucional italiana construyó su autoridad sobre una base jurídica débil, que es particularmente visible cuando se compara con la contraparte alemana; sin embargo, esto no pretende consolidar una defensa acrítica de la Corte: nuestro propósito es enfatizar algunas características. Además, no hay que olvidar que el camino para pasar de la debilidad a la fuerza puede invertirse.

[9] De esta manera, este documento responde a la sugerencia de Marta Cartabia de avanzar hacia "una nueva taxonomía de los tribunales constitucionales [...] elaborada sobre la base de su actitud general hacia otros actores". Véase Cartabia, M., "Of Bridges and Walls: The "Italian Style" of Constitutional Adjudication", *Italian Journal of Public Law,* 2016, p. 43.

Este es un escenario realista incluso en Europa, como nos lo ha enseñado el Tribunal Constitucional de Hungría.[10]

2. Acceso limitado

La ausencia de un recurso de amparo constitucional ante la Corte Constitucional italiana constituye su debilidad más evidente: condiciona la autoridad de la Corte a la cooperación de los tribunales ordinarios. Esta cooperación forzada puede ser difícil de comprender para un académico de derecho constitucional alemán. En Alemania, el concepto de "diálogo judicial" se refiere a la interacción del Tribunal Constitucional con los tribunales europeos y no, como en Italia, también a la relación con los tribunales ordinarios.

Desde su importante sentencia en el caso *Lüth,*[11] el Tribunal Constitucional alemán no coopera, en principio, con los tribunales ordinarios, sino que los corrige. Esta es una decisión consciente. El procedimiento de control concreto de constitucionalidad (*konkrete Normenkontrolle,* previsto en el art. 100, párr. 1 de la Ley Fundamental) es muy similar al método incidental de control de constitucionalidad italiano; sin embargo, el Tribunal Constitucional alemán estableció un estándar tan alto y complejo para el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad que terminó por desalentar a todos los tribunales respecto de su utilización.[12] La lógica subyacente revela que este tribunal quiere estar en la cima del sistema judicial. El recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) es, ante todo, un recurso contra una sentencia (*Urteilsbeschwerde*) mediante el cual el Tribunal Constitucional revisa si los tribunales ordinarios, al aplicar la

[10] Véase Sólyom, L., "Das ungarische Verfassungsgericht", en Bogdandy, A; Grabenwarter, C. y Huber, P. M. (eds.), *op. cit.,* t. VI, pp. 639 y ss.

[11] Fallo del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfGE 7, 198), de 15 de enero de 1958.

[12] Véase Luther, J. *Die italienische Verfassungsgerichtsbarkeit,* Baden-Baden, Nomos, 1990, pp. 82 y ss., que destaca la interpretación más flexible de los requisitos para plantear una cuestión de constitucionalidad en Italia que en Alemania.

ley, vulneraron los derechos fundamentales garantizados por la Constitución.[13] Además, no existe ninguna ventaja para que los tribunales que se rebelen no apliquen la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán: esto podría llevar a una de las salas de este último a anular rápidamente la decisión por arbitrariedad, algo que casi ningún juez está dispuesto a tener dentro de su historial.

Es importante aclarar que esto no significa que la mayoría de sentencias de los tribunales ordinarios sean anuladas. El Tribunal Constitucional alemán solo anula un pequeño porcentaje de las decisiones de los tribunales ordinarios,[14] aunque es la actitud general hacia ellos (corrección *vs.* cooperación) lo que ilustra la diferencia entre ambos niveles jurisdiccionales. Mientras que la Corte Constitucional italiana se dirige esencialmente a los tribunales remitentes, el principal destinatario de las sentencias de su equivalente alemán es el individuo. El primero protege los derechos del individuo *junto a los tribunales ordinarios*; el otro, por su parte, los protege *de los tribunales* (entre otros). La proverbial expresión alemana "ir a Karlsruhe*" (der Gang nach Karlsruhe),*[15] que significa presentar el caso ante el Tribunal Constitucional alemán para encontrar justicia, enfoca esta postura hacia el individuo en la justicia constitucional alemana.

Elisabetta Lamarque ha mostrado cómo la Corte Constitucional italiana pudo convertir esta aparente debilidad en una oportunidad para una relación de cooperación con los tribunales ordinarios.[16] De igual modo, demuestra cómo logró subsanar las

---

13 De acuerdo con *Annual Statistics 2017* (disponible en inglés, *www.bundesverfassungsgericht.de*), 5 231 de 5 456 recursos de amparo conocidos por la Corte en 2017 estuvieron dirigidos en contra de una decisión judicial (95.88%).

14 Véase Jestaedt, M., "Verfassungsrecht und einfaches Recht. Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit", en *Das Deutsche Verwaltungsblatt,* 2001, pp. 1311 y 1312; y Jestaedt, M., "Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist", en Schönberger, C. *et al., op. cit*., p. 94.

15 Wesel, U., *op. cit*.

16 Lamarque, E., "Direct Constitutional Complaint", en Barsotti, V. *et al.* (eds.), *Dialogues on Italian Constitutional Justice. A Comparative Perspective, Routledge, forthcoming 2020*.

deficiencias del acceso limitado a la Corte y llenar las lagunas más evidentes en la protección judicial, sin la necesidad de una reforma constitucional.

Además de definir la relación con los tribunales ordinarios como de cooperación y no de corrección, la falta del recurso de amparo también otorga a la Corte Constitucional italiana uno de sus rasgos más característicos: su colegialidad. El hecho de que "la Corte Constitucional" actúe siempre en conjunto, como un todo, y que involucre a todos los jueces de manera equitativa y completa en cada caso, ayuda a fortalecer su legitimidad, la consistencia de su jurisprudencia y la naturaleza deliberativa e inclusiva de su práctica judicial. Sin embargo, esto solo es posible porque la Corte conoce algunos cientos de referencias anualmente. El mismo nivel de colegialidad sería imposible para el Tribunal Constitucional alemán, que se ocupa de aproximadamente 6 000 recursos de amparo por año.[17]

En resumen, el hecho de que la Corte Constitucional italiana construyera su autoridad sobre una competencia débil lleva al punto de que la conveniencia de una reforma constitucional que introduce el recurso de amparo puede hoy en día verse seriamente cuestionada, como lo hacen Elisabetta Lamarque y Víctor Ferreres Comella, siguiendo la opinión de Roberto Romboli.[18] El beneficio esperado (una protección más amplia de los derechos individuales) podría no equilibrar las pérdidas determinadas (la colegialidad y la relación de cooperación con los tribunales ordinarios).

A pesar de ello, es importante tener en cuenta que las restricciones en el acceso a la Corte Constitucional italiana no se limitan a la falta de un procedimiento para el recurso de amparo. La Constitución incluso prevé el control abstracto de la legislación de una manera bastante estricta, ya que las minorías parlamentarias no pueden presentar una demanda de constitucionalidad ante la Corte. El control abstracto se limita a las controversias

17 En 2017 se presentaron ante la Corte 5 784 nuevos recursos de amparo. Véase *Annual Statistics 2017*, *op. cit*.

18 Lamarque, E., *op. cit*., y Ferreres Comella, V., *The Potential Virtues and Risks of Abstract Constitutional Challenghes and Individual Complaints: Some Reflections From Spain* en Barsotti, V. *et al.* (eds.), *Dialogues on Italian Constitutional Justice..., cit*.

entre el Estado y las regiones. Al parecer, esta limitación se debió a una intervención del entonces jefe de Gobierno, Alcide De Gasperi,[19] quien, al parecer, no quería que la Corte Constitucional italiana se convirtiera en un contrapeso directo al Gobierno y su mayoría.[20] De esta manera, el control abstracto de la legislación debe, en principio, referirse principalmente a la distribución del poder legislativo entre el Estado y las regiones y no interferir con los principales asuntos políticos.

Víctor Ferreres Comella ha expuesto buenos argumentos para permitir que las minorías parlamentarias puedan suscitar un control abstracto de las leyes,[21] pero incluso en este caso, al considerar cómo es que la Corte consiguió manejar sus propios límites, uno podría seriamente dudar que la ausencia de un recurso directo de las minorías parlamentarias constituya una debilidad —o una fortaleza— de la Corte.

Habilitar el recurso de constitucionalidad abstracto a las minorías parlamentarias tiene un precio. Cuando una minoría parlamentaria impugna una ley, el Tribunal Constitucional es objeto de la mayor presión política, porque su decisión, cualquiera que sea, puede llegar a ser fácilmente criticada, al considerarse sesgada políticamente por el partido que perdió el caso. Esto plantea una grave amenaza para la legitimidad del Tribunal Constitucional, especialmente cuando se permiten votos disidentes. Por tanto, si un sistema de control de constitucionalidad incidental que funcione adecuadamente asegura que las leyes impugnadas pueden llegar a la Corte a pesar de la falta de recurso parlamentario, podría pensarse que tal vez no sea tan perjudicial no permitir que las minorías parlamentarias desafíen directamente las leyes, especialmente en un contexto político altamente fragmentado que carece de una cultura constitucional compartida, como hoy en día sucede en Italia. En resumen, parece que incluso en el

19 Véase Lamarque, E., *op. cit*.

20 Sin embargo, esto no niega que la existencia misma de la Corte Constitucional se deba al partido democristiano (del cual De Gasperi fue el líder indiscutible), que apoyó la creación de una corte constitucional con una fuerte convicción desde el inicio, superando el escepticismo de los partidos socialista y comunista.

21 Véase Ferreres Comella, V., *op. cit*.

caso de un control abstracto de constitucionalidad de las leyes, una debilidad aparente (y planificada) de la Corte ha demostrado no ser una debilidad crítica sino, antes bien, un escudo para su legitimidad y su autoridad.

3. Bajo perfil

La autoridad de un tribunal no solo depende del contenido de sus decisiones, sino también de la forma en que llega a estas y las dirige a su audiencia. Las opiniones grandilocuentes al final de un proceso inclusivo, que ha sido seguido públicamente, ciertamente contribuyen a consolidar la autoridad y el prestigio de un tribunal, tanto a nivel nacional como internacional. Después de todo, la jurisprudencia de un tribunal constitucional puede considerarse como la mejor introducción a la cultura jurídica de una nación, debido a que se espera que la doctrina más sofisticada de un orden jurídico sea producida por el más alto tribunal. Desde esta perspectiva, los votos particulares pueden servir como una herramienta importante para fomentar la autoridad de la Corte. Las opiniones separadas —como destaca Diletta Tega— pueden ayudar a producir un razonamiento más claro, coherente y transparente, que a su vez simplifica el diálogo con otros actores institucionales y con la sociedad.[22] Lo mismo aplica respecto al compromiso directo con la academia jurídica: al citar opiniones académicas en sus decisiones, un tribunal constitucional demuestra que es consciente del debate académico y que, incluso, podría involucrarse con las voces críticas de su cultura jurídica que, en última instancia, puede fortalecer la legitimidad de la propia institución.[23] Tal vez no sea una coincidencia que los jue-

[22] Véase Tega, D., "Collegiality Over Personality: The Refusal of Separate Opinions in Italy", en Barsotti, V. *et al.* (eds.), *Dialogues on Italian Constitutional Justice..., cit*. Una opinión separada es el razonamiento de un juez que en una sentencia se expone de forma distinta de aquel proveniente de otros jueces, y que puede estar o no de acuerdo con la opinión de la mayoría de los mismos. Las sentencias de las altas cortes británicas y estadounidenses suelen estar estructuradas con opiniones separadas.

[23] Véase Passaglia, P., "Je t'aime... moi non plus: Some Considerations on (and Impressions of) the Relationships between Constitutional Justice and Le-

ces de los dos tribunales con mayor autoridad en ambos lados del Atlántico (la Corte Suprema de Estados Unidos y el Tribunal Constitucional de Alemania) escriban opiniones separadas y se comprometan explícitamente con la academia jurídica.[24]

Desde esta perspectiva, la Corte Constitucional italiana no brilla a primera vista. Ni las opiniones disidentes ni las citas directas de académicos jurídicos están a su disposición o, al menos, la Corte aún no ha recurrido a ninguna de ellas. Además, los procedimientos ante este órgano judicial son bastante cerrados en lo que respecta a las intervenciones de terceros y de *amici curiae*. Esto se debe por una parte a las normas procesales que rigen los litigios constitucionales y, por otra, a la propia voluntad de la Corte.[25] En principio, esto tiende a aislar a la Corte del debate público y limita su arraigo en la sociedad.

Después de todo, no debería sorprender que los mismos nombres de los jueces de la Corte Constitucional, incluido su presidente, sean esencialmente desconocidos para el público. Desde esta perspectiva, no podría haber mayor contraste con Estados Unidos, en donde la condición de salud de un solo juez puede convertirse en una de las principales noticias en los medios de comunicación y reunir el interés de los ciudadanos comunes.[26] La visibilidad pública del Tribunal Constitucional también es mucho mayor en Alemania que en Italia. Una persona que sale de la estación de tren de Karlsruhe y que se dirige al Tribunal Constitucional no necesita dar instrucciones a un conductor de taxi,

---

gal Scholarship", en Barsotti, V. *et al.* (eds.), *Dialogues on Italian Constitutional Justice..., cit.*

24 Sobre el vínculo entre la falta de opiniones separadas y la cita de la literatura jurídica, véase *ibidem.*

25 Véase Groppi, T. y Lecis Cocco Ortu, A. M., "Openness and Transparency in Constitutional Adjudication: *Amici Curiae,* Third-Party Intervention, and Fact-Finding Powers", en Barsotti, V. *et al.* (eds.), *Dialogues on Italian Constitutional Justice..., cit.*

26 Véase, por ejemplo, los títulos de algunos artículos en los principales periódicos de Estados Unidos sobre el 8 de noviembre de 2018: "Justice Ruth Bader Ginsburg Hospitalized With 3 Broken Ribs" *(The New York Times)*; "Supreme Court Justice Ruth Bader Ginsburg Hospitalized with Fractured Ribs" *(The Washington Post)*; "Justice Ruth Bader Ginsburg Is Hospitalized After Fall" *(The Wall Street Journal).*

pero no ocurre lo mismo con una persona que sale de la estación de Roma Termini y que se dirige a la Corte Constitucional. Es un asunto que no depende solamente de la diferencia en el tamaño de las dos ciudades.

Aun así, no se debe ignorar la otra cara de la moneda subestimando las ventajas de un poder menos visible. Que sea desconocida por el público ciertamente no contribuye a la legitimidad de la Corte y, con todo, el "ego judicial" puede resultar igualmente nocivo, incluso aún más. La imposibilidad de emitir un voto disidente seguramente restringe la libertad de expresión de un juez y dificulta que este se convierta en un personaje público; no obstante, protege a todos los jueces y —lo que es más importante— a la Corte en su conjunto de las acusaciones relacionadas con prejuicios políticos. De este modo se garantiza su independencia. Ocultando las personalidades individuales, la colegialidad fortalece a la Corte anónima. En su famosa disidencia en el caso *Obergefell*, el juez Scalia cuestionó la legitimidad de la decisión de la Corte Suprema con estas importantes palabras: "Esta sentencia establece que [...] quien gobierna a los 320 millones de estadounidenses de costa a costa es *la mayoría de los nueve jueces de la Corte Suprema*"[27] (cursivas añadidas). Esta objeción, sin embargo, pierde parte de su fuerza en un sistema jurídico como el italiano, en el que "la justicia constitucional es una función desempeñada por un organismo y no por quince personas".[28]

No citar a los académicos jurídicos también tiene algunas ventajas. Como sugiere Paolo Passaglia, la fuerza de una decisión puede ponerse en peligro si las referencias que se hacen a la doctrina jurídica son incompletas o imprecisas.[29] Además, al adoptar la opinión jurídica de un determinado profesor de derecho, no solo se expone al Tribunal al riesgo de ser criticado por elegir una opinión en particular sobre otra, sino que también hace que la fuerza de la sentencia dependa, hasta cierto punto, del recono-

27 Suprema Corte de Estados Unidos, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S., 2015. Scalia, J., disidente: "*Today's decree says that [...] the Ruler of 320 million Americans coast-to-coast, is a majority of the nine lawyers on the Supreme Court*" (cursivas añadidas).

28 Tega, D., *op. cit*.

29 Passaglia, P., *op. cit*.

cimiento que pueda tener la opinión del autor que se ha citado. Esto se puede evitar mediante un uso "furtivo" de la literatura jurídica, como lo expresa Marc Verdussen.[30]

Consideraciones similares se aplican a la apertura de los procedimientos constitucionales. La práctica de la Corte —que ha sido descrita por Tania Groppi y Anna Maria Lecis Cocco Ortu—,[31] según la cual los argumentos de terceros y *amici curiae* son considerados en la práctica a pesar de su inadmisibilidad, tiene ciertas ventajas. Esta práctica permite a la Corte hacer una consideración más amplia de los intereses que surgen en la sociedad y, adicionalmente, evita poner el proceso constitucional en el centro de la atención pública, aliviando así a los jueces de la presión de la opinión pública.

En general, la falta de opiniones separadas y de un diálogo directo con los académicos jurídicos, combinada con procedimientos constitucionales más bien cerrados, hace que la Corte y sus jueces sean menos visibles para el público. A pesar de ello, existen buenas razones para pensar que no existe una relación directa entre la visibilidad y la autoridad de un tribunal. En el caso italiano, lo contrario podría ser cierto, especialmente durante las dos últimas décadas, durante las cuales ha sido capaz de soportar una dura confrontación con el poder político. No obstante, uno podría preguntarse si esta situación sucedió *a pesar* de su enfoque de bajo perfil o, justamente, debido a ello.

El estilo de razonamiento de la Corte Constitucional italiana también refleja este enfoque general y comparte sus ventajas y desventajas. Las formas y métodos de interpretación constitucional que despliega no son peculiares. Como explica Giorgio Pino, dicho órgano jurisdiccional favorece la interpretación orientada por principios y valores,[32] que es lo que hacen la mayoría de los tribunales constitucionales en Europa. En ese lado del Atlántico, ni los tribunales ni la academia valoran el originalismo, aspec-

30 Verdussen, M., en Barsotti, V. *et al.* (eds.), *Dialogues on Italian Constitutional Justice...*, *cit*.

31 Groppi, T. y Lecis Cocco Ortu, A. M., *op. cit*.

32 Pino, G., "Forms and Methods of Constitutional Interpretation. Italian Style", en Barsotti, V. *et al.* (eds.), *Dialogues on Italian Constitutional Justice...*, *cit*.

to que Jeffrey Pojanowski considera bastante paradójico debido a que las constituciones europeas son más jóvenes y fácilmente modificables;[33] sin embargo, la forma en que se formulan las sentencias de la Corte Constitucional italiana difiere considerablemente del estilo de su homólogo alemán.

Al escribir sus decisiones, el Tribunal Constitucional alemán muestra un enfoque académico, que se expresa mejor en su famoso "párrafo C.I",[34] con el que inicia la decisión sobre los méritos del caso e instruye al legislador (y a la sociedad en general) sobre los principios constitucionales rectores en un área determinada, dejando claro lo que está permitido y lo que no lo está por la Constitución. En su tono y abstracción, el párrafo C.I está más cerca de ser un ensayo de derecho constitucional que una decisión judicial tradicional, proporcionando una visión general y completa de los límites establecidos por la Constitución. La decisión final del caso es presentada como la aplicación de este amplio razonamiento. Algunas veces se parece incluso a sermones de celebración de la Constitución, ensayos sobre teoría política o escritos de pedagogía pública.

En contraste, el estilo de razonamiento de la Corte Constitucional italiana corresponde en gran medida a la descripción del enfoque minimalista del juez Alito de la Corte Suprema de Estados Unidos: "Decidimos el caso particular que nos fue presentado y dejamos los temas más amplios para ser discutidos en otra oportunidad".[35] Un ejemplo de este fenómeno es la llamada "técnica de absorción", que se aplica cotidianamente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana. Cuando hay varios motivos de inconstitucionalidad y la Corte considera que uno de ellos es suficiente para anular la ley que ha sido impugnada, examina primero el motivo más fácil y declara que los demás quedan

[33] Pojanowski, J. A., "The Relationship between Forms and Methods in Constitutional Interpretation: Comparative Reflections", en Barsotti, V. *et al.* (eds.), *Dialogues on Constitutional Justice...*, *cit*.

[34] Para una fuerte crítica sobre la estructura de las decisiones del Tribunal Constitucional alemán, Véase Lepsius, O., "Die maßstabsetzende Gewalt", en Schönberger, C. *et al., op. cit.,* p. 161.

[35] Corte Suprema de Estados Unidos, *NASA v. Nelson*, 562 U.S. 134, 148, 2011: "*We decide the case before us and leave broader issues for another day*".

"absorbidos" por el primero, sin que sea necesario llevar a cabo un examen sustancial de todos ellos.[36]

Este enfoque minimalista ciertamente demuestra la falta de voluntad de la Corte para desempeñar una función pedagógica hacia el legislador y la sociedad. Al mismo tiempo, como Sarah Harding destaca, en línea con las reflexiones de Cass Sunstein, el minimalismo también es una forma de diálogo con otras instituciones, especialmente con el legislador, dado que, a su parecer, "las decisiones breves constituyen caminos importantes para fomentar el desarrollo jurídico".[37] Además, debe señalarse que, en este diálogo la Corte Constitucional italiana goza de una posición bastante favorable, como lo demuestran las dos sentencias sobre la inmunidad frente a los procedimientos penales de los más altos funcionarios del Estado, que fueron proferidas en 2004 y 2009.[38]

En 2003, la entonces mayoría legislativa aprobó una ley que suspendía los procesos penales pendientes contra los cinco oficiales superiores del Estado. Un año más tarde, la Corte Constitucional consideró que esta norma era inconstitucional, debido a que la ley exigía que todos los procedimientos penales fueran suspendidos independientemente de la acusación y que la suspensión no estuviera sujeta a ningún límite temporal. Sin embargo, la Corte no se refirió a si —en general— las leyes que amplían las inmunidades constitucionales deben adoptarse como reformas constitucionales o no. Este último motivo se consideró absorbido por la inconstitucionalidad antes mencionada. En 2008, la misma mayoría reemplazó la norma inconstitucional por otra nueva, de contenido similar, que sí tomó en cuenta las observaciones de la sentencia emitida en 2004 por la Corte. Posteriormente, en una valiente sentencia de 2009, la Corte decidió anular también la segunda disposición, con el argumento de que la extensión de las inmunidades judiciales para las autoridades políticas solo puede llevarse a cabo por medio de una reforma constitucional.

---

[36] Véase Bonomi, A., *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale,* Nápoles, Jovene, 2013.

[37] Harding, H., "Collegiality" in Comparative Context", en Barsotti, V. *et al.* (eds.), *Dialogues on Italian Constitutional Justice..., cit.*

[38] Véase sentencias 24/2004 y 262/2009.

Este enfoque minimalista está ciertamente abierto a la crítica. Después de todo, la Corte ya habría podido pronunciarse sobre este asunto en su primera sentencia, advirtiendo que era necesaria una reforma constitucional. Con esto se habría evitado que el legislador promulgara una segunda ley, también inconstitucional. No obstante, debe reconocerse que esta cuidadosa estrategia de no jugar la carta más alta hasta que sea estrictamente necesario (una táctica mayoritariamente ajena al Tribunal Constitucional alemán) otorga a la Corte Constitucional italiana una ventaja significativa en el diálogo con el legislador y evita, hasta cierto punto, la necesidad de que tenga que contar con precedentes difíciles en el futuro.

4. Un ambiente adverso

Los poderes de un tribunal constitucional y la forma en que se ejercen no pueden evaluarse de forma aislada; antes bien, se deben tener en cuenta las condiciones "externas" del contexto político e institucional en el que opera.[39] En particular, la relación existente entre el tribunal constitucional y el legislador y, en especial, la "capacidad de respuesta" de este último a las "solicitudes" del primero afecta fuertemente los poderes de la Corte.

Con frecuencia vemos que una mera declaración de inconstitucionalidad no solo no erradica un defecto de constitucionalidad, sino que también crea un riesgo de empeorar las cosas. Este es el caso que se presenta, por ejemplo, cuando una ley otorga un derecho a cierta categoría de personas pero excluye a otras que se encuentran en una situación similar; o cuando una ley otorga una protección insuficiente a cierto derecho (social). El solo hecho de anular la ley impugnada agravaría la situación de inconstitucionalidad cuando lo apropiado para corregir la inconstitucionalidad de la ley es una extensión o un aumento de los beneficios

[39] Véase Cassese, S., "La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente", en Cassese, S., *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale,* Bolonia, Il Mulino, 2015, p. 304, que resalta el débil apoyo que otros poderes estatales ofrecen a la Corte Constitucional italiana.

de la ley, no una denegación de estos últimos para quienes ya los disfrutan.

En tales situaciones, la efectividad del control de constitucionalidad depende de la capacidad de respuesta del legislador. Cuando un tribunal cree que el legislador responderá rápidamente aprobando una nueva ley de conformidad con la Constitución, estará más dispuesto a ejercer su poder de anular la legislación. Pero cuando el tribunal no puede confiar en un legislador receptivo, es probable que se abstenga de declarar la inconstitucionalidad de la ley, esto debido a que se considera que la legislación imperfecta suele ser mejor que ninguna en absoluto. Dicho de otra manera, la medida en que un tribunal puede ejercer sus poderes depende significativamente de su contraparte: un legislador confiable le permite al tribunal ejercer sus poderes con más libertad, mientras que, con un legislador irresponsable, parte del poder del tribunal puede ser de carácter formal, mas no real.

Incluso desde esta perspectiva se puede observar una dinámica de fortaleza en la debilidad en beneficio de la Corte Constitucional italiana. En Alemania, el Tribunal Constitucional generalmente puede contar con un legislador receptivo que, cuando se le pida que modifique o reemplace la legislación inconstitucional, responderá en un plazo razonable.[40] Esto llevó al Tribunal Constitucional alemán a desarrollar un tipo particular de decisión para abordar las situaciones mencionadas anteriormente, en las que no puede simplemente declarar inconstitucionales las disposiciones en juego, debido a que lo apropiado es expedir una nueva regulación más integral para superar una situación de inconstitucionalidad.

[40] Por ejemplo, en 1991, el Tribunal Constitucional alemán declaró la inconstitucionalidad de la asignación automática del apellido del marido a su esposa después del matrimonio cuando la pareja no puede llegar a un acuerdo sobre el apellido por adoptar (BVerfG. Orden del Primer Senado del 5 de marzo de 1991 - 1 BvL 83/86). Por medio de este *Unvereinbarkeitserklärung*, el Tribunal Constitucional alemán declaró que la disposición pertinente del Código Civil era incompatible con la Ley Fundamental y pidió al legislador que la modificara. La reforma de la regulación sobre el apellido se aprobó el 16 de diciembre de 1993 y entró en vigor el 1 de abril de 1994. En un caso similar que se presentó en Italia, la solución fue muy diferente: Véase *infra,* nota 43.

Estas son las decisiones de mera incompatibilidad (*Unvereinbarkeit*) con la Constitución.[41] La ley impugnada no se declara nula, sino simplemente incompatible con la Constitución, y se otorga al legislador un plazo para aprobar una nueva ley que sea conforme a esta. Hasta que el legislador intervenga, el Tribunal Constitucional alemán puede permitir que la disposición inconstitucional siga siendo aplicable,[42] o bien, aunque con menor frecuencia, puede emitir por sí mismo una regulación provisional,[43] o incluso, también con menor frecuencia, exigir la suspensión de los procedimientos pendientes para dar tiempo al legislador.[44] Las instrucciones del Tribunal, en estas decisiones, a veces son tan precisas que sería plausible preguntar si en realidad queda alguna decisión política relevante que deba tomar el legislador por medio de la aprobación de una nueva ley. Sin embargo, en principio, el Tribunal Constitucional alemán respeta la separación de poderes y, en particular, la competencia del legislador. Incluso cuando el propio Tribunal dicta una regulación sobre la materia, siempre se considera que esta es provisional y expira tan pronto como el legislador interviene. Esto es así debido a que el Tribunal puede confiar en la capacidad de respuesta del legislador. De hecho, actualmente se discute en Alemania en qué medida la reciente fragmentación del sistema de partidos políticos, que ha derivado en gobiernos de coalición más débiles, disminuirá el poder del Tribunal Constitucional.[45]

Históricamente, la Corte Constitucional italiana se ha enfrentado a un contexto político e institucional mucho más frágil. En este escenario, la Corte podría razonablemente esperar que sus llamamientos al legislador para enmendar o reemplazar una dis-

41 Véase Schlaich, K. y Korioth, S., *Das Bundesverfassungsgericht*, 10a. ed., Múnich, Beck, 2015, pp. 295 y ss.

42 Véase, por ejemplo, BVerfG. Sentencia del Primer Senado de 10 de abril de 2018 - 1 BvL 11/14, sobre los impuestos a la propiedad.

43 Véase, por ejemplo, BVerfG. Sentencia del Primer Senado de 18 de 2012 - 1 BvL 10/10, sobre los beneficios sociales para los solicitantes de asilo.

44 Véase, por ejemplo, BVerfG. Orden del Primer Senado del 10 de octubre de 2017 - 1 BvR 2019/16, sobre la opción del tercer género.

45 Schönberger, C., "Anmerkungen zu Karlsruhe", ..., *cit.*, p. 58.

posición o ley inconstitucional sean ignorados o desatendidos.[46] Esta debilidad del contexto político e institucional podría haber restringido fuertemente el poder de la decisión constitucional, debido a que no es razonable que un tribunal constitucional derogue una ley imperfecta con la esperanza de que el legislador expida una mejor, que probablemente nunca llegue. La Corte Constitucional italiana, sin embargo, reaccionó de manera opuesta. Al enfrentarse con la falta de un legislador receptivo, decidió no retirarse, sino más bien elevar el riesgo mediante el desarrollo de los llamados juicios "aditivos" y "sustitutivos".[47]

Por medio de estas sentencias, dicho órgano declara una ley inconstitucional "en la medida en que no regula algo" o, en casos más raros, "en la medida en que prevé algo en lugar de otra cosa" que es ordenada por la Constitución.[48] Al hacer esto, la Corte

[46] Considerar, por ejemplo, el caso de la asignación automática del apellido del padre al hijo de una pareja de casados. Ya para 1988, la Corte Constitucional, al reconocer que corresponde al legislador regular esta materia, estableció que "sería posible, y probablemente concordante con la evolución de la conciencia social, reemplazar la disposición actual [...] con un criterio diferente que otorgue mayor respeto a la autonomía de la pareja casada" (orden 176/1988). En la sentencia 61/2006 consideró esta disposición "un legado de una concepción patriarcal de la familia" que ya no era compatible con los valores constitucionales de igualdad moral y jurídica entre el hombre y la mujer. Sin embargo, debido a que el legislativo tenía varias opciones disponibles, la Corte consideró que correspondía al legislador tomar la decisión y no a ella misma. Finalmente, en 2016, debido a que el legislador no promulgó ninguna reforma al respecto, el Tribunal Constitucional decidió declarar la inconstitucionalidad de la disposición pertinente bajo la consideración de que "no permite que la pareja casada atribuya también el nombre de la madre al menor, por acuerdo mutuo, en el momento del nacimiento" (sentencia 286/2016).

[47] Véase Barsotti, V. *et al., Italian Constitutional Justice in Global Context...*, *cit.*, p. 86.

[48] Considérese, por ejemplo, la Ley 210, de 25 de febrero de 1992, que concede una compensación monetaria a aquellos que sufran una enfermedad irreversible como consecuencia de las vacunas. La versión inicial de la ley otorgaba compensación solo por un número limitado de vacunas y para un número limitado de beneficiarios. Sin embargo, en no menos de 7 sentencias aditivas (véase, finalmente, sentencia 268/2017), el Tribunal Constitucional extendió la indemnización a otras vacunas y a otros beneficiarios en nombre del principio de igualdad. Aunque el legislador dejó la ley intac-

definitivamente *reemplaza* al legislador. En teoría, este último podría regular de nuevo lo regulado sobre el tema, pero de una manera diferente, por medio de una ley ordinaria, aunque ello no es necesario, y tampoco sucede con frecuencia. En lugar de limitar los poderes de la Corte Constitucional, la debilidad del contexto político italiano llevó a la Corte a asumir un rol más activo y regulador.[49]

Una comparación de la jurisprudencia reciente sobre la legislación electoral del Tribunal constitucional alemán e italiano es muy reveladora con relación a este aspecto. El primero tiene una larga tradición de un profundo control de constitucionalidad de la ley electoral.[50] En 2012 tomó una decisión particularmente "arriesgada": no solo declaró que la ley electoral era incompatible con la Constitución, puesto que no corregía adecuadamente el "efecto del peso negativo del voto",[51] sino que además declaró nula e inválida parte de la legislación, fijándole al legislador un plazo estricto para aprobar una nueva ley. Con esta decisión, el Tribunal dejó un vacío en la ley electoral, de manera que si las elecciones hubieran llegado a celebrarse antes de la intervención del legislador, no habría existido ninguna ley aplicable para asignar los escaños.[52]

---

ta, su ámbito de aplicación se expandió significativamente a través de las sentencias aditivas de la Corte.

49 Nótese, sin embargo, que la Corte recurre a sentencias aditivas y sustitutivas, particularmente en el campo de los derechos sociales, en aplicación del principio de igualdad. En otros dominios, especialmente en el derecho penal, el Tribunal ejerce autocontrol y evita la sustitución del legislador.

50 Para un resumen en inglés véase Kommers, D. P. y Miller, R., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany,* 3a. ed., Durham y London, Duke University Press, 2012, pp. 238 y ss.

51 Este es un mecanismo complicado de la ley electoral federal alemana. En circunstancias particulares, dicho mecanismo permite que un aumento en el número de votos obtenidos conduzca a la pérdida de un mandato y, de igual manera, que una pérdida de votos se traduzca en la obtención de un mandato.

52 BVerfG. Sentencia del Segundo Senado del 25 de julio de 2012 - 2 BvF 3/11. Véase, en particular, par. 162: "Como consecuencia de este hallazgo, existe una falta de regulación válida del procedimiento para la asignación de escaños en las elecciones del *Bundestag* alemán" (trad. de los autores).

Se puede afirmar con certeza que la Corte Constitucional italiana nunca habría corrido un riesgo como este o, al menos, nunca lo hizo. El principio rector de su jurisprudencia —más reciente, pero no menos notable— sobre la ley electoral es que la legislación que sigue vigente después de una declaración de inconstitucionalidad debe garantizar la posibilidad de la renovación del Parlamento en cualquier momento.[53] Aun así, este límite no obligó a la Corte a abstenerse de llevar a cabo el control de constitucionalidad de la ley electoral: antes bien, la impulsó a reescribir la ley electoral que consideró inconstitucional en las sentencias 1/2014 y 35/2017, de una manera audaz (y con considerable libertad). Poco queda de la idea de un "legislador negativo" en estos dos juicios, pero esta actitud creativa de la Corte no tiene sus raíces en una voluntad de la Corte de ampliar sus poderes sino, más bien, en una apreciación realista de la debilidad del contexto político.[54]

5. Jugando al póker

Las lógicas de poder utilizadas a nivel doméstico, y analizadas en este texto, también se pueden observar en la interacción entre la Corte Constitucional italiana y los tribunales europeos. Por razones de brevedad, limitaremos nuestro análisis a la relación con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Patricia Popelier destaca que, en principio, todos los tribunales constitucionales de Europa, y no solo el italiano, forman parte de una interrelación con los tribunales europeos que refleja ciertos elementos de actitud, que Marta Infantino denomina "orgullo, respeto y resistencia".[55] Por supuesto, en el ordenamiento

53 Véase entonces, por ejemplo, sentencia 1/2014.

54 Postura sostenida ya por Zagrebelsky, G., "La Corte costituzionale e il legislatore", en Barile, P.; Cheli, E. y Grassi, S., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bolonia, Il Mulino, 1982, p. 118, quien sugiere que algunas veces el reemplazo del legislador por parte de la Corte da testimonio de la debilidad de la Corte antes que de su arrogancia.

55 Véase Popelier, P., "European Relationality in the European Legal Space: Country-Specific Mixtures within One European Style", e Infantino, M.,

jurídico europeo, la "actitud relacional" constituye un "dispositivo" propio de todos los tribunales constitucionales, más que una característica peculiar de la Corte Constitucional italiana. Empero, si nos fijamos en la forma en que se produce esta interacción, puede percibirse de forma evidente un particular "estilo italiano". Una vez más, la comparación con el "estilo alemán", que parece tan opuesto, puede ayudar a resaltar estas características representativas.

Vale la pena señalar que la Corte Constitucional italiana entra en el diálogo judicial europeo con una importante desventaja. A diferencia de su par alemán y la mayoría de los tribunales constitucionales de Europa, el italiano no tiene jurisdicción para revisar la constitucionalidad de los tratados internacionales —incluidos los de la Unión Europea— antes de su ratificación. Esto significa que la Corte Constitucional italiana no puede expresar *ex ante* su opinión general sobre los límites constitucionales de la integración europea. No existe una "sentencia *Maastricht*" o una "sentencia *Lisboa*" en la jurisprudencia constitucional italiana. A diferencia del Tribunal Constitucional alemán, la Corte Constitucional italiana no puede interferir en la elaboración de tratados europeos; solo puede intervenir cuando un conflicto concreto entre la Unión Europea y el derecho constitucional se presenta ante un tribunal y, exclusivamente, cuando este tipo de conflicto llega hasta su jurisdicción.

A pesar de este límite, la Corte Constitucional italiana pudo desempeñar un papel importante en el diálogo judicial europeo sobre derechos fundamentales, como lo ha dejado en claro recientemente la saga del caso *Taricco*. Este último se puede tomar como el mejor ejemplo de un diálogo multinivel al "estilo italiano". Pero primero examinemos el "estilo alemán", para que el otro se vuelva más claro.

Cuando el Tribunal Constitucional alemán se enfrenta a un conflicto real o previsible entre la Unión Europea y el derecho constitucional, tiende a instruir claramente al Tribunal de Justi-

"The Italian Constitutional Court in the European Space: An Empirical Approach", ambos en Barsotti V. *et al.* (eds.), *Dialogues on Italian Constitutional Justice..., cit.*

cia sobre los límites dentro de los cuales está dispuesto a aceptar la primacía del derecho de la Unión. Al hacerlo, el Tribunal de Justicia tiene claro que no puede sobrepasar dichos límites.

Consideremos, por ejemplo, la reacción del Tribunal Constitucional alemán a la lectura amplia del ámbito de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el caso *Åkerberg Fransson*.[56] Dos meses después de la sentencia del Tribunal de Justicia, el Tribunal Constitucional alemán, en un *obiter dictum* de su sentencia sobre la base de datos del contraterrorismo, manifestó:

> La sentencia del caso [*Åkerberg Fransson*] no debe entenderse como un acto aparente *ultra vires* (que desborda las competencias) o como un acto que pone en peligro la protección y la aplicación de los derechos fundamentales de los Estados miembros [...] de una manera que cuestione la identidad del orden constitucional de la Ley Fundamental [...]. Por lo tanto, la decisión no debe entenderse o aplicarse de manera que cualquier conexión que se dé entre el sujeto de la disposición y el ámbito meramente abstracto del derecho de la Unión, o los efectos meramente incidentales del derecho de la Unión, pudiese ser suficiente para vincular a los Estados Miembros en virtud de los derechos fundamentales de la Unión, establecidos en la [Carta].[57]

El Tribunal Constitucional alemán deja poco espacio para la interpretación: el fallo *Åkerberg Fransson* debe interpretarse de manera restringida, so pena de ser declarado *ultra vires*.

Otras sentencias del Tribunal Constitucional alemán se caracterizan también por un enfoque similar. Dentro de los ejemplos más destacados que nos vienen a la mente encontramos el catálogo detallado de los poderes del Estado que no pueden transferirse a la Unión Europea y que está plasmado en la sentencia del caso *Lisboa*.[58] De igual manera ocurre con la sentencia

---

[56] Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (Gran Sala). Caso C-617/10, 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*.

[57] BVerfG. Sentencia del Primer Senado del 24 de abril de 2013 - 1 BvR 1215/07.

[58] BVerfG. Sentencia del Segundo Senado del 30 de junio de 2009 - 2 BvE 2/08.

sobre la identidad constitucional, de 15 de diciembre de 2015, en la que el Tribunal estableció el estándar mínimo exigido por la Constitución para permitir la extradición en el contexto de una orden de detención europea.[59] La referencia preliminar del Tribunal Constitucional alemán en la *omt* puede considerarse el ejemplo más representativo de este enfoque.[60]

En el caso *Taricco*, la Corte Constitucional italiana adoptó un enfoque diferente. Sin lugar a dudas, en su orden de referencia 24/2017, llegó incluso a amenazar, de alguna manera, al Tribunal de Justicia: dejó claro que estaba dispuesto a utilizar su arma más poderosa —los "contralímites"— si la justicia europea confirmaba el inaceptable fallo del caso *Taricco*. Sin embargo, a diferencia del Tribunal Constitucional alemán, la Corte Constitucional italiana no esbozó la decisión que deseaba del Tribunal de Justicia, sino que se limitó a declarar la existencia de un conflicto entre una sentencia del Tribunal de Justicia (*Taricco*) y un principio supremo de la Constitución italiana (el de legalidad en materia penal). La Corte italiana no insistió en el alcance del principio de legalidad en materia penal, por lo que aquello que consideró aceptable no quedó claro en el orden de referencia.

Esta decisión parece un movimiento estratégico de la Corte Constitucional en su confrontación con el Tribunal de Justicia. Al no indicar el alcance y los límites del principio supremo que impide el cumplimiento de la sentencia de *Taricco* del Tribunal de Justicia, la Corte Constitucional italiana conserva la capacidad para responder cuando el caso regrese a sus manos, luego de la decisión del Tribunal de Justicia. Es como si la Corte Constitucional italiana hiciera un primer movimiento para establecer previamente cuál será la reacción del Tribunal de Justicia.

Los dos enfoques, tanto el alemán como el italiano, pueden llegar a ser efectivos. El Tribunal de Justicia no solo invalidó la sentencia del caso *Taricco* tras la referencia preliminar de

[59] BVerfG. Orden del Segundo Senado del 15 de diciembre de 2015 - 2 BvR 2735/14.

[60] BVerfG. Order del Segundo Senado del 14 de enero de 2014 - 2 BvR 2728/13.

la Corte Constitucional italiana,[61] sino que también suavizó la sentencia del caso *Åkerberg Fransson*[62] y amplió la protección de los derechos fundamentales en los casos de ejecución de una orden de detención europea, en las sentencias de los casos *Aranyosi and Căldăraru*.[63] En ambos siguió las "sugerencias" del Tribunal Constitucional alemán.

Si uno tuviera que poner nombre al estilo de la Corte Constitucional italiana, podría sugerir el del jugador de póker. Los juegos de póker se prolongan en el tiempo, por lo que es esencial observar cómo reaccionan los demás jugadores a su movimiento. La Corte Constitucional italiana no pone sus cartas (sus argumentos centrales) sobre la mesa en una sola jugada, sino que anuncia solo una de ellas, posiblemente no la más fuerte, y espera la reacción de su competidor. En un juego de póker puede finalmente ganar el jugador con las cartas más débiles si él (o ella) juega de manera habilidosa, como lo hizo la Corte Constitucional italiana en el caso *Taricco*.

61 TJUE (Gran Sala). Caso C-42/17, 5 de diciembre de 2017, *M.A.S., M.B.*

62 Véase TJUE. Caso C-206/13, 6 de marzo de 2014, *Siragusa*; caso C-265/13, 27 de marzo de 2014, *Torralbo Marcos*; caso C-198/13, 10 de julio de 2014, *Julián Hernández*.

63 TJUE (Gran Sala). Sentencias unificadas C-404/15 y C-659/15 *PPU*, *Aranyosi and Căldăraru*.

El Banco Mundial frente al constitucionalismo transformador latinoamericano: panorama general y pasos concretos*

Armin von Bogdandy
Franz Christian Ebert

1. Introducción

El impacto social del Banco Mundial en América Latina es ambivalente y altamente controvertido. El problemático legado de los programas de ajuste estructural promovidos por el Banco junto con el Fondo Monetario Internacional (FMI) sigue siendo palpable en América Latina, y hasta la fecha ha dado lugar a intensos debates. Sus actividades han sido criticadas, entre otras razones, por su orientación neoliberal, por sus efectos negativos en el ámbito social y en los derechos humanos, así como por eludir los procesos democráticos en los países involucrados.[1] Por otro lado,

* Agradecemos a Kanad Bagchi, Philipp Dann, Simon Hentrei, Juan C. Herrera, Julia Liebermann, Mariela Morales Antoniazzi, Andrea Nuila, Michael Riegner, Lucas Sánchez, Ximena Soley, René Urueña y Pedro Villarreal, así como los participantes de la *Dienstagsrunde* por sus valiosos comentarios a versiones anteriores de este texto. Por supuesto, cualquier error es responsabilidad únicamente nuestra. Traducción del inglés por Juan C. Herrera y Lucas Sánchez, con revisiones posteriores de los autores. Este capítulo ha sido anteriormente publicado en Bogdandy, Armin von; Salazar Ugarte, Pedro; Morales Antoniazzi, Mariela y Ebert, Franz Christian (coords.), *El Constitucionalismo Transformador en América Latina y el Derecho Económico Internacional. De la Tensión al Diálogo,* México, MPIL-IIJ-UNAM, 2018.

1 Véase, por ejemplo, Burgos Silva, Germán, *Estado de Derecho y Globalización. El Banco Mundial y las Reformas Institucionales en América Latina,* Bo-

en parte debido a la considerable resistencia ejercida por movimientos sociales,[2] el Banco Mundial ha reformulado paulatinamente su agenda a favor de una noción holística de desarrollo.[3] Para ello ha adoptado, asimismo, políticas dirigidas a mitigar los efectos adversos de sus operaciones.[4] En varias de sus actividades en la región, el Banco también ha puesto el foco en la promoción de la inclusión de grupos vulnerables, financiando, por ejemplo, iniciativas para incrementar el acceso a servicios públicos en materia de suministro de agua, salud, saneamiento o educación.[5] No obstante, los proyectos financiados por el Banco Mundial, cuyo fin es mejorar la situación de la población del país, con frecuencia conllevan impactos problemáticos para los derechos humanos.[6]

---

gotá, D.C., Universidad Nacional de Colombia/Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2009, en especial pp. 311-323; Tan, Celine, *Governance through Development. Poverty Reduction Strategies, International Law and the Disciplining of Third World States*, Oxford, Routledge, 2011, en especial pp. 52 y 85; Abouharb, M. Rodwan y Cingranelli, David, *Human Rights and Structural Adjustment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, en especial pp. 149 y 181.

2 Véase al respecto Rajagopal, Balakrishnan, "From Resistance to Renewal: The Third World, Social Movements, and the Expansion of International Institutions", *Harvard Journal of International Law*, vol. 41, núm. 2, 2000, pp. 529-578.

3 Véase, por ejemplo, Vetterlein, Antje, "Economic Growth, Poverty Reduction, and the Role of Social Policies: The Evolution of the World Bank's Social Development Approach", *Global Governance*, vol. 13, núm. 4, 2007, pp. 513-533, en especial p. 518.

4 Véase, entre otros, McBeth, Adam, *International Economic Actors and Human Rights*, Londres/Nueva York, Routledge, 2010, pp. 196-206 y Heupel, Monika, "Human Rights Protection in World Bank Lending: Following the Lead of the US Congress", en Heupel, Monika y Zürn, Michael (eds.), *Protecting the Individual from International Authority. Human Rights in International Organizations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 243-250.

5 Véase, por ejemplo, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), Corporación Financiera Internacional (CFI) y Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI), *Country Partnership Framework for the Republic of Panama for the period FY15-FY21*, 2 de marzo de 2015, pp. 42-45; BIRF, *Program Document for a Proposed Loan in the Amount of US$ 400 Million to the State of Bahia with a Guarantee of the Federative Republic of Brazil for Strengthening Fiscal Management and Promoting Better and More Inclusive Service Delivery*, 3 de julio de 2014, pp. 2 y 3.

6 Véase, por ejemplo, Darrow, Mac, *Between Light and Shadow: The World Bank, the International Monetary Fund and International Human Rights*

Frente a este escenario complejo, la presente investigación analiza las implicaciones de las actividades del Banco Mundial para el constitucionalismo transformador latinoamericano,[7] tal como lo entiende el enfoque del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL).[8]

Con sus amplios recursos a nivel económico y político, el Banco Mundial influye en la realidad socioeconómica de los países latinoamericanos, lo que puede tener repercusiones con respecto al logro de los objetivos del constitucionalismo transformador en la región, específicamente en cuanto al reconocimiento de los derechos humanos, la inclusión social, la democracia pluralista y la institucionalidad.[9] De ahí surge el interrogante con respecto a las medidas que podrían aproximar las actividades del Banco Mundial a estos objetivos. Ello requiere, ante todo, una conciencia sobre la relación entre los objetivos del constitucionalismo transformador y las actividades del Banco. Una vez analizada esta relación, es indispensable la correspondiente voluntad política de las instituciones relevantes, lo cual dependerá de manera considerable de la presión política desde la sociedad civil. Si bien dicha disposición política es necesaria para este proceso, no es suficiente. Más bien, el acercamiento de las actividades del Banco

---

Law, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 72-74; Ghazi, Bahram, *The IMF, the World Bank Group and the Question of Human Rights*, Ardsley, Transnational Publishers, 2005, pp. 40-45.

7 Respecto al constitucionalismo transformador en América Latina véase Cepeda Espinosa, Manuel José, "Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court", *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, núm. 4, 2004, pp. 537-700; Gargarella, Roberto *et al.*, *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?,* Aldershot, Ashgate Publishing, 2006.

8 Véase, por ejemplo, las contribuciones en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, IIJ-UNAM, 2014; y en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

9 Para más información sobre estos conceptos véase, por ejemplo, Bogdandy, Armin von, "*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador", *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, enero-junio de 2015, pp. 3-50.

Mundial al constitucionalismo transformador latinoamericano también tiene una dimensión jurídica, e incluso doctrinal, que aquí se explorará desde la perspectiva del derecho público.

Este capítulo se estructura en tres partes: después de la introducción, la segunda sección examina en detalle la difícil relación entre el Banco Mundial y el constitucionalismo transformador latinoamericano a la luz de la lectura del ICCAL. Si bien las fricciones entre los objetivos de este constitucionalismo transformador y las actividades del Banco Mundial se han reducido en los últimos tiempos, todavía persisten desafíos importantes. Con el fin de abordar estas cuestiones desde una perspectiva jurídica, la sección tercera indaga en los instrumentos a través de los cuales el Banco ejerce su poder. Esto abarca no solo un análisis de los instrumentos de financiamiento, sino también de otros instrumentos, por ejemplo, los informes *Doing Business* y herramientas semejantes para evaluar políticas de los países.[10] La cuarta sección esboza vías mediante las cuales dichos instrumentos podrían, con las reformas necesarias, apoyar al constitucionalismo transformador latinoamericano y reducir las tensiones existentes.

2. La relevancia del Banco Mundial para el constitucionalismo transformador latinoamericano

2.1. El Banco Mundial en el contexto de América Latina

El término "Banco Mundial" se utiliza habitualmente para referirse a dos instituciones del Grupo del Banco Mundial (GBM) que se dedican sobre todo al sector público: el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), que se ocupa de los países con ingresos medios, y la Asociación Internacional de Fo-

[10] Cabe señalar que las mencionadas actividades, tales como los instrumentos de financiamiento y otros instrumentos como *Doing Business*, están altamente interrelacionadas, lo que resalta la necesidad de analizar sus efectos sobre el constitucionalismo transformador en su conjunto.

mento (AIF), que trabaja con los países más pobres.[11] Igualmente pertenecen al GBM dos instituciones que prestan servicios financieros a empresas del sector privado: la Corporación Financiera Internacional (CFI) y el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI).[12]

Más allá de las instituciones del GBM, una multitud de instituciones financieras internacionales (IFI) desarrolla actividades en América Latina. Esto incluye, a nivel global, el FMI, y en la región, el Banco Interamericano de Desarrollo, la Corporación Andina de Fomento, el Banco Centroamericano de Integración Económica y el Fondo de Reserva Latinoamericano. En este espectro también es posible incluir al Nuevo Banco de Desarrollo de los países parte del grupo BRICS, pues está emergiendo como un actor financiero de desarrollo interregional en América Latina.[13] Asimismo, los bancos privados y actores similares se han convertido progresivamente en una alternativa al financiamiento del Banco Mundial.[14] La competencia a la

---

11 Sobre las cuestiones terminológicas relacionadas, véase Ragazzi, Maurizio, "World Bank Group", en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, t. X, p. 909.

12 El quinto miembro del GBM, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, no presta servicios financieros.

13 En abril de 2017 se firmó un primer acuerdo de préstamo entre el Nuevo Banco de Desarrollo y el Banco de Desarrollo de Brasil por un valor de 300 millones de dólares. Véase New Development Bank, NDB Signs First Loan Agreement in Brazil for Financing Renewable Energy Projects, comunicado de prensa del 26 de abril de 2017, *http://www.ndb.int/press_release/ndb-signs-first-loan-agreement-brazil-financing-renewable-energy-projects/*.

14 Véase, por ejemplo, Weaver, Catherine, "The World's Bank and the Bank's World", *Global Governance*, vol. 13, núm. 4, 2007, p. 502; Avalle, Oscar A., "The Multilateral Development Banks in Latin America and the Caribbean Region", *Vermont Journal of Environmental Law*, vol. 6, núm. 2, 2004, pp. 193-212 y Prada, Fernando, *World Bank, Inter-American Development Bank, and Subregional Development Banks in Latin America: Dynamics of a System of Multilateral Development Banks*, ADBI Working Paper Series núm. 380, 2012, *https://www.adb.org/sites/default/files/publication/156235/adbi-wp380.pdf*. Sobre la privatización de la cooperación al desarrollo véase Davis, Kevin E., y Dadush, Sarah, "The Privatization of Development Assistance: Symposium Overview", *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 42, núm. 4, 2010, pp. 1079-1089.

cual el Banco Mundial se enfrenta en varios ámbitos también genera efectos en sus operaciones y su agenda en la región. En este contexto, el Banco Mundial continúa siendo un actor con influencia considerable en lo que respecta a la formulación de políticas económicas y de asistencia financiera en los países de América Latina. Por ejemplo, en el año fiscal 2016, los préstamos netos totales de la cartera activa del Banco Mundial en América Latina y el Caribe ascendieron a 28 mil 800 millones de dólares.[15] Además, el Banco Mundial también impacta en las políticas nacionales a través de otros instrumentos, por ejemplo, las evaluaciones de políticas nacionales por medio de los informes *Doing Business*.[16]

2.2. El Banco Mundial visto a través del lente del constitucionalismo transformador latinoamericano

2.2.1. El problemático legado del Banco Mundial en América Latina

El Banco Mundial ha influido en las condiciones económicas y sociales de América Latina desde hace un largo tiempo.[17] Por ejemplo, en la década de los cincuenta el Banco ya sostenía un diálogo intenso con Colombia sobre políticas nacionales de desarrollo, acompañado de varios préstamos.[18] Desde entonces, la influencia del Banco Mundial en los países de la región ha variado sustancialmente a lo largo del tiempo y en función de las relaciones concretas entre este y las autoridades de los países en cuestión, así como de las coyunturas políticas a nivel global e in-

15 Véase Banco Mundial, *Annual Report 2016*, Washington, 2016, p. 60.

16 Véase más en detalle la sección 3.2.2.

17 Con respecto a los inicios de las actividades del Banco Mundial en América Latina véase Burgos Silva, Germán, *op. cit*., pp. 38-41.

18 Véase Alacevich, Michele, *The Political Economy of the World Bank. The Early Years*, Palo Alto-Washington, Stanford University Press-Banco Mundial, 2009, en especial pp. 46-49; así como Eslava, Luis, *Local Space, Global Life. The Everyday Operation of International Law and Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 122-124.

terno del Banco.[19] Dicho esto, no cabe duda de que los préstamos condicionados y el asesoramiento del Banco Mundial han afectado profundamente al rol del Estado con respecto a la economía en diversos países de América Latina.[20] De este modo, el Banco Mundial ha tenido un papel importante en las reformas estructurales de muchos países en diversas materias, como el sector público,[21] el mercado laboral,[22] el sector bancario[23] y los sistemas judiciales,[24] entre otras.

Especialmente después del giro del Banco Mundial hacia el impulso de ajustes estructurales a finales de la década de los setenta,[25] sus actividades han sido sumamente controvertidas en

19 Véase con respecto a la relación entre el Banco Mundial y actores políticos internos Woods, Ngaire, *The Globalizers. The IMF, the World Bank, and Their Borrowers*, Ithaca-Londres, Cornell University Press, 2006, en especial pp. 65-83; para un estudio del caso de México véase *ibidem*, pp. 84-103. Acerca de las implicaciones políticas de las dinámicas dentro del Banco véase, por ejemplo, Vetterlein, Antje, "Seeing It Like the World Bank on Poverty", *New Political Economy*, vol. 17, núm. 1, 2012, pp. 35-58, en especial p. 54.

20 Véase Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, "The Impact of Globalization on the Reform of the State and the Law in Latin America", *Houston Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3, 1997, p. 792.

21 Véase Baer, Werner y Birch, Melissa, "Privatization and the Changing Role of the State in Latin America", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 25, núm. 1, 1992-1993, pp. 7 y 8.

22 A manera de ejemplo véase O'Brien, Robert, "Antagonism and Accomodation: The Labor-IMF/World Bank Relationship", en Kaasch, Alexandra y Stubbs, Paul (eds.), *Transformation in Global and Regional Social Policies*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 156 y 157.

23 Véase, con respecto a México, Zamora, Stephen, "NAFTA and the Harmonization of Domestic Legal Systems: The Side Effects of Free Trade", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 12, núm. 2, 1995, pp. 419 y 420.

24 Véase Santos, Alvaro, "The World Bank's Uses of the "Rule of Law" Promise in Economic Development", en Trubek, David M. y Santos, Alvaro (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 282-286.

25 Véase al respecto Pahuja, Sundhya, *Decolonising International Law. Development, Economic Growth and the Politics of Universality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 165-168; Dann, Philipp, *The Law of Development Cooperation. A Comparative Analysis of the World Bank, the EU and Germany*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 90-92.

América Latina. Basados en las políticas del denominado Consenso de Washington,[26] sus programas —a menudo concebidos en colaboración con el FMI— tendían a dar alta prioridad a reformas orientadas a la liberalización, la desregulación y la privatización de vastos sectores económicos.[27] Lo anterior ha tendido a afectar la regulación estatal de los actores empresariales, la capacidad redistributiva del Estado y su papel como agente económico.[28]

Este tipo de enfoque ha sido criticado por la falta de atención adecuada a los aspectos sociales y por no considerar los contextos nacionales.[29] En la misma línea, varios estudios han señalado problemas de los programas de ajuste estructural del Banco Mundial y del FMI en materia de derechos humanos.[30] Particularmente, se ha identificado una correlación a largo plazo entre los mencionados programas y las violaciones de derechos humanos en diversas áreas.[31] Otras investigaciones sugieren que

---

26 Sobre este concepto véase Williamson, John, "A Short History of the Washington Consensus", *Law and Business Review of the Americas*, vol. 15, núm. 1, 2009, pp. 7-23.

27 Véase, por ejemplo, López-Jacoiste Díaz, Eugenia, *El Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y los derechos humanos*, Navarra, Thomson Reuters, 2013, p. 203 y, en cuanto al sector financiero, Williams, David, "'Development' and Global Governance: The World Bank, Financial Sector Reform and the 'Will to Govern'", *International Politics*, vol. 45, núm. 2, 2008, en especial p. 217.

28 Véase Biersteker, Thomas J., "Reducing the Role of the State in the Economy: A Conceptual Exploration of IMF and World Bank Prescriptions", *International Studies Quarterly*, vol. 34, núm. 4, 1990, pp. 486 y 487.

29 Véase, por ejemplo, respecto a Perú, Scheetz, Thomas, *Peru and the International Monetary Fund*, Pittsburgh, University of Pittsburg Press, 1986, pp. 152 y 153.

30 Véase Ghazi, Bahram, *op. cit.*, pp. 47-51; López-Jacoiste Díaz, Eugenia, *op. cit.*, pp. 204 y 205.

31 Véase al respecto Abouharb, M. Rodwan y Cingranelli, David, "The Human Rights Effects of World Bank Structural Adjustment, 1981-2000", *International Studies Quarterly*, vol. 50, núm. 2, 2006, pp. 233-362, en especial pp. 256 y 257; Abouharb, M. Rodwan y Cingranelli, David, *Human Rights and Structural Adjustment..., cit.*, especialmente pp. 149 y 181; Eriksen, Silja y de Soysa, Indra, "A Fate Worse than Debt? International Financial Institutions and Human Rights, 1981-2003", *Journal of Peace Research*, vol. 46, núm. 4, 2009, pp. 485-503; Blanton, Robert G. *et al.*, "The Impact of IMF

muchos de estos programas no han alcanzado sus objetivos en términos de crecimiento y estabilidad económica,[32] ni tampoco han logrado frenar el aumento de la pobreza.[33] De lo anterior se desprende que el enfoque centrado en los ajustes estructurales también ha sido altamente problemático desde la perspectiva de los postulados del constitucionalismo transformador, particularmente en lo relacionado con los derechos económicos y sociales, así como con la inclusión social.

2.2.2. La evolución del Banco Mundial más allá del Consenso de Washington

A la luz de lo anterior, no resulta sorprendente que los préstamos de ajuste estructural en repetidas ocasiones hayan provocado una marcada resistencia por parte de la sociedad civil[34] y de otras instituciones internacionales como la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).[35] Especialmente, la presión externa por parte de la sociedad civil parece haber impulsado la

---

and World Bank Programs on Labor Rights", *Political Research Quarterly*, vol. 68, núm. 2, 2015, pp. 324-336, en especial p. 499.

32 Véase Easterly, William, "What Did Structural Adjustment Adjust? The Association of Policies and Growth with Repeated IMF and World Bank Adjustment Loans", *Journal of Development Economics*, vol. 76, núm. 1, 2005, pp. 1-22, especialmente p. 20.

33 Véase Ellis, Mark S., "The World Bank: Fighting Poverty. Ideology *versus* Accountability", en Nadakavukaren Schefer, Krista (ed.), *Poverty and the International Economic System. Duties to the World's Poor*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 294, con referencias adicionales.

34 Véase, por ejemplo, Heredia, Blanca, "The Political Economy of the Mexican Crisis", en Ghai, Dharam (ed.), *The IMF and the South. The Social Impact of Crisis and Adjustment*, Londres-Nueva Jersey, Zed Books, 1991, pp. 128-130; MacLean, Sandra J. *et al*., "Structural Adjustment and the Response of Civil Society in Bangladesh and Zimbabwe: A Comparative Analysis", en Gills, Barry K. (ed.), *Globalization and the Politics of Resistance*, Basingstoke y Nueva York, Palgrave, 2000, pp. 295-312.

35 Véase Trubek, David M., "Law, State, and Developmentalism", en Trubek, David M. *et al.* (eds.), *Law and the New Development State. The Brazilian Experience in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 8.

materialización de cambios relevantes en la organización,[36] mediante el refuerzo de voces progresistas dentro del Banco[37] y, a veces, a través de instituciones nacionales con influencia en el Banco, como el Congreso de Estados Unidos de América.[38] En particular, el Banco Mundial se ha alejado gradualmente del enfoque centrado en el "ajuste estructural" y ha adoptado una noción holística de desarrollo.[39]

Este cambio de enfoque implica una visión más amplia del rol del Estado que también comprende la distribución de la riqueza,[40] frente a visiones minimalistas determinadas a simplemente garantizar los derechos de los actores económicos en el mercado.[41] Ello fue incorporado en el Marco Integral de Desarrollo (MID), propuesto por el entonces presidente del Banco, James Wolfensohn, a finales de la década de los noventa.[42] Además, el marco

36 Véase Rajagopal, Balakrishnan, *International Law from Below. Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, en especial pp. 113-127; Weaver, Catherine, *op. cit*., pp. 502 y 503.

37 Véase, por ejemplo, Vetterlein, Antje, "Economic Growth, Poverty Reduction...", *cit*., pp. 525 y 526. Al respecto conviene recalcar que ni el Banco Mundial ni el país son entidades monolíticas, sino que están conformadas por diferentes actores con intereses diversos y con conflictos ideológicos y políticos en su interior; véase, por ejemplo, Kapur, Devesh, "The Changing Anatomy of Governance of the World Bank", en Pincus, Jonathan R. y Winters, Jeffrey A. (eds.), *Reinventing the World Bank*, Ithaca-Londres, Cornell University Press, 2002, p. 59. Una descripción ilustrativa de los conflictos ideológicos y políticos dentro del Banco se encuentra en Wade, Robert, "US Hegemony and the World Bank: The Fight over People and Ideas", *Review of International Political Economy*, vol. 9, núm. 2, 2002, pp. 201-229, en especial pp. 210-213.

38 Véase Heupel, *op. cit*., pp. 252, 256 y 257.

39 Véase, por ejemplo, Vetterlein, Antje, "Seeing it Like the World Bank...", *cit*., p. 42.

40 Véase Dann, Philipp, *The Law of Development Cooperation...*, *cit*., p. 115.

41 Con respecto a las reformas del mercado financiero apoyadas por el Banco Mundial en diferentes países, véase Williams, David, *op. cit*., pp. 216 y 217.

42 Respecto de las implicaciones del MID dentro del Banco Mundial véase Gulrajani, Nilima, "The Art of Fine Balances. The Challenge of Institutionalizing the Comprehensive Development Framework Inside the Bank", en Stone, Diane y Wright, Christopher (eds.), *The World Bank and Gover-*

para la elaboración de los Documentos de Estrategia de Reducción de la Pobreza (DERP) —los cuales eran requeridos por el FMI y el Banco Mundial para prestar apoyo financiero a países de bajos ingresos—[43] incluyó un mayor énfasis en la participación del país, así como de las partes interesadas.[44]

En relación con los instrumentos del Banco Mundial que han reemplazado a los programas de ajuste estructural, tales como los DERP y los Préstamos para Políticas de Desarrollo,[45] algunos autores los han criticado argumentando que introducen cambios cosméticos y en esencia reproducen el enfoque anterior.[46] Una valoración completa de estas críticas en el contexto de América Latina requiere un análisis de las operaciones del Banco Mundial caso por caso, lo cual está fuera del alcance de este capítulo.

No obstante, es posible identificar tendencias en las actividades del Banco Mundial que sugieren que el organismo está, por lo menos en algunos casos, prestando una mayor atención a temas relacionados con el constitucionalismo transformador latinoamericano. A guisa de ejemplo se puede mencionar que el Banco Mundial progresivamente ha reformado su enfoque de tal manera que en la actualidad se subraya la necesidad de poner mayor énfasis en materia de desarrollo social e inclusión social.[47] Con refe-

---

nance. A Decade of Reform and Reaction, Abingdon, Routledge, 2007, pp. 48-66.

43 Entretanto, el Banco Mundial ha dejado de exigir a los países de bajos ingresos que preparen los mencionados DERP. Véase Banco Mundial *et al.*, *World Bank Group: A New Approach to Country Engagement*, Washington, 2014, párr. 47.

44 Véase Dann, Philipp, *The Law of Development Cooperation...*, *cit*., pp. 309 y 310.

45 Véase infra la sección 3.2.1, inc. *a)*.

46 Véase, por ejemplo, Tan, Celine, "The Poverty of Amnesia. PRSPs in the Legacy of Structure Adjustment", en Stone, Diane y Wright, Christopher (eds.), *The World Bank and Governance. A Decade of Reform and Reaction*, Abingdon, Routledge, 2007, pp. 147-167, en especial pp. 153-155; Fujita, Sanae, "The Challenges of Mainstreaming Human Rights in the World Bank", *International Journal of Human Rights*, vol. 15, núm. 3, 2011, pp. 381 y 382, con referencias adicionales.

47 Véase Banco Mundial, *Inclusion Matters. The Foundation for Shared Prosperity*, Washington, 2013.

rencia a sus actividades crediticias y de asesoramiento, ha apoyado el acceso a suministros de agua potable,[48] la atención médica[49] y el fortalecimiento de redes de protección social,[50] entre otros.

El Banco Mundial también ha dado soporte a numerosos proyectos orientados a fortalecer el Estado de derecho, tanto en lo concerniente a la judicatura como a otros entes relacionados con la justicia en distintos países, incluyendo los latinoamericanos;[51] sin embargo, varias de las reformas en cuestión han sido calificadas como problemáticas, por ignorar el contexto sociocultural del país en cuestión,[52] por obviar procesos democráticos nacionales[53] y por estar sometidas a los fines del Consenso de Washington.[54]

---

48 Véase, por ejemplo, Banco Mundial, *Program Appraisal Document on a Proposed Loan in the Amount US$55 Million to the National Bank of Public Works and Services (Banobras) with the Guarantee of the United Mexican States for a Oaxaca Water and Sanitation Sector Modernization Operation,* 5 de mayo de 2014.

49 A modo de ejemplo véase Banco Mundial, *Program Appraisal Document on a Proposed Loan in the Amount of US$420 Million to the Republic of Costa Rica for a Strengthening Universal Health Insurance in Costa Rica,* 18 de febrero de 2016.

50 Sobre el apoyo del Banco Mundial al programa Bolsa Familia de Brasil, véase Milazzo, Annamaria y Grosh, Margaret, *Social Safety Nets in World Bank Lending and Analytical Work: FY2002-2007*, Banco Mundial, Washington, 2008, p. 30.

51 Véase, por ejemplo, Cissé, Hassane, "Justice Reform: The Experience of the World Bank", en Bussani, Mauro y Heckendorn Urscheler, Lukas (eds.), *Comparisons in Legal Development. The Impact of Foreign and International Law on National Legal Systems*, Zúrich, Schulthess, 2016, pp. 23-26.

52 Respecto a las reformas judiciales de la década de los noventa en Argentina, véase Tuozzo, Maria F., "World Bank Influence and Institutional Reform", *Development and Change*, vol. 40, núm. 3, 2009, pp. 467-485, en especial pp. 481 y 482 y, con respecto al tema de la independencia judicial, Laver, Roberto, "The World Bank and Judicial Reform: Overcoming "Blind Spots" in the Approach to Judicial Independence", *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 22, núm. 2, 2011-2012, pp. 183-238, en especial pp. 215 y 216.

53 Véase Burgos Silva, Germán, *op. cit*., en especial pp. 331 y 332.

54 Véase Faúndez, Julio, "Rule of Law or Washington Consensus: The Evolution of the World Bank's Approach to Legal and Judicial Reform", en Perry-Kessaris, Amanda (ed.), *Law in the Pursuit of Development*, Oxford-Nueva York, Routledge, 2010, pp. 190 y 191. El Banco ha explicado la falta de

Como respuesta a estas críticas, el Banco Mundial ha experimentado con diferentes aproximaciones para abordar temas específicos relacionados con el Estado de derecho.[55] Un ejemplo es el "Programa Justicia para los Pobres", que busca ayudar a los grupos sociales menos favorecidos y acentúa los procesos de reforma contextualizados, en lugar de tener un enfoque único para todos.[56]

También ha cambiado la postura del Banco Mundial en materia de derechos humanos. Aunque durante mucho tiempo no estaba en su agenda, el organismo paulatinamente se ha abierto en cierta medida al discurso de los derechos humanos.[57] Ente otros aspectos, el Banco Mundial ha reconocido la capacidad de los tribunales, en particular en América Latina, de transformar las relaciones sociales y económicas mediante los derechos económicos y sociales.[58] Adicionalmente, el Banco Mundial ha adoptado políticas de salvaguarda relativas a pueblos indígenas y otras comunidades afectadas. Algunas de estas políticas tienen relevancia directa para los derechos humanos y, por consiguiente, también para el constitucionalismo transformador latinoamericano.[59]

---

resultados positivos de los programas de ajuste estructural refiriéndose en parte a problemas en la gobernanza y el Estado de derecho en los países concernidos; véase Meerssche, Dimitri Van Den, "The Evolving Mandate of the World Bank: How Constitutional Hermeneutics Shaped the Concept and Practice of Rule of Law Reform", *Law and Development Review*, vol. 10, núm. 1, 2017, pp. 93 y 94 y Krever, Tor, "The Legal Turn in Late Development Theory: The Rule of Law and the World Bank's Development Model", *Harvard International Law Journal*, vol. 52, núm. 1, 2011, pp. 287-319, especialmente pp. 305-306 y 319.

55 Véase Desai, Deval y Woolcock, Michael, "Experimental Justice Reform: Lessons from the World Bank and Beyond", *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 11, 2015, pp. 155-174.

56 Hasta la fecha, este programa solo está operativo en Asia y África; véase Banco Mundial, *Justice for the Poor*, Washington, sin fecha.

57 Véase Sarfaty, Galit A., "Doing Good Business or Just Doing Good: Competing Human Rights Frameworks at the World Bank", en Morgan, Bronwen (ed.), *The Intersection of Rights and Regulation: New Directions in Sociolegal Scholarship*, Aldershot, Ashgate Press, 2007, p. 93 y sección 4.1.1 de este capítulo.

58 Véase Banco Mundial, *World Development Report 2017. Governance and the Law*, Washington, 2017, p. 94.

59 Véase infra la sección 4.1.

En términos generales, es posible afirmar que las tensiones entre los objetivos del constitucionalismo transformador, por un lado, y las actividades del Banco Mundial, por el otro, se han ido atenuando. Esta afirmación, no obstante, no pretende negar la existencia de problemas relativos a un acercamiento de los objetivos del Banco Mundial al constitucionalismo transformador latinoamericano. En efecto, algunas de sus actividades continúan presentando serias dificultades, por ejemplo, en los informes *Doing Business* es palpable una inclinación neoliberal que favorece a la desregulación y, a pesar de los instrumentos del Banco Mundial relacionados con los derechos humanos, estos continúan siendo afectados por numerosos proyectos que financia el organismo.[60] Además, a través de experiencias pasadas se puede observar que no existe un progreso lineal en las políticas del Banco Mundial hacia una mayor observancia de los derechos humanos. De hecho, en algunas ocasiones ha habido un retroceso en el grado de protección o efectividad de determinadas políticas de salvaguarda del Banco.[61]

Finalmente, a nivel más general, conviene resaltar que el hecho de que el Banco Mundial se haya abierto más a temas sociales y de derechos humanos no significa en sí mismo que el efecto de sus actividades sea positivo desde la perspectiva del constitucionalismo transformador latinoamericano. Efectivamente, se ha argumentado que la incorporación de temas sociales y de conceptos como la "buena gobernanza" o el "desarrollo sostenible" a la agenda del Banco Mundial podría incluso provocar que este influencie las políticas públicas nacionales en estas áreas hacia paradigmas de índole neoliberal centrados en el mercado, per-

60 Véase, entre otros ejemplos, Munarriz, Gerardo J., "Rhetoric and Reality: The World Bank Development Policies, Mining Corporations, and Indigenous Communities in Latin America", *International Community Law Review*, vol. 10, núm. 4, 2008, pp. 431-443, en especial p. 441; Natenson, Meghan, "The World Bank Group's Human Rights Obligations under the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 33, núm. 2, 2015, pp. 493-496.

61 Véase, por ejemplo, Heupel, *op. cit*., pp. 261 y 262 y Bugalski, Natalia, "The Demise of Accountability at the World Bank?", *American University International Law Review*, vol. 31, núm. 1, 2016, pp. 1-56.

mitiendo al mismo tiempo al Banco contrarrestar las críticas que recibe desde los movimientos sociales.[62]

El análisis precedente pone de relieve la necesidad de desarrollar enfoques conceptuales, además de mecanismos concretos, tendentes a asegurar que las actividades del Banco Mundial no tengan efectos negativos sobre el constitucionalismo transformador, sino que más bien apoyen sus objetivos. En las siguientes secciones se pretende contribuir a esta tarea.

3. El poder del Banco Mundial desde una perspectiva jurídica

3.1. Un marco conceptual para entender el poder del Banco

Una estrategia para facilitar el mencionado acercamiento consiste en reconfigurar el marco jurídico de las actividades del Banco Mundial a fin de evitar que las mismas impacten de manera adversa en los objetivos del constitucionalismo transformador latinoamericano. Más bien se pretende que dichas actividades contribuyan a su concretización. Para mucha gente resulta obvio asociar al Banco Mundial con un ente poderoso que debería ejercer su poder legítimamente para el bien común y en consonancia con los estándares de buena gobernanza acordados en la región; sin embargo, lograr que este tipo de lugar común se refleje en los marcos jurídicos correspondientes es un proceso más complejo. Un primer paso necesario para acercar la autoridad del Banco Mundial al constitucionalismo transformador es identificar y comprender mejor los instrumentos a través de los cuales este ejerce influencia a nivel nacional.

[62] Véase, por ejemplo, Chimni, Bhupinder, "International Financial Institutions and International Law: A Third World Perspective", en Bradlow, Daniel D. y Hunter, David B. (eds.), *International Financial Institutions & International Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2010, pp. 32-62, en especial p. 39; Rittich, Kerry, "The Future of Law and Development: Second-Generation Reforms and the Incorporation of the Social", en Trubek, David M. y Santos, Alvaro (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal,* Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 203-253, en especial pp. 234 y 246 y 247.

Facilitar este proceso es el objetivo del enfoque de derecho público, el cual pretende reconstruir y desarrollar el ámbito jurídico que regula el ejercicio de *autoridad pública*, incluyendo aquella desempeñada por instituciones internacionales.[63] La idea principal es reforzar los regímenes jurídicos relacionados con las actividades de las instituciones internacionales a la luz de su carácter público. De este modo, la doctrina puede contribuir a abordar problemas derivados de tales actividades.[64]

Cabría preguntarse si un enfoque del derecho público es adecuado para el Banco Mundial, en especial cuando su actividad principal consiste en otorgar préstamos que generalmente se asocian a actividades comerciales privadas. De hecho, distintos autores señalan que, en un principio, la concepción que varios funcionarios del Banco Mundial tenían de este organismo era que se asemejaba más a un banco privado que a una institución pública para el desarrollo.[65] Sin embargo, dicha concepción es contraria a lo establecido en los convenios constitutivos de las dos instituciones que conforman el Banco (el BIRF y la AIF), según los cuales su objetivo principal no es el lucro, sino el desarrollo y otros bienes públicos.[66] En consecuencia, el Banco no puede

63 Esta parte se fundamenta en Bogdandy, Armin von *et al*., "From Public International to International Public Law: Translating World Opinion into International Public Authority", *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 1, 2017, pp. 115-145, en especial pp. 133-141.

64 Lo anterior está en sincronía con otros enfoques académicos que también buscan desarrollar un marco de derecho público para las actividades de gobernanza de organizaciones internacionales y actores relacionados, tales como los enfoques del constitucionalismo global, del derecho institucional internacional y del derecho administrativo global. Véase, por ejemplo, Peters, Anne, "Los méritos del constitucionalismo global", *Revista Derecho del Estado*, núm. 40, enero-junio de 2018, pp. 3-20; Schermers, Henry G. y Blokker, Niels M., *International Institutional Law. Unity within Diversity*, 5a. ed., Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2011; Kingsbury, Benedict *et al*., "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, núm. 3-4, 2005, pp. 15-61.

65 Véase Pahuja, Sundhya, *op. cit*., p. 67. Según Dann, esta visión sigue vigente en parte del personal actual del Banco, véase Dann, Philipp, *The Law of Development Cooperation...*, *cit*., p. 194.

66 Art. I (i) del Convenio Constitutivo del BIRF; art. I del Convenio Constitutivo de la AIF.

operar por interés propio, sino solo para promover intereses colectivos.[67]

Ahora bien, no todas las actividades del Banco Mundial merecen la misma atención de acuerdo con el paradigma del derecho público. De hecho, revisten particular interés aquellos casos en los que la organización ejerce su poder y que, precisamente, suelen ser los casos que desencadenan mayores controversias. Dicho esto, el enfoque del derecho público atribuye su objeto de estudio no al concepto amplio de poder, sino al concepto más limitado de autoridad, es decir, un poder basado en una competencia legal, como en este caso, el mandato del Banco Mundial. La idea básica de este enfoque es precisamente que cualquier ejercicio de autoridad pública da lugar a cuestiones de legitimidad que requieren ser abordadas a través de un marco de derecho público.[68]

En este sentido, el ejercicio de la autoridad pública internacional implica la capacidad de repercutir en la libertad de otro, sea un individuo o un ente colectivo, así como la *afirmación* de tener la facultad de hacerlo de acuerdo con el derecho internacional.[69] Dichas repercusiones pueden consistir en la restricción de la libertad de los Estados beneficiarios del Banco Mundial, pero también pueden ampliar dicha libertad o condicionar su uso. Las respectivas repercusiones pueden materializarse mediante el cambio de una situación jurídica, que obligue a un actor o persona a actuar de cierta manera; igualmente puede obedecer

---

67 Véase acerca de los aspectos conceptuales Bogdandy, Armin von *et al*., "From Public International to International Public Law...", *cit*., pp. 137-139.

68 Véase también Bogdandy, Armin von *et al*., "Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities", *German Law Journal*, vol. 9, núm. 1, 2008, pp. 1375-1400, en especial pp. 1381 y 1383.

69 Lo anterior no significa que un acto ilegal pierda la calificación de ejercicio de autoridad, ya que pueden presentarse usos ilegales de esta, y en tales casos los actos serán objeto de disputa legal. Así las cosas, vale la pena recordar que dicha comprensión de la autoridad debe distinguirse de la legitimidad: la autoridad está acompañada de un refutable *reclamo* de legitimidad. En el derecho internacional, los dos conceptos suelen presentarse como sinónimos, por ejemplo, en la escuela de *New Haven;* véase Hathaway, James C., "America, Defender of Democratic Legitimacy", *European Journal of International Law*, vol. 11, núm. 1, 2000, pp. 121-134.

al cambio de una situación factual. Otorgar o retener recursos financieros constituye una herramienta poderosa al respecto.

Además, los actos de las instituciones internacionales pueden repercutir en la libertad de los actores al influir en sus conocimientos y percepciones.[70] De este modo, la gobernanza mediante la información se ha convertido en un instrumento particularmente importante a nivel global.[71] Resulta, por tanto, necesario que el constitucionalismo transformador latinoamericano tenga en cuenta los diferentes instrumentos a través de los cuales el Banco Mundial ejerce esa autoridad, que no se limita a los instrumentos de préstamo, sino que va más allá. A continuación se describirán brevemente varios de estos instrumentos clave, con el fin de identificar ejercicios de autoridad pública relevantes y desentrañar su significado para el constitucionalismo transformador.

3.2. Instrumentos que involucran un ejercicio de autoridad pública por el Banco Mundial

3.2.1. Los instrumentos de financiamiento del Banco Mundial

a) El Financiamiento para Políticas de Desarrollo

Las Operaciones de Financiamiento para Políticas de Desarrollo, que reemplazaron a los programas de ajuste estructural,[72] se han convertido en un instrumento fundamental para ejecutar

[70] Respecto a los fundamentos psicológicos, véase Ryan, Richard M. y Deci, Edward L., "Intrinsic and Extrinsic Motivations: Classic Definitions and New Directions", *Contemporary Educational Psychology*, vol. 25, núm. 1, 2000, pp. 54-67.

[71] Véase, por ejemplo, Davis, Kevin E. *et al.*, "Introduction: Global Governance by Indicators", en Davis, Kevin E. *et al.* (eds.), *Governance by Indicators. Global Power through Quantification and Rankings*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 3-28 y las otras contribuciones en dicho volumen.

[72] Sobre este cambio, véase Dann, Philipp, *The Law of Development Cooperation...*, *cit*., pp. 413-415.

la agenda del Banco Mundial.[73] A pesar de que los estatutos del BIRF y de la AIF contemplan préstamos que no estén relacionados con proyectos de inversión específicos, excepto "en circunstancias especiales",[74] este tipo de financiamiento ha llegado a representar alrededor de 50% de las actividades crediticias del Banco en algunos años.[75]

Esto también tiene implicaciones para los objetivos del constitucionalismo transformador latinoamericano. Los efectos sociales de los Préstamos para Políticas de Desarrollo, a diferencia de los del Financiamiento de Políticas de Inversión, suelen ser de naturaleza indirecta y puede ser que se materialicen únicamente después de un cierto tiempo.[76] En particular, las condiciones asociadas a un Préstamo para Políticas de Desarrollo permiten requerir a un gobierno que adopte políticas que afecten negativamente a los derechos económicos y sociales y que, por ende, obstaculicen el proyecto del constitucionalismo transformador.[77] Una vez formulada esta aseveración, es conveniente poner de relieve que préstamos de este tipo también han sido otorgados, entre otros propósitos, para facilitar el acceso a servicios públicos, como la

---

73 Véase Banco Mundial, *Bank Policy on Development Policy Financing*, 2 de agosto de 2017, OPS5.02-POL.105, y Banco Mundial, *Bank Procedure 8.60 on Development Policy Financing*, actualizado en julio de 2014.

74 Art. III sección 4 (vii) del Convenio Constitutivo del BIRF; y art. V sección 1 b) del Convenio Constitutivo de la AIF.

75 Véase Schlemmer-Schulte, Sabine, "International Bank for Reconstruction and Development (IBRD)", en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, t. V, p. 377. Por ejemplo, el monto de los desembolsos brutos del BIRF en Financiamientos para Políticas de Desarrollo representó el grueso de los préstamos desembolsados por el Banco Mundial en América Latina, y ascendió a más de la mitad del total bruto en efectivo del año 2016 (12.068 de 22.532 millones USD). Véase Banco Mundial, *Annual Report 2016*, *cit*., p. 62.

76 Véase Dann, Philipp y Riegner, Michael, *Managing Social and Environmental Risk in World Bank Development Policy Operations*, Bonn/Eschborn, Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, 2015, p. 5.

77 Para ejemplos relacionados sobre todo con los programas de ajuste estructural, véase Darrow, Mac, *op. cit*., pp. 68-70; y Ghazi, Bahram, *op. cit*., pp. 50 y 51.

atención médica y la educación para grupos vulnerables,[78] o para fortalecer las redes de protección social del país.[79] En este orden de ideas, los Préstamos para Políticas de Desarrollo pueden encauzarse para promover los objetivos del constitucionalismo transformador, por ejemplo, reforzando la capacidad del Estado en la implementación de políticas que fomenten la inclusión social.

Aunque cualquier Préstamo para Políticas de Desarrollo está fundamentado en un acuerdo de préstamo entre el Banco Mundial (BIRF o la AIF) y el país prestatario, estas operaciones conllevan una serie de ejercicios de autoridad pública.[80] Esta dimensión se constata en lo relacionado con las decisiones concernientes a la adopción o no de una operación de financiamiento. Lo anterior incluye una decisión del Banco sobre si llevar o no a cabo trabajos preparativos para la operación,[81] una decisión sobre si entrar o no en negociaciones con el país en cuestión,[82] así como una decisión sobre la aprobación final de la operación por el Directorio Ejecutivo o la Administración del Banco Mundial, según el caso.[83] Obtener el apoyo del Banco al respecto puede aumentar considerablemente el margen de maniobra de un determinado gobierno para la implementación de cierto tipo de políticas al otorgarle mayores recursos o —por el contrario— restringir sus posibilidades al negarse a otorgarlos. Dicha situación puede generarse particularmente en países con recursos escasos y evaluaciones negativas de las agencias de calificación, los cuales tienen

78 Véase, por ejemplo, BIRF, *Program Document for a Proposed Loan in the Amount of US$ 400 Million to the State of Bahia..., cit.*, p. 31.

79 Véase BIRF, *Program Document for a Proposed Loan in the Amount of US$100 Million to the Republic of Panama for a First Programmatic Fiscal Management and Efficiency of Expenditures Development Policy Loan*, 21 de marzo de 2011, pp. 34 y 35.

80 Nos ceñimos aquí al procedimiento relativo a los *Préstamos* para Políticas de Desarrollo. El procedimiento referente a las *Garantías* para Políticas de Desarrollo difiere del anterior en varios aspectos. Véase, por ejemplo, Banco Mundial, *Bank Procedure 8.60 on Development Policy..., cit.*, párrs. 2, 4, 9, 11 y 25.

81 *Ibidem*, párr. 2.

82 *Ibidem*, párrs. 4 y 6.

83 *Ibidem*, párrs. 7, 8 y 10.

un acceso limitado al mercado de capitales y suelen depender especialmente de la asistencia financiera.

Tal vez aún más importante desde la perspectiva de la autoridad pública es la condicionalidad que es utilizada en el contexto de los Préstamos para Políticas de Desarrollo. Esta condicionalidad adopta dos modalidades: primero, el Banco puede solicitar acciones previas del país prestatario referidas a reformas económicas o institucionales, entre otros aspectos. La implementación de estas acciones previas es usualmente valorada por los funcionarios de la organización antes de continuar con la negociación del préstamo.[84]

Segundo, se pueden formular condiciones asociadas al acuerdo de préstamo. La documentación sometida a la aprobación del préstamo suele incorporar una "Carta sobre Políticas de Desarrollo" que se requiere del país prestatario para la aprobación del programa correspondiente.[85] Al emitirla, el país se compromete a tomar acciones específicas a lo largo del programa.[86] Solo si los directores ejecutivos (o, según el caso, la Administración) del Banco aprueban el préstamo, los documentos legales correspondientes se pueden suscribir.[87] Después de la firma del acuerdo de préstamo, el Banco evalúa la implementación de las condiciones relevantes del programa y puede adoptar medidas en casos de incumplimiento.[88] Dado que los préstamos se suelen pagar por tramos, el fracaso a la hora de alcanzar los objetivos establecidos por los indicadores de rendimiento pertinentes puede conducir, entre otros aspectos, a la retención de partes del préstamo en cuestión.[89]

---

84 *Ibidem*, párrs. 4 y 5.

85 Véase Dann, Philipp, *The Law of Development Cooperation..., cit.*, pp. 423 y 424 (en inglés "Letter of Development Policy", traducción propia).

86 Véase Banco Mundial, *Bank Policy on Development Policy..., cit.*, sección III, párr. 35.

87 Véase Banco Mundial, *Bank Procedure 8.60 on Development Policy...*, *cit.*, párr. 11.

88 *Ibidem*, párr. 23.

89 *Ibidem*, párrs. 17-19; Banco Mundial, *Bank Policy on Development Policy..., cit.*, sección III, párr. 36. Las condiciones de emisión por tramo incluyen la satisfacción del Banco con: "(a) el programa que se está llevando a cabo

El incumplimiento de las condiciones (*ex ante* y *ex post*) puede no solo obstaculizar el acceso a la financiación por parte del Banco y a los demás servicios accesorios, sino también traducirse en una pérdida de reputación para el país. En efecto, la falta de cumplimiento con las condiciones establecidas es entendida frecuentemente por el sector privado como una señal de que el país no es solvente.[90] En consecuencia, el país prestatario puede abstenerse de cumplir tales condiciones a un costo potencialmente alto. Se desprende de lo anterior que no solo la decisión sobre el contenido de las condiciones, sino también los actos que evalúan la implementación y que deciden sobre la aprobación del programa o el desembolso de fondos, constituyen ejercicios de autoridad pública internacional.

b) El Financiamiento para Proyectos de Inversión

El Financiamiento para Proyectos de Inversión constituye uno de los instrumentos más visibles del Banco Mundial, ya que a menudo involucra proyectos de infraestructura a gran escala, como oleoductos o represas. Este instrumento relativo a préstamos y otros tipos de financiamiento, típicamente dirigidos a gobiernos, puede ser de relevancia para el constitucionalismo transformador en varios sentidos. Por un lado, puede afectar negativamente a los derechos de las comunidades locales, en particular a grupos vulnerables, como los pueblos indígenas ubicados en el área donde se pretenda desarrollar un proyecto.[91] Entre

por parte del país miembro; y (b) la adecuación del marco de política macroeconómica del país miembro"; Banco Mundial, *Bank Procedure 8.60 on Development Policy...*, *cit*., párr. 17 (traducción propia). Para mayor información, véase Dann, Philipp, *The Law of Development Cooperation...*, *cit*., p. 422.

90 Véase Weaver, Catherine, *op. cit*., p. 501.

91 Respecto a los pueblos indígenas, véase Munarriz, Gerardo J., *op. cit*. Para un detallado estudio sobre la relevancia de la consulta previa de pueblos indígenas y afrodescendientes para el constitucionalismo transformador en América Latina, véase Herrera, Juan C., *The Right of Cultural Minorities to Binding Consent: Case Study of Judicial Dialogue in the Framework of a* Ius Constitutionale Commune *en América Latina*, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Púbico (MPIL) Research Paper núm. 2017-11, 2017, *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2972026*.

otros, los Proyectos de Inversión pueden requerir reasentamientos con efectos potencialmente adversos en cuanto a la situación económica y al tejido social de las comunidades afectadas.[92] No obstante, el financiamiento de estos proyectos también puede, dependiendo de su diseño concreto, coadyuvar en la realización de los objetivos del constitucionalismo transformador, como el de la inclusión social, por ejemplo, mejorando el suministro de energía en áreas rurales remotas o al proporcionar empleo formal para la población.

Junto a un acuerdo de préstamo con el país en cuestión,[93] el Banco Mundial adopta varias decisiones unilaterales que pueden ser consideradas como ejercicios de autoridad pública por parte del mismo.[94] De forma similar a los Préstamos para Políticas de Desarrollo, estos ejercicios de autoridad pública relativos a los Proyectos de Inversión se encuentran en dos aspectos principales: primero, en la cuestión alusiva a la financiación o no de un proyecto y, segundo, en las condiciones definidas para llevarlo a cabo.[95] Dichas decisiones tienen la potencialidad de afectar la capacidad de un país para materializar un proyecto y, paralelamente, condicionan la manera en que este es llevado a cabo por el país prestatario.[96] Un supuesto característico de políticas que pueden condicionar la manera en que los proyectos son realizados por el país prestatario se configura en las políticas de salva-

92 Véase, por ejemplo, Clark, Dana L., "The World Bank and Human Rights: The Need for Greater Accountability", *Harvard Human Rights Journal*, vol. 15, 2002, pp. 212 y 213, con referencias adicionales.

93 Véase Banco Mundial, *Bank Policy on Investment Project Financing*, 30 de septiembre de 2018, OPS5.03-POL.110, sección III, párrs. 18 y 19.

94 El análisis siguiente se limita al procedimiento relativo a los *préstamos* y no a las *garantías* relacionadas con proyectos de inversión.

95 Además de las que se describen a continuación, otras decisiones que implican ejercicios de autoridad pública incluyen la preparación de adelantos y la financiación adicional. Véase Banco Mundial, *Bank Directive on Investment Project Financing*, 30 de septiembre de 2018, OPS5.03-DIR.110, sección III, párrs. 11-12 y 61.

96 Nótese que los requisitos procesales en ciertas circunstancias pertinentes pueden ser desistidos. Véase Banco Mundial, *Bank Policy on Investment Project Financing..., cit.*, sección V; Banco Mundial, *Bank Directive on Investment Project Financing..., cit.*, sección V.

guarda del Banco,[97] así como en sus políticas anticorrupción y antifraude.[98]

Más específicamente, mediante la "decisión conceptual" que se toma al inicio del proceso, el Banco establece si se debe avanzar o no en la preparación para el Financiamiento de Proyectos de Inversión.[99] En esta etapa también se determina la aplicabilidad de ciertas políticas de salvaguarda ambiental y social que el país prestatario debe observar al realizar el proyecto.[100] Después de la etapa preparatoria, la Administración del Banco puede tomar la decisión de iniciar o no negociaciones formales con el país.[101] Finalmente, la decisión sobre la aprobación del financiamiento del proyecto de inversión es tomada por la Administración del Banco o por el Directorio Ejecutivo.[102] Además, el ejercicio de la autoridad pública se extiende más allá de la aprobación del proyecto. Esto se debe a que, una vez que el acuerdo legal de financiamiento entra en vigor, conforme a las disposiciones del mismo, el Banco tiene, por ejemplo, la potestad de suspender los desembolsos total o parcialmente.[103]

---

97 Para mayor información véase *http://www.worldbank.org/en/programs/environmental-and-social-policies-for-projects/brief/environmental-and-social-safeguards-policies*. Desde octubre de 2018, un nuevo conjunto de políticas de salvaguarda se aplica a Proyectos de Inversión del Banco Mundial aprobados después de su entrada en vigor; véase *Bank Policy on Investment Project Financing...*, *cit*., párr. 9(b). Estas nuevas políticas están disponibles en *http://www.worldbank.org/en/programs/environmental-and-social-policies-for-projects/brief/the-environmental-and-social-framework-esf*. Véase también Dann, Philipp y Riegner, Michael, *Safeguard-Review der Weltbankgruppe. Ein neuer Goldstandard für das globale Umwelt- und Sozialrecht?*, Bonn/Eschborn, Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, 2017.

98 Véase, en particular, Banco Mundial, *Bank Directive, Guidelines on Preventing and Combating Fraud and Corruption in Projects Financed by IBRD Loans and IDA Credits and Grants (Revised as of July 1, 2016)*, 19 de julio de 2016, párrs. 3-6, 9 y 10.

99 Véase Banco Mundial, *Bank Directive on Investment Project Financing..., cit*., sección III, párr. 9 (traducción propia).

100 *Idem*.

101 *Ibidem*, párr. 17.

102 *Ibidem*, párrs. 28, 30 y 34.

103 Véase Banco Mundial, *Bank Policy on Investment Project Financing..., cit*., párr. 27; Banco Mundial, *Bank Directive on Investment Project Financing...*, *cit*., párr. 44.

3.2.2. Otros instrumentos

a) Los Marcos de Alianza con el País

Los Marcos de Alianza con el País (MAP) son el instrumento estratégico principal del GBM para la programación de sus actividades en los países.[104] Cubre un periodo de entre cuatro y seis años, y se elabora para cualquier país donde el BIRF, la AIF o un fondo fiduciario administrado por el Banco Mundial estén llevando a cabo —o proyecten llevar a cabo— actividades.[105] Sobre la base de la estrategia de desarrollo del país en cuestión, los MAP establecen varios objetivos de desarrollo que se deben alcanzar en un determinado periodo.[106] Asimismo, describen las intervenciones principales del GBM contempladas para implementar estos objetivos[107] y pueden establecer importantes indicativos de los recursos financieros que estarán disponibles durante el periodo de su implementación.[108]

Al definir la agenda del Banco Mundial en un país concreto, los MAP pueden tener implicaciones en relación con los objetivos del constitucionalismo transformador latinoamericano. En particular, la inclusión social encuentra un abordaje directo por los MAP, por ejemplo, el relativo a Honduras prevé entre sus pautas aumentar la cantidad de hogares indígenas y afrohondureños

---

104 El MAP reemplazó el anterior mecanismo de programación, denominado Estrategia de Asistencia de País del Banco Mundial. Véase Banco Mundial *et al.*, *World Bank Group: A New Approach...*, *cit.*, en especial párr. 9. Dicho instrumento es parte integrante de un proceso más amplio. Esto implica en particular un "Diagnóstico Sistemático de País", lo cual es la base analítica de los MAP. Para más información, véase Grupo del Banco Mundial, *Guidance on Systematic Country Diagnostic*, 12 de marzo de 2019, OPS5.01-GUID.111. Otros componentes son las evaluaciones que el Banco realiza durante y al final del periodo del MAP. Véase Grupo del Banco Mundial, *World Bank Group Directive on Country Engagement*, 1 de julio 2014, OPCS 5.01-DIR.01, sección III, párrs. 10 y 11.

105 *Ibidem*, sección III, párr. 7. Cuando la planificación por un tal periodo no es posible, se adopta una "Nota de Colaboración con el País" (traducción propia). *Ibidem*, sección III, párrs. 12-14.

106 Véase Grupo del Banco Mundial, *World Bank Group Guidance on Country Engagement*, 28 de septiembre de 2018, OPS5.01-GUID.110, sección III, párr. 3.

107 *Ibidem*, sección III, párr. 35 (traducción propia).

108 *Ibidem*, sección III, párr. 45.

que se benefician de programas de asistencia social en el marco del pilar "Fomentar la Inclusión".[109] Del mismo modo, el MAP sobre Guatemala incluye como objetivo el mayor acceso a servicios básicos, en conexión con el pilar "Promoción de la inclusión de los grupos vulnerables".[110]

El Banco debe preparar el MAP "en estrecha cooperación con el gobierno";[111] no obstante, el Banco tiene el liderazgo y el rol principal, pues todos son elaborados por un equipo de trabajo, compuesto por el personal de la BIRF, la AIF, la CFI y la OMGI, según sea el caso, y son aprobados por las respectivas instituciones mediante una decisión unilateral.[112]

Al respecto, los MAP no solo retoman las propuestas presentadas por el país en cuestión, sino que también tienen en cuenta las áreas que el GBM considera cruciales para la realización de los objetivos de "reducir la pobreza y promover la prosperidad compartida"[113] y en las que ve su ventaja comparativa.[114] En especial para los primeros dos años del periodo de implementación, el MAP debería establecer de una forma "bien definida" las actividades que las instituciones del GBM deben realizar.[115] Aunque las actividades mencionadas en el MAP deben ser indicativas en lugar de "restringir la flexibilidad del equipo del país para responder con diferentes instrumentos durante el periodo del MAP, [todas] las actividades principales que puedan diseñarse durante el periodo del MAP" deben apoyar a un objetivo de

109 AIF *et al.*, *Country Partnership Framework for the Republic of Honduras for the period FY16-FY20*, 13 de noviembre de 2015, pp. 51 y 52 (traducción propia).

110 BIRF *et al.*, *Marco de Alianza con el País para la República de Guatemala para el periodo 2017-2020*, 12 de octubre de 2016, p. 42.

111 Grupo del Banco Mundial, *World Bank Group Directive on Country..., cit.*, sección III, párr. 15 (traducción propia).

112 Véase Grupo del Banco Mundial, *World Bank Group Guidance on Country..., cit.*, párr. 13.

113 Al respecto, véase también Grupo del Banco Mundial, *A Stronger, Connected, Solutions World Bank Group. An Overview of the World Bank Group Strategy*, Washington, 2014, en especial pp. 1-5.

114 Grupo del Banco Mundial, *World Bank Group Guidance on Country..., cit.*, párr. 29 (traducción propia); véase también *ibidem*, párr. 30.

115 *Ibidem*, párr. 34 (traducción propia).

este.[116] Estos objetivos se concretan a través de la "matriz de resultados" del MAP, que incluye indicadores para evaluar el progreso y el cumplimiento de los objetivos relevantes.[117]

En vista de lo anterior, la ambivalencia de la autoridad del Banco Mundial vuelve a manifestarse. Por un lado, la definición de objetivos e indicadores de progreso en los MAP puede aumentar la capacidad de los Estados para implementar sus objetivos de desarrollo y para materializar la agenda del constitucionalismo transformador. Por el otro, puede ser difícil obtener el respaldo del GBM para actividades que no están previstas en el MAP correspondiente.[118] Por consiguiente, este puede impactar la agenda de desarrollo nacional, aunque de manera menos directa que en el caso de los instrumentos de financiamiento del Banco Mundial.

b) Evaluaciones de Política Nacional

El término "Evaluación de Política Nacional" abriga una variada gama de instrumentos que pueden ser entendidos como instrumentos de gobernanza a través de la información.[119] Las Evaluaciones de Política Nacional se destacan como un tipo de instrumento de las instituciones internacionales por medio del cual se hace pública la información relacionada con las políticas y medidas adoptadas a nivel interno.

Este mecanismo implica una atribución de objetividad basada en *datos empíricos*.[120] Las Evaluaciones de Política Nacional, que normalmente se manifiestan como *soft law* o instrumentos no vinculantes, se caracterizan por estar acompañadas del poder comunicativo suficiente para que los gobiernos y otros determinados actores solo puedan llegar a ignorarlas a cierto cos-

116 *Ibidem*, párr. 36 (traducción propia).

117 *Ibidem*, párrs. 41 y 42.

118 En la misma línea, pero sobre las predecesoras de los MAP, las Estrategias de Asistencia de País, véase Dann, Philipp, *The Law of Development Cooperation...*, *cit*., p. 325. También *cfr*. Banco Mundial, *Bank Policy on Investment Project Financing...*, *cit*., sección III, párr. 4.

119 Véase Bogdandy, Armin von y Goldmann, Matthias, "The Exercise of International Public Authority through National Policy Assessment. The OECD's PISA Policy as a Paradigm for a New International Standard Instrument", *International Organizations Law Review*, vol. 5, núm. 2, 2008, p. 286.

120 *Ibidem*, p. 287 (traducción propia).

to.[121] Las Evaluaciones de Política Nacional pueden manifestarse, por ejemplo, como recomendaciones sobre políticas y, a la vez, combinarse con monitoreo periódico.[122] Otro tipo de evaluación consiste en clasificaciones por países respecto a una o varias cuestiones específicas relativas a políticas nacionales, las cuales incentivan a los gobiernos a revisar sus programas para mejorar su posición en los *rankings*.[123] En este sentido, un factor importante que contribuye a la efectividad de tales mecanismos radica en su naturaleza iterativa, que incentiva a los países a ajustar sus políticas en un periodo determinado.[124]

Con respecto al Banco Mundial, destacan varios indicadores que el organismo ha desarrollado para diversos fines. A manera de ejemplo cabe mencionar la Evaluación de Políticas e Instituciones Nacionales (EPIN),[125] que mide la adecuación a ciertos criterios de las políticas de países de bajos y medianos ingresos en áreas que van desde la política tributaria y la gestión de la deuda, pasando por el comercio y materias financieras, hasta la política social y la "buena gobernanza".[126] La EPIN puede influenciar a los gobiernos nacionales de diferentes maneras.

En cuanto a países beneficiarios de la AIF, la puntuación se incorpora a una fórmula que se utiliza para establecer la cantidad de fondos que la AIF destinará por país.[127] En este orden de

121 Véase *ibidem*, p. 288.

122 Véase Schuler, Gefion, "'National Policy Assessment' as a Standard Form of International Organisations. The Example of the OECD Anti-Bribery Policy", *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 72, 2012, p. 413.

123 Véase Bogdandy, Armin von y Goldmann, Matthias, *op. cit*., p. 288.

124 *Idem*.

125 Sobre los orígenes del EPIN, véase Restrepo, David, "Transnational Legal Indicators: The Missing Link in a New Era of Law and Development", en Fortes, Pedro *et al*. (eds.), *Law and Policy in Latin America. Transforming Courts, Institutions and Rights*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2017, pp. 98 y 99.

126 Véase, por ejemplo, Grupo de Evaluación Independiente, *The World Bank's Country Policy and Institutional Assessment. An IEG Evaluation*, Washington, Banco Mundial, 2010, pp. 4 y 5.

127 Véase Riegner, Michael, "Governance Indicators in the Law of Development Finance: A Legal Analysis of the World Bank's 'Country Policy and Institutional Assessment'", *Journal of International Economic Law*, vol. 19, núm. 1, 2016, p. 12.

ideas, los indicadores de la EPIN figuran en el diseño de los MAP y, por tanto, pueden tener efectos sobre los contenidos de los programas de asistencia financiera, así como de proyectos específicos.[128] Asimismo, la EPIN tiene influencia en el contenido de la asistencia técnica y el asesoramiento sobre políticas, así como sobre los inversores privados y las agencias de calificación.[129]

Quizá el instrumento de Evaluación de Política Nacional más conocido del Banco Mundial es su informe *Doing Business,* preparado por funcionarios de este organismo con base en la información provista por expertos locales, esta publicación anual clasifica el marco regulatorio en alrededor de 190 países en función de la medida en la que supuestamente favorezcan las actividades empresariales. El informe *Doing Business* abarca 11 áreas, que incluyen la apertura de un negocio, la obtención de crédito, el registro de propiedades, el pago de impuestos y la regulación del mercado de trabajo, entre otros parámetros.[130] Diversos analistas han argumentado que, al evaluar a los países sobre la base de la "flexibilidad" de su legislación en los respectivos campos, el *Doing Business* tiende a favorecer la desregulación sin una adecuada consideración de las funciones y los beneficios de la legislación en concreto[131] o del contexto socioeconómico local.[132]

---

128 *Ibidem*, pp. 12 y 13.

129 *Ibidem*, p. 13.

130 Véase la versión en español del sitio web de *Doing Business, http://espanol.doingbusiness.org/*. A manera de ejemplo, Banco Mundial, *Doing Business 2018. Reforming to Create Jobs*, Washington, 2017, p. 2.

131 Respecto a los indicadores "apertura de un negocio" y "registro de propiedades", véase Kern, Christoph, "Die Doing-Business-Reports der Weltbank – fragwürdige Quantifizierung rechtlicher Qualität?", *Juristenzeitung*, vol. 64, núm. 10, 2009, pp. 502 y 503. En relación con el indicador "regulación del mercado laboral", véase Santos, Alvaro, "Labor Flexibility, Legal Reform, and Economic Development", *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, núm. 1, 2009, pp. 43-106, en especial pp. 73 y 74; Lee, Sangheon *et al.*, "The World Bank's 'Employing Workers' Index: Findings and critiques. A review of recent evidence", *International Labour Review*, vol. 147, núm. 4, 2008, pp. 421-426.

132 Véase Faúndez, Julio, *op. cit*., pp. 194 y 195; Santos, Alvaro, "The World Bank's Uses...", *cit*., pp. 294 y 295.

El carácter problemático del *Doing Business* también se reflejó en una controversia reciente, relativa a la clasificación de Chile en dicho informe y atinente a la metodología para determinar la puntuación de un país. En una entrevista con el *Wall Street Journal* que recibió una gran atención, el entonces economista jefe del Banco Mundial, Paul Romer, criticó los cambios metodológicos del *Doing Business* por provocar impresiones equivocadas y expresó la sospecha de que estaban políticamente motivados.[133] A partir de estos cambios, la clasificación de Chile aumentó durante el gobierno conservador de Piñera y después se redujo considerablemente durante el gobierno de izquierda de Bachelet.[134] Aunque Romer declaró más adelante que no le constaba ninguna manipulación política al respecto,[135] sus declaraciones desencadenaron un intenso debate sobre la confiabilidad de la metodología del *Doing Business*, y pusieron de relieve deficiencias en términos de conflictos de interés, control de calidad y rendición de cuentas.[136]

Los informes *Doing Business* se han convertido en una de las publicaciones más leídas del Banco Mundial y en un recurso clave para los responsables de la formulación de políticas nacionales, el cual ha determinado la agenda política de varios países.[137] Su influencia es particularmente palpable en países con escasez

133 Véase Zumbrun, Josh y Talley, Ian, "World Bank Unfairly Influenced Its Own Competitiveness Rankings", *Wall Street Journal*, 12 de enero de 2018, *https://www.wsj.com/amp/articles/world-bank-unfairly-influenced-its-own-competitiveness-rankings-1515797620?__twitter_impression=true*.

134 *Idem*.

135 Véase Romer, Paul, *My Unclear Statements about the Doing Business Report*, 16 de enero de 2018, *https://paulromer.net/my-unclear-comments-about-the-doing-business-report/*.

136 Véase Riegner, Michael, "Cheating Chile. The (Il)legality of Information and the World Bank's "Doing Business" Ranking", *Völkerrechtsblog*, 19 de enero de 2018, *https://voelkerrechtsblog.org/cheating-chile/*.

137 Véase, por ejemplo, Krever, Tor, *op. cit.*, p. 315. Para ejemplos al respecto, véase Michaels, Ralf, "Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law", *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, núm. 4, 2009, p. 772.

de datos disponibles sobre la regulación interna.[138] Además, estos informes sirven como referencia para la labor política y las condiciones de los préstamos del Banco Mundial y el FMI[139] y, por tanto, pueden ejercer una fuerte influencia en países receptores de asistencia financiera de las mencionadas instituciones. Aunado a ello, son tomados en cuenta por empresas privadas para adoptar sus decisiones comerciales, debido a lo cual las calificaciones bajas pueden influir en la cantidad de inversión extranjera directa en los países afectados.[140] En suma, las Evaluaciones de Política Nacional del Banco Mundial constituyen un mecanismo poderoso para influenciar las políticas nacionales en el ámbito económico y social, lo cual hace que sean altamente relevantes para el constitucionalismo transformador.

4. Facilitar el acercamiento de las actividades del Banco Mundial al constitucionalismo transformador latinoamericano

En la tercera sección se ha proporcionado un análisis jurídico sobre cómo el Banco Mundial ejerce autoridad pública y a través de ello puede afectar la realización de los objetivos del constitucionalismo transformador latinoamericano. En esta sección se exploran posibles pasos para disminuir la tensión entre las actividades del Banco Mundial y dichos objetivos, así como vías que permitan un acercamiento entre ambos. Si bien no se aborda en detalle cada uno de los instrumentos del Banco Mundial, sí se examinan las cuestiones transversales en cuanto a dichos instrumentos.

---

138 *Cfr*. Berg, Janine y Cazes, Sandrine, "Policymaking Gone Awry: The Labor Market Regulations of the Doing Business Indicators", *Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 29, núm. 4, 2008, p. 350 acerca de la regulación laboral.

139 Para ejemplos, véase Bakvis, Peter, "The World Bank's Doing Business Report: A Last Fling for the Washington Consensus?", *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 15, núm. 3-4, 2009, p. 427.

140 Hasta el momento, la evidencia relativa al uso de los informes *Doing Business* por parte del sector privado es escasa. Véase Michaels, Ralf, *op. cit*., p. 772.

4.1. Enmarcar y controlar la autoridad pública del Banco: consideraciones generales

Un acercamiento de las actividades del Banco Mundial al constitucionalismo transformador latinoamericano puede ser facilitado mediante el refuerzo de mecanismos de control en el marco del derecho público. Se trata de una temática que está vinculada a distintos debates jurídicos.[141] Mientras que en algunos casos los mecanismos existentes pueden ser ampliados o reforzados, en otros es necesaria la creación de nuevos mecanismos. Estos podrían adoptar diferentes formas, las cuales dependerán del instrumento en concreto. Sobre la base del análisis expuesto queda claro que tales mecanismos hacen falta no solo para los instrumentos de financiamiento del Banco, sino también para sus otros instrumentos de gobernanza, tanto en una dimensión sustantiva como procesal.

4.1.1. La dimensión sustantiva

Primeramente, se plantea la pregunta de qué temas puede o debe tener en cuenta el Banco Mundial al llevar a cabo sus actividades. Esta cuestión está vinculada a la interpretación de los mandatos de sus instituciones, el BIRF y la AIF,[142] cuyos convenios consti-

[141] Esto incluye los debates sobre la relación entre las IFI y los derechos humanos, sobre el derecho global administrativo y las IFI, así como el debate general sobre cómo mejorar los mecanismos de rendición de cuentas del Banco Mundial. Véase, por ejemplo, Skogly, Sigrun, *The Human Rights Obligations of the World Bank and the International Monetary Fund*, London/Sydney, Cavendish, 2001; Saper, Benjamin M., "The International Finance Corporation's Compliance Advisor Ombudsman (CAO): An Examination of Accountability and Effectiveness from a Global Administrative Law Perspective", *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 44, núm. 4, 2012, pp. 1279-1329; Naudé Fourie, Andria, *The World Bank Inspection Panel and Quasi-Judicial Oversight. In Search of the 'Judicial Spirit' in Public International Law*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2009; Fujita, Sanae, *The World Bank, Asian Development Bank and Human Rights. Developing Standards of Transparency, Participation and Accountability*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013.

[142] Véase al respecto Dann, Philipp, *The Law of Development Cooperation...*, *cit*., pp. 183, 184 y 193.

tutivos enfatizan el "desarrollo" como su propósito principal.[143] Por otra parte, los convenios constitutivos de ambas instituciones contienen disposiciones concretas que prohíben interferir "en asuntos políticos de ningún miembro",[144] exigencia conocida como "cláusula de prohibiciones políticas".[145]

Durante algún tiempo, el Banco Mundial interpretó su mandato de manera restringida, enfocándose sobre todo en el desarrollo económico;[146] sin embargo, progresivamente ha adoptado una interpretación más amplia, al hacer uso de las formulaciones indeterminadas contenidas en las disposiciones de dicho mandato[147] para redefinir los límites de lo "económico" y lo "político".[148] Hoy en día, la posición predominante al interior del Banco Mundial es que el concepto de "desarrollo" abarca diversas áreas tales como "desarrollo humano, educación, gobernanza e instituciones, desarrollo social e incluso temas como la inclusión, cohesión, participación, rendición de cuentas e igualdad".[149]

Desde la perspectiva del constitucionalismo transformador latinoamericano, la relación entre las actividades del Banco Mundial y los derechos humanos es de particular importancia y ha sido objeto de un intenso debate en las últimas décadas.[150] Si bien la

143 Véase art. I del Convenio Constitutivo del BIRF; y art. I del Convenio Constitutivo de la AIF.

144 Véase art. IV, sección 10 del Convenio Constitutivo del BIRF; y art. V, sección 6 del Convenio Constitutivo de la AIF.

145 Véase sobre esta cláusula Cissé, Hassane, "Should the Political Prohibition in Charters of International Financial Institutions Be Revisited? The Case of the World Bank", *World Bank Legal Review*, vol. 3, 2012, pp. 59-92.

146 Véase, por ejemplo, McBeth, Adam, *op. cit.,* p. 175.

147 Véase al respecto también Killinger, Stefanie, *The World Bank's Non-Political Mandate*, Colonia *et al*., Carl Heymanns Verlag, 2003, pp. 74 y 163.

148 Véase desde una perspectiva crítica Pahuja, Sundhya, *op. cit*., pp. 238 y 239.

149 Leroy, Anne-Marie, *Legal Note on Bank Involvement in the Criminal Justice Sector*, 9 de febrero de 2012, párr. 10 (traducción propia). Véase también Wouters, Jan y Cogolati, Samuel, "Taking Sustainable Development Goal 17 Seriously. The World Bank's Legal Framework for Providing Global Public Goods", *World Bank Legal Review*, vol. 7, 2016, p. 195 con referencias adicionales.

150 Entre muchos otros, véase McBeth, Adam, *op. cit*., p. 179 y ss.; McInerny-Lankford, Siobhán, "International Financial Institutions and Human

mayoría de la literatura académica sostiene que el Banco Mundial está obligado a proteger, al menos, ciertos derechos humanos,[151] el Banco sigue siendo reacio a reconocer formalmente que está sujeto a obligaciones internacionales en esta materia.[152]

La visión del Banco acerca de los derechos humanos ha evolucionado con el tiempo.[153] Si bien no existe una opinión oficial del Directorio Ejecutivo del Banco Mundial al respecto, en una opinión jurídica preparada por el antiguo consejero general, Roberto Dañino Zapata, se perfilan varios escenarios en los cuales los temas de derechos humanos pueden ser significativos para la institución.[154] Si bien esta opinión nunca fue presentada al Directorio Ejecutivo del Banco,[155] algunos altos funcionarios con-

Rights: Selected Issues on Legal Obligations", en Bradlow, Daniel D. y Hunter, David B. (eds.), *International Financial Institutions & International Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2010, pp. 239-285.

151 Véase Skogly, Sigrun, *The Human Rights Obligations..., cit*., en especial p. 173; Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 151 y 152; Goldmann, Matthias, "Human Rights and Sovereign Debt Workouts", en Bohoslavsky, Juan Pablo y Letnar Cernic, Jernej (eds.), *Making Sovereign Financing and Human Rights Work*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 92-95.

152 Véase Genugten, Willem van, *The World Bank Group, the IMF and Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 3-5. Respecto a las dinámicas internas, véase Sarfaty, Galit A., "Why Culture Matters in International Institutions: The Marginality of Human Rights at the World Bank", *American Journal of International Law*, vol. 103, núm. 4, 2009, pp. 647-683, en especial pp. 659-667 y 673-676.

153 Para una descripción sucinta, véase Kinley, David, "Human Rights and the World Bank: Practice, Politics, and Law", *World Bank Legal Review*, vol. 2, 2006, pp. 361 y 362.

154 Véase Zhou, Suzanne, "Reassessing the Prospects of a Human Rights Safeguard Policy at the World Bank", *Journal of International Economic Law*, vol. 15, núm. 3, 2012, pp. 830 y 831. También su predecesor Ibrahim Shihata se había pronunciado sobre la relevancia de los derechos humanos para el Banco Mundial, aunque lo hizo de una manera más comedida; Véase, por ejemplo, Sarfaty, Galit A., *Values in Translation. Human Rights and the Culture of the World Bank*, Stanford, Stanford University Press, 2012, pp. 59 y 60 y 64-66.

155 Véase Sarfaty, Galit A., "Why Culture Matters...", *cit*., p. 666. El poder de la interpretación autorizada del Convenio Constitutivo recae en el Directorio Ejecutivo del Banco Mundial y, como último recurso, en la Junta de

sideran que la misma ha contribuido a dar forma a la postura del organismo sobre derechos humanos y ha facilitado que estos se tengan en cuenta en sus operaciones.[156] Por otra parte, la versión más reciente de las políticas de salvaguarda del Banco, adoptada en agosto de 2016, señala que "las actividades del Banco Mundial respaldan la materialización de los derechos humanos expresados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos",[157] por lo que se podría pensar que el Banco ya reconoce el concepto de los derechos humanos como un todo.[158]

Estas políticas de salvaguarda contienen, como se mencionó, exigencias normativas relacionadas con los derechos humanos que abarcan la protección de los pueblos indígenas[159] y de otras comunidades afectadas, por ejemplo, acerca de cuestiones relativas a la adquisición y al uso de la tierra, así como a reasentamientos involuntarios.[160] Recientemente, también se han incorporado requisitos relativos a las condiciones laborales de los trabajadores involucrados en proyectos financiados por el Banco.[161]

Gobernadores. Véase art. IX(a) y (b) del Convenio Constitutivo del BIRF; art. X(a) y (b) del Convenio Constitutivo de la AIF.

156 Véase Cissé, Hassane, "Should the Political Prohibition...", *cit*., pp. 73 y 74 con referencias adicionales.

157 Véase Banco Mundial, *Marco Ambiental y Social. Una Visión para el Desarrollo Sostenible*, 4 de agosto de 2016, párr. 3.

158 Véase, en este sentido, Dann, Philipp y Riegner, Michael, *Safeguard-Review der Weltbankgruppe..., cit*., p. 16. Los autores señalan que antes el Banco Mundial limitaba sus declaraciones de derechos humanos a los derechos económicos y sociales, véase *idem*.

159 Véase Banco Mundial, *Operational Policy 4.10. Indigenous Peoples*, adoptada en julio de 2005, revisada en 2013. Desde octubre de 2018, un nuevo instrumento es aplicable; véase Banco Mundial, *Estándar Ambiental y Social 7: Pueblos Indígenas/Comunidades Locales Tradicionales Históricamente Desatendidas de África Subsahariana*, adoptado el 4 de agosto de 2016. Véase la página correspondiente del Banco Mundial, *http://www.bancomundial.org/es/projects-operations/environmental-and-social-framework*.

160 Véase, por ejemplo, Banco Mundial, *Operational Policy 4.12. Involuntary Resettlement*, adoptada en diciembre de 2001, revisada en abril de 2013. Un nuevo instrumento es aplicable desde octubre de 2018; véase Banco Mundial, *Estándar Ambiental y Social 5: Adquisición de Tierras, Restricciones sobre el Uso de la Tierra y Reasentamiento Involuntario*, adoptado el 4 de agosto de 2016.

161 Véase Banco Mundial, *Estándar Ambiental y Social 2: Trabajo y Condiciones Laborales*, adoptado el 4 de agosto de 2016.

Aceptada esta premisa cabe advertir que existen distintas limitaciones de las políticas de salvaguarda del Banco Mundial. Estas —al margen de las críticas vinculadas con el estándar de protección en varias áreas—[162] no incluyen un enfoque integral en relación con los derechos humanos.[163] Asimismo, el ámbito de aplicación de dichas políticas está sometido a restricciones. En particular, las nuevas políticas de salvaguarda permiten en ciertos casos un desplazamiento de responsabilidad del Banco al prestatario en relación con las cuestiones sociales y ambientales, ya que la normativa de la institución puede, según determinados criterios, ser reemplazada por el propio marco legal y administrativo del prestatario.[164]

Por otra parte, el alcance de estos instrumentos está limitado al Financiamiento de Proyectos de Inversión del Banco Mundial y la organización no cuenta con tales políticas para sus otros instrumentos.[165] Sin embargo, el hecho de que estos constituyan ejercicios de autoridad pública conlleva —desde una perspectiva de derecho público— la necesidad de asegurar su conformidad con los estándares de derechos humanos. Es por ello que se pue-

[162] Véase, por ejemplo, Errico, Stefania, "The World Bank and Indigenous Peoples: The Operational Policy on Indigenous Peoples (O.P. 4.10.) Between Indigenous Peoples' Rights to Traditional Lands and to Free, Prior, and Informed Consent", *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 13, núm. 4, 2006, pp. 367-390; con referencias adicionales Ebert, Franz Christian, "Labour Standards and the World Bank. Analysing the Potential of Safeguard Policies for Protecting Workers", en Gött, Henner (ed.), *Labour Standards in International Economic Law*, Cham, Springer, 2018, pp. 284-288. Para un análisis matizado de los nuevos estándares en materia de pueblos indígenas véase Azzarello, Severa, "The World Bank's Environmental and Social Standard on Indigenous Peoples: A Case Study on Global Governance", *Verfassung und Recht in Übersee*, vol. 50, núm. 2, 2017, pp. 135-155.

[163] Véase para una crítica contundente Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, A/70/274, 4 de agosto de 2015, párr. 68.

[164] Véase al respecto Dann, Philipp y Riegner, Michael, *Safeguard-Review der Weltbankgruppe..., cit*., pp. 15 y 16; Ebert, Franz Christian, *op. cit*., pp. 297 y 298.

[165] Para algunas de estas actividades se prevén evaluaciones de impacto social; véase la sección 4.1.2.

den argüir razones de peso para someter estos instrumentos a políticas similares en función de los problemas que pueden entrañar para los derechos humanos.

4.1.2. La dimensión procesal

Los principios esenciales a nivel procesal que debería tener en cuenta el Banco Mundial son, entre otros, la transparencia, la participación y la revisión.[166] La transparencia se ha considerado un precepto clave para la rendición de cuentas de las instituciones internacionales y otros actores globales.[167] En la actualidad, el Banco ha adoptado una política específica en la materia.[168] Junto a la regulación del principio de publicidad sobre cualquier documento, salvo disposición específica en contrario, la política contiene normas detalladas en cuanto al acceso a estos.[169] Adicionalmente, se ha establecido un recurso contra las decisiones negativas del Banco en materia de acceso a la información, primero ante un comité competente al efecto y luego ante una junta de apelaciones compuesta por expertos externos.[170]

---

166 A manera de ejemplo, véase Kingsbury, Benedict *et al*., *op. cit*., pp. 37-40. Sobre la importancia de los principios procedimentales en el campo internacional, véase también Ulfstein, Geir, "Institutions and Competences", en Klabbers, Jan *et al*., *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 62 y 63.

167 Véase Hale, Thomas N. y Slaughter, Anne-Marie, "Transparency: Possibilities and Limitations", *Fletcher Forum of World Affairs*, vol. 30, núm. 1, 2006, p. 154.

168 Véase Banco Mundial, *Bank Policy on Access to Information*, EXC4.01-POL.01 del 1 de julio de 2015. Para un análisis detallado de la anterior política de acceso a la información del Banco, véase Gartner, David, "Uncovering Bretton Woods: Conditional Transparency, the World Bank, and the International Monetary Fund", *George Washington International Law Review*, vol. 45, núm. 1, 2013, pp. 121-148, especialmente pp. 127-137.

169 Véase Banco Mundial, *Bank Policy on Access to Information...*, *cit*., sección III B, párrs. 1-6.

170 *Ibidem*, sección III, párr. 8. Para mayor información véase Dann, Philipp, *The Law of Development Cooperation...*, *cit*., pp. 458 y 459; Dann, Philipp, "Der Zugang zu Dokumenten im Recht der Weltbank. Kosmopolitische Tendenzen im Internationalen Verwaltungsrecht?", *Die Verwaltung*, vol. 44, núm. 3, 2011, pp. 313-325.

Del mismo modo, se han integrado elementos participativos en algunos de los procedimientos del Banco Mundial,[171] por ejemplo, las políticas internas con respecto a las actividades de Préstamos para Proyectos de Inversión prevén consultas con los principales interesados sobre los impactos ambientales y sociales correspondientes en el periodo previo a un proyecto.[172] Además, en los Marcos de Alianza con el País se exigen consultas con representantes de la sociedad civil, empresas y otros actores.[173] Por el contrario, en el Financiamiento para Políticas de Desarrollo, las consultas principalmente se llevan a cabo en la medida en que esté previsto en la legislación nacional,[174] mientras que no parece que existan requisitos formales de participación para las evaluaciones de políticas nacionales como el EPIN.[175] No obstante, dado que estas implican un ejercicio de autoridad pública, a menudo con efectos sociales tangibles en los países afectados, se considera fundamental establecer mecanismos de participación también para estos instrumentos.[176]

Desde la perspectiva del enfoque del derecho público, resulta de particular interés que el Banco Mundial cuente con sólidos mecanismos de revisión para sus actividades. Efectivamente, el

171 Véase Hunter, David, "International Law and Public Participation in Policy-Making at the International Financial Institutions", en Bradlow, Daniel D. y Hunter, David B. (eds.), *International Financial Institutions & International Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2010, pp. 199-238.

172 Véase, por ejemplo, Banco Mundial, *Política Ambiental y Social del Banco Mundial para el Financiamiento de Proyectos de Inversión*, adoptado el 4 de agosto de 2016, párrs. 53-55; y análisis adicional en López-Jacoiste Díaz, Eugenia, *El Banco Mundial...*, *cit*., pp. 303-306.

173 Véase Grupo del Banco Mundial, *World Bank Group Guidance on Country...*, *cit*., párrs. 17-20.

174 Véase Banco Mundial, *Bank Policy on Development Policy...*, *cit*., sección III, párr. 9; y más en detalle Riegner, Michael, *Informationsverwaltungsrecht internationaler Institutionen. Dargestellt am Entwicklungsverwaltungsrecht der Weltbank und Vereinten Nationen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, pp. 343 y 344.

175 Véase Riegner, Michael, "Governance Indicators in the Law...", *cit*., pp. 14 y 15.

176 Para reflexiones sobre el tema véase van Genugten, Willem, *op. cit*., pp. 50 y 51.

Banco ha creado un mecanismo interno de rendición de cuentas cuasijudicial con relativa autonomía,[177] denominado Panel de Inspección, por medio del cual las comunidades locales, pueblos indígenas y otros actores pueden alegar el incumplimiento de las propias políticas de la organización.[178] Sin embargo, los efectos de dicho instrumento en el abordaje de los problemas en los casos concretos han sido considerados insuficientes, y algunas de sus características jurídicas posiblemente obstaculizan su efectividad, así como su accesibilidad para potenciales querellantes.[179] Entre las limitaciones que convendría abordar desde un enfoque de derecho público destacan la falta de capacidad para emitir decisiones vinculantes y determinar reparaciones, así como varias deficiencias en el seguimiento de los casos.[180]

Una limitación adicional del Panel de Inspección concierne a su alcance. Las competencias de este dependen en gran medida

177 El Panel de Inspección es independiente de la Administración del Banco Mundial y responde directamente ante el Directorio Ejecutivo del Banco; véase Bradlow, Daniel, "Private Complainants and International Organizations: A Comparative Study of the Independent Inspection Mechanisms in International Financial Institutions", *Georgetown Journal of International Law*, vol. 36, núm. 2, 2005, p. 412. Para una evaluación al respecto véase Lagerwall, Anne, "Le Panel d'inspection jouit-il de l'indépendance nécessaire pour contrôler les agissements de la Banque Mondiale?", *Revue Belge de Droit International*, vol. 43, núm. 2, 2010, pp. 389-422.

178 Véase respectivamente BIRF y IAF, *Resolución núm. BIRF 93-10 y Resolución núm. AIF 93-6 "The World Bank Inspection Panel"*, 22 de septiembre de 1993; así como Banco Mundial, *The Inspection Panel at the World Bank. Operating Procedures,* abril de 2014.

179 Para una crítica detallada véase, por ejemplo, Nanwani, Suresh, "Holding Multilateral Development Banks to Account: Gateways and Barriers", *International Community Law Review*, vol. 10, núm. 2, 2008, pp. 210-221.

180 Para una evaluación sobre estos (y otros) aspectos, véase Orakhelashvili, Alexander, "The World Bank Inspection Panel in Context. Institutional Aspects of the Accountability of International Organizations", *International Organizations Law Review*, vol. 2, núm. 1, 2005, pp. 57-102, especialmente pp. 100-102; López-Jacoiste, Eugenia, "El control *cuasi jurisdiccional* del Panel de Inspección del Banco Mundial", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 29, 2013, pp. 111-164, en especial pp. 161 y 162; Lukas, Karin, "The Inspection Panel of the World Bank: An Effective Extrajudicial Complaint Mechanism?", *World Bank Legal Review*, vol. 6, 2015, pp. 531-544, en especial p. 544.

del alcance de las políticas del Banco Mundial, en particular de las de salvaguarda,[181] por ejemplo, en la práctica es difícil plantear ante el Panel problemas relacionados con Préstamos para Políticas de Desarrollo.[182] Principalmente, el escrutinio para otros instrumentos, como el *Doing Business* y semejantes Evaluaciones de Políticas Nacionales, consiste solo en la supervisión política general del Directorio Ejecutivo del Banco,[183] así como en las ocasionales evaluaciones del Grupo de Evaluación Independiente.[184] Este tipo de control, en la práctica, suele ser bastante restringido. Por tanto, y dado que dichas actividades también implican un ejercicio de autoridad pública con posibles vulneraciones de los derechos humanos —además de otros principios y objetivos relevantes para el constitucionalismo transformador—, resulta necesario fortalecer el marco institucional en este aspecto.

Otra dimensión procesal importante se refiere a los mecanismos de prevención de impactos adversos, por ejemplo, las nuevas políticas de salvaguarda del Banco Mundial prevén que el prestatario realice una "evaluación social y ambiental" para proyectos de préstamos de inversión.[185] Asimismo, el Banco debe llevar a cabo "la debida diligencia en materia ambiental y social [respecto de] todos los proyectos propuestos para los que se solicita apoyo

181 Véase también van Genugten, Willem, *op. cit*., p. 46.

182 Véase Dann, Philipp y Riegner, Michael, *Managing Social and Environmental Risk..., cit*., p. 6.

183 Véase Dann, Philipp, *The Law of Development Cooperation..., cit*., pp. 456-458.

184 Se trata de evaluaciones generales de las políticas del Banco, pero que no revisan su aplicación en casos específicos. Véase para mayor detalle López-Jacoiste Díaz, Eugenia, *op. cit*., pp. 314 y 315, así como Dann, Philipp, "Accountability in Development Aid Law: The World Bank, UNDP and Emerging Structures of Transnational Oversight", *Archiv des Völkerrechts*, vol. 44, núm. 4, 2006, p. 392.

185 Las características de esta evaluación dependen de los riesgos y potenciales impactos del proyecto en cuestión; véase *Banco Mundial, Estándar Ambiental y Social 1: Evaluación y Gestión de Riesgos e Impactos Ambientales y Sociales*, adoptada el 4 de agosto de 2016, párrs. 23-29. Reglas específicas se aplican, en particular, a proyectos que involucran varios subproyectos y proyectos que implican intermediarios financieros; véase Banco Mundial, *Política Ambiental y Social ..., cit*., párrs. 36-45.

mediante financiamiento para proyectos de inversión".[186] Estas evaluaciones son esenciales para determinar los efectos problemáticos de los proyectos previstos en aspectos relativos a los derechos humanos, entre otros. Dicho esto, el marco existente ha sido criticado, entre otras razones, debido a la excesiva confianza otorgada a las autoevaluaciones de los países prestatarios y por el considerable grado de discrecionalidad de los empleados del Banco en este ámbito.[187] Queda por verse si las nuevas políticas de salvaguarda acabarán resultando efectivas.

De igual modo, se prevén Análisis del Impacto Social y en la Pobreza (AISP) de los Préstamos para Políticas de Desarrollo.[188] Su objetivo es la identificación de los efectos sociales negativos de las políticas contempladas en el contexto de las operaciones de financiamiento para el desarrollo, principalmente sobre los grupos desfavorecidos y vulnerables. De esta manera, los mencionados efectos pueden ser abordados antes o durante la ejecución de la operación.[189] Si bien estos exámenes representan un avance, también se encuentran sujetos a varias limitaciones, como los criterios contenidos en los instrumentos relevantes del Banco Mundial sobre cuándo este tipo de AISP debería ser ejecutado, que han sido objeto de críticas debido a su carácter impreciso.[190] Asimismo, incluso en el caso de políticas respecto a las cuales el Banco identificó probables efectos adversos, no siempre han sido realizadas las evaluaciones correspondientes.[191]

---

186 Véase Banco Mundial, *Política Ambiental y Social..., cit*., párr. 30. De acuerdo con esta normativa, la debida diligencia "se adecuará a la naturaleza y la escala del proyecto, y será proporcional al nivel de riesgos e impactos ambientales y sociales", *ibidem*, párr. 31.

187 Véase sobre estos aspectos Ebert, Franz Christian, *op. cit*., pp. 289 y 290 con referencias adicionales.

188 Véase Banco Mundial, *Bank Policy on Development Policy..., cit*., sección III, párr. 13.

189 Véase al respecto Banco Mundial, *Good Practice Note: Using Poverty and Social Impact Analysis to Support Development Policy Operations*, agosto de 2008.

190 Véase Dann, Philipp y Riegner, Michael, *Managing Social and Environmental Risk..., cit*., p. 10. Véase al respecto Banco Mundial, *Bank Policy on Development Policy..., cit*., sección III, párr. 13.

191 Véase Banco Mundial, *2015 Development Policy Financing Retrospective: Results and Sustainability*, 2015, pp. 38 y 40.

Además, el marco jurídico del Banco no ofrece exactitud con respecto a las medidas que deben ser tomadas por su personal para corregir cualquier efecto desfavorable identificado y, por tanto, no puede asegurar que el resultado del análisis tenga verdadera influencia en sus operaciones.[192]

Aparte de abordar las deficiencias en los mecanismos de evaluación de impacto existentes,[193] parecería trascendente implementar Evaluaciones de Impacto en Derechos Humanos (EIDH), que han sido propugnadas por parte de académicos y representantes de la sociedad civil.[194] Estas podrían facilitar que el Banco sistemáticamente tuviese en cuenta aspectos de los derechos humanos en la aplicación de sus instrumentos, lo que coadyuvaría a la atenuación de las tensiones con el constitucionalismo transformador en América Latina. Ahora bien, para que estas EIDH puedan lograr mayor efectividad, se requiere una metodología sólida que comprenda elementos cuantitativos y cualitativos, así como la participación de las partes interesadas y de los afectados por el instrumento en cuestión.[195] Además, este instrumento necesitaría contar con un marco procesal e institucional apropiado para garantizar la independencia y la disponibilidad de los recursos adecuados para el organismo a cargo de la EIDH, así como una labor de seguimiento acorde con los resultados de la evaluación.[196]

---

192 Véase al respecto Dann, Philipp y Riegner, Michael, *Managing Social and Environmental Risk..., cit*., p. 12.

193 En cuanto a propuestas específicas relacionadas con evaluaciones del Financiamiento para Políticas de Desarrollo del Banco, véase *ibidem*, pp. 16 y 17.

194 A manera de ejemplo, véase Skogly, Sigrun, "The Human Rights Obligations of the World Bank and the IMF", en Genugten, Willem van *et al*. (eds.), *World Bank, IMF and Human Rights*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2003, pp. 61 y 62 y Human Rights Watch, *Abuse-Free Development. How the World Bank Should Safeguard against Human Rights*, 2013, pp. 54-57.

195 Para reflexiones sobre el tema véase Harrison, James, "Establishing a Meaningful Human Rights Due Diligence Process for Corporations: Learning from Experience of Human Rights Impact Assessment", *Impact Assessment and Project Appraisal*, vol. 31, núm. 2, 2013, pp. 107-117.

196 Véase, por ejemplo, Genugten, Willem van, *op. cit*., pp. 44 y 45; así como los elementos elaborados en el *Informe del Experto Independiente sobre las*

4.2. Un estándar de legitimidad contextualizado para los actos del Banco Mundial en América Latina

En este apartado se exploran caminos a través de los cuales el Banco Mundial puede tomar en consideración preocupaciones específicas relacionadas con el constitucionalismo transformador latinoamericano. La idea no es que para América Latina la normativa del Banco deba ser diferente a la que rige para otras regiones. Más bien, lo que se pretende es enmarcar la aplicación de dicho marco jurídico a la luz del contexto jurídico y de los desafíos socioeconómicos concretos de la región.

4.2.1. Contextualizando el enfoque del Banco Mundial a los derechos humanos

En comparación con otras latitudes, una de las principales características del constitucionalismo transformador latinoamericano es su amplio componente de derecho internacional, fundamentado particularmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[197] A esto se le debe añadir la normativa constitucional nacional que, mayoritariamente, contiene cláusulas de apertura hacia los tratados internacionales de derechos humanos.[198] Sobre esta base se configura un bloque de constitucionalidad mediante el cual el derecho nacional e internacional en materia de derechos humanos se refuerzan mutuamente.[199]

---

consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, A/HRC/34/57, 27 de diciembre de 2016, párr. 59.

197 Véase al respecto Soley, Ximena, "The Transformative Dimension of Inter-American Jurisprudence", en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 337-355.

198 Véase Morales Antoniazzi, Mariela, "El Estado abierto y el cambio de paradigma de la soberanía: Objetivo y desafío del *Ius Constitutionale Commune*", en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*, México, Porrúa, 2013, pp. 65-144.

199 Véase Góngora Mera, Manuel Eduardo, "La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en

La situación específica de América Latina muestra que parecería razonable realizar una interpretación contextualizada del régimen jurídico del Banco Mundial, en la que se tengan en cuenta no solo los estándares globales de derechos humanos sino también los regionales, tal y como han sido interpretados por parte de las instituciones del Sistema Interamericano. Los instrumentos regionales en materia de derechos humanos reflejan un consenso sobre un conjunto de estándares comunes que se deben respetar, generalmente vinculados a los desafíos históricos concretos que han enfrentado los países en dicha área geográfica.[200] Por ello, las normas regionales de derechos humanos —así como otros instrumentos análogos a escala global— deberían ser consideradas como un estándar al cual el Banco y las otras IFI deberían prestar especial atención, en particular a la hora de diseñar su apoyo financiero a grandes proyectos y las condiciones de sus préstamos. Un área ilustrativa son los derechos de los pueblos indígenas, que han sido concretados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), destacando, entre otros, el concepto de propiedad colectiva, así como su derecho a una "vida digna".[201]

Este tipo de enfoque regional sobre los derechos humanos tendría la ventaja de disminuir el riesgo de que, al realizar actividades en América Latina, el Banco Mundial imponga una visión de los derechos humanos que no esté en consonancia con los estándares y los discursos que han sido desarrollados en el área geográfica. En este sentido, tal enfoque sería menos vulnerable al peligro señalado por varios autores de que el Banco Mundial tienda a apropiarse del discurso de los derechos humanos de una

---

la construcción del *Ius Constitutionale Commune* Latinoamericano", en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina... cit.,* pp. 301-327.

200 Véase también Shelton, Dinah, "The Promise of Regional Human Rights Systems", en Weston, Burns H. y Marks, Stephen P. (eds.), *The Future of International Human Rights*, Ardsley, Transnational Publishers, 1999, p. 356.

201 Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214; *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 309.

manera que debilite su elemento progresista y los sujete a una lógica de mercado.[202] Se trataría de un enfoque contextualizado con los discursos influyentes y prácticas en la región, teniendo particularmente en cuenta la jurisprudencia de los órganos interamericanos de derechos humanos. La siguiente sección se destina justamente a presentar algunas reflexiones sobre cómo un enfoque de este tipo podría ser incorporado en el marco jurídico de los instrumentos anteriormente mencionados del Banco Mundial.

4.2.2. Pasos concretos rumbo al acercamiento

Junto a las medidas generales anteriormente mencionadas, varios pasos concretos pueden ser considerados para facilitar que las actividades del Banco Mundial apoyen los objetivos y principios del constitucionalismo transformador latinoamericano. A tal fin, dichos objetivos y principios deberían ser tomados en consideración de forma sistemática en los mecanismos ya analizados. De allí la importancia de prestar especial atención a los instrumentos y las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En primer lugar, el personal del Banco Mundial podría tener en cuenta para sus operaciones en la región los instrumentos y decisiones de la Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Además, los funcionarios del Banco Mundial también podrían asistir a las audiencias de la CIDH, tanto generales como relativas a casos concretos, cuando se discutan asuntos relevantes para sus actividades.[203] Adicionalmente, los Estados podrían consultar a la CIDH sobre si algunas

---

202 Véase, por ejemplo, Anghie, Antony, "Time Present and Time Past: Globalization, International Financial Institutions, and the Third World", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 32, núm. 2, 2000, pp. 243-290, en especial p. 254; Wills, Joe, "The World Turned Upside Down? Neoliberalism, Socioeconomic Rights, and Hegemony", *Leiden Journal of International Law*, vol. 27, núm. 1, 2014, pp. 19 y 28-30.

203 Estas audiencias normalmente son públicas y pueden ser convocadas por la Comisión "por iniciativa propia o a solicitud de parte interesada". Art. 61 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; véase también el art. 68 del mismo instrumento.

operaciones o políticas del Banco Mundial relevantes para el país en cuestión pudieran entrar en conflicto con los estándares regionales.[204]

La orientación de las instituciones interamericanas podría ser tomada en consideración para los análisis del Panel de Inspección del Banco, lo cual sería posible conforme al ordenamiento jurídico actual de dicho organismo.[205] Igualmente cabe destacar que existen otras disposiciones en la normativa del Banco que pueden servir como puertas de entrada a las consideraciones relacionadas con el constitucionalismo latinoamericano. Un ejemplo se pone en evidencia en las salvaguardas relativas al Financiamiento para Proyectos de Inversión. Estas también requieren que "en la evaluación ambiental y social" que debe realizar el prestatario "se tengan en cuenta [entre otros aspectos] las leyes y regulaciones nacionales".[206] Con esta expresión se puede entender que incluye el derecho constitucional y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el país. Por esta vía, el acervo normativo del constitucionalismo transformador latinoamericano puede tener relevancia para la mencionada evaluación ambiental y social realizada por el prestatario, así como para la debida diligencia del Banco relativa a las operaciones en concreto.[207]

De forma similar, las reflexiones del constitucionalismo transformador latinoamericano deberían ser consideradas en lo concerniente a la realización de los AISP. Mientras que cuestiones tales como la inclusión social han jugado un papel significativo en los AISP, la metodología de estos, como se destacó, se ha mantenido imprecisa y en gran parte dejada a la discreción del personal del Banco.[208] Por tanto, hay un amplio mar-

[204] Esto se llevaría a cabo de acuerdo al art. 41 e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Hasta la fecha esto no ha sido puesta en marcha por ningún Estado.

[205] Véase Banco Mundial, *The Inspection Panel at the World Bank..., cit.*, párrs. 42 (a) y (b), 54 (d).

[206] Banco Mundial, *Estándar Ambiental y Social 1..., cit.*, párr. 26. Véase también *ibidem*, párr. 37 (nota al pie 37).

[207] *Cfr.* también Banco Mundial, *Política Ambiental y Social...*, *cit.*, párrs. 7 y 15.

[208] Véase sección 4.1.2 con referencias adicionales.

gen para tomar sistemáticamente en consideración los asuntos relativos al constitucionalismo transformador, enfatizando las preocupaciones que son especialmente importantes para la región, tales como los aspectos socioeconómicos de los derechos humanos.[209]

Más allá de esta aseveración es posible vislumbrar varios puntos de coincidencia entre el constitucionalismo transformador y la agenda de desarrollo del Banco Mundial. En función de la existencia de la necesaria voluntad política por parte de los respectivos responsables, el Banco Mundial podría —según la interpretación actual de su mandato— apoyar de manera sistemática al constitucionalismo transformador.[210]

Entre otros aspectos, podría crear un programa de financiación que se centre en facilitar la implementación de decisiones tanto de las cortes nacionales como de la Corte IDH. Ocasionalmente, el Banco Mundial ha otorgado préstamos para apoyar la puesta en práctica de decisiones judiciales en la región, como ocurrió con la financiación de las complejas labores de saneamiento de la cuenca del Río Matanza-Riachuelo, que habían sido ordenadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina. De esta manera, el Banco respaldó el

209 Esto es incluso más relevante desde que la Corte IDH, en decisiones recientes, reinterpretó la base jurídica para la presentación de casos que impliquen derechos socioeconómicos, véase Corte IDH, *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340; *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C, núm. 400. Asimismo, una opinión consultiva reciente en la que la Corte reconoció, entre otros, un derecho autónomo a un ambiente saludable y reiteró el deber del Estado de prevenir daños al medio ambiente puede tener repercusiones para las operaciones del Banco en la región. Véase Corte IDH, OC-23/17. *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal. Interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva de 15 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 23.

210 Véase el análisis del mandato del Banco en la sección 4.1.1 con referencias adicionales.

papel de la Corte en relación con otros actores nacionales involucrados.[211]

Este tipo de precedentes podría sustentar un enfoque más sistemático por parte del Banco con un programa específico, como sería atender la constelación de aquellos casos de incumplimiento de sentencias que no tienen su origen primeramente en la voluntad política, sino que están relacionados con la capacidad económica del Estado para cumplir.[212] En este tipo de casos, los fondos aportados por el Banco Mundial podrían servir de contraargumento para aquellos que se oponen al constitucionalismo transformador precisamente con el argumento de que las órdenes judiciales de índole transformadora son demasiado onerosas y sobrepasan los límites de los presupuestos nacionales.[213]

Otra modalidad en la cual el Banco Mundial podría fomentar los objetivos anteriormente descritos sería participando metódicamente en la financiación y el desarrollo de programas que me-

211 Véase Urueña, René, "Courts and Regulatory Governance in Latin America. Improving Delivery in Development by Managing Institutional Interplay", *World Bank Legal Review*, vol. 6, 2015, pp. 350-352, así como Moerloose, Stéphanie de, "The World Bank's Sustainable Development Approach and the Need for a Unified Field of Law and Development Studies in Argentina", *Law and Development Revi*ew, vol. 8, núm. 2, 2015, pp. 361-388, en especial pp. 369-371.

212 Para ejemplos de sentencias que requieren asignaciones presupuestarias significativas véanse respecto a la Corte Constitucional de Colombia las Sentencias T-025/04 y T-760/08 (relativas al derecho a la salud y a desplazamientos forzados, respectivamente), en Cepeda, Manuel José y Landau, David, *Colombian Constitutional Law. Leading Cases*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 172-190. En relación con la Corte Interamericana véanse, por ejemplo, las sentencias Corte IDH. *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C, núm. 116 y *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C, núm. 250, de acuerdo a las cuales el Estado debe establecer una serie de servicios básicos en varias comunidades. Referente a tales programas, sería importante asegurar que no agraven la situación de deuda de los países en cuestión.

213 Véase, por ejemplo, Clavijo, Sergio, "Fallos y fallas económicas de las altas cortes: El caso de Colombia 1991-2000", *Revista de Derecho Público*, núm. 12, enero-junio, 2001, pp. 27-66.

joren las capacidades de los actores claves del constitucionalismo transformador latinoamericano. A tal efecto, uno de los ámbitos relevantes lo constituiría la capacitación de los jueces y administradores en temas tales como el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad.[214]

5. Conclusión

El presente capítulo ha analizado la relación entre el constitucionalismo transformador —según el enfoque del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina— y las actividades del Banco Mundial. Tradicionalmente, esta relación se ha considerado tensa e incluso antagónica. Sin embargo, algunos cambios en el discurso y las operaciones del Banco Mundial han atenuado en cierta medida esa tensión. Ello apunta hacia la posibilidad de un acercamiento de las actividades del Banco Mundial a los objetivos del constitucionalismo transformador, aunque todavía persisten varios problemas. Desde un enfoque de derecho público, este capítulo ha examinado los instrumentos a través de los cuales el Banco Mundial ejerce autoridad pública y los problemas de legitimidad que surgen al respecto. Sobre esta base, se han explorado propuestas en torno a la mejora del régimen jurídico del Banco Mundial con la finalidad de propiciar dicha aproximación. Tal y como se demostró, ello no requiere un comienzo totalmente nuevo para el Banco Mundial, sino avanzar por un camino en el que ya se han dado los primeros pasos.

Es evidente que la integración de las preocupaciones del constitucionalismo trasformador latinoamericano en las actividades del Banco Mundial no se puede alcanzar sin una considerable voluntad política por parte de la institución, junto a la presión

[214] Al respecto, es interesante observar que el Banco Interamericano de Desarrollo ha prestado apoyo financiero a talleres sobre temas de derechos humanos realizados por instituciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; véase *Biebesheimer, Christina,* "The Impact of Human Rights Principles on Justice Reform in the Inter-American Development Bank", en Alston, Philip y Robinson, Mary (eds.), *Human Rights and Development. Towards Mutual Reinforcement*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 289.

de los actores de la sociedad civil.[215] En tal virtud, el escrutinio externo seguirá siendo de vital importancia para llevar a cabo cambios progresivos con respecto a los instrumentos del Banco. Su significado se incrementa debido a la creciente competencia a la que se ve enfrentada el Banco por parte del sector privado y de otros actores, lo cual acentúa la presión sobre el primero para aumentar la fluidez de sus operaciones de préstamo y puede reducir su disposición a contemplar complejas salvaguardas sociales y ambientales.[216]

También resulta evidente que el enfoque enunciado no pretende ofrecer una panacea para resolver todos los problemas de las actividades del Banco Mundial en América Latina. Por ejemplo, son necesarias reformas más amplias del marco institucional del Banco Mundial para abordar los déficits de representatividad que todavía persisten en su gobernanza interna, así como la reformulación de la estructura de incentivos internos para los funcionarios de dicha institución.[217] A pesar de ello, los posibles caminos que se han esbozado en este capítulo servirían para mitigar las fricciones de las actividades del Banco Mundial con el constitucionalismo transformador latinoamericano y para facilitar distintas sinergias. Consecuentemente, se daría un impulso al constitucionalismo transformador en América Latina y, a la vez, se aumentaría la legitimidad de las actividades del Banco Mundial en la región.

215 Esto también es sugerido por experiencias anteriores relacionadas con el cambio de políticas dentro del Banco; véase, por ejemplo, Vetterlein, Antje, "Economic Growth, Poverty Reduction...", *cit*., en especial p. 529.

216 Véase Weaver, Catherine, *op. cit*., p. 502.

217 Vease al respecto Woods, Ngaire, *op. cit*., pp. 208-213.

El ejercicio de autoridad de la Organización Mundial de la Salud ante la pandemia de COVID-19: análisis desde el derecho internacional público*

Armin von Bogdandy
Pedro A. Villarreal

Desde diciembre de 2019, fue identificado un grupo de casos de "neumonía atípica" en la ciudad de Wuhan, China. La fuente de dichos casos sería más tarde identificada como SARS-CoV-2. La enfermedad que ocasiona dicho virus sería nombrada COVID-19 por la Organización Mundial de la Salud (OMS). El 11 de marzo de 2020, menos de tres meses después, el director general declaró que la propagación de COVID-19 es una pandemia. Aun cuando no ha sido tan grave como la pandemia de influenza de 1918-1919, la crisis global generada por el patógeno ha tenido

* La presente contribución está basada en una publicación previa en inglés de ambos autores, disponible en *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561650*. Una versión similar fue publicada en inglés en Bogdandy, Armin von y Villarreal, Pedro A., "The Law of the WHO, COVID-19 and the Multilateral World Order", *Verfassungsblog*, 24 de abril de 2020, *https://bit.ly/2zswnDh*. Asimismo, el contenido de este capítulo deriva de una versión anterior del mismo, específicamente Bogdandy, Armin von y Villarreal, Pedro A., "Derecho internacional público y la respuesta frente a la pandemia de COVID-19", en Valadés, Diego y González Martín, Nuria, *Emergencia sanitaria por COVID-19. Derecho constitucional comparado*, México, IIJ-UNAM, 2020, pp. 13-23.

un impacto tanto humano como económico. Hasta la fecha, ha ocasionado cientos de miles de muertes.[1]

Durante el transcurso de la pandemia de COVID-19, incontables naciones han recurrido a medidas que abarcan un amplio espectro de restricciones: desde alertas generales, rastreo de contactos vía datos personales, toques de queda, hasta cuarentenas comunitarias en ciudades e incluso países enteros. En todas las regiones del orbe, múltiples gobiernos han declarado estados de emergencia, asumiendo así poderes o facultades excepcionales. Estas últimas han derivado ya sea en restricciones o hasta derogaciones de derechos humanos, o bien, en una alteración de la separación de poderes.

La modalidad de las medidas adoptadas por los gobiernos ha variado considerablemente. Mientras que algunos han adoptado restricciones a nivel comunitario desde el principio, otros han retrasado la implementación de tales medidas, también debido a sus devastadoras consecuencias económicas. Incluso en los países que han emitido restricciones en toda la comunidad existen diferencias notables entre cuarentenas comunitarias totales y parciales. Las autoridades nacionales parecen tener un amplio margen de maniobra en términos de cuáles medidas pueden ser implementadas, y cómo. Esto ha llevado a una necesaria comparación entre distintos países, para ver cuáles han reducido la propagación del virus de manera más efectiva y con qué mecanismos, así como de qué forma los contextos legales marcan una diferencia.

En medio de este trasfondo de proliferación de distintas respuestas frente a la pandemia de COVID-19, la OMS es actualmente la institución internacional en el centro de atención. Actúa, por un lado, como la emisora de información técnica relativa al virus proporcionada por los Estados miembros; y, por otro, emite pautas y recomendaciones sobre "cómo combatir la pandemia".

[1] Véase tanto la actualización de la OMS, *https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/situation-reports/* como la interfaz en línea de seguimiento global de personas infectadas por el SARS-CoV-2 desarrollado por la Universidad Johns Hopkins de Estados Unidos, *https://coronavirus.jhu.edu/map.html*

Pero, ¿cuál es la base legal para esto? ¿Cuáles son las obligaciones, facultades y procedimientos relevantes según el derecho internacional público para la respuesta ante una pandemia? ¿Han sido cumplidos? ¿Qué papel ha desempeñado hasta ahora el derecho internacional, a través de sus instituciones y, en particular, de la OMS?

1. La autoridad técnica de la OMS frente a las pandemias

La OMS es la organización internacional con el mandato explícito de supervisión y respuesta a la propagación transfronteriza de enfermedades.[2] Emplea a más de 7 000 personas y dirige más de 150 oficinas en distintos países. En comparación con otras organizaciones internacionales, goza de amplios poderes. Puede emitir reglamentos vinculantes para todos los Estados miembros, lo que aconteció, por ejemplo, en 2005, cuando fue aprobado el Reglamento Sanitario Internacional (RSI), principal instrumento de derecho internacional en materia de pandemias. Las obligaciones que allí se estipulan reflejan una comprensión condensada de las prácticas desarrolladas a través de muchas décadas de negociaciones diplomáticas, aportes de expertos y previas campañas de salud. Abarca a los 194 Estados miembros de la OMS, incluidos todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, así como a Liechtenstein y la Santa Sede. El RSI es un instrumento jurídico amplio y detallado, con 66 artículos, 9 anexos y 2 apéndices.

La autoridad de la OMS representa un ejemplo de gobernanza a través de la información. En comparación con las autoridades nacionales, no tiene la capacidad de ordenar la imposición de cuarentenas, aislamientos, ni otras medidas generales de distanciamiento social. En efecto, la emisión de directrices y recomendaciones no vinculantes forma parte de su acervo de actividades

[2] Petrova Georgieva, Virdzhiniya, "Los retos de la Organización Mundial de la Salud. Lecciones del brote de COVID-19", en González Martín, Nuria (coord.), *Emergencia sanitaria por COVID-19: reflexiones desde el Derecho (I)*, México, IIJ-UNAM, 2020, pp. 33-38.

en el área de salud internacional, pero tales actos legalmente no vinculantes pueden fungir como guía para la toma de decisiones a nivel nacional. En tanto se trata de cuestiones tan sensibles como la restricción de derechos, es menester que ciertos debates se resuelvan en atención a los contextos en los que se aplicarán las medidas. Difícilmente podría una organización internacional como la OMS sustituir esos razonamientos nacionales, aunque ciertamente pueden colaborar.

Asimismo, la autoridad técnica de la OMS tiene también fundamentos legales, consistente, entre otras cuestiones, en la posibilidad de evaluar informes proporcionados por los Estados miembros, más allá de los intereses nacionales, al menos en teoría. A pesar de ello, la organización depende en mayor medida de la información proporcionada por las autoridades sanitarias de los Estados. En consecuencia, el artículo 6 del RSI obliga a los Estados a notificar a la OMS, dentro de 24 horas, de "todos los eventos que puedan constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional". La información faltante, demorada o no totalmente confiable es una cuestión directamente vinculada a esta disposición. En el contexto actual del COVID-19, las acusaciones continuas de demoras y encubrimientos aluden a esta obligación jurídica. Es precisamente tal obligación la que está en el centro de una disputa geopolítica entre los gobiernos de Estados Unidos y China.

Cuando el primer brote en Wuhan, China, fue informado a la OMS en diciembre de 2019, ello permitió que la organización compartiese los datos epidemiológicos con el resto del mundo y, eventualmente, tomar nota de la amenaza emergente. Sin embargo, se han documentado casos de demoras y falta de debida transparencia por parte del gobierno chino, lo que también ha derivado en el acoso de personal médico que intentó llamar la atención con anterioridad frente a la magnitud de la circulación del virus.[3] Ciertamente, esto pone en duda el cumplimiento de

[3] Por ejemplo, el caso célebre del médico Li Wenliang, quien compartió con el público información valiosa relacionada con el virus y posteriormente falleció a causa del COVID-19. Véase el obituario en inglés en Green, Andrew, "Obituary: Li Wenliang", *The Lancet*, Reino Unido, vol. 395, febrero de 2020, p. 682.

sus obligaciones. La pregunta que plantean diversos medios, autoridades públicas y estudiosos del derecho es si, en ese caso, China podría —y debería— asumir la responsabilidad internacional en un sentido legal.[4] Por ejemplo, el gobierno de Estados Unidos de América, ya sea en voz de su presidente Donald Trump,[5] o bien, de su secretario de Salud, Alex Azar,[6] acusaron abiertamente al gobierno chino de un encubrimiento en las etapas iniciales de la pandemia. Tal decisión habría evitado que la comunidad internacional reaccionara desde antes. El reclamo sigue a varios informes periodísticos de retrasos iniciales por parte de funcionarios chinos y sus intentos de minimizar la gravedad del brote. Las acusaciones de encubrimientos y demoras adquieren relevancia legal a través de las obligaciones de reportar conforme al RSI.

La respuesta frente a la pandemia por parte de la OMS tiene lugar de cara a un trasfondo de disputa entre regímenes. A algunos les preocupa que regímenes autoritarios como China, donde el poder de toma de decisiones y, por ende, la información son más concentrados y verticales, se presenten ante la comunidad internacional como un modelo que permite responder de forma más eficiente a la propagación del virus que países más democráticos, como Italia, España o Francia. Por supuesto, cualquier régimen, democrático o no, tiene un gran interés en demostrar su éxito tanto ante su propia población como frente a los demás países. Por ende, hay incentivos manifiestos para alterar las cifras relativas a los contagios y las muertes por COVID-19. Sin embargo, ello es más difícil en regímenes democráticos con una mayor transparencia y libertad de expresión. Aunque siempre es

---

4 Fidler, David, "COVID-19 and International Law: Must China Compensate Countries for the Damage?", *Just Security,* Estados Unidos, 27 de marzo de 2020, *https://www.justsecurity.org/69394/covid-19-and-international-law-must-china-compensate-countries-for-the-damage-international-health-regulations/*

5 Una acusación directa del presidente se encuentra en una carta pública enviada a la OMS el 18 de mayo de 2020, disponible en inglés en *https://bit.ly/36vclUA*

6 En específico, a través de su intervención en la reciente 73ª Asamblea Mundial de la Salud de 18 y 19 de mayo de 2020. Véase el discurso completo, en inglés, en *https://bit.ly/3c1kWQe*

posible manipular los números, los controles adicionales ayudan a recurrir a otras fuentes o referencias.

Frente a la posibilidad siempre presente de los Estados de alterar las estadísticas epidemiológicas, las disposiciones aparentemente técnicas de la Parte II del RSI muestran su naturaleza verdaderamente fundamental para lidiar con la posibilidad de datos poco confiables proporcionados por los Estados. La fiabilidad y precisión de la información se convierte en una cuestión de derecho internacional, y es un elemento toral de la autoridad técnica de la OMS. Así, el artículo 9 permite a la OMS tomar en cuenta no solo los datos oficiales, sino también "otros informes". Dado que la información en las redes sociales también documenta lo que está sucediendo, la OMS podría confrontar legalmente los datos oficiales con los referidos "otros informes", determinar las discrepancias y pedir aclaraciones a las autoridades ya sea de China o de cualquier otro país que ofrezcan datos incompletos o sospechosos. De hecho, el artículo 10 del RSI otorga a la OMS el poder de solicitar a un Estado parte una verificación de dichos informes. Le otorga a la OMS la facultad de compartir datos provenientes de otros informes si un Estado no coopera en el proceso.

En consecuencia, el ejercicio de autoridad técnica por parte de la OMS desempeña un papel crucial en la existente competición por los números de distintos países. Por supuesto, podría ser difícil para la OMS confrontar a gobiernos como el de China, que puede a su vez negarse a compartir información que es necesaria para combatir la pandemia de manera eficaz. Pero esa falta de cooperación también sería perjudicial para China porque, uno, demostraría cuán poco confiable son sus autoridades respecto a cuestiones de hecho, y dos, pondrían en duda cualquier éxito que sostengan respecto de sus medidas de respuesta al COVID-19. Así, el ejercicio de autoridad técnica de la OMS, a través de las obligaciones del RSI relativas a la notificación de enfermedades, contribuye también a darle un cauce legal a las disputas geopolíticas.

Precisamente con respecto a la competencia política, la OMS se encuentra en el medio de Estados Unidos y China. Los recientes anuncios del presidente Trump en el sentido de retener las

contribuciones financieras previamente autorizadas del país a la Organización se basan en la creencia de que esta es demasiado indulgente con China y no respondió de manera rápida y efectiva a la crisis. Por supuesto, uno puede preguntarse si este uso político de la crisis está destinado a justificar los propios retrasos del Gobierno de EEUU. Desde que la OMS declaró, el 30 de enero de 2020, que la propagación del coronavirus (SARS-CoV-2) es una emergencia de salud pública de importancia internacional, el mundo entero estaba por lo menos al tanto de los efectos potencialmente devastadores de este evento, temores que luego se confirmaron. Por tanto, aunque la OMS tendrá que explicar su alto nivel de deferencia a China, el alcance total de las consecuencias resultantes difícilmente sería atribuible a su respuesta.

2. Gobernanza global a través de recomendaciones técnicas

La OMS también puede emitir orientación sobre las mejores medidas para enfrentar la propagación internacional de la enfermedad. Aquí es donde se refleja su autoridad técnica. En este sentido, el artículo 18 del RSI proporciona una lista de medidas que la OMS puede recomendar a los Estados, desde las menos hasta las más restrictivas. Tales recomendaciones pueden consistir, por ejemplo, en colocar a las personas infectadas en aislamiento, implementar procedimientos de detección complementarios en aeropuertos y puertos marítimos, o incluso prohibiciones de viajes, si bien, como se aborda en párrafos posteriores, la OMS hasta ahora ha recomendado no implementar esto último durante la pandemia de COVID-19.

La disposición en cuestión no especifica qué modos de implementación serían aceptables. Además, la redacción en el referido artículo 18 del RSI "puede incluir lo siguiente", deja la puerta abierta a otras nuevas medidas no consideradas de antemano. Como se señaló en otra parte, el avance tecnológico conduce a la creación de nuevas herramientas para la vigilancia epidemiológica que ni siquiera existían al redactar el RSI. Un ejemplo notable a este respecto es el uso de datos personales tomados de teléfonos móviles con el fin de rastrear contactos de personas

afectadas. Esto podría estar incluido en el marco general de "localización de contactos" en el artículo 18 del RSI. Singapur y la República de Corea los han adoptado, tras lo cual el Gobierno de China siguió su ejemplo. Los debates relativos a una potencial futura implementación en sistemas jurídicos divergentes requerirán de un análisis de derecho comparado, a fin de inquirir en qué contextos podrían ser aceptables, dado el uso generalizado de datos personales para fines de salud pública.

Por otro lado, cabe recalcar que la sola inobservancia de las recomendaciones de la OMS no puede dar lugar a una violación del derecho internacional en sí mismas. El propio artículo 1 del RSI las define como legalmente no vinculantes. Conforme a los criterios de derecho internacional público, los actos no vinculantes no pueden generar obligaciones, por lo cual ignorarlos no deriva en responsabilidad internacional. En ese sentido, el artículo 43 del RSI aclara que la ley de la OMS no prohíbe las "medidas de salud adicionales" que van más allá de sus recomendaciones. Esto pone de relieve cómo la inobservancia puede no ser ilegal *per se;* sin embargo, los Estados deben: *i)* informar sus acciones a la organización, y *ii*) justificar el mayor grado de restricción. Lo más importante, estas "medidas adicionales" deben basarse en evidencia científica. Así, aunque las recomendaciones de la OMS no crean obligaciones por sí mismas, lo cierto es que crean un criterio adicional para sus Estados miembros.

Las recomendaciones de la OMS derivadas del RSI han derivado en distintos niveles de aceptación por parte de los Estados miembros durante la pandemia de COVID-19. En un primer momento, el 30 de enero de 2020, el director general de la OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus, declaró que la actual propagación del SARS-CoV-2 es una emergencia de salud pública de importancia internacional, con fundamento en el artículo 12 del RSI. Si bien dicha declaración no genera *per se* nuevas obligaciones para los Estados miembros, al mismo tiempo le permite al director general emitirles recomendaciones sobre cuáles medidas son útiles para enfrentar la pandemia. Ello, a su vez, ofrece opciones para mitigar la propagación transfronteriza de una enfermedad, en una manera que constituya la menor interferencia posible al "tráfico y el comercio internacionales", conforme lo establece el

artículo 2 del RSI. Entre las recomendaciones emitidas el 30 de enero destaca la de no imponer ninguna restricción a viajes internacionales, esto es, no cerrar fronteras ni prohibir entrada o salida de personas hacia determinados países.[7]

Aun así, conforme a datos relativos al mes de abril de 2020, la cantidad de restricciones de viajes adoptadas por los Estados ha proliferado a tal grado, que se convirtieron en la regla más que en la excepción.[8] Esto es, el alto nivel de inobservancia de la recomendación de la OMS es notorio. A medida que las prohibiciones de viaje se multiplican, toda vez que la OMS ha recomendado contra ellas en varias ocasiones, surge la pregunta de si tales medidas adicionales están científicamente y, por tanto, legalmente justificadas.

Frente a dicha situación, cabe aclarar que la decisión definitiva sobre imponer restricciones a viajes o no recae en las autoridades nacionales. Tal ejercicio de autoridad no ha sido trasladado a las instituciones de la gobernanza global, como la OMS. En cambio, como se menciona anteriormente, la obligación legal de los Estados conforme al artículo 43 del RSI consiste en que, si deciden implementar medidas contrarias a las recomendaciones técnicas de la OMS, deben notificar y justificar. Futuros reportes ofrecerán mayor claridad respecto de en qué medida los Estados cumplieron con dicha obligación.

Aunado a lo anterior, cabe mencionar que la formulación "original" de la recomendación de no restringir los viajes transfronterizos del 30 de enero de 2020 fue complementada por una serie de ulteriores precisiones. La propia OMS aclaró que restringir los viajes puede ser eficiente en reducir la propagación del SARS-CoV-2 bajo ciertas circunstancias, específicamente antes de la "llegada" del virus a un país.[9] Adicionalmente, el 30 de abril

---

7 OMS, *Declaración sobre la segunda reunión del Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional (2005) acerca del brote del nuevo coronavirus (2019-nCoV)*, 30 de enero de 2020, *https://bit.ly/3c0Yree*

8 Véanse los reportes actualizados emitidos por la Organización Internacional de Migración, en los que se provee una perspectiva global de las restricciones a viajes impuestas por cientos de países, *https://migration.iom.int/*

9 OMS, *2019 Novel Coronavirus (2019-nCoV): Strategic Preparedness and Response Plan,* ed. de 3 de febrero de 2020, p. 10, *https://bit.ly/2YBHhRs*

de 2020, la OMS reformuló su recomendación de no restringir los viajes, al mencionar que los Estados deberían "aplicar medidas adecuadas en materia de viajes, teniendo en cuenta sus beneficios para la salud pública [y] seguir ofreciendo a la OMS justificaciones adecuadas de salud pública para aplicar medidas sanitarias adicionales de conformidad con el RSI".[10] Aquí se observa que la recomendación de la OMS ya no es tan tajante. Ello demuestra una capacidad de adaptación frente a un entorno en el que los Estados optan por implementar medidas contrarias a la recomendación "original".

3. La autoridad técnica de la OMS frente a los derechos humanos

Una de las principales preocupaciones frente a las medidas para responder ante una pandemia es cómo se afectan los distintos derechos humanos. Aunque los artículos 3 y 32 del RSI exigen que se respeten los derechos humanos, no hay más especificaciones sobre cuáles están en juego, ni se explica cómo deben ser respetados en situaciones concretas. El artículo 32 de dicho instrumento, que exige el respeto de la "dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales" de los viajeros, es una disposición muy abierta. En este contexto de pandemia, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) como el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) son directamente relevantes.[11]

En el caso del PIDCP, las intervenciones no farmacéuticas "clásicas", como los aislamientos y las cuarentenas obligatorios, así como las medidas de distanciamiento social comunitario, tienen una relación directa con los derechos consagrados en este instrumento legal. Dichas medidas pueden ser necesarias prin-

10 OMS, *Declaración sobre la tercera reunión del Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional (2005) acerca del brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19),* 1 de mayo de 2020, *https://bit.ly/3gjA7HH*

11 Véase también Villarreal, Pedro A., "Las medidas de respuesta a la pandemia de COVID-19: Derechos humanos en tensión", en González Martín, Nuria (coord.), *op. cit.,* p. 39.

cipalmente cuando no hay intervenciones farmacéuticas disponibles para enfrentar una enfermedad transmisible. Consisten en obligar a las personas a permanecer en un espacio confinado durante un periodo de tiempo determinado, y el lugar designado puede tener distintas características, como lo puede ser el propio domicilio de una persona, o bien, instalaciones especializadas. De acuerdo con las definiciones del artículo 1 del RSI, el aislamiento es para personas con una infección confirmada. En cambio, las cuarentenas son para personas que no han recibido un diagnóstico de infección, pero se sospecha que han sido contagiadas porque, por ejemplo, han estado en contacto con otras personas cuya infección ha sido confirmada, o bien, han estado presentes en zonas de alta transmisión. Ambas medidas limitan la libertad de circulación de las personas. En sus modalidades más estrictas, incluso pueden constituir una restricción de la libertad debido a condiciones que equivalen a detención, específicamente cuando las personas se ven obligadas a permanecer encerradas en habitaciones de hospital o instalaciones especializadas. Durante la actual pandemia, el Gobierno de China construyó una serie de "hospitales-albergue" (llamados *Fangcang*) en los que se aisló a los pacientes de COVID-19 con síntomas leves.[12] Ello permitió aligerar la sobrecarga de los hospitales, al limitar la admisión en estos a los casos de pacientes con síntomas graves. Cabe mencionar que dicho país aún no es Estado parte del PIDCP, por lo cual el ejemplo solo ilustra cómo los aislamientos obligatorios pueden equipararse a condiciones de detención.

En entornos que no son de emergencia, los derechos humanos requieren una evaluación de riesgos específica para cada persona al decidir si se debe imponer el aislamiento obligatorio o la cuarentena. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que tales aislamientos y cuarentenas individualizados están justificados, aunque en circunstancias delimitadas. Pero cuando la transmisión ocurre a nivel comunitario, la capacidad de los Estados para realizar evaluaciones individualizadas puede

[12] Descritos como una innovación de salud pública en Chen, Simiao *et al.,* "Fangcang shelter hospitals: a novel concept for responding to public health emergencies", *The Lancet,* Reino Unido, vol. 395, pp. 1305-1312. Sin embargo, China no es Estado parte del PIDCP.

ser rebasada. Las autoridades públicas pueden recurrir al despliegue de las restricciones de movimiento más amplias: cuarentenas comunitarias o masivas que, dependiendo de su implementación, pueden incluir los llamados cordones sanitarios. Debido a la gradualmente menor incidencia de enfermedades infecto-contagiosas a nivel mundial, tales medidas fueron vistas como una posibilidad remota y han sido poco investigadas.

En el pasado, las recomendaciones de la OMS han incluido remitir a las personas a un aislamiento o una cuarentena, aunque no a nivel comunitario. Este último escenario ocurrió en Sierra Leona, Guinea y Liberia en 2014 a la luz del catastrófico brote de ébola que afectó a los tres países.[13] En medio de la pandemia de coronavirus, la lista de países de todo el orbe que imponen cuarentenas masivas aumenta día a día. Aunque la OMS no las ha recomendado de manera explícita hasta el momento, el artículo 18, párrafo 1 del RSI prevé esta posibilidad. Además, la OMS y su actual director general han elogiado a los gobiernos que deciden imponerlas.

Las cuarentenas a nivel comunitario suponen un gran desafío para los derechos humanos, pues básicamente consisten en la imposición de restricciones a individuos sin la evaluación de riesgo en su caso concreto. Es revelador que diversos gobiernos que han impuesto cuarentenas comunitarias no hayan fundamentado tales medidas en las disposiciones legales normales, sino que han considerado necesario invocar facultades de emergencia. Por ejemplo, países de distintas regiones del mundo, como Italia, Francia, España, Hungría, Argentina, Chile o Perú, lo han hecho en la actual pandemia de COVID-19. Conforme al derecho internacional de los derechos humanos, las declaraciones de emergencia son relevantes en términos del artículo 4.1 del PIDCP, que prevé lo relativo a derogaciones de derechos. No obstante, el artículo 4.3 del PIDCP también prevé la obligación de que los Estados parte notifiquen al secretario general de las Naciones Unidas.

[13] Villarreal, Pedro A., "Cuando los derechos humanos chocan entre sí. Las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud frente a la crisis del Ébola en África de 2013-2015", *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, México, Nueva Época, año 2, núm. 2, enero-junio de 2015, pp. 181-218.

Invocar una derogación en virtud del artículo 4 del PIDCP durante una pandemia se encuentra vinculado también con los Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Principios de Siracusa). La recomendación de las medidas restrictivas por parte de la OMS es relevante, conforme al párrafo 26 de los referidos Principios de Siracusa. La Observación general 29 del Comité de Derechos Humanos de la ONU también reconoce la posibilidad de restringir en general la libertad de movimiento y de reunión, en virtud de los artículos 12 y 21 del PIDCP, respectivamente. En casos más extremos, incluso el derecho a la libertad, en virtud del artículo 9 del PIDCP, puede ser sujeto de restricciones generalizadas, aunque bajo la condición de que su legalidad sea validada por una autoridad judicial.

En caso de que un Estado no haya utilizado el procedimiento del artículo 4 del PIDCP, la conformidad de esas medidas con el Pacto será evaluada conforme a los fundamentos jurídicos normales. Según la Observación general 29, la justificación de restricciones generales de la libertad de movimiento y reunión parece posible. Lo más importante a este respecto es que los propios derechos humanos pueden requerir la implementación de políticas restrictivas. El derecho a la salud, tal como se formula en el artículo 12.2 (c) del PIDESC, incluye la obligación de proteger contra las "enfermedades epidémicas". Los medios para hacerlo pueden incluir cuarentenas y aislamientos individuales, o incluso cordones sanitarios (esto es, prohibir la entrada y salida de determinados espacios territoriales) cuando no hay alternativas menos restrictivas disponibles. Por supuesto, la ponderación entre los derechos de libertad personal, libre circulación y reunión, por un lado, y el derecho a la salud, por otro, es una operación sensible. En la doctrina contemporánea sobre derechos humanos se acepta que tanto los derechos civiles y políticos como los sociales, económicos, culturales y ambientales tienen el mismo valor jurídico. Las obligaciones de salvaguardar las libertades, así como las de proteger contra las consecuencias de una pandemia, son cuestiones relativas a derechos humanos.[14]

[14] *Idem.*

En el ejercicio de ponderación que se lleva a cabo para determinar la aceptabilidad de las medidas restrictivas, la evidencia científica, siempre y cuando esté disponible, es un factor decisivo. Así, la justificación principal para la adopción de restricciones debe basarse en la ciencia, particularmente en la investigación médico-epidemiológica. Si desde un punto de vista científico una medida restrictiva se considera efectiva y necesaria para lograr el objetivo principal, es decir, detener la propagación de una enfermedad, entonces está justificada a primera vista. Otro de los objetivos del RSI, conforme a su artículo 2, es disuadir la adopción de medidas restrictivas sin fundamentos científicos. La autoridad técnica de la OMS contribuye así a identificar qué medidas pueden ser aceptables.

4. Panorama: La autoridad de la OMS frente a un oscilante orden mundial

La evaluación del ejercicio de autoridad de la OMS puede enmarcarse dentro de la actual disputa entre potencias. En aras de desempeñar un papel constructivo, la Organización debería encauzar el discurso global sobre cuáles son las mejores estrategias de protección frente a pandemias. Para tal motivo, debería mostrar su capacidad de proporcionar cifras confiables sobre cuántas personas han sucumbido frente a la enfermedad en los distintos países. El RSI le otorga las herramientas para procurar que ello sea así, aunque el papel de las instituciones internacionales en general parece ser incierto durante esta crisis. La justificación desplegada por los Estados a menudo parece ser "mi país primero". Al mismo tiempo, hay pruebas abrumadoras de que la pandemia "nos concierne a todos". Como se dijo al principio: pocos problemas son tan globales como las pandemias. El que las respuestas nacionales tomen en cuenta esta dimensión global, o no, es una cuestión aparte.

Las normas jurídicas relacionadas con la respuesta a la pandemia de COVID-19 adquieren mayor contenido merced al ejercicio de autoridad técnica por parte de la OMS, el cual se puede observar en sus recomendaciones técnicas. Aunque no son legalmente vinculantes, pueden darle cauce a las decisiones de las

autoridades nacionales. Las especificaciones de la OMS respecto de cuáles medidas son las más adecuadas para hacerle frente a la pandemia de COVID-19 pueden tener ramificaciones legales de gran alcance. Por otro lado, las autoridades nacionales aún tienen la facultad de adoptar decisiones.

Aun con las visibles carencias, sin el marco jurídico existente o la orientación proporcionada por la OMS, las respuestas nacionales serían todavía más diversas y el grado de incertidumbre sería aún mayor. Aunque de manera más discreta de lo que desearíamos como juristas, la OMS reitera su papel de actor técnico relevante en aras de enmarcar una respuesta realmente global frente a la pandemia. Pero, como en otras pandemias, la OMS depende de los reportes de autoridades nacionales, y los gobiernos ciertamente pueden ceder ante la tentación de embellecer las cifras. Al utilizar las herramientas del RSI, la visualización de los "puntos ciegos" en términos de falta de transparencia favorecen los intereses de la salud global. En el pasado, y hasta ahora, la OMS ha dependido en mayor medida de los reportes de autoridades nacionales, lo cual a veces ha conducido a consecuencias trágicas. Por ejemplo, durante la etapa inicial de la crisis de ébola en África occidental en abril de 2014, la OMS basó su evaluación exclusivamente en la información errónea del gobierno de Guinea y se rehusó a considerar los reportes de organizaciones no gubernamentales (ONG), específicamente Médicos Sin Fronteras (*Médécins Sans Frontières*), sobre la gravedad del brote. La demora en la declaración de una emergencia de salud pública de importancia internacional no ayudó a la credibilidad de la OMS.[15]

En esa tesitura, las dudas respecto de la confiabilidad de la información proporcionada por el Gobierno chino, así como de la celeridad y eficacia de la respuesta de la OMS, han derivado en un llamamiento a emprender una o varias investigaciones externas independientes respecto del inicio de la pandemia. No

[15] Moon, Suerie *et al.,* "Will Ebola change the game? Ten essential reforms before the next pandemic. The report of the Harvard-LSHTM Independent Panel on the Global Response to Ebola", *The Lancet,* Reino Unido, vol. 386, noviembre de 2015, pp. 2206 y 2207; OMS, *Report of the Review Committee on the Role of the International Health Regulations (2005) in the Ebola Outbreak and Response*, Suiza, 2016, pp. 41-43, *https://bit.ly/3b1U7Ld*

hay suficiente claridad sobre cuándo y cómo se enteraron por primera vez las autoridades chinas de que se enfrentaban a un nuevo virus, a pesar de que hay estimaciones de una circulación previa del patógeno en Wuhan quizá desde noviembre de 2019.[16] Asimismo, hay duda respecto de cuáles fueron las razones por las que el director general no declaró una emergencia de salud pública de importancia internacional desde una primera reunión que tuvo lugar en Ginebra el 23 de enero de 2020, sino solo hasta el 30 del mismo mes y año.[17] La deferencia hacia China es ciertamente uno de los posibles factores explicativos. De manera similar, una falta de coherencia en el uso del término "pandemia" en distintas declaraciones del director general, específicamente del 25 de febrero y del 11 de marzo del año en curso, generó confusión entre los Estados miembros.

En atención a esta circunstancia, durante la reciente Asamblea Mundial de la Salud, que tuvo lugar el 18 y 19 de mayo de 2020,[18] se emitió una resolución relativa a COVID-19 con el apoyo explícito de 140 países y adoptada por consenso —esto es, sin oposición abierta—. Ello en sí podría ser considerado como un logro modesto, pero notable, en atención al ambiente enrarecido generado por las acusaciones del Gobierno de Estados Unidos. Entre los distintos puntos de la misma se encuentra el llamamiento a emprender una o varias investigaciones sobre la respuesta inicial de la OMS y la implementación general del RSI durante la pandemia en cuestión. Entre las distintas opciones, la resolución menciona la posibilidad de instituir un Comité de Examen externo con fundamento en el artículo 50 del RSI, que evalúe las diversas decisiones de la OMS y las acciones adoptadas por los Estados. Existen precedentes para tal efecto, pues investigaciones bajo el mismo fundamento fueron llevadas a cabo

16 Huang, Chaolin *et al.,* "Clinical features of patients infected with 2019 novel coronavirus in Wuhan, China", *The Lancet,* Reino Unido, vol. 395, febrero de 2020, pp. 497-506.

17 OMS, *Declaración sobre la segunda reunión del Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional... cit.*

18 OMS, *Respuesta a la COVID-19,* Suiza, 73ª Asamblea Mundial de la Salud, A73/CONF./1 Rev.1, 18 de mayo de 2020, *https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA73/A73_CONF1Rev1-sp.pdf*

después de la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009-2010[19] y la crisis del ébola en África occidental de 2014-2016.[20] Estas experiencias pueden ser retomadas para evaluar la respuesta a la pandemia de COVID-19.

La OMS es un componente esencial del orden mundial en aras de las respuestas globales frente a pandemias. Ante la oscilación de dicho orden ocasionada por la pugna entre Estados Unidos y China, cabe recalcar que el mandato de la organización no solo abarca a esos dos países, sino a otros 192 Estados miembros con un interés igual o incluso mayor en una institución funcional e independiente. En este contexto, la autoridad técnica de la OMS cobra mayor relevancia, sobre todo en el marco de países que cuentan con aun menos recursos para hacerle frente al impacto de COVID-19.

19 OMS, *Informe del Comité de Examen acerca del funcionamiento del Reglamento Sanitario Internacional en relación con la pandemia por virus (H1N1) 2009*, Suiza, 5 de mayo de 2011, *https://bit.ly/2XrO9OT*

20 OMS, *Comité de Examen sobre el papel del Reglamento Sanitario Internacional (2005) en el brote de ébola y en la respuesta que se le ha dado,* Suiza, 2016, *https://www.who.int/ihr/review-committee-2016/es/*

Transformaciones del derecho público
Fenómenos internacionales, supranacionales y nacionales
Armin von Bogdandy
se terminó de imprimir en diciembre de 2020,
en Hear Industria Gráfica,
Querétaro, México
su tiraje consta de 1 000 ejemplares.



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

OTRAS PUBLICACIONES

El constitucionalismo mexicano
en transformación: avances y retrocesos
Roberto Lara Chagoyán
(En coedición con el Instituto Tecnológico
y de Estudios Superiores de Monterrey)

Desaparición forzada en el Sistema Interamericano
de Derechos Humanos. Balance, impacto y desafíos
Juana María Ibáñez Rivas
Rogelio Flores Pantoja
Jorge Padilla Cordero (coords.)
(En coedición con el Instituto
Interamericano de Derechos Humanos)

Interamericanización de los DESCA
El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH
Mariela Morales Antoniazzi
Liliana Ronconi
Laura Clérico (coords.)
(En coedición con el Instituto Max Planck de Derecho Público
Comparado y Derecho Internacional Público y el
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM)

Cumplimiento e impacto de las sentencias
de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo
de Derechos Humanos. Transformando realidades
Armin von Bogdandy
Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Mariela Morales Antoniazzi
Pablo Saavedra Alessandri (coords.)
(En coedición con el Instituto Max Planck de Derecho Público
Comparado y Derecho Internacional Público y el
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM)

TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PÚBLICO

FENÓMENOS INTERNACIONALES, SUPRANACIONALES Y NACIONALES

La presente obra está dedicada a las transformaciones democráticas del derecho público en América Latina y Europa, sin dejar de lado el análisis de fenómenos comparados y globales. Su propósito es sistematizar una aproximación al derecho público transformador proveniente de los acervos jurídicos supranacionales, estatales e internacionales, aportando criterios para la construcción teórica emergente en este siglo XXI.

La temática del libro está agrupada desde el contexto iuspublicista bajo una mirada alemana, pero europeizada e internacionalizada, unidos por el hilo conductor de la promoción de cambios estructurales a través del constitucionalismo transformador, particularmente en Latinoamérica, donde se articula desde los derechos humanos, conformando un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL). Esto permite desarrollar una perspectiva sobre la forma en que el derecho público europeo podría influir para enfrentar las deficiencias sistémicas de algunos Estados que evidencian una tendencia hacia el autoritarismo. De igual forma, a la luz del constitucionalismo transformador, se exploran vías vinculadas al derecho comparado y universal, que despiertan un considerable interés académico.

El interés del autor en el derecho público no pretende propiciar una comparación entre América Latina y Europa; sin embargo, es posible identificar un sentido de comunidad y pertenencia, así como la convicción de que el objetivo común y la cooperación aportan un valor añadido para todos los integrantes de los sistemas regionales. Con este prisma, puede profundizarse en los déficits estructurales y, paralelamente, en los desafíos del derecho público transformador.

ISBN 978-607-7822-66-0
9 786077 822660

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE QUERÉTARO

QRO ORGULLO DE MX

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO