

## ¿CARL MENGER EN SAN JOSÉ DE COSTA RICA? A PROPÓSITO DE UN JUEGO DE ESPEJOS ENTRE TÉORICOS CONSTITUCIONALES Y PLURALISTAS \*

*CARL MENGER IN SAN JOSÉ DE COSTA RICA?  
ABOUT A GAME OF MIRRORS BETWEEN  
CONSTITUTIONAL AND PLURALIST THEORISTS*

*Victorino Solá \*\**

**Resumen:** Según la sugerencia de algunos expertos, los sistemas internacionales de tutela de derechos humanos no sólo han auspiciado la consideración de los tratados internacionales como documentos paradigmáticos en la labor de adjudicación constitucional por los operadores nacionales, pues también han patrocinado un decisivo canon hermenéutico en virtud del cual deben merecer un tratamiento especial en tanto se presentan como instrumentos vivos, cuya exégesis

---

\* Trabajo recibido el 6 de marzo de 2020 y aprobado para su publicación el 2 de abril del mismo año. La entrega se ha desarrollado en el marco del proyecto de investigación intitulado Principio de igualdad y protección de las minorías en la jurisdicción consultiva de la CorteIDH, radicado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Secretaría de Investigación, Rectorado Académico, Universidad Católica de Córdoba (UCC, Argentina), sin perjuicio de que la elaboración del texto mereciera un tratamiento de mayor amplitud con motivo del acceso al acervo bibliográfico de la Biblioteca de Derecho y Comunicaciones de la Pontificia Universidad Católica de Chile (UC, Chile), como así también de los comentarios del Prof. Dr. Armin von Bogdandy, Director del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (MPIL, Heidelberg) y Profesor de Derecho Público de la Goethe-Universität (GU, Frankfurt am Main), en el contexto de la realización de ICON S Annual Conference 2019, Public Law in Times of Change?, July 01-03, Santiago de Chile.

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

tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actual. Tal caracterización frecuente en los anales de la jurisprudencia interamericana, suscita atractivos problemas en torno al grado de interacción que los intérpretes establecen entre el Derecho constitucional y el Derecho internacional de los derechos humanos.

**Palabras-clave:** Derecho constitucional - Derecho internacional de los derechos humanos - Pluralismo jurídico - Interpretación evolutiva.

**Abstract:** As suggested by certain experts, human rights protection systems have not only supported the consideration of international treaties as paradigmatic documents in constitutional adjudication by national operators, they have also sponsored a decisive hermeneutic canon by virtue of which they must merit special treatment in so far as they are presented as living instruments, whose proper exegesis has to accompany the evolution of the times and the conditions of current life. Such frequent characterization in the annals of Inter-American jurisprudence, raises attractive problems regarding the degree of interaction that interpreters establish between Constitutional Law and International Human Rights Law.

**Keywords:** Constitutional Law - International Human Rights Law - Legal Pluralism - Evolutionary Interpretation.

**Sumario:** I. Consideraciones preliminares. Una de Kant y otra de Hegel. ¿Nadie puede servir a dos señores? Sobre la práctica argumentativa en torno a la interacción entre el Derecho constitucional y el Derecho internacional de los derechos humanos. II. ¿Derrotabilidad o metamorfosis de la doctrina de la superioridad normativa de la Constitución política de los Estados? II.I Un convite a los teóricos constitucionales hacia la arena de la discusión cosmopolita. II.II Alrededor de una deconstrucción sugerida por los portavoces del pluralismo jurídico: un espacioso laboratorio conceptual. III. ¿Qué pueden aportar al debate los evolucionistas jurídicos? Tras los rastros de una Constitución de muchas mentes. El giro de la interpretación evolutiva en la jurisprudencia interamericana. IV. Ideas de cierre. La imagen desencantada de Narciso: ¿una reconstrucción de la teoría de las fuentes más allá de los confines westfalianos? Cuestiones y problemas.

“(…) (L)a solución a los problemas más importantes de las ciencias sociales en general (…) está, por tanto, íntimamente ligada al entendimiento teórico del origen y el cambio”  
Menger, C. *Untersuchungen über die Methode der Sozialwissenschaften, und der politischen Oekonomie insbesondere*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1883, Drittes Buch, pp. 139

“(…) (L)a evolución jurídica es, en algunos aspectos considerables, diferente de otros desarrollos en la sociedad y, en gran medida, determinada por la tradición, relativa al Derecho, que prevalece entre una élite jurídica”

Watson, A. *The Evolution of Law*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1985, p. 93

## I. Consideraciones preliminares. Una de Kant y otra de Hegel. ¿Nadie puede servir a dos señores? Sobre la práctica argumentativa en torno a la interacción entre el Derecho constitucional y el Derecho internacional de los derechos humanos

1. El Estado moderno, entendido como la principal unidad de análisis dentro del marco general de la autoridad, resultó durante largo tiempo el indisputable asiento del constitucionalismo y el garante principalísimo de su relevancia. ¿Qué es, entonces, lo que acontece -inquiere Neil Walker- en el escenario contemporáneo, en donde las fuerzas políticas, económicas, sociales, culturales, etc., que producen la estructura estatalmente centrada de poder, parecen desbordarla y lanzarse a la búsqueda de otros territorios claves -debido a su mayor provecho- para la emergencia de un novel esquema de mando?<sup>1</sup>.

Se podría comenzar por observar que alrededor del vasto círculo de problemas enlazados por la articulación -polémica, por cierto- entre la soberanía de la comunidad política y la regulación de sus relaciones internacionales<sup>2</sup>, algunos estudiosos

---

(1) WALKER, N. “Beyond the Holistic Constitution?”, Dobner, P. - Loughlin, M. (Eds.). *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2010, pp. 291 y ss.

(2) Ha habido una intensa discusión en torno al fenómeno de transferencia de poderes normativos institucionales por parte de los actores tradicionales de la primera -Estados y sus gobiernos- hacia las variadas organizaciones, públicas y privadas, que encarnan las segundas, que tanto esfuerzo demanda a los eruditos en aras de conceptualizar, explicar y legitimar las relaciones entre ambos órdenes, apelándose, inclusive, a la sugerencia promisoriosa, aunque al mismo tiempo particularmente controversial- de recurrir al *trasplante* de la idea de *constitucionalismo* desde su incubadora de base estatal y desarrollar, a partir de allí, un *corpus* teórico en el que encaje su configuración en la sociedad postestatal -en la que, por cierto, el ente estatal no pierde relevancia aunque, más bien, esta última propiedad difícilmente pueda predicarse en forma aislada-, *vide in extenso* FLYNN, T. “Introduction”, *The Triangular Constitution*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2019, &1, nota 6. *Vide etiam* SAUNDERS, Ch. “Transplants by Public Law”, Elliott, M. -Varuhas, J. - Wilson Stark, S. (Eds.). *The Unity of Public Law?: Doctrinal, Theoretical and Comparative Perspectives*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2018, pp. 257 y ss. Igualmente Martin Belov ha descrito la pretensión de ciertos compromisos teóricos -actualmente en boga en algunos círculos académicos- en orden a la reformulación, cuando no la deconstrucción -acompañadas, por supuesto, de su migración hacia diferentes contextos institucionales y sociolegales-, del diseño impreso hasta aquí al constitucionalismo westfaliano mediante la evocación de un proceso de constitucionalización de un orden global en el que anida el

hegelianos han dejado en claro el sobresaliente significado que las ideas kantianas adquirieron como esquema teórico particularmente relevante en el debate para Georg F.W. Hegel -al punto que Immanuel Kant se erigirá en su interlocutor más destacado<sup>3</sup>-; es que donde la matriz kantiana había acunado el argumentario del *cosmopolitismo* jurídico<sup>4</sup>, a partir de una doctrina *moral* entroncada en la dialéctica de la razón práctica y del bien político supremo de un *orden jurídico global* establecido sobre una decisión conforme a la voluntad *común* de los pueblos e indispensable para el mantenimiento universal y duradero de los derechos humanos y de

---

afloramiento de regímenes supranacionales de derechos, *cfr.* BELOV, M. "Introduction", Belov, M. (Ed.). *Global Constitutionalism and Its Challenges to Westphalian Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford - London - New York - New Delhi - Sidney, 2018, p. XV. Naturalmente, esto implica asumir que el constitucionalismo, en tanto concepto originariamente amarrado a la soberanía estatal, se encuentra -en los últimos tiempos- sometido a un considerable *stress* teórico por parte no sólo de la reflexión de los juristas y filósofos políticos y morales, sino también debido a la acción de los políticos como a la crítica de la opinión pública en general, desde que ponen en tela de juicio la capacidad del monopolio estatal para gestionar sus propios asuntos, *vide* TZANAKOPOULOU, M. "Introduction", *Reclaiming Constitutionalism: Democracy, Power and the State*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2018, p. XI.

(3) HORSTMANN, R.P. "Der geheime Kantianismus in Hegels Geschichtsphilosophie", Heinrich, D. - Horstmann, R.P. (Eds.). *Hegels Philosophie des Rechts. Die Theorie der Rechtsformen und Ihre Logik*, Klett-Cotta, Stuttgart, 1982, pp. 56 y ss.

(4) En el entendimiento -expuesto en 1795 a propósito del opúsculo intitulado *Hacia la paz perpetua* [Zum ewigen Frieden] y publicado en Königsberg por Friedrich Nicolovius- de que la idea de un Derecho cosmopolita "(...) no resultaba una representación fantástica ni extravagante sino un necesario complemento del Derecho Político y del Derecho de Gentes mediante unos públicos derechos humanos en general", *vide* KANT, I. "Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf (1795)", *Kants Werke*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1977, V. 11, pp. 204 y ss. Precisamente -como lo previniera Seyla Benhabib en su exposición en el Bundestag alemán, en oportunidad del 60º aniversario de la Grundgesetz de 1949- el foro académico contemporáneo debe -en gran parte- a la propuesta kantiana el distingo entre Derecho *estatal* encargado de regular las relaciones jurídicas entre individuos dentro de un mismo Estado y Derecho *internacional* o de los pueblos [*Jus Gentium*] -focalizado en las relaciones jurídicas entre los Estados- y, finalmente, el Derecho *cosmopolita* -con miras a codificar las relaciones jurídicas entre personas que no son ciudadanos de determinadas comunidades políticas nacionales sino miembros de una sociedad mundial-, *vide in extenso* BENHABIB, S. "Cosmopolitanism and Democracy: Affinities and Tensions", *Hedgehog Review*, 11 (3) (2009) 30-41, condensando -en el parecer de la Profesora de la Universidad de Yale- la emergencia de normas que, según la tradición kantiana, se traducen en un *mix* de moralidad jurídica y que reconocen derechos a la persona humana en un ordenamiento normativo universal -a diferencia de aquellos estudiosos que la vislumbran como expresión de la moral ilustrada que pregona el respeto y amor por la humanidad [*love of mankind*], en la opinión de Martha Nussbaum], o bien, identifican en el cuerpo de teorías cosmopolitas a la hibridez, fluidez y reconocimiento del carácter de seres humanos y ciudadanos, cuyas complejas aspiraciones no pueden circunscribirse nacionalmente [de estar a la sugerencia de Jeremy Waldron], descontando la significación mentada por los voceros de la *Critical Theory* en el sentido de una filosofía normativa que traslada las normas universales del discurso ético más allá de los confines del Estado-Nación [según lo aseveran, *v.gr.*, Jürgen Habermas, David Held, James Bohman, etc.], *cfr.* Ibidem. "The Philosophical Foundations of Cosmopolitan Norms", Post, R. (Ed.). *Another Cosmopolitanism: Hospitality, Sovereignty, and Democratic Iterations*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 18 y ss.

la paz<sup>5</sup>, el Profesor de las Universidades de Heidelberg y Berlín retoma la postura spinoziana sobre las vinculaciones entre Estados expuesta durante el último cuarto del siglo XVII<sup>6</sup> y opone -principalmente en *Grundlinien der Philosophie des Rechts*- un defecto de configuración sustentado en una doctrina de la *libertad* que se precia insuperable -prácticamente por encima de todo- y consistente en la *contingencia* de un acuerdo o pacto que se nutre de la voluntad *particular* de cada Estado -cuya *soberanía* encumbraba, así, una prerrogativa *irrenunciable*, en cuanto *excluyente ser-para-sí*<sup>7</sup>-, repeliendo, de este modo, las limitaciones que eventualmente la sujetaran a los mandatos del Derecho internacional -reducido, en su opinión, a una abstracción carente de efectividad-<sup>8</sup>.

---

(5) Aunque Jürgen Habermas aduzca que si el *quid* del Derecho cosmopolita consiste -más bien- en que pasando por encima de las cabezas de los sujetos colectivos del Derecho internacional alcanza la posición de los sujetos jurídicos individuales y fundamenta para éstos la pertenencia no mediatizada a la asociación de ciudadanos del mundo libres e iguales, la actual situación planetaria se puede comprender -en el mejor de los casos- como un estadio *transitorio* desde el Derecho internacional hacia el Derecho cosmopolita, *cfr.* HABERMAS, J. "Kants *Idee des Ewigen Friedens* - aus dem historischen Abstand von 200 Jahren", *Kritische Justiz*, 3 (1995) 293-319; empero -claro está- ello no ha obstado a que -en trabajos posteriores del Profesor Emérito de la *Johann Wolfgang Goethe Universität*- se insista en que todo atisbo de conceptualización sobre la juridificación del dominio político mundial debe partir de los individuos y los Estados como las dos categorías que definen a los *sujetos fundamentales de una Constitución mundial*, *cfr.* Ibidem, "The Constitutionalization of International Law and the Legitimacy Problems of a Constitution of a World Society", *Constellations - International Journal of Critical and Democratic Theory*, 4 (2008) pp. 444-455.

(6) SPINOZA, B. "Political Treatise", *The Chief Works of Benedict of Spinoza*, George Bell & Sons, London, 1891, V. I, Ch. III, & 11, pp. 306 y ss -alentando, en 1677, la sugerencia de abreviar en las relaciones naturales entre los individuos como modelo para el estudio de las que se anudan entre Estados: "(...) *dado que (...) el Derecho de la potestad suprema no es sino el mismo Derecho natural, se sigue que dos Estados se relacionan entre sí como dos hombres en el estado natural*".

(7) Como gustaba decir el filósofo prusiano de mayor relevancia durante la primera mitad del siglo XIX al divulgarse desde 1821 en Berlín, por Nicolaische Buchhandlung, sus *Elementos de Filosofía del Derecho* [*Grundlinien der Philosophie des Rechts*], *cfr.* HEGEL, G.W.F. *Elements of the Philosophy of Right*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, & 321-322, p. 359, sin perjuicio de que, según ya lo hiciera notar, hacia 1802, en ocasión de su crítica a la teoría fichteana de la soberanía popular, materializada en un ensayo bajo el epígrafe *Sobre los modos de tratar científicamente el Derecho natural, su lugar en la filosofía, y su relación con las ciencias positivas del Derecho* [*Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften*], si la libertad, en un sentido amplio e inclusivo, se verifica cuando el individuo se siente parte de la comunidad política, es fundamental que el sistema jurídico luzca integrado por las tradiciones -culturales, sociales, religiosas, etc.- y la concepción del mundo de la comunidad de pertenencia, de tal modo que es el espíritu del pueblo [*Volkgeist*] el que debe estructurar las normas jurídicas que rigen la convivencia con la meta de que se puedan anclar en las convicciones morales compartidas por todos los ciudadanos -en tanto producto de un extenso proceso histórico de formación y consolidación-, *cfr.* HEGEL, G.W.F. *Werke in 20 Bänden*, Suhrkamp, Frankfurt, 1970, V. II, pp. 477 y ss., pp. 503-507.

(8) HEGEL, G.W.F. *Elements of the Philosophy of Right*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, & 341-342, p. 372.

De allí que según la máxima *dieciochesca* -acuñada por Georg Jellinek- *todo puede ser explicado por medio de la soberanía y a partir de la soberanía*<sup>9</sup>. En este marco, ya se había expuesto -entre nosotros- la exhortación alberdiana -arraigada, según el designio del autor, en el espíritu vivificador de la civilización- a la celebración de tratados en tanto importaban *la más bella parte de la Constitución, la llave del progreso*, máxime cuando se otorgaban en *garantía de los derechos naturales*<sup>10</sup>.

En ellos -entendía Augusto Montes de Oca- se anudaba la voluntad de la soberanía de los Estados, a diferencia de una Constitución que únicamente representaba la voluntad soberana de una nación<sup>11</sup>, aunque se argüía que en un estrato superior a la Constitución “(...) *no hay, ni puede haber, ninguna otra supremacía*”, pues aquélla es expresión de una voluntad soberana y permanente -una soberanía, claro está, concebida como plena: “(...) *nada puede estar sobre ella o no lo es*”<sup>12</sup>.

Sin embargo -desde los mismos preludios del Siglo XIX- la Corte Suprema norteamericana hubo de considerar el alcance del ordenamiento internacional en la interpretación de la legislación interna, presentando así otra variante explicativa; en efecto, en ocasión de uno de los primigenios casos del tribunal cimero estadounidense, será el *Chief Justice* John Marshall quien habrá de sentar -en 1804- la *Charming Betsy doctrine*<sup>13</sup>, inaugurando un principio de interpretación -*rule of construction*- en

---

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

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

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

(12) GONZÁLEZ CALDERÓN, J.A. *Derecho Constitucional Argentino. Historia, Teoría y Jurisprudencia de la Constitución*, J. Lajouane & Cía., Buenos Aires, 1923, T. I, pp. 440-441, reseñando un debate que dista de resultar novedoso: “(...) *sostúvose por algunos escritores que los pactos internacionales tenían siempre el carácter de compromisos absolutamente obligatorios para las naciones signatarias, aun cuando violasen la Constitución política del país (...) conviene ante todo fijar un principio esencial para preservar la existencia de los Estados, y es que la Constitución política de cada uno es su suprema ley; mejor dicho (...) es su única suprema ley, a la cual debe imprescindiblemente ajustarse el Derecho positivo (interno y externo) del país (...) no hay más ley suprema que la Constitución*”.

(13) En rigor, el *Charming Betsy canon* había sido anticipado tres años antes -en 1801- por el propio *Chief Justice* John Marshall al expedirse en el caso *Talbot vs. Seeman*, ocasión en la que se adujo que *las leyes de los Estados Unidos no deben interpretarse, si puede evitarse, de modo que infrinjan los principios y usos comunes de las naciones*: “(...) *the laws of the United States ought not to be construed, if it can be avoided, so as to infract the common principles and usages of nations*”, *cfr. Talbot vs. Seeman*, 5 US (1 Cranch)

virtud del cual el alcance de los actos del Congreso no debe establecerse en contravención del Derecho internacional cuando existen otras posibles alternativas -“(…) *an act of Congress ought never to be construed to violate the Law of Nations if any other possible construction remains*”<sup>14</sup>.

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

(14) *Murray vs. The Schooner Charming Betsy*, 6 US (2 Cranch) 64 (1804). De allí que Armin von Bogdandy presente el estándar hermenéutico de marras en los siguientes términos: *la ley doméstica no debe ser interpretada de manera que colisione con el Derecho internacional cuando es posible evitar el conflicto normativo*, *cfr.* VON BOGDANDY, A. “Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship Between International and Domestic Constitutional Law”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press, VI (2008) pp. 397-413, *i.e.* p. 398 nota (2). De hecho, según el & 114 del *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States* de 1987, se establece que -en la medida de lo posible- una ley estadounidense debe interpretarse en el sentido de que “(…) *no entra en conflicto con el Derecho internacional ni con un acuerdo internacional con los Estados Unidos*”. Si bien en el contexto histórico de su adopción se invocó con motivo de casos atinentes a la costumbre internacional -*international custom, i.e.*, una práctica general y consistente de los Estados seguida con convicción jurídica de obligatoriedad, según el & 102 (2) del *Restatement*-, en asuntos subsecuentes se blandió en la justicia americana en oportunidad de la aplicación de tratados internacionales -*treaties, i.e.*, un acuerdo deliberado entre los Estados, de estar al pt. 1, ch. 1, introductory note 18 del *Restatement* sobre una gama de distintas materias: *v.gr.*, inmigración -*Mojica vs. Reno*, 970 F. Supp. 130, 147-52, EDNY (1997)-, relaciones diplomáticas -*United States vs. Palestine Liberation Org.*, 695 F. Supp. 1456, 1464-65, SDNY (1988)-, discriminación laboral -*Spiess vs. C. Itoh & Co.*, 643 F.2d, 353, 356, 5th Circuit (1981)-, etc. En lo

2. Como el lector puede notarlo de los extractos precedentes, las relaciones entre el Derecho constitucional y el Derecho internacional -enseña Boris Mirkine-Guetzévitch<sup>15</sup>- entrañan una importante *quaestio teórica* para los juristas, sin perjuicio de desnudar también un evidente *problema práctico*, cuyas soluciones son precisas para las necesidades cotidianas de la vida jurídica de las personas y de los pueblos. En efecto, ambos conllevan una *realidad viva* en la que se considera al primero como una *técnica de la libertad* y se avizora al segundo como una *técnica de la paz*<sup>16</sup>.

De allí que el Profesor de la Universidad de París advierte que el Derecho constitucional moderno reconoce una evolución merced a la penetración en él de elementos internacionales. Empero, se apunta -y éste es, quizás, el fenómeno más interesante- que el mismo efecto internacional puede realizarse tanto por una regla constitucional como por una del Derecho de gentes -*Jus gentium*-<sup>17</sup>.

---

que a la jurisprudencia de la Corte Federal incumbe se ha establecido que existe un *firme y obviamente sano canon de interpretación contra la búsqueda de un rechazo implícito de un tratado en los supuestos de una ambigua acción congresional*, cfr. *Chew Heong vs. United States*, 112 US 536, 540 (1884); *Cook vs. United States*, 288 US 102 (1933); *Weinberger vs. Rossi*, 456 US 25 (1982); *Trans World Airlines Inc. vs. Thurston*, 469 US 111 (1985) *et al.* Lo interesante es que el *Charming Betsy canon* desagua -en la actualidad- en dos diseños -con variantes doctrinales y jurisprudenciales-: (i) *modelo de intención legislativa--legislative intent conception-*, concordante con la suposición de que el proceder legisferante estatal -en particular, del Congreso Federal- no pretende generalmente desconocer normas trasnacionales -en aras de prevenir dificultades en las relaciones con la comunidad internacional-, por lo que -consecuentemente- ante la *ausencia de claridad* del texto legislativo nacional el principio en cuestión incrementaría la probabilidad de una *correcta interpretación* y asistiría, así, a los tribunales de justicia como fieles *agentes de la voluntad congresional*, cfr. FITZPATRICK, J. "The Relevance of Customary International Norms to the Death Penalty in the United States", *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, 25 (1995-96) 165, 179; (ii) *modelo internacionalista -internationalist conception-*, consistente con la proposición de la directiva exegética como un *suplemento* del Derecho interno y de los jueces como *agentes del orden internacional*, con la función de conformar aquél a los contornos de la normativa supraestatal, evitando su vulneración por la acción parlamentaria doméstica y facilitando la implementación del Derecho internacional a través de una operatoria interpretativa conforme, cfr. FALK, R. "The Role of Domestic Courts in the International Legal Order", *Indiana Law Journal*, 39-3 (1964) 429-445. *Vide in extenso* BRADLEY, C.A. "The Charming Betsy Canon and Separation of Powers: Rethinking the Interpretive Role of International Law", *Georgetown Law Journal*, 86-3 (1998) 479-537.

(15) MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. "Derecho Constitucional Internacional", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1936, pp. 25 y ss. [Título de la obra original *Droit Constitutionnel International*, Sirey, Paris, 1933; la que resultara laureada por la Academia Francesa de Ciencias Morales y Políticas con el Premio *Joseph du Teil*, en 1934]. En torno a la consideración de las relaciones entre el Derecho constitucional y el Derecho internacional como un *problema de técnica jurídica*, *vide etiam* Idem. "L'influence de la Révolution Française sur le développement du Droit International dans l'Europe orientale", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1928, T. 22, pp. 299 y ss.; Idem. *Moderenas Tendencias de Derecho Constitucional*, Reus, Madrid, 1934, pp. 48 y ss. [Título de la obra original *Les nouvelles tendances du Droit Constitutionnel*, M. Giard, Paris, 1931].

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

(17) MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. "Derecho Constitucional Internacional", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1936, p. 27, aunque con la observación de que "(...) la estructura jurídica del Estado

La adjudicación de tales propiedades, por cierto, se cimentaba en la nueva realidad que transitaba la teoría jurídico-pública desde que Hans Kelsen lanzara una densa crítica orientada a conmovir los pilares del -hasta entonces prevaleciente- modelo teórico de reivindicación de la unidad nacional totalmente estatalizada y cerrada, como su repercusión en el entendimiento del fundamento y contenido del Derecho internacional<sup>18</sup>, debido a la tradición publicista cultivada, desde mediados del siglo XIX y comienzos de la pasada centuria, en Austria y Alemania -en particular, el aparato conceptual que habían forjado los adherentes de la idea hegeliana de la voluntad soberana del Estado, cuyo poder *superiorem non recognoscens* recluía al ordenamiento normativo internacional a la condición de un Derecho *externo* al propio Estado [*Staatswillen-positivismus*]<sup>19</sup>, en la que se asocian nombres desde Karl F. von Gerber, Adolf Lasson, Paul Laband, Hugo Preuss, Heinrich Triepel, Felix Somló hasta, en particular, el de Georg Jellinek<sup>20</sup>.

---

*constitucional y democrático se opone a la violación de reglas de Derecho internacional (...) la fuerza obligatoria de los tratados internacionales está en directa dependencia de la forma de gobierno de los Estados (...) la Constitución del Estado democrático es ya en sí misma una garantía de la observación de las reglas internacionales".*

(18) Es que -de estar a la censura kelseniana- concebir una soberanía de Derecho internacional -junto a una de Derecho estatal- era "(...) en cualquier caso, erróneo, ya que, si no se trata de resaltar las diferentes consecuencias de una misma y única característica del Estado, sino de constatar dos características diferentes del Estado, es evidentemente inadmisibles usar el mismo nombre de soberanía", cfr. KELSEN, H. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Mohr, Tübingen, 1920 [traducción italiana bajo título *Il problema della sovranità e la teoria del Diritto Internazionale*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 58].

(19) La que -en la línea de la temprana objeción kelseniana, escrita durante la primera guerra mundial y divulgada tras su cese- debía ser *radicalmente erradicada*, cfr. KELSEN, H. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1920; *Idem*. "Les rapports de système entre le Droit International et le Droit Interne", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, T. XIV (1926) 227 *et seq.* Tal prevención obedecía a los rasgos esenciales cuya defensa habían asumido los representantes del dualismo jurídico -también denominado paralelismo, en contrapunto con el internacionalismo-, que Boris Mirkin-Guetzévitch resume de la siguiente manera: "(...) el Derecho internacional y el Derecho interno son dos sistemas distintos cuyas "fuentes jurídicas" son diferentes (...) no [se] admite como regla de relación entre los dos sistemas más que la "réception" recíproca. A despecho mismo de la "réception", estos dos sistemas jurídicos tienen vida independiente. No hay identidad de principio alguna entre el Derecho interno y el Derecho internacional", cfr. MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. *Les nouvelles tendances du Droit Constitutionnel*, Pichon, R. - Durand, R., Paris, 1936, p. 50.

(20) HABERMAS, J. "Prepolitical Foundations of the Constitutional State", *Between Naturalism and Religion: Philosophical Essays*, Polity Press, Cambridge, 2008, p. 103. *Vide etiam* von BERNSTORFF, J. *The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in Universal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 44 y ss; KOLB, R. *Truyol y Serra's Doctrines of International Law*, Elgar, Cheltenham - Northampton, 2018, & 4; ZOLO, D. *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Carocci, Roma, 2008; Romano, S. *The Legal Order*, Routledge New York, 2017, & 28, p. 54. Es que la ya anticipada kantiana representación de una *paz perpetua* a través de una asociación de Naciones -*Völkerbund*- que arbitrara toda disputa -prestando fuerza visible a la idea de orden cosmopolita-, o bien, la sugerencia wolfiana de una *civitas maxima* entre las Naciones [*gentes*] que incluyera a toda la raza humana, se tensionan -en definitiva- con la remisión a la idea un de acuerdo [*pacto* o *quasipacto*] que mana -según Georg W.F. Hegel- de la particular voluntad soberana del Estado -afectada, así, por la contingencia- y que, al excluir la consideración del Derecho internacional como voluntad general

Alcanzado este punto, de estar a la insinuación kelseniana -reseñada en *Reine Rechtslehre*<sup>21</sup>- en virtud de la cual nadie puede servir a dos señores -no one can serve

---

compuesta por cada uno de aquéllos, conlleva toda una definición sobre su *status* jurídico, *cfr.* HEGEL, G.W.F. *Elements of the Philosophy of Right*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, & 330-333, pp. 366 y ss.

(21) Desde que las contribuciones del ideario kelseniano en torno al Derecho internacional no pueden aislarse del cuerpo total de su *Reine Rechtslehre*, *cfr.* MONACO, R. "Kelsen e la teoria del Diritto internazionale", Roehrsen, C. (Ed.). *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1983, p. 42, cabe, por cierto, advertir inicialmente al lector que -en lo sucesivo- el texto se ha sujetado a los desarrollos de la traducción -por el publicista austríaco Max Knight (*n.r.*, M. Eugen Kühnel)- bajo el título *Pure Theory of Law*, publicada en 1967 por la University of California Press en Berkeley - Los Angeles, y que reprodujera la segunda edición alemana reelaborada y ampliada que se editara en Viena, por Franz Deuticke, en 1960 y se reimprimiera en 1967, versión ésta que -a juicio de Norberto Bobbio- puede ser considerada como la última expresión de su pensamiento sobre el tópico, *vide* BOBBIO, N. "Hans Kelsen", *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Torino, 1963, V. IX, pp. 402-404, y que circulara en la literatura jurídica castellana con motivo de su publicación en 1979 -y sucesivas reimpressiones en 1981 y 1982- por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM -debido a la traducción del filósofo jurídico Roberto J. Vernengo-, sin perjuicio de alcanzar -en 2017- la decimosexta edición y cuarta reimpresión por la editorial Porrúa en México. Empero, si no se pierde de vista que la *Teoría Pura del Derecho* entraña -según Mario G. Losano- un *opus perpetuum* tanto en el sentido -obvio- de *monumentum aere perennius* como en el de *perpetuum mobile* con la significación de teoría en continua transformación, a través de su persistente revisión por medio de precisiones y correcciones, que decanta en una obra intrínsecamente unitaria a través del tiempo, aunque fragmentada, *cfr.* LOSANO, M.G. "La Teoría pura del Derecho. Del logicismo al irracionalismo", *Doxa*, 2 (1985) 55-85, 55, se comprenderá que la historia de las ediciones de la *Reine Rechtslehre* implica una muestra emergente al respecto: su primera edición, nacida de la revisión de un ensayo de 1933 bajo el epígrafe "Methode und Grundbegriff der Reinen Rechtslehre" aparecido en *Annalen der kritische Philosophie*, III (1933) 69-90 y traducido ese mismo año al italiano por Renato Treves -con el rótulo "La dottrina pura del Diritto. Metodo e concetti fondamentali", *Archivio giuridico*, CX (1933) Nº 2- y al castellano por Luis Legaz Lacambra -intitulada igualmente *La teoría pura del Derecho. Método y conceptos fundamentales*, Revista de Derecho Privado, Madrid-, se remonta a la primigenia versión de 1934 -divulgada también por Franz Deuticke en Viena y Leipzig- bajo la nomenclatura *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, cuya traducción italiana -también por Renato Treves, se verificó en 1952 a instancias de Einaudi en Torino-, sin perjuicio de que se tradujera tempranamente al castellano -en el mismo 1934- por Jorge G. Tejerina y se divulgara por la casa editorial Losada en Buenos Aires, al margen de su reimpresión en 1946 por ésta y en 1975 por Editora Nacional en México y la circulación de diversas versiones iberoamericanas -*v.gr.*, la recientemente editada en 2011 en Madrid por Trotta, a cargo del catedrático de Filosofía del Derecho Gregorio Robles Morchón-. Sentado ello, la selección de la segunda edición obedece a la circunstancia de que -en opinión de los expertos- constituye una obra *sustancialmente distinta* de la primera edición de 1934, pues Hans Kelsen incorporó en aquélla el resultado de las investigaciones desarrolladas en el extenso período de casi 30 años transcurridos entre la redacción de ambas ediciones, descartando la traducción francesa -por Henri Thévenez- de la primera edición que no se publicó sino hacia 1953 -bajo la inscripción *Théorie pure de Droit*, por Balconnière en Neuchâtel, y de la que también se cuenta versión al castellano debida a Moisés Nilve, bajo el epígrafe *Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1960- en virtud de que comporta -más bien- una edición a *mitad de camino* entre la primera y segunda ya citadas debido a la introducción -por su propio autor- de modificaciones que la evolución de su pensamiento reputaba indispensables -determinando, entonces, la traducción de una obra cuyo original en alemán no existe, *cfr.* LOSANO, M.G., *op. cit.*, p. 58. *Vide in profundis* WALTER, R. "Hans Kelsen Rechtslehre", *Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Baden Baden, 24 (1999) 11. En orden

*two masters*-<sup>22</sup>, su autor postulará la imposibilidad lógica de adoptar simultáneamente los puntos de vistas de dos ordenamientos originarios<sup>23</sup>.

De allí que -en opinión del principal promotor de la *Wiener rechtstheoretischen Schule*- la construcción *monista* del Derecho resultaba *inevitable* [*unvermeidlich*] al argüir que el Derecho internacional y el Derecho particular de los Estados conformaba un *sistema unitario*<sup>24</sup>, aun cuando la *unidad gnoseológica* de todo Derecho válido

---

al interés en la obra póstuma -principalmente alrededor de *Allgemeine Theorie der Normen*, RINGHOFER, K. - Walter, R. (Eds.). Manz, Wien, 1979-, fundamentalmente a partir de la consideración de una profunda ruptura con la lectura clásica de la matriz kelseniana -al punto que algunos estudiosos han argumentado que, en el período posterior a la segunda edición de 1960 de la *Reine Rechtslehre*, se asiste al espectáculo de una forma de irracionalismo normativo que conduce -en parte- a la liquidación de la doctrina de la estructura del sistema jurídico o de la norma fundamental, o bien, a postulados de la unidad del sistema jurídico o de pureza -*Reinheit*- del método jurídico, *vide in extenso* WEINBERGER, O. *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik*, Duncker - Humblot, Berlin, 1981, pp. 94 y ss. Entre nosotros, los iusfilósofos José J. Moreso y Pablo E. Navarro se han encargado de explorar los desajustes -debido a su incompatibilidad con el argumentario divulgado por el *primer Kelsen*- en su *Introducción* a la segunda edición de *Teoría pura del Derecho*, traducida al castellano por Rotemberg, S., Aren, F. y Dassieu, N. y publicada, hacia 2011, en Buenos Aires por Colihue Universidad.

(22) KELSEN, H. *Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley - Los Angeles, 1967, p. 329, con remisión -en la *footnote* 179- a la reseña bíblica de *Mateo VI, 24* [aunque, en ocasión de examinar la idea de justicia en las Sagradas Escrituras, igualmente trae a colación la máxima, aunque bajo la fórmula "(...) *no slave can belong two masters*", *cfr.* KELSEN, H. *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, University of California Press, Berkeley - Los Angeles - London, 1957, p. 51], en la inteligencia de que si aparecieran conflictos -escribe el patrocinador de la *Reine Rechtslehre*- entre el Derecho internacional y el Derecho estatal, y fuera, por ende, inevitable una construcción *dualista* -a la que calificaba de *teoría insostenible* [*untenable construction*]-, de tal guisa que se considerara al Derecho estatal como un sistema de normas válidas, no podría tenerse por Derecho al Derecho internacional -sino, a su juicio, como una especie de moral o de Derecho natural-, ni considerársele un orden normativo obligatorio que detentara validez *simultáneamente* con el Derecho estatal. También, en oportunidad de su *General Theory of Law and State*, dejaba en claro la imposibilidad lógica de asumir que normas válidas simultáneamente pertenecieran a sistemas diferentes mutuamente independientes, *cfr.* KELSEN, H. *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, 1949, p. 363. *Vide etiam* Idem. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Mohr, Tübingen, 1920, p. 121 [traducción italiana bajo título *Il problema della sovranità e la teoria del Diritto Internazionale*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 276]. Luego, sin embargo, el *segundo* Hans Kelsen consentirá que -dentro de un mismo sistema jurídico- "(...) *no se puede dudar de que existan conflictos entre normas*", cuya solución remite a principios de Derecho positivo -no de raigambre lógica-, *cfr.* KELSEN, H. *Théorie Générale des Norms*, PUF, Paris, 1996, pp. 161 y ss. *Vide in extenso* Chiassoni, P. "Wiener Realism", Duarte d'Almeida, L. - Gardner, J. - Green, L. (Eds.). *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2013, p. 143

(23) Por consiguiente, subrayaba: "(...) *mais il faut de toute nécessité, il faut logiquement opter entre les deux points de vue*", *cfr.* KELSEN, H. "Les rapports de système entre le Droit International et le Droit Interne", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1926, T. XIV, p. 269.

(24) KELSEN, H. *Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley - Los Angeles, 1967, p. 333, a diferencia de la concepción *dualista* -a la que también rotula de *pluralista* [*pluralistic*], aunque en el siguiente sentido: "(...) *atendiendo a la multiplicidad de los órdenes jurídicos estatales particulares*" -en virtud de la cual el Derecho internacional y el Derecho estatal serían dos sistemas normativos distintos, independientes entre sí, y hasta aislados recíprocamente en relación a su validez en la medida

que de ella proviniera pudiera ser planteada -en el terreno epistemológico<sup>25</sup>- de dos maneras distintas<sup>26</sup>: o el Derecho internacional se concibe -desde una perspectiva subjetiva o interna del yo soberano- como un orden jurídico delegado por un orden jurídico estatal, y por ende, encadenado a éste -*primacía del orden jurídico estatal*-<sup>27</sup>,

---

que se fundarían en dos normas básicas diferentes, de tal modo que las conclusiones de sus adalides encontraría justificación -en lo esencial- en la existencia de conflictos *insolubles* entre ambos. También reseñará -en sus *Principles of International Law*- que las contribuciones de los teóricos dualistas no hacían más que contradecir los contenidos del Derecho internacional, pues éste establecía una relación entre sus normas y las normas de los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales -incluso, apuntando que “ (...) *la teoría pluralista* [en la acepción antedicha] *es una contradicción con el Derecho positivo, siempre que el Derecho internacional se considere un orden legal válido*”, cfr. KELSEN, H. *Principles of International Law*, Rinehart, New York, 1952, p. 404. De la misma manera que -con antelación- había acusado a la construcción dualista de conducir a la “ (...) *négation de la nature juridique du «Droit international»*”, cfr. KELSEN, H. “*Les rapports de système entre le Droit International et le Droit Interne*”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1926, T. XIV, pp. 276-277.

(25) Acontece que -al tiempo de tal lectura kelseniana- sólo se justificaba una pretensión de unidad epistemológica del Derecho -que se adjetivaba de necesaria [*nécessaire*]-, cfr. KELSEN, H., *op. cit.*, p. 267, lo que en modo alguno le impidió -al Profesor de las Universidades de Viena, Colonia, Berkeley, entre otras- advertir que la última finalidad de la evolución efectiva del Derecho -orientada hacia su progresiva centralización- se manifestaría en el ideal de una unidad organizadora de una comunidad universal -*universal legal community*- dotada de un Derecho planetario, que derivara en la constitución de un Estado mundial -*World State*-, cfr. KELSEN, H. *Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley - Los Angeles, 1967, p. 328. *Vide etiam* Idem. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Mohr, Tübingen, 1920, p. 123 [traducción italiana bajo título *Il problema della sovranià e la teoria del Diritto Internazionale*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 180]. En torno a la necesidad, por tanto, de evitar abordajes heréticos de la Teoría Pura del Derecho sobre el tópicó, *vide* GRAGL, P. *Legal Monism: Law, Philosophy, and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 293.

(26) No es ocioso recordar que, de conformidad con la construcción kelseniana expuesta en la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho -*Reine Rechtslehre II*-, ambos andariveles desaguaban en sistemas “ (...) *igualmente correctos e igualmente justificados*”, con sustento en la aseveración de que resultaba imposible, a partir de una *especulación* jurídico-científica, adoptar una *decisión* jurídico-científica a favor de uno de los dos, pues si la ciencia del Derecho se ceñía a su exposición, la decisión mentada sólo podría alcanzarse por *consideraciones políticas* -al punto que a la pregunta hasta dónde el gobierno de un Estado debía o podía limitar su libertad de acción mediante tratados internacionales, Hans Kelsen contesta que entrañaba un asunto político [*question of politics*], de modo que la respuesta no podía derivarse ni de la primacía del Derecho estatal, ni de la primacía del Derecho internacional-, cfr. KELSEN, H. *Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley - Los Angeles, 1967, pp. 344 y ss. Se corroboraba, así, una postura vacilante frente a la férrea intencionalidad presentada en la primera versión vienesa de 1934 -*Reine Rechtslehre I*-, en donde la primacía del Derecho internacional y la disolución del dogma de la soberanía conllevaban un *resultado técnico* de la Teoría Pura del Derecho. Sobre las observaciones críticas compendiadas sobre el tópicó, *vide in profundis* HART, H.L.A. “*Kelsen's Doctrine of the Unity of Law*”, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1983, pp. 309 y ss., en particular respecto de la tesis kelseniana de que todas las normas válidas constituyen necesariamente un sistema unitario.

(27) La *soberanía* del Estado, entonces, constituiría un *factor decisivo* para la tesis de la primacía del orden jurídico estatal, entendida cual *presupuesto* de un orden normativo como un orden supremo no derivable, en su validez, de ningún otro superior, de tal modo que se considerara que el Derecho internacional sólo adquiere validez para el Estado cuando media su *reconocimiento* expreso

o bien, se vislumbra como un orden jurídico supraordinado a los órdenes jurídicos estatales, que -desde un punto de vista objetivo o externo- son su delegación, como un orden jurídico total -también denominado orden jurídico universal [*universal legal order*]- que abarque a todos los órdenes estatales como órdenes jurídicos parciales en él imbricados, cuya co-existencia en el espacio y sucesión en el tiempo es jurídicamente posible a través del Derecho internacional -*primacía del orden jurídico internacional*, compatible con el hecho de que la Constitución de un Estado contenga una disposición según la cual el Derecho internacional debe valer como parte integrante del orden jurídico estatal-<sup>28</sup>.

---

-*v.gr.*, acto legislativo o gubernamental- o tácito -*v.gr.*, aplicación de hecho de normas internacionales, concertación de tratados, respeto de inmunidades estatuidas por normativa trasnacional, etc.-; esta concepción -para el observador kelseniano- no sólo era la dominante en la ciencia jurídica angloamericana, pues -además- recibía expresión en las Constituciones modernas que contenían disposiciones según las cuales el Derecho internacional adquiriría validez como parte integrante del orden jurídico estatal -sin aparecer, por lo tanto, el Derecho internacional como un orden jurídico supraestatal, menos aún como un orden jurídico independiente del orden jurídico estatal propio y hasta como un orden jurídico aislado frente a éste-, *cfr.* KELSEN, H. *Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley - Los Angeles, 1967, pp. 334-335.

(28) KELSEN, H. *Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley - Los Angeles, 1967, pp. 336-340, aunque con una serie aclaraciones capitales sobre el punto: el segundo camino por el que se alcanzaría la unidad de conocimiento del Derecho internacional y del Derecho estatal, tributario de la ideología del *pacifismo*, se articula a partir de la consideración del *Derecho internacional como un orden jurídico válido* -merced el principio de *efectividad* en cuanto norma de Derecho positivo internacional que determina tanto el fundamento de validez, como los dominios de validez temporal, territorial y personal de los órdenes jurídicos estatales particulares-, de forma que -al no mediar exigencia de *reconocimiento* alguno por parte del Estado- la mencionada disposición constitucional no significa que el Derecho internacional adquiriera validez para el Estado en cuestión sino que -mediante una cláusula genérica- se le *transforma* en Derecho estatal -transformación *necesaria*, a juicio del autor, cuando los órganos del Estado, en especial sus tribunales de justicia, sólo están facultados por la Constitución para aplicar Derecho estatal, pudiendo únicamente aplicar el Derecho internacional cuando su contenido ha adquirido forma en el orden jurídico de los Estados, *i.e.*, cuando se ha transformado en éste-; a la par, si se considera al Derecho internacional como parte integrante de un orden jurídico estatal, se comprende que el maestro de la *Wiener Rechtstheoretische Schule* estimaba necesario distinguir -en el entendimiento de que la diferencia entre ambas construcciones monistas únicamente concernía al fundamento de validez del Derecho internacional, y no a su contenido- entre el orden jurídico estatal en sentido estricto -*narrower sense*- y el orden jurídico estatal en sentido lato -*wider sense*-: mientras el primero se conforma con las normas de la Constitución del Estado y las normas establecidas, conforme esa Constitución, por actos legislativos, administrativos y jurisdiccionales, el segundo está dado por el orden jurídico que configura el punto de partida de la construcción, en tanto comprende *también* al Derecho internacional reconocido, *i.e.*, normas producidas por las costumbres de los Estados y la celebración de tratados -en esta último caso, el Derecho internacional cumple su función sólo en relación con el orden jurídico estatal en *sentido estricto*, en consecuencia la relación entre ambas partes integrantes del orden jurídico estatal en *sentido lato*, no puede ser vista como una relación de coordinación, sino como una relación de *supra* y *subordinación*: la parte de ese orden jurídico estatal que representa al Derecho internacional se encuentra *por encima* de la parte que representa el orden jurídico estatal en sentido estricto [blandiendo, así, la siguiente metáfora: "(...) *El Estado que reconoce al Derecho internacional, se somete de ese modo al mismo*"-].

La propuesta de Hans Kelsen hasta aquí revistada no obstó a que se levantaran objeciones, principalmente a cargo de aquellos teóricos y filósofos jurídicos que le endilgaron una serie de *dificultades originarias* de suficiente entidad como para alimentar una crítica al buen suceso de sus argumentos<sup>29</sup>: *v.gr.*, desde censuras inherentes al discurso mismo kelseniano<sup>30</sup>, debido al acuse de una incompatibilidad -parcial- entre su concepción de la estructura del sistema jurídico y su teoría de la interpretación -en virtud de la cual, algunos destacados expertos se sirven de ella aunque con la meta de *subvertir* la tesis escalonada del orden jurídico, al postular su conformación por aquellas normas que una Corte Suprema u otro órgano jurisdiccional enuncia por vía de interpretación<sup>31</sup>, al punto que se aventura que la interpre-

---

(29) OST, F. - VAN DE KERCHOVE, M. *Jalons pour une théorie critique du Droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987, pp. 183 y ss.

(30) *Vide in profundis* Kelsen, H. *Théorie générale des normes*, PUF, Paris, 1996, p. 329.

(31) TROPER, M. "Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique", *Revue Internationale de Philosophie*, 138 (1981) 520, 528, de retenerse por el lector la lectura prohibida -bajo el rótulo *théorie réaliste de l'interprétation*- por el Profesor de la Universidad de París X-Nanterre: si se promueve la necesidad de la interpretación ante todo acto de aplicación del Derecho -al punto que tales actividades desaguan en la significación objetiva de sus disposiciones- y se reconoce la incorporación al orden jurídico de aquella practicada por el órgano al que se le reconoce el poder de interpretación -*pouvoir d'interpréter*-, *cfr.* Idem, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle", *Recueil d'études en hommage à Mélanges Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, pp. 133 y ss., se sigue que es el intérprete quien determina lo que el enunciado normativo significa -con sus consiguientes efectos en el sistema jurídico-, de modo que a la pregunta por qué es válido aquél, o bien, por qué pertenece a éste, se allega la siguiente respuesta: porque devino *producido durante el proceso de interpretación*, en el sentido que el sujeto interpretativo determina el *status* o condición del texto normativo -*statut du texte*- cuanto los límites de la competencia -*limites de la compétence*- tanto del autor como los suyos propios -en la comprensión, claro está, de que la interpretación no debería reducirse a la sola determinación del *contenido* prescripto por las *disposiciones* normativas-; indudablemente la idea de que el rango o categoría del documento normativo puede interpretarse deriva de un concepto amplio de interpretación -*concept large d'interprétation*-, en virtud del cual la jerarquía del orden legal no entrañaría -como habitualmente se estila- una jerarquía de enunciados o de textos ["(...) *la hiérarchie de l'ordre juridique n'est nullement une hiérarchie d'énoncés ou de textes*"], pues entre dos textos no cabría predicar una relación jerárquica sino -más bien- entre sus contenidos o significados -de allí que se consigne que si el hermeneuta "(...) *détermine simultanément le significado del texto de la Constitución y del texto de la ley, es decir si determina el de las dos normas, establece -al mismo tiempo- la existencia de una jerarquía entre ellos (...) la norma legislativa, según lo determinado en el proceso de interpretación, encuentra su fundamento de validez, o, si se prefiere, es presentada como obligatoria (...) tal como es determinada por la interpretación*"-. En suma, según el credo de los teóricos realistas, la jerarquía de los preceptos normativos refleja la de los poderes, y en ello afloran impactos atendibles en el entendimiento del abordaje kelseniano a la jerarquía normológica, pues el fundamento de validez de la regla jurídica no se remontaría de su *conformidad* con una de rango *superior* sino de la circunstancia de que el significado del enunciado normativo ha sido precisado por una autoridad habilitada para indicar que una determinada conducta puede tener lugar, *cfr.* Idem. "Une théorie réaliste de l'interprétation", *ROJ*, 8 (2) (2006) 301-318; Idem *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, Paris, 1994, pp. 296 y ss; Sobre la cuestión *vide in extenso* Idem. *Le gouvernement des juges, mode d'emploi*, PUL, Québec, 2006, pp. 22 y ss; OST, F. - VAN DE KERCHOVE, M. *Jalons pour une théorie critique du Droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987, pp. 189 y ss; GUASTINI, R. "Rule-Scepticism Restated",

tación es la que, en realidad, derriba y funda la jerarquía de las normas<sup>32</sup>-, pasando por los reproches nacidos de la prevención en orden a los modelos concentrados de justicia constitucional que consagran la incompetencia de la jurisdicción ordinaria para controlar la constitucionalidad -reduciendo, así, la preeminencia real de la Constitución-<sup>33</sup>, y hasta -centralmente- los reparos que anotan la circunstancia de que la *querelle* entre los heraldos del dualismo y monismo jurídicos dista de brindar una solución completamente satisfactoria a los problemas que hacen plausible una concepción reformulada de los nexos entre el orden jurídico estatal e internacional al llamar la atención ante una dialéctica singularizada por una multiplicidad de poderes y sociedades creadores de Derechos en interacción<sup>34</sup>.

3. Aun cuando el último posicionamiento de la construcción monista alentada por Hans Kelsen implicara indiscutibles consecuencias moralmente deseables<sup>35</sup>, será

---

Green, L. - Leiter, B. (Eds.). *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 150.

(32) DE BECHILLON, D. "L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation. Réflexions critiques", *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1 (1994) 252.

(33) PESCATORE, P. *Introduction à la science du Droit*, Office des imprimés de l'État, Luxembourg, 1960, p. 182.

(34) RIGAUX, M.F. *Introduction à la science du Droit*, Vie ouvrière, Bruxelles, 1974, p. 364. *Vide etiam* von Bogdandy, A. "Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship Between International and Domestic Constitutional Law", *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press, VI (2008) 397-413. Un ejemplo ilustrativo al respecto, es allegado por Anne Peters cuando presenta el discurso del constitucionalismo global como una estrategia para "(...) compensar la desconstitucionalización a nivel doméstico causada por la globalización y la gobernanza global", en tanto disponen al Estado -y a las constituciones nacionales- bajo presión, obligándolos a cooperar -con miras al abordaje de problemas transnacionales- dentro de organizaciones internacionales y a través de tratados bilaterales y multilaterales, y hasta transferir funciones gubernamentales típicas -entre las que se enlista la garantía de los derechos humanos- a niveles superiores de decisión que actúan de forma transfronteriza; el mentado fenómeno revela que los textos constitucionales internos se tropiezan con la incapacidad para regular -en su totalidad- la gobernanza, a la par que los principios fundamentales que en ellos se estipulan se tornan disfuncionales, *cfr.* PETERS, A. "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures", *Leiden Journal of International Law*, 19 (2006) 579; *Idem.* "The Globalization of State Constitutions" *ap.* Nijman, J. - Nollkaemper, A. (Eds.). *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 251, pp. 270-277, pp. 285-293.

(35) Como lo insinuara el propio Hans Kelsen -en oportunidad de *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*:- "(...) así como para una concepción objetivista de la vida, el concepto ético de hombre es la humanidad, para la teoría objetivista del Derecho el concepto de Derecho se identifica con el Derecho internacional y precisamente por esto es, al mismo tiempo, un concepto ético", *cfr.* KELSEN, H. "Les rapports de système entre le Droit International et le Droit Interne", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1926, T. XIV, pp. 227 y ss. [Título de la obra original *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Mohr, Tübingen, 1920. *Vide etiam*, traducción italiana bajo título *Il problema della sovranità e la teoria del Diritto Internazionale*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 468]. En orden a las implicancias éticas de la construcción monista, se retiene que es evidente que los sistemas democráticos con su énfasis en la paz y la racionalidad -en contraste

con el renovado perfil de la segunda mitad del siglo XX y de los albores del siglo XXI, que se experimente el *boom* de los tribunales internacionales, y -con ello- algunos avances en la teoría y las razones fundamentales de su creación y funcionamiento<sup>36</sup>. En efecto, en el contexto de los *sistemas internacionales de tutela de derechos humanos* se vislumbra y apuntala la propiedad de un *ordre public* -explica Antonio Cançado Trindade<sup>37</sup>- *compuesto por normas imperativas de Derecho internacional que se activan en dos dimensiones:*<sup>38</sup> (i) *horizontal, en cuanto consagran obligaciones atinentes a los seres humanos debidas a la comunidad internacional como un todo; en el marco del Derecho internacional convencional, vinculan ellas a todos los Estados Partes en los tratados de derechos humanos -obligaciones erga omnes partes-, y en el del Derecho internacional general vinculan a todos los Estados que componen la comunidad internacional organizada, sean o no partes de aquellos tratados -obligaciones erga omnes lato sensu-;* (ii) *vertical, en la medida que las obligaciones erga omnes de protección vinculan tanto a los órganos y agentes del poder público -estatal- como los simples particulares -en las relaciones interindividuales-*<sup>39</sup>.

---

con la ideología y la autocracia prevaletientes en sistemas autocráticos- también corroboran una actitud específica en las relaciones exteriores de esta variante: el pacifismo, *cfr.* KELSEN, H. "State Form and Word-Outlook", Kelsen, H. - Weinberger, O. (Eds.). *Essays on Legal and Moral Philosophy*, Reidel, Boston, 1973, pp. 101 y ss.

(36) GINSBURG, T. "Political Constraints on International Courts", *Public Law & Legal Theory*, Univ. of Chicago WP, 453 (2013) 484-502, 486.

(37) CANÇADO TRINDADE, A.A. *Derecho internacional de los derechos humanos. Esencia y trascendencia del Derecho internacional de los derechos humanos. Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1991-2006*, Porrúa, México, 2007, p. 83.

(38) Voto Concurrente, Juez Cançado Trindade, A.A., CorteIDH, OC 18/03, Serie A Nº 18, de fecha 17.09.2003, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, párrafos 77-78, aunque con la siguiente advertencia: "(...) es sorprendente que, hasta la fecha, estas dimensiones horizontal y vertical de las obligaciones erga omnes de protección hayan pasado enteramente desapercibidas de la doctrina jurídica contemporánea. Sin embargo, las veo claramente configuradas en el propio régimen jurídico de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, por ejemplo, en cuanto a la dimensión vertical, la obligación general, consagrada en el artículo 1(1) de la Convención Americana, de respetar y garantizar el libre ejercicio de los derechos por ella protegidos, genera efectos erga omnes, alcanzando las relaciones del individuo tanto con el poder público (estatal) cuanto con otros particulares".

(39) Voto Razonado, Juez Cançado Trindade, A.A., CorteIDH, caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sent. Serie C/140, de fecha 31.01.2006, párrafos 4-7, en orden a la emergencia de situaciones que ponen "(...) en clarísimo relieve el carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de protección de la persona humana (...). La Corte lo ha expresamente reconocido, con acierto, en la presente sentencia (párrs. 117, 123 y 151). La Corte ha, además, determinado el exacto momento de surgimiento de la responsabilidad internacional del Estado bajo la Convención Americana: "(...) La responsabilidad internacional de los Estados, en el marco de la Convención Americana, surge en el momento de la violación de las obligaciones generales, de carácter erga omnes, de respetar y hacer respetar -garantizar- las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona, recogidas en los artículos 1(1) y 2 de dicho tratado" (párr. 111) (...) La obligación general de garantía (artículo 1(1), al igual que la obligación general de armonización del Derecho interno con la Convención, del artículo 2) abarca todos los derechos protegidos por la Convención, y revela el carácter erga omnes de protección de las obligaciones específicas de salvaguardia de cada uno de estos derechos. La obligación general de garantía del artículo 1(1) de la

*En rigor, tal ideario resultó desarrollado sucesivamente por los epígonos de un proceso de humanización del Derecho internacional<sup>40</sup> -tributario también de la herencia republicana en la doctrina internacionalista<sup>41</sup>-, propiedad que, en su parecer, alcanzaría indefectiblemente*

Convención demuestra, además, que los propios tratados de derechos humanos como la Convención Americana proveen la base jurídica para la exigibilidad del cumplimiento de las obligaciones erga omnes, como lo señalé en mi Voto Razonado en el caso *Las Palmeras* (Sentencia sobre excepciones preliminares, del 04.02.2000), referente a Colombia (...) urge promover el desarrollo doctrinal y jurisprudencial del régimen jurídico de las obligaciones erga omnes de protección de los derechos de la persona humana (...) Como ponderé en mis Votos Concurrentes en las resoluciones sobre medidas provisionales de protección de esta Corte en los casos de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó versus Colombia (del 18.06.2002), y de la Prisión de Urso Branco versus Brasil (del 07.07.2004), se impone claramente el reconocimiento de los efectos de la Convención Americana vis-à-vis terceros (el *Drittwirkung*), sin lo cual las obligaciones convencionales de protección se reducirían a poco más que letra muerta (...) Subsiste, pues, incólume la tesis de la responsabilidad internacional objetiva del Estado, también en circunstancias del presente caso de la Masacre de Pueblo Bello versus Colombia, y aún más en dichas circunstancias, cuando para la configuración de la situación crónica (la creación del así-llamado “paramilitarismo”) de alto riesgo contribuyó originalmente el propio Estado. También en mi Voto Concurrente en el caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó versus Colombia (resolución sobre medidas provisionales de protección del 06.03.2003), me permití insistir en la necesidad del “reconocimiento de los efectos de la Convención Americana vis-à-vis terceros (el *Drittwirkung*)”, y agregué que “la protección de los derechos humanos determinada por la Convención Americana, de ser eficaz, abarca no sólo las relaciones entre los individuos y el poder público, sino también sus relaciones con terceros (grupos clandestinos, paramilitares, u otros grupos de particulares). Esto revela las nuevas dimensiones de la protección internacional de los derechos humanos, así como el gran potencial de los mecanismos de protección existentes, -como el de la Convención Americana- accionados para proteger colectivamente los miembros de toda una comunidad, aunque la base de acción sea la lesión -o la probabilidad o inminencia de lesión- a derechos individuales.” Incluso, el propio Tribunal regional de derechos humanos había anticipado que los derechos protegidos por la Convención Americana deben ser respetados tanto en las relaciones entre los individuos y el poder público estatal, como en las relaciones inter-individuales, siendo aquí exigible el deber de garantía de los Estados Partes bajo el art. 1.1 del Pacto, *cfr.* Corte IDH, OC 18/03, Serie A N° 18, de fecha 17.09.2003, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, párrafo 140. *Vide etiam* HITTERS, J.C. “Responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales”, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho. Derechos Humanos y Tribunales Internacionales*, UNAM, México, 2008, T. IX, pp. 189 y ss.

(40) *Vide in profundis* MERON, T. *The Humanization of International Law*, The Hague Academy of International Law - Nijhoff Publishers, Leiden - Boston, 2006, pp. XV, 425 y ss., 466 y ss.; CANÇADO TRINDADE, A.A. *The Construction of a Humanized International Law: A Collection of Individual Opinions (1991-2013)*, Nijhoff Publishers, Leiden - Boston, 2015; *Idem.* *Los tribunales internacionales contemporáneos y la humanización del Derecho internacional*, *Ad Hoc*, Buenos Aires, 2013, pp. 163 y ss; RYNGAERT, C. “The Humanization of International Law”, *HR & ILLD*, 1 (2) (2007) 425; *et al.*, aunque tampoco tal nota luce novedosa puesto que -a fines del siglo XIX- el jurista ruso Friedrich von Martens había auspiciado la tesis en virtud de la cual el respeto por los Estados de los derechos humanos de sus habitantes conllevaba -necesariamente- el de aquéllos respecto del Derecho internacional, *vide* VON MARTENS, F. *Völkerrecht. Das Internationale Recht der civilisirten Nationen*, Weidmann, Berlin, 1883, descontentándose que el mentado *desiderátum* de la humanización -de estar a la reseña, durante el primer cuarto de la pasada centuria, de Josephus Jitta- comporta un ideal abierto al futuro, progresivo y -de cierto modo- incompleto, *cfr.* JITTA, J. *The Renovation of International Law: On the Basis of a Juridical Community of Mankind*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1919, p. 191.

(41) Así, *v.gr.*, GREENWOOD, N. *The Republican Legacy in International Thought*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, en la sugerencia de que en la tradición del republicanismo -desde Emmer de Vattel, Christian F. Wolf hasta Immanuel Kant- pueden identificarse valiosos elementos

*-ante los imperativos kelsenianos, con nítida ascendencia kantiana y wolffiana, de una civitas máxima<sup>42</sup>- a los órdenes constitucionales domésticos -en particular; en aquellos supuestos en los que las obligaciones erga omnes resultan caracterizadas por el jus cogens, del cual emanan como siendo dotadas de un carácter necesariamente objetivo, en mérito del cual abarcarían, por lo tanto, a los destinatarios in totum de las disposiciones jurídicas [omnes]-<sup>43</sup>.*

---

para las discusiones contemporáneas sobre soberanía estatal, sociedad internacional, intervención y paz, etc.

(42) KELSEN, H. *“Les rapports de système entre le Droit International et le Droit Interne”*, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1926, T. XIV, pp. 227 y ss., para quien cuando el ordenamiento jurídico universal absorba a los emanados de los Estados-Nación, se erigirá en la “(...) organización de la humanidad y por tanto será uno con la idea ética suprema”, debido a que “(...) sólo temporalmente y en modo alguno para siempre, la humanidad contemporánea se divide en Estados que, por lo demás, se han formado de un modo más o menos arbitrario. Su unidad jurídica es con ello la civitas maxima como organización del mundo: este es el núcleo político de la primacía del Derecho internacional, que es, al mismo tiempo, la idea fundamental de aquel pacifismo que en el ámbito de la política internacional conforma la imagen inversa del imperialismo”, al menos si se admitía la imagen de que “(...) múltiples entidades o comunidades jurídicas deben ser titulares de iguales derechos, es decir, deben ser equiparadas en una comunidad jurídica (...) en la que la libertad de los sujetos (los Estados) esté limitada por su fundamental igualdad jurídica. Esta idea tiene su máxima expresión en la hipótesis, avanzada por Christian Wolf, de la civitas maxima, que como ordenamiento jurídico es superior en igual medida respecto a los Estados particulares (...) el carácter “iusnaturalista” de tal fundamentación del Derecho internacional no puede ni debe ser negado” [Título de la obra original *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Mohr, Tübingen, 1920. *Vide etiam*, traducción italiana bajo título *Il problema della sovranità e la teoria del Diritto Internazionale*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 300 y 370-371]. *Vide in extenso*, RIGAUX, M.F., “Hans Kelsen on International Law”, *European Journal of International Law*, 9 (1998) 325.

(43) Voto Concurrente, Juez Caçado Trindade, A.A., CorteIDH, OC 18/03, Serie A Nº 18, de fecha 17.09.2003, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, párrafos 76-80, precisando que si bien, por definición, todas las normas del jus cogens generan necesariamente obligaciones erga omnes, se impone hacer notar que “(...) mientras el jus cogens es un concepto de Derecho material, las obligaciones erga omnes se refieren a la estructura de su desempeño por parte de todas las entidades y todos los individuos obligados. A su vez, no todas las obligaciones erga omnes se refieren necesariamente a normas del jus cogens”. *Vide etiam*, Voto Razonado, Juez Caçado Trindade, A.A., CorteIDH, caso *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Sent. Serie C/140, de fecha 31.01.2006, párrafo 8. Por lo restante, reténgase que tratándose de la conectividad entre ordenamientos constitucionales internos y el ordenamiento jurídico comunitario, se ha auspiciado su tipificación como ordenamientos recíprocamente autónomos pero al tiempo coordinados y comunicantes, de estar al corpus jurisprudencial sobre el tópico pergeñado por la Corte Costituzionale italiana, en las Sentencias Nº 170, de fecha 05.06.1984 y Nº 389, de fecha 04.07.1989, entre muchas otras: “(...) il riconoscimento dell’ordinamento comunitario e di quello nazionale come ordinamenti reciprocamente autonomi, ma tra loro coordinati e comunicanti, porta a considerare l’immissione diretta nell’ordinamento interno delle norme comunitarie immediatamente applicabili come la conseguenza del riconoscimento della loro derivazione da una fonte (esterna) a competenza riservata, la cui giustificazione costituzionale va imputata all’art. 11 della Costituzione e al conseguente particolare valore giuridico attribuito al Trattato istitutivo delle Comunità europee e agli atti a questo equiparati. Ciò significa che, mentre gli atti idonei a porre quelle norme conservano il trattamento giuridico o il regime ad essi assicurato dall’ordinamento comunitario -nel senso che sono assoggettati alle regole di produzione normativa, di interpretazione, di abrogazione, di caducación e di invalidación proprie di quell’ordinamento-, al contrario le norme da essi prodotte operano direttamente nell’ordinamento interno come norme investite di “forza o valore di legge”, vale a dire come norme che, nei limiti delle competenze e nell’ambito degli scopi propri degli organi di produzione normativa della Comunità, hanno un rango primario”, *vide in extenso* *La Giustizia Costituzionale nel 1989*. Conferenza

Al punto que -adjetivada por algunos académicos como una *verdadera revolución copernicana* que acude del exterior- se anota la decidida *presión* del Derecho internacional de los derechos humanos sobre el -hace pocos lustros presuntuoso- Derecho constitucional, amurallado histórica y pétreamente tras las -aparentemente inaccesibles- ideas de soberanía nacional y supremacía constitucional<sup>44</sup>; en cambio, la erección de autoridades supranacionales con competencia para emitir -y hasta implementar el seguimiento- de pronunciamientos obligatorios para los Estados y la admisión de un bien común internacional comprensivo de los derechos humanos -con pretensión de prevalencia sobre el bien común nacional- provocan serios *estremecimientos* en un Derecho constitucional basado clásicamente en cimientos y presupuestos que no albergaban estas apremiantes manifestaciones; esa confluencia no solamente pone de relieve la *simbiosis* entre los catálogos de derechos internacionales y domésticos, pues -además- obliga a *amalgamar* contenidos e interpretaciones para su efectiva vigencia -a través de reglas de preferencia, articulación y hasta de modulación, no siempre sencillas de ajustar y aplicar-: primero, un operativo de *compatibilidad* y *armonización* -con la meta de que ambos Derechos no incurran en contradicciones al reconocer un derecho-, luego otro de *actuación* -alentando a que mientras los operadores nacionales efectivicen genuinamente ese producto jurídico

---

*Stampa del Presidente Francesco Saja*, Palazzo della Consulta, 16 gennaio 1990, Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, disponible en [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Al respecto, se arguye: "(...) *así como la naturaleza autónoma del ordenamiento constitucional comunitario y de su sistema de control jurisdiccional debe entenderse en términos relativos, también en términos relativos debe entenderse la autonomía del ordenamiento constitucional nacional en lo concerniente tanto a la activación de los mecanismos internos de control como a las lecturas del texto constitucional en el marco de supuestas colisiones con el Derecho Comunitario*", *cf.* ALONSO GARCÍA, R. *Justicia constitucional y Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 12-13.

(44) Incluso, el principio de soberanía -observa Anne Peters- se encuentra, en la actualidad, desplazado de su posición como *Letztbegründung* -primer principio- del propio Derecho internacional, si se retiene que el *status* normativo de la soberanía se deriva de la humanidad, *i.e.*, del principio jurídico según el cual deben protegerse y promoverse los derechos, los intereses, las necesidades y la seguridad de los seres humanos, aunque tal *status* normativo también es el objetivo o propósito -*telos*- del sistema jurídico internacional; la humanidad -añade la Directora del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law- es fundacional, entonces, en un sentido normativo porque los Estados no son fines en sí mismos, sino entidades compuestas cuya justificación radica en cumplir las funciones públicas necesarias para que los seres humanos con-vivan en paz y seguridad mientras que la soberanía estatal es fundacional para el Derecho internacional sólo en un sentido ontológico, toda vez que el respeto mutuo de los Estados por la soberanía de cada uno constituye un sistema horizontal de actores yuxtapuestos y gobierna la actividad de creación del Derecho internacional. En consecuencia, una *soberanía estatal humanizada* implica responsabilidad por la protección de los derechos humanos básicos y la responsabilidad del gobierno por sus acciones, pues cuando las necesidades humanas se asumen como punto de partida, el enfoque se modifica: de los derechos de los Estados a sus *obligaciones* en relación con las personas sometidas a su jurisdicción -al punto que Estado que no cumple con tales deberes se expone al trance de que su soberanía resulte suspendida-, *cf.* PETERS, A. "Humanity as the A and of Sovereignty", *The European Journal of International Law*, 20 (3) (2009) 513-544; Idem. "The Merits of Global Constitutionalism", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16 (2) (2009) 397-411.

conjugado, los de carácter transnacional actúen, en subsidio, para reparar lesiones, negaciones, insuficiencias, etc., de los agentes internos<sup>45</sup>.

*Bajo tales premisas argumentativas, los expertos mencionados no sólo desbrozan la tutela y amparo de la dignidad de la persona humana -dignitatis humanae- al talante de un minimum inalienable que todo sistema jurídico debe respetar, defender y promover<sup>46</sup>, o bien, de una referencia estructural que, cualquiera sea la naturaleza de éste,*

---

(45) SAGÜÉS, N.P. "Prólogo", Amaya, J.A. (Dir.). *Tratado de Control de Constitucionalidad y Convencionalidad*, Astrea, Buenos Aires - Bogotá - Porto Alegre, 2018, V. I, pp. VI-VII. En sentido similar, GOZAÍNI, O.A. *Tratado de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano*, La Ley, Buenos Aires, 2014, V. I, pp. 222-223. También Javier García Roca evoca un fenómeno similar -aunque en la praxis europea- "(...) al crear no sólo obligaciones para los Estados sino derechos accionables para los individuos, fijar un mecanismo de tutela jurisdiccional no dependiente de los Estados parte y pretender redactar un texto efectivamente vinculante en el que la Comisión y el Tribunal dijeran el Derecho como corresponde a toda verdadera jurisdicción", cfr. GARCÍA ROCA, J. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e Integración*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 34.

(46) Sent. TC Perú, *Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos*, Exp. Nº 010-2002-AI/TC, de fecha 03.01.2003, & 218. En efecto, la dignidad humana parece erigirse -en este curso argumentativo- en la *premisa antropológico-cultural del Estado constitucional de Derecho*, entendida -según el ideario kantiano- como prohibición de instrumentalización de la persona, incluso postulando su operatividad cual piedra angular de una ética universal que el orden constitucional debe confirmar -al menos, si un propósito cosmopolita se le endilga-, cfr. HÄBERLE, P. "La ética en el Estado Constitucional. La relación de reciprocidad y tensión entre la moral y el Derecho", *Revista Direito*, Santiago de Compostela, 5 (2) (1996) 156. Sin embargo, también se ha reprochado la regular utilización del concepto de dignidad humana -en especial, por los magistrados judiciales- cual cortina de humo, con miras a imponer al legislador sus propias preferencias y/o convicciones en materia de políticas públicas sin articular suficientemente la sustancia de sus decisiones, cfr. MCCRUDDEN, C. "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *The European Journal of International Law*, 19 (4) (2008) 721. Lo expuesto, por cierto, no ha impedido -en función de que el legislador no puede predecir el avance o regular adecuadamente la totalidad de casos que pueden emerger hacia el futuro en la práctica- que se ligue la *teoría de la interpretación con los valores* a través de su lectura en casos concretos -no en abstracto-, de modo que -estima Aleksander Peczenik- la evolución histórica del método de razonamiento legal se ha adaptado al propósito de equilibrar y balancear la letra de la ley con demandas morales -incluso, los jueces, añade el Profesor de la Universidad de Lund, han acumulado una cuantiosa experiencia en tal quehacer, mayor que la cualquier otra agencia legislativa podría reivindicar-, cfr. PECZENIK, A. *On Law and Reason*, Springer, Dordrecht, 1989, p. 35. Tampoco ha obstado a que la propia Corte Interamericana se resguarde de tal acuse con arreglo a las siguientes premisas argumentativas: "(...) en ocasiones, la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas. El Tribunal reconoce el importante rol que juegan dichas convicciones en la vida y en la dignidad de las personas que la profesan; no obstante, éstas no pueden ser utilizadas como parámetro de convencionalidad puesto que la Corte estaría impedida de utilizarlos como una guía interpretativa para determinar los derechos de seres humanos (...) tales convicciones no pueden condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación basada en orientación sexual. Es así como en sociedades democráticas debe existir coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados y de esta Corte, es reconocer la esfera en la cual cada uno de éstos habita, y en ningún caso forzar uno en la esfera de otro", cfr. Corte IDH, OC-24/17, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, Res. de fecha 24.11.2017, párrafo 223 -haciendo suya la doctrina de la Corte Constitucional de Sudáfrica al sentenciar el caso *Minister of Home Affairs and Another vs. Fourie and Another* (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC), Sent. CC, 01.12.2005-.

le presta fundamento de validez<sup>47</sup>, etc., pues -a la par- contemplan a la comunidad internacional -y no al Estado- como la constelación más amplia del universo jurídico -*broadest constellation of legal universe*-<sup>48</sup> y a los instrumentos internacionales de derechos humanos como documentos paradigmáticos -*paradigmatic documents*- indagando en torno a su relevancia constitucional<sup>49</sup>, incluso patrocinando una decisiva directriz interpretativa en virtud del cual los tratados de derechos humanos deben merecer un tratamiento especial -*special treatment*-<sup>50</sup> en tanto se exhiben, en sentido

---

(47) FERRAJOLI, L. "Diritti Fondamentali" ap. Vitale, E. (Ed.). *Diritti Fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma - Bari, 2003, p. 338, aunque la dignidad es un término del lenguaje moral o ético-político recibido por las normas jurídicas, en sentido *prescriptivo* -como *principium iuris et in iure*- equivale esencialmente al *reconocimiento normativo* de todas las personas como titulares de derechos a la propia identidad y supervivencia, *cfr.* Idem. *Principia Iuris Teoria del Diritto e della democrazia*, Laterza, Roma - Bari, 2007, & 11.12. No obstante, se previene que mientras la práctica constitucional se orienta -cada vez en mayor grado- hacia el concepto de *dignidad* de la persona humana, los teóricos constitucionales someten a éste, en contraste, a una extensa crítica en torno al papel dominante que se le asigna y -en cuya diatriba- presentan un set de diversas objeciones -*v.gr.*, desde la nota de variabilidad que dificultaría su captación por una teoría constitucional coherente, pasando por su emplazamiento en una posición refractaria a la visión liberal del gobierno constitucional, hasta los impedimentos que presenta como guía de resolución de las disputas constitucionales que la involucra, etc.-, como así también en lo atinente a su enorme carga de justificación -si se retiene, *v.gr.*, que para algunos es ineludible su referencia por los artífices de textos legales como una base normativa de los derechos humanos [*v.gr.*, tal como se desprende de la lectura del art. 1 y sus apartados de la *Grundgesetz* de 1949], otros -en cambio- aluden al principio que demanda la protección efectiva de éstos [*v.gr.*, DÜRIG, G. "An Introduction to the Basic Law of the Federal Republic of Germany" ap. Karpen, U. (Ed.). *The Constitution of the Federal Republic of Germany: Essays on the Basic Rights And Principles of the Basic Law*, Nomos, Baden-Baden, 1988, pp. 13 y ss.], al margen de aquellos estudiosos que la vislumbran como la piedra basal de la interpretación con miras a zanjar controversias sobre los derechos [*v.gr.*, GRIMM, D. "Dignity in a Legal Context: Dignity as an Absolute Right" ap. McCrudden, C. (Ed.). *Understanding Human Dignity*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 385], o bien, como un estándar que justifica restricciones a aquéllos [*v.gr.*, CORNELL, D. - FULLER, S. "Introduction" ap. Cornell, D. - Woolman, S. - Fuller, S. - Brickhill, J. - Bishop, M. *The Dignity Jurisprudence of the Constitutional Court of South Africa: Cases and Materials*, Fordham University Press, New York, 2013, V. I, p. 19], sin perjuicio de su presentación cual limitación sustancial al poder de enmendar documentos fundamentales, orientada, así, a neutralizar el propósito de enmiendas o cambios tendientes a diluir el contenido esencial de los derechos [*v.gr.*, ROZNAI, Y. "Unconstitutional Constitutional Amendments. The Migration and Success of a Constitutional Idea", *The American Journal of Comparative Law*, 61 (3) (2013) 657-719]-, *vide in extenso* WEINRIB, J. "Human Dignity and its Critics" ap. Jacobsohn, G. - Schor, M. (Ed.). *Comparative Constitutional Theory*, Elgar, Cheltenham - Northampton, 2018, pp. 167 y ss.

(48) ROMANO, S. *The Legal Order*, Routledge New York, 2017, & 28, p. 54.

(49) ACKERMAN, B. "The Rise of World Constitutionalism", *Va. L. Rev.*, 83 (1997) 771.

(50) *Vide in extenso* MOECKLI, D. - White, N.D. "Treaties as Living Instruments" ap. Bowman, M.J. - Kritsiotis, D. (Eds.). *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, Cambridge University Press, Cambridge - New York, 2018, p. 138; ARATO, J. "Accounting for Difference in Treaty Interpretation Over Time" ap. Bianchi, A. - Peat, D. - Windsor, M. (Eds.). *Interpretation in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, & 10; GARDINER, R.K. *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 472. Ahora bien, el Profesor de la Universidad de Bristol, Eirik Bjørge, ha aseverado que el modelo de interpretación evolutiva -*evolutionary interpretation*- entrañaría, en puridad, un componente natural de las clásicas directivas exegéticas que lucen codificadas en los

conceptual, como *instrumentos vivos -living instruments-*, cuya exégesis tiene que

---

arts. 31-33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 -en adelante, CVDT-, *cfr.* BJØRGE, E. *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2014, & 1.3. Inclusive, la Corte Interamericana de Derechos Humanos -con motivo de la Opinión Consultiva N° 24/17- ha reseñado que, de conformidad no sólo con las obligaciones generales de respeto y de garantía -establecidas en el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, en adelante CADH- sino también con los criterios de interpretación fijados en el art. 29 mismo del Pacto cuanto lo estipulado en la Convención de Viena citada, la *orientación sexual* y la *identidad de género* así como la *expresión de género* son categorías protegidas por la Convención -de modo que ninguna norma, decisión o práctica de Derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género-, *cfr.* Corte IDH, OC-24/17, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, Res. de fecha 24.11.2017, párrafos 61-116. Igualmente -al tiempo de expedirse en el caso *Cuscul Pivara* y otros *vs. Guatemala*-, el Tribunal impulsó, en torno a las propiedades de autonomía y justiciabilidad que adscribiera al derecho a la salud, una empresa interpretativa de corte holístico -a más de consultar pautas exegéticas de orden literal, sistemático y teleológico-, al sufragar principalmente una de raigón evolutivo respecto al alcance de su competencia sobre el art. 26 del mismo Pacto, de modo que -con base en los antedichos métodos de interpretación y de un análisis de los trabajos preparatorios de la propia Convención, así como de la naturaleza jurídica del Protocolo adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales -Protocolo de San Salvador de 1988, en adelante PSS-, se concluyó: “(...) el artículo 26 de la Convención Americana protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Los alcances de estos derechos deben ser entendidos en relación con el resto de las demás cláusulas de la Convención Americana, por lo que están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención y pueden ser sujetos de supervisión por parte de este Tribunal en términos de los artículos 62 y 63 del mismo instrumento. Esta conclusión se fundamenta no sólo en cuestiones formales, sino que resulta de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, así como de su compatibilidad con el objeto y fin de la Convención, que es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. Corresponderá, en cada caso concreto que requiera un análisis de DESCA, determinar si de la Carta de la OEA se deriva explícita o implícitamente un derecho humano protegido por el artículo 26 de la Convención Americana, así como los alcances de dicha protección”, *cfr.* CorteIDH, caso *Cuscul Pivara vs. Guatemala*, Sent. Serie C/359, de fecha 23.08.2018, párrafos 75-97. Esta línea de raciocinio ya había sido anticipada -de cierta manera- al sentenciar, hacia marzo de 2018, el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*: “(...) resulta claro interpretar que la Convención Americana incorporó en su catálogo de derechos protegidos los denominados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), a través de una derivación de las normas reconocidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), así como de las normas de interpretación dispuestas en el propio artículo 29 de la Convención; particularmente, que impide limitar o excluir el goce de los derechos establecidos en la Declaración Americana e inclusive los reconocidos en materia interna. Asimismo, de conformidad con una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva, la Corte ha recurrido al corpus iuris internacional y nacional en la materia para dar contenido específico al alcance de los derechos tutelados por la Convención, a fin de derivar el alcance de las obligaciones específicas de cada derecho”, *cfr.* CorteIDH, caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, Sent. Serie C/349, de fecha 08.03.2018, párrafo 103.

acompañar -con la meta de despejar el riesgo de que el hermeneuta manipule un *dead treaty*<sup>51</sup>- la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actual<sup>52</sup>.

Desde luego que tal canon hermenéutico en modo alguno implica librar una *carte blanche* al sujeto interpretativo en virtud de la cual:

*“(...) ponga en movimiento su imaginación y altere los lineamientos de la Convención, sin pasar por las instancias normativas formales. No se trata, en suma, de “reformular” el texto de aquélla, sino de desarrollar las decisiones jurídicas del ordenamiento para que mantenga su “capacidad de respuesta” frente a situaciones que los autores del instrumento no tuvieron a la vista, pero que implican cuestiones esencialmente iguales a las consideradas en esa normativa, y que traen consigo problemas específicos y requieren soluciones puntuales, extraídas, por supuesto, de los valores, principios y normas en vigor. En esta dirección ha marchado la jurisprudencia interamericana, gobernada por las disposiciones suscritas en 1969, en las que ha sabido encontrar, generalmente, el significado actual y pertinente para enfrentar y resolver las condiciones de cada nueva etapa”<sup>53</sup>.*

---

(51) De estar a la hipérbole sugerida por Chang-fa Lo, *Honorable Justice* de la Corte Constitucional de Taiwán (*Judicial Yuan*) y Profesor de la *National Taiwan University*, cfr. LO, Ch. *Treaty Interpretation Under the Vienna Convention on the Law of Treaties: A New Round of Codification*, Springer, Singapore, 2017, p. 260.

(52) CorteIDH, OC N° 16/99, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 01.10.1999, párrafo 114, en cuanto puntualiza: “(...) esta orientación adquiere particular relevancia en el Derecho internacional de los derechos humanos, que ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte, en la [décima] *Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1989), como la Corte Europea de Derechos Humanos, en los casos *Tyler versus Reino Unido* (1978), *Marckx versus Bélgica* (1979), *Loizidou versus Turquía* (1995)”; Idem. Caso *Barrios Altos*, Sent. Serie C/ 75, de fecha 14.03.2001, párrafos 41-44; Idem. Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sent. Serie C/79, de fecha 31.08.2001, párrafos 146-148; Ibidem. caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sent. Serie C/125, de fecha 17.05.2005, párrafo 125; Ibidem. caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sent. Serie C/134, de fecha 15.09.2005, párrafo 187. Tal argucia ha sido reeditada en ocasiones más próximas, de estar a los registros de su jurisdicción consultiva, v.gr., CorteIDH, OC N° 25/18, *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección*, de fecha 30.05.2018, párrafo 137, cuanto de orden contencioso, v.gr., Ibidem. caso *Muelle Flores vs. Perú*, Sent. Serie C/375, de fecha 06.03.2019, párrafo 176, puesto que añadió -al desbrozar los contenidos del derecho autónomo y justiciable a la seguridad social- que el “(...) párrafo tercero del artículo 31 de la Convención de Viena autoriza la utilización de medios interpretativos tales como los acuerdos o la práctica o reglas relevantes del Derecho internacional que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado, los cuales son algunos de los métodos que se relacionan con una visión evolutiva del Tratado.” Vide etiam ECHR, *Tyler vs. United Kingdom*, Application N° 5856/72, 25.04.1978, & 31.

(53) Voto Razonado, Juez Cançado Trindade, A.A., CorteIDH, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, Sent. Serie C/151, de fecha 19.09.2006, párrafo 3.

Pareciera, entonces, que los problemas que suscitan los métodos de interpretación de los tratados internacionales -particularmente en este último tiempo- han comenzado a descubrir un renovado interés por parte de numerosos académicos, el que -a criterio de Laurence Burgorgue-Larsen- se explica primeramente por motivos mecánicos consistentes en el hecho de que la multiplicación de jurisdicciones internacionales ha acarreado, con toda lógica, un atractivo doctrinal sobre su funcionamiento y modo de producción jurisprudencial, sin perjuicio de que -además- obedece a la circunstancia de que se registran hipótesis en las que el empleo de las técnicas hermenéuticas en ciertos foros judiciales de derechos humanos, de repercusión regional, conduce a derogar -de manera clara- el clasismo interpretativo impreso por la primacía de herramientas heurísticas de su sentido y alcance de carácter literal e histórico -donde la voluntad de los Estados debe prevalecer in fine-, dando paso, así, a una significativa valorización ya no sólo del instrumental exegético de índole sistemático sino también de cuño teleológico -basado raigalmente en la fórmula del objeto y fin del instrumento transnacional-<sup>54</sup>.

## II. ¿Derrotabilidad o metamorfosis de la doctrina de la superioridad normativa de la Constitución política de los Estados?

### II.I. Un convite a los teóricos constitucionales hacia la arena de la discusión cosmopolita

4. A pesar de que -en apariencia- no habrían motivos para abrigar preocupaciones sobre el futuro de la Constitución<sup>55</sup>, se podría objetar -por tratarse de un asunto serio- que, a partir de una atractiva crítica -reseñada por Grégoire C.N. Webber- a la faena habitual de la dogmática constitucional, se ha puesto en tela de juicio la obsesión de avistarla como un *estado final* -end state-: "(...) una Constitución no debe ser entendida como un proyecto terminado; más bien, y siendo consistente con la legitimidad política, se debe considerar (...) como actividad."<sup>56</sup> Y hasta podría relacionarse esta observación con la sugerencia patrocinada por Günther Frankenberg respecto del tratamiento que ha de imprimirse al mismo objeto Constitución: al realizar

---

(54) BURGORGUE-LARSEN, L. "El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos", *Estudios Constitucionales*, 12 (1) (2014) 105-161, 106-107.

(55) GRIMM, D. "The Future of Constitutionalism" *ap. Constitutionalism: Past, Present and Future*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2016, p. 233.

(56) WEBBER, G.C.N. *The Negotiable Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 13 y ss., de tal forma que -según la sugerencia del Profesor de *Queen's University*- en lugar de evocar referencias a la Constitución como arraigada -*entrenched*-, enclaustrada -*enshrined*-, superior, etc., debería -más bien- articularse la idea de que el texto constitucional debe permanecer abierto, de manera continua, a la renegociación democrática, en tanto ésta última entraña el reflejo de que el proceso constituyente es uno continuo y contingente -sin descuidar, por cierto, la particular solemnidad del mecanismo de reforma constitucional-.

su función de ordenamiento, esta necesita -si aspira a coronar el éxito- persuadir -incluso, mediante la mistificación, a más del encanto- a sus destinatarios acerca de las condiciones materiales subyacentes que sirven de sostén a la creencia en el Derecho y defender la noción de que el poder político se ejerce dentro del ámbito normativo de las reglas, restricciones y argumentos constitucionales<sup>57</sup>.

Contestes, así, con la prevención de Joseph-Marie, conde de Maistre -en ocasión de auscultar las aristas de la historia del poder- en orden a que una Constitución es -en tanto *ouvrage des circonstances*- un concurso siempre abierto para que alguien escriba otra mejor<sup>58</sup>, no pocos académicos han inquirido alrededor de un seductor interrogante: ¿puede la norma de base desplazarse más allá del Estado-Nación?

Desde que la distinción -apunta Alec Stone Sweet- entre sociedad internacional y doméstica -debida, en su mayor parte, a un abordaje ortodoxo por la teoría dominante- es más bien relativa y no absoluta<sup>59</sup>, lo cierto es que en el dominio del constitucionalismo latinoamericano algunos estudiosos han registrado la frecuencia con la que los diseñadores constitucionales insertan -en documentos fundantes- estipulaciones etiquetadas de *apertura*<sup>60</sup> o *estatalidad abierta*<sup>61</sup>, de conformidad

---

(57) FRANKENBERG, G. *Comparative Constitutional Studies. Between Magic and Deceit*, Elgar, Cheltenham - Northampton, 2018, pp. 25-27, aunque el Profesor de la *Goethe-Universität* subraya -adicionalmente- que el buen suceso de cualquier explicación al respecto debe dar sentido a la magia como al subterfugio que realizan los documentos constitucionales -y hasta el mismo discurso constitucional-, obviamente alusivos los primeros a la dimensión performativa que abrigan las Constituciones -en la medida que el lenguaje no se cumplirá si deja de inspirar y encantar-, al tiempo de destacar la trascendencia que asumen los primeros en la lexicografía constitucional en virtud de que los textos constitucionales son informados por las condiciones políticas y -más ampliamente- materiales de la sociedad en la que están insertas.

(58) DE MAISTRE, J.M. *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques et des autres institutions humaines*, Société Typographique, Paris, 1814, pp. 17 y ss.

(59) STONE SWEET, A. "What is a Supranational Constitution? An Essay in International Relations Theory", *Review of Politics*, 55 (1994) 441-474.

(60) FIX ZAMUDIO, H. "El Derecho internacional de los derechos humanos y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Latinoamericana de Derecho*, I (1) (2004) 141-180.

(61) VON BOGDANDY, A. "Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum" ap. von Bogdandy, A. - Morales Antoniazzi, M. - Ferrer Mac-Gregor, E. (Coords.) *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*, Porrúa, México, 2013, pp. 19-20. *Vide etiam* MORALES ANTONIAZZI, M. "El Estado abierto y el cambio de paradigma de soberanía: objetivo y desafío del Ius Constitutionale Commune" ap. von Bogdandy, A. - Morales Antoniazzi, M. - Ferrer Mac-Gregor, E. (Coords.) *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*, Porrúa, México, 2013, pp. 90-91; *Ibidem*. "El nuevo paradigma de la apertura de los órdenes constitucionales: una perspectiva sudamericana" ap. Serna de la Garza, J.M. - von Bogdandy, A. (Coords.). *Soberanía y Estado Abierto en América Latina y en Europa*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional - Max Planck Institute - UNAM, México, 2014, pp. 233 y ss. En rigor, la doctrina alemana -desde la segunda mitad del siglo XX- ha trabajado asiduamente el concepto de estatalidad abierta -*offene Staatlichkeit*- pergeñado por el Profesor Emérito de la Universidad de Munich, Klaus Vogel, para describir la decisión constitucional de apertura o permeabilidad -a cargo de los artífices de la Ley Fundamental de Bonn- de la esfera de competencias del Derecho interno tanto en el sentido relativo a la cooperación transnacional como en el atinente al posicionamiento del Estado en la comunidad internacional y su subordinación

con las cuales -en la vasta topografía de desarrollos, experimentos y perspectivas constitucionales en la región<sup>62</sup>- se asigna un *locus* privilegiado a los *instrumentos supranacionales de derechos humanos* a través de la adjudicación de rango constitucional -v.gr., arts. 75.22 de la Constitución de la Nación Argentina a partir de la reforma

---

al orden normativo de ella emanado al principio de dignidad humana y de respeto de los derechos fundamentales, *vide* VOGEL, K. *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit*, Mohr, Tübingen, 1964, p. 42; SOMMERMAN, K. "Offene Staatlichkeit: Deutschland" *ap.* von Bogdandy, A. - Cruz Villalón, P. - Huber, P.M. (Eds.). *Ius Publicum Europaeum*, Müller, Heidelberg, 2008, V. II, p. 10. También se le asigna a la Constitución, debido a las referidas estipulaciones de apertura o estatalidad abierta, una destacada función de inclusión -a través de un factor de incorporación multicultural- en el seno de sociedades diversas, que animan la idea -al propio tiempo- de un sistema u orden policéntrico, *cf.* WEILER, J.H.H. "European Neo-constitutionalism" *ap.* Bellamy, R. - Castiglione, D. (Eds.). *Search of Foundations for the European Constitutional Order, Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*, Blackwell, Oxford, 1996, pp. 517 y ss; DI FABIO, U. "Öffentliche Meinung im System polyzentrischer Herrschaft", *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften*, 7 (2009), p. 666 y ss. De allí que bien puede retenerse la crítica waldroniana hacia los argumentos del atomismo individual -defendido por los partisanos de una comunidad en reducida escala-: si, como los teóricos comunitaristas insisten, existe una deuda de procedencia con las estructuras sociales que han formado a sus integrantes, debería -por tanto- reconocerse igualmente un débito con la *comunidad global* -de la misma manera en que se resulta deudor de un particular Estado, nación, región, etc.-, pues las estructuras de acción e interacción, de dependencia e interdependencia, trascienden -sin esfuerzo- las fronteras nacionales y étnicas, y hasta habilitan la oportunidad de perseguir comunes y trascendentes proyectos bajo condiciones de benevolencia, cooperación e intercambio -conllevando, así, una moderna realización del pensamiento aristotélico: iguales que se orientan a sí mismos en común para la búsqueda de la virtud-, *cf.* WALDRON, J. "Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative" *ap.* Kymlicka, W. (Ed.). *The Rights of Minority Cultures*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 102-105.

(62) Gracias al reciente trabajo de los Profesores Richard Albert, Carlos Bernal y Juliano Zaiden Benvindo, los estudiosos interesados en el examen del cambio constitucional en América Latina -especialmente en lo atinente a las transformaciones de gran alcance logradas sobre características estructurales básicas del poder y la sociedad como en la agenda de derechos fundamentales-, cuentan con posibilidades más constructivas para el análisis de la utilidad de este intenso periodo de modificaciones constitucionales en orden a la descripción de su naturaleza y alcance, al develamiento de las motivaciones de los actores políticos, a la teorización de cómo ejecutar mejor los procedimientos de reforma constitucional, etc., *vide* ALBERT, R. - BERNAL, C. - ZAIDEN BENVINDO, J. *Constitutional Change and Transformation in Latin America*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2019. Asimismo, puede encontrarse un perspicaz informe sobre el estado del arte de las profundas alteraciones habidas y sus variados resultados -principalmente en los últimos 25 años- en el constitucionalismo latinoamericano en el escrutinio expuesto por CRAWFORD, C. - BONILLA MALDONADO, D. "Introduction" *ap.* Crawford, C. - Bonilla Maldonado, D. (Eds.). *Constitutionalism in the Americas*, Elgar, Cheltenham - Northampton, 2018, pp. 1 y ss.

constitucional de 1994<sup>63</sup>, 74.3 de la Constitución de República Dominicana de 2015<sup>64</sup>, etc., de su equivalencia con enmiendas constitucionales -*v.gr.*, art. 5, LXXVIII N° 3 de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, a propósito de la reforma constitucional de 2004<sup>65</sup>-, y hasta de su preeminencia normológica sobre el nivel normativo doméstico, sea en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables -*v.gr.*, art. 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999<sup>66</sup>-, sea que se consagre directamente su prevalencia en el orden interno -*v.gr.*, arts. 46 de la Constitución de Guatemala de 1985<sup>67</sup>, 93 de

---

(63) La estipulación constitucional nativa antedicha reza: “(...) *Corresponde al Congreso (...) aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional*”. En ejercicio de esa atribución congresional, se ha incorporado al bloque de constitucionalidad: en 1997 -en razón de la Ley N° 24820- la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, luego en 2003 -con motivo de la Ley N° 25778- la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y, finalmente, en 2014 la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad -en virtud de la Ley N° 27044-.

(64) En tanto se estipula en la Carta Política: “(...) *los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado*”.

(65) Sin perjuicio de que el constituyente previera que las relaciones internacionales se rigen “(...) *por los siguientes principios: II.- Prevalencia de los Derechos Humanos*” -art. 4-, se ha conferido valencia constitucional a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos al tasarlos como “(...) *equivalentes a las enmiendas constitucionales*” -art. 5, LXXVIII N° 3, a propósito de la reforma constitucional de 2004-.

(66) Con motivo del enunciado normativo que precisa: “(...) *los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público*”.

(67) Al inscribir positivamente en el documento constitucional: “(...) *el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el Derecho interno*”.

la Constitución Política de Colombia de 1991<sup>68</sup>, 13.IV de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009<sup>69</sup>, etc.-.

Asimismo, la taxonomía de tales cláusulas -tributarias de un genuino *momento fundacional* en el devenir del constitucionalismo latinoamericano<sup>70</sup>- descubre una *vis expansiva*, si se retiene la asiduidad con la que los constituyentes inscriben estándares de *interpretación armonizante o conformadora* de la Constitución al albor del estatuto internacional de derechos humanos -v.gr., arts. 1 &2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 -según la reforma constitucional de 2011-, 93 de la Constitución de Colombia de 1991, 13.IV de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, Disposición Transitoria IV de la Constitución Política del Perú de 1993, etc.-; de *aplicación directa e inmediata* de las normas constitucionales e internacionales que consagran derechos humanos -v.gr., arts. 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, 74.4 de la Constitución de República Dominicana de 2015, etc.-; de *exigibilidad judicial y desarrollo progresivo* del contenido de los derechos -v.gr., arts. 11, inciso 3, &3, e inciso 8 de la ley constitucional ecuatoriana de 2008-; de *promoción, respeto y protección* de los derechos previstos en regulaciones constitucionales e internacionales -v.gr., arts. 5.2 de la Constitución de Chile de 1980, 46 de la de Nicaragua con motivo de la enmienda constitucional de 2005, etc.-; de *admisión de un orden jurídico supranacional* que garantice la vigencia de los derechos humanos -v.gr., art. 145 de la Constitución de Paraguay de 1992-; de aplicación principiología de directrices hermenéuticas *pro ser humano*, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta -v.gr., art. 417 de la carta constitucional ecuatoriana de 2008-, o bien, del criterio exegético *más favorable* a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, la procura de armonización con los bienes e intereses protegidos por la Constitución -art. 74.4 del instrumento constitucional dominicano de 2015-; de solidaridad, de afianzamiento de la paz y la democracia universales, de *inviolabilidad de la dignidad*

---

(68) En tanto el texto de la Ley Mayor reza: "(...) los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".

(69) Al acuñar la siguiente fórmula en la Ley Fundamental: "(...) los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia".

(70) Aquí lo atractivo estriba en que si bien -al menos, convencionalmente- los momentos de fundación se presentan como eventos históricos que rompen los lazos con el anterior régimen y sientan las bases para el establecimiento de un nuevo orden constitucional -y hasta, a menudo, se los describe como ocurridos radicalmente, o bien, se los ejemplifica mediante la emergencia de una revolución-, lo cierto es que contribuyen decisivamente a configurar el Derecho nacional, influyen en los sistemas jurídicos de Estados circundantes, establecen estructuras de poder futuras y hasta refuerzan las instituciones políticas establecidas por la Constitución, *vide in extenso* ALBERT, R. - GURUSWAMY, M. - BASNYAT, N. *Founding Moments in Constitutionalism*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2019.

humana -arts. 15 y 59 de la Constitución de Honduras de 1982, en razón de la reforma constitucional de 1994-; de *proscripción de celebración y ratificación de tratados que lesionen o menoscaben derechos y garantías fundamentales* de la persona humana -art. 146 de la Constitución de la República de El Salvador de 1983-; etc.

Para algunos doctrinarios he aquí el sentido de la *cultura constitucional de los derechos*, la que -previene Wojciech Sadurski- si bien reconoce un punto de partida en los textos constitucionales, no se confina -con seguridad- a sus estipulaciones, pues gran parte de los contenidos de aquélla pueden ser iluminados por la forma en que los sujetos interpretativos -en especial, los tribunales de justicia- comprenden, interpretan, articulan y hasta desarrollan los derechos -o fragmentos de derechos- a partir de los enunciados esbozados en la Constitución<sup>71</sup>.

5. Ciertamente del tenor de las disposiciones hasta aquí glosadas -al menos, si se consiente que el ordenamiento jurídico no es una simple reunión de aquéllas sino la entidad que con vida independiente de ellas resulta<sup>72</sup>-, algunos teóricos constitucionales describen un progresivo avance del Derecho internacional de los derechos humanos en razón del cual adquieren membresía en el Derecho interno diversos instrumentos internacionales de derechos humanos sea con prelación sobre todo el orden doméstico -incluida la propia Constitución-, sea con nivelación simétrica a la de la Ley Mayor<sup>73</sup>, desaguando su argumentario en la proyección *maximalista* de un modelo de *contorno abierto y dinámica constitucional*:

*“(...) la Constitución muta y cambia a medida que se van incorporando nuevos tratados sobre la materia que impacten su contenido original. En este sentido, el intérprete de la norma constitucional ya no sólo debe estar atento al desarrollo de la jurisprudencia constitucional, sino además al contenido de los nuevos tratados sobre derechos humanos y la jurisprudencia internacional relativa a su evolución interpretativa. Ello nos plantea una dinámica necesaria para interpretar la Constitución teniendo en cuenta los estándares mínimos emanados de los instrumentos internacionales y su jurisprudencia”<sup>74</sup>.*

(71) SADURSKI, W. “Preface” *ap. Rights Before Courts*, Springer, Dordrecht, 2005, p. XVIII.

(72) ROMANO, S. *The Legal Order*, Routledge New York, 2017, pp. 11 y ss., pp. 25 y ss.

(73) *Vide, v.gr.*, BIDART CAMPOS, G.J. “El supuesto conflicto (inexistente) con la Constitución” *ap. El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 455; NOGUEIRA ALCALÁ, H. “El uso del Derecho Convencional Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno en el periodo 2006-2010”, *Revista Chilena de Derecho*, 39 (2012) 149; AYALA CORAO, C. “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias” *ap. Méndez Silva, R. (Coord.). Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 2002, pp. 37-90.

(74) AYALA CORAO, C. “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias” *ap. Méndez Silva, R. (Coord.). Derecho Internacional de los Derechos Huma-*

En puridad, los patrocinadores de este hábito argumentativo entienden que la versión *ortodoxa* de la supremacía constitucional se *traduce* -y actualiza- en un concepto *compatible* con contenidos de Derecho internacional<sup>75</sup>, aunque le compete a la propia Constitución en su condición de norma primaria y fundante del orden jurídico estatal -*norma normorum*- disponer la *gradación jerárquica* de éste y hasta, inclusive, su *propio emplazamiento* dentro del mismo<sup>76</sup>.

---

nos. *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 2002, pp. 37-90; *Ibidem. Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Porrúa, México, 2013, pp. XIII-XXVIII.

(75) En este tramo, pueden consultarse diversas muestras del uso argumentativo: así, *v.gr.*, se asevera que las disposiciones de origen internacional deben integrarse al ordenamiento jurídico interno como fuente adicional en materia de protección de derechos fundamentales, sin perjuicio de admitir que -en el sistema jurídico nacional- resultan, en definitiva, las propias Constituciones las que determinan el *modo de incorporación y de jerarquía* de los preceptos internacionales, *cfr.* JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.J. "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho interno", *Revista IIDH*, 7 (1988) 25. O bien, que los tratados internacionales -desde el punto de vista clásico competencial formal- no son algo distinto del constitucionalismo, sino *parte* del mismo: son *firmados bajo autorización constitucional*, al tiempo que los *valores subyacentes* a los sistemas regionales de protección de derechos humanos -y hasta a los de integración- *componen la dimensión axiológica de la Constitución* -si se retiene, *v.gr.*, que, con asiduidad, aluden al apuntalamiento de los derechos, el fortalecimiento de la paz, la cooperación internacional, el desarrollo económico y comercial, etc., *cfr.* CARNOTA, W.F. "Marco teórico-conceptual de los tratados internacionales" *ap.* Carnota, W.F. -Maraniello, P.A. (Dirs.). *Tratado de los Tratados Internacionales*, La Ley, Buenos Aires, 2011, V. I, p. 12. Incluso, otras técnicas argumentativas más radicales pregonan que si se retiene -en el orden doméstico- que la Constitución se presenta como conjunto de normas jurídicas de máximo rango, plasmadas en un documento solemne, las cuales regulan el ordenamiento del Estado respecto a su organización, forma y estructura fundamentales, así como la relación básica con sus ciudadanos y fijan determinados contenidos incluidos en la Constitución como consecuencia de su modificabilidad dificultada, *cfr.* STERN, K. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 214, se arguye que el emplazamiento del Derecho internacional de los derechos humanos impacta de tal modo sobre la Ley Fundamental, que se constataría un abandono de la idea tradicional que la avizora como suprema orientación del esquema jurídico nacional, adoptando, en cambio, un rol que se integra con la orientación emplazada para las normas fundamentales que reconocen -como basamento común- derechos humanos, a la vez de verificarse la apertura del Derecho interno a los preceptos internacionales dotados de superlegalidad constitucional, *cfr.* GOZAÍNI, O.A. "El significado actual de la Constitución" *ap.* *El significado actual de la Constitución. Memorias del Simposio Internacional*, UNAM, México, 1998, p. 351; *Ibidem. Tratado de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano*, La Ley, Buenos Aires, 2014, V. I, pp. 220 y ss.

(76) Al menos, si se retiene la comprensión de la Constitución como la "(...) *fuente jurídica de la potestad soberana atribuida al sujeto 'pueblo', quien la recupera en base a una condición de mera facticidad*", *cfr.* MORTATI, C. "Commento all'art. 1 Cost." *ap.* Branca, G. (Ed.). *Commentario della Costituzione*, Zanichelli - Foro Italiano, Bologna - Roma, 1975, p. 22, sin que ello impida la distinción -sufragada por Vittorio Frosini- entre las atribuciones del pueblo y las de la Constitución: "(...) *al primero se le confiere la titularidad del poder soberano, y a la segunda, en cambio, su ejercicio concreto, distinción de carácter decisivo para la configuración jurídica de un poder (...) si bien en el texto mencionado el ejercicio también viene atribuido al pueblo, se produce, no obstante, una alteración o conversión de la soberanía como status subjetivo (el pueblo soberano) en soberanía como modus operandi en ciertas formas y dentro de ciertos límites, a través de los cuales la soberanía se define y circunscribe*", *cfr.* FROSINI, V. "Kelsen y las interpretaciones sobre la soberanía", *REDC*, 11 (31) (1991) 61-74, 69-70.

Es frecuente, entonces, que tales académicos aseveren que la norma de base, en común con los instrumentos internacionales de derechos humanos con valencia constitucional, componen -al menos, tal como se sufraga en la experiencia doméstica- un *bloque de constitucionalidad* -también rotulado *bloque normativo*, *núcleo constitucional*, etc.- con igual superioridad normológica, supraordinando así a los niveles de reparto normativo del Derecho infraconstitucional y aprovisionando una doble vertiente -a través del *tándem* de fuentes vernáculas y heterónomas- de derechos<sup>77</sup>.

---

(77) Vide MANILI, P.L. “El bloque de constitucionalidad” ap. Sabsay, D.A. (Dir.). Manili, P.L. (Coord.). *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, T. III, pp. 718 y ss; Ibidem. *El bloque de constitucionalidad. La aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en el ámbito interno*, Astrea, Buenos Aires, 2017. Es usual -entre los tratadistas de Derecho constitucional- la reseña a la noción conceptual divulgada por BIDART CAMPOS, G.J. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, EDIAR, Buenos Aires, T. I-A, 2005, pp. 295 y ss., en el sentido de que el bloque de constitucionalidad importa “(...) conjunto normativo que parte de la Constitución, y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto de la Constitución escrita.” Para una lectura del instituto en el ensayo europeo, vide in extenso FAVOREU, L. “El bloque de constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, V (1990) 45, quien reseña que el *bloc de constitutionnalité* “(...) se refiere, generalmente, a los «principios y reglas de valor constitucional» para designar el conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley”, recordando que la construcción conceptual ha sido utilizada de forma regular, en la doctrina, a partir del estudio dedicado al principio de constitucionalidad [FAVOREU, L. “Le principe de constitutionnalité: essai de définition d’après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel” ap. *Mélanges Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, p. 33], en el que se empleaba tal expresión para explicar las consecuencias resultantes de la decisión fundadora *Conseil Constitutionnel*, despachada el 16 de julio de 1971, relativa a la libertad de asociación [FAVOREU, L. - PHILIP, L. *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*, Sirey, Paris, 1989, & 19]. Empero, si la expresión *principio de constitucionalidad* se encontraba ya desde 1928 en la tesis de Charles Eisenmann, en cambio, la de bloque de constitucionalidad no figuraba en ella. Sin embargo, en el ámbito del Derecho administrativo se hacía -y todavía se hace- referencia habitualmente al *bloque de legalidad -bloc de légalité-*, presente en el ideario Maurice Hauriou bajo la denominación de *bloque legal* [EISENMANN, C. *Le Droit Administratif et le principe de légalité*, EDCE, Paris, 1957, p. 26] y el que remitía a la designación, por encima de las leyes, de todas las reglas que se imponen a la Administración en virtud de la subordinación de su accionar al orden jurídico y que no entrañaban la misma naturaleza que aquéllas, ya que un cierto número reconocía un origen jurisprudencial -especialmente los principios generales de Derecho-. A partir de la noción de bloque de legalidad -explica el Profesor de la Université d’Aix-Marseille III- ha nacido y se ha desarrollado la de bloque de constitucionalidad, convocando la atención de los expertos en el análisis del contenido y sentido actuales del prototipo conceptual de marras -principalmente a partir de que Georges Vedel, antiguo miembro del Consejo Constitucional, se dedicara al emplazamiento de la *Déclaration de 1789* en el bloque de constitucionalidad [VEDEL, G. *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, Paris, 1989, p. 35]-. Sobre la nomenclatura *bloque de supralegalidad*, vide LUCHAIRE, F. *Le Conseil Constitutionnel*, Economica, Paris, 1980, p. 130. Por lo restante, se identifican en la experiencia francesa en orden a la conformación de su compleción: (i) elementos *esenciales* -disposiciones de la Constitución de la *Ve République* de 1958, de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, del Preámbulo de la Constitución de la *IVe République* de 1946 y, finalmente, la Carta del Ambiente de 2004- como (ii) componentes *marginales* -principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, regularmente enlistados por la jurisprudencia del Consejo Constitucional: *v.gr.*, asociación, defensa, enseñanza, conciencia, libertad individual, etc.-; en cambio, no adquieren membresía en el bloque de constitucionalidad -resultando, así, excluidos-: los reglamentos de las asambleas, las normas internacionales y los principios generales del Derecho. Sobre

Sin embargo, poco se ha examinado -o, al menos, presentado en conexión con la tesis de *recursividad interna*- sobre el punto hacia el cual se orientan, en la dimensión normativa, las líneas de argumentación que alientan tales eruditos, aunque ciertos progresos puedan computarse de estar, *v.gr.*, a las observaciones pergeñadas por Otto Pfersmann<sup>78</sup>, a partir de la idea de que si las Constituciones son -por definición- la base normativa de un sistema jurídico, en tanto conjunto de normas que definen las condiciones para la validez de otras normas<sup>79</sup>, los expertos no deberían desalentarse, primeramente, ante los problemas que suscitan las objeciones políticas a tal raciocinio, ligadas esencialmente a la evidencia de textos constitucionales que suelen mostrarse -a menudo- como *polimórficos*, *i.e.*, conteniendo distintos niveles de normas y revelando que, en realidad, median estipuladas -en lugar de una única forma supralegal de normas- tantas formas como métodos de producción de normas para las diversas condiciones y/o efectos normativos previstos<sup>80</sup>, de la misma manera

---

la muestra española, *vide in extenso* RUBIO LLORENTE, F. "El bloque de constitucionalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27 (1989) 9, con observaciones críticas al punto de referencia que la dogmática regularmente asigna al art. 28 de la Ley Orgánica Nº 2/1979 del Tribunal Constitucional como al argumento presente en la jurisprudencia de este último en tanto lo reseña como "(...) una noción compleja que hace referencia a un conjunto de disposiciones utilizables como parámetro de la legitimidad constitucional de las leyes, pero no a contenidos normativos concretos que no puedan ser modificados de acuerdo con el procedimiento previsto según la naturaleza de cada disposición", *cfr.* STC JC, XII-62 y ss.

(78) PFERSMANN, O. "Five Theses About the Foundations of Constitutional Law" *ap.* Riberi, P. - Lachmayer, K. (Eds.). *Philosophical or Political Foundations of Constitutional Law?*, Nomos - Facultas Verlag, Wien, 2014, pp. 16-17, en la consideración de que si -en el Derecho- el fundamento de una norma está dado por otra norma del sistema, una norma de otro sistema no podría atribuir validez jurídica a una prescripción fuera del sistema y viceversa: "(...) si hay una conexión fundacional entre dos o más normas, entonces es porque ambas pertenecen al mismo sistema. Si fuera de otra manera, las normas podrían existir sin fundamentos, o con un fundamento no-normativo, lo cual resultaría lo mismo. Obviamente, si se acepta alguna variedad de naturalismo, tal imposibilidad desaparece".

(79) PFERSMANN, O. "Pour une typologie modale de classes de validité normative" *ap.* Petit, J.L. (Ed.). *La querelle des normes. Hommage à Georg Henrik Von Wright*, Université de Caen, 27 (1995) 69-113. *Vide etiam* Ibidem. "Arguments ontologiques et argumentation juridique" *ap.* Pfersmann, O. - Timsit, G. (Eds.). *Raisonnement juridique et interprétation*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2001, pp. 11 y ss.

(80) PFERSMANN, O. "Five Theses About the Foundations of Constitutional Law" *ap.* Riberi, P. - Lachmayer, K. (Eds.). *Philosophical or Political Foundations of Constitutional Law?*, Nomos - Facultas Verlag, Wien, 2014, pp. 19-20, abrigando la convicción de que aun el *polimorfismo constitucional* más complejo y desarrollado luce atrapado por la función recursiva de validez: "(...) en tal caso, ciertas normas constitucionales pueden verse anuladas cuando las mismas violasen otras normas constitucionales de mayor jerarquía. Ahora bien, si las Constituciones fueran de tal manera polimórficas y más específicamente, si dicho polimorfismo constitucional fuera "no-equivalente", por ejemplo, si hubiera invalidantes reales, entonces, ¿por qué seguir hablando de Constitución? Cualquiera sea el nombre o el estatus legal que ostenten, aplicando nuestra definición de manera estricta, la verdadera Constitución solamente estaría integrada por esos pocos principios que otras normas del sistema están llamadas a respetar (...) si bien podemos tener distintos niveles de jerarquizados principios constitucionales, por construcción, ninguno de ellos puede estar por encima o fuera de la Constitución." Alrededor de la etiqueta de polimorfismo constitucional y la reconstrucción de categorías constitucionales, *vide in profundis* PFERSMANN, O. "The Only Constitution And It's Many Enemies" *ap.* Sajo, A. - Uitz, R. (Eds.). *Constitutional Topography: Values and Constitutions*, Eleven International

que, luego, tampoco deberían turbarse por los bemoles que desviste el fenómeno de internacionalización del Derecho constitucional y constitucionalización del Derecho internacional -si bien aquí la controversia se desplaza más allá de los lindes vernáculos-, ante la incidencia de instrumentos y tribunales supranacionales que pretenden imponer sus decisiones a los Estados, incitándolos a preguntarse ¿si las Constituciones, todavía, pueden afirmarse como la *pedra de toque* del sistema jurídico? En aras de robustecer este dilema, el Profesor de la *Université Paris-Sorbonne* explica que, de admitirse que los sistemas jurídicos pueden ser subsistemas parciales de otro sistema más elevado, las consecuencias que se derivan no resultan nimias, pues a más de seguirse que los últimos se erigirían en fundamento con relación a los primeros, lo sugestivo finca en que la recursividad interna se estratifica: un sistema jurídico puede efectivamente encontrar fundamentos en otro sistema jurídico, pero tal propiedad cabría predicarla de modo específico, en el sentido de que, apenas, si autoriza a un orden jurídico a establecer una Constitución con limitaciones -más o menos débiles o más o menos fuertes- sólo con respecto a ciertos dominios -tal es el caso, v.gr., en lo que atañe a los derechos humanos-. De allí que, inclusive, de cobijarse la conclusión atinente a que la validez final de aquella reposa en el Derecho internacional como un sistema global, tal aseveración, lejos de significar que tal orden jurídico esté regulando in totum en cada uno de los Estados, remite, en cambio, a la demostración de que, al fin de cuentas, los Estados existen como sistemas jurídicos y que -precisamente de ello- se desprende que tienen una Constitución a partir de la cual se decide la transferencia de competencias a otros sistemas<sup>81</sup>.

Para el presente debate, quizás, es suficiente con conceder que las relaciones jerárquicas entre las fuentes -según lo estima Giorgio Pino- están determinadas predominantemente por las *actividades interpretativas* -en un sentido amplio- de los juristas y los órganos de la aplicación<sup>82</sup>, de suerte que la literatura jurídica sobre el

---

Publishing, Utrecht, 2010, pp. 45 y ss. *Vide etiam* Ibidem. "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Normativist Perspective", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 67 (2012) 81-113; Ibidem. "La production des normes: production normative et hiérarchie des normes" ap. Troper, M. - Chagnollaud, D. (Eds.). *Traité international de Droit Constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2012, V. II, pp. 483-528.

(81) PFERSMANN, O. "Five Theses About the Foundations of Constitutional Law" ap. Riberi, P. - Lachmayer, K. (Eds.). *Philosophical or Political Foundations of Constitutional Law?*, Nomos - Facultas Verlag, Wien, 2014, pp. 22-23, sin perjuicio de aclarar lo interesante que resulta la cada vez más compleja integración parcial y singular de sistemas jurídicos -y entre los Estados-, dentro de otros sistemas, sobre los que la conformidad de las acciones de gobierno se torna recientemente limitada, mientras que la validez de la Constitución, como tal, permanece inmutable.

(82) PINO, G. "La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione", *Ars Interpretandi*, 16 (2011) 19-56, abrigando la consideración de que -en general- los intérpretes parecen retener un buen margen de maniobra -más extenso en algunos casos y para algunos tipos de intérpretes, menos extenso en otros casos y para otros tipos de intérpretes- con miras a determinar el valor preceptivo de los textos normativos, *i.e.*, en la atribución del título de fuente del Derecho a un determinado documento; conteste -así- con el argumento de que los textos normativos no presentan *per se* significación alguna *a priori*, pues ella es conferida necesariamente por sus intérpretes, *cfr.* OST, F. - VAN DE KERCHOVE, M. *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du Droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 390. Incluso, Joseph Raz ha reiterado

tópico está densamente poblada de referencias al movimiento del constitucionalismo internacional, en el que ciertos expertos han puesto de relieve, con sujeción a los arts. 75.22 de la Ley Fundamental y 63 y ss. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la emergencia -en la lexicografía constitucional- de una *nueva visión* de la Constitución política del Estado en la que afloran operaciones de construcción y selección de interpretaciones<sup>83</sup>: la *Constitución convencionalizada*, i.e., (i) una Constitución nacional *depurada* de sus elementos inconventionales; (ii) además *conformada* o *reciclada* según el texto del Pacto mencionado y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es interesante, entonces, advertir la posibilidad de que la Constitución convencionalizada resulte susceptible de presentar una imagen más *reducida* respecto de la Constitución nacional -v.gr., en supuestos en los que ciertos trozos de ésta colisionan con el propio Pacto y su interpretación metatextual por el Tribunal regional de derechos humanos-, aunque también puede exhibir una figuración más *extensa* -v.gr., en hipótesis en las que el operador añade a la ley constitucional original, por vía de interpretación mutativa, conceptos básicos vertidos en el Derecho judicial interamericano que complementan derechos enunciados en el sistema constitucional doméstico, o bien, contenidos de los que *ab initio* carecería con miras al despliegue de sus cláusulas en un rumbo hermenéutico determinado<sup>84</sup>.

---

*ad nauseam* la idea de que la existencia de instituciones *creadoras* de normas -aunque característica de los sistemas jurídicos modernos- no entraña un rasgo necesario de todos los sistemas jurídicos, a diferencia de la existencia de cierto tipo de instituciones *aplicadoras* de normas que sí lo es, *cfr.* RAZ, J. "The Institutional Nature of Law", *Modern L. Rev.*, 38 (1975) 491.

(83) SAGÜÉS, N.P. *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución Nacional a la Constitución convencionalizada*, Porrúa, México, 2013, pp. 323 y ss; *Ibidem*. "El control de convencionalidad en Argentina. ¿Ante las puertas de la Constitución convencionalizada?" *ap.* Calogero, P. (Dir.). Mezzetti, L. (Coord.). *Tribunales supranacionales y tribunales nacionales*, Astrea, Buenos Aires, 2016, V. I, pp. 299 y ss. Incluso, se ha reseñado que el control de convencionalidad se perfila -a la postre- como un *contralor de supraconstitucionalidad*, *cfr.* SAGÜÉS, N.P. "El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *Ius Commune* Interamericano" *ap.* von Bogdandy, A. - Ferrer Mac-Gregor, E. - Morales Antoniazzi, M. (Coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina?*, UNAM - Max Planck Institute, México, 2010, V. II, pp. 462-464.

(84) *Vide in profundis* SAGÜÉS, N.P. "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. A propósito de la Constitución convencionalizada", *Parlamento y Constitución*, XIV (2011) 143. Otro tanto puede relevarse del análisis del proceso de transnacionalización del Derecho constitucional en función del tránsito de la unidad a la *pluralidad interpretativa* -discurriendo entre la *primera palabra*, interpretación en sede doméstica, y la última palabra, interpretación en sede supranacional- y un *racconto* del menú de las principales *técnicas de cohabitación* articuladas sobre un cuantioso nodo de conceptos jurídicos indeterminados -v.gr., principio de identidad constitucional, y su versionado italiano a través de la doctrina de los *controlimiti*; delimitación del área operativa del margen de apreciación nacional; adjudicación de conflictos interpretativos a través del método de interpretación conforme, etc.-, algunos especialistas han sugerido la imagen de un *escenario jurídico fragmentado* entre una diversidad de sistemas jurídicos autónomos interconectados y sujetos a influencia recíproca -en lugar de su visión de compartimientos estancos e incomunicados-, en el que las *relaciones interordinamentales* -propias de un *contexto de normas interconectadas*- conduce a la formación de una *comunidad de intérpretes finales*,

Hay otras figuras -por cierto- que, si bien no conducen necesariamente a la exclusión radical del modelo piramidal, sí acusan -en cambio- una decisiva tendencia a socavarlo parcialmente; de allí que es frecuente la alusión a los siguientes especímenes conceptuales: *v.gr.*, estratificación<sup>85</sup>, especies de jerarquías<sup>86</sup>, interpenetraciones de sistemas<sup>87</sup>, pluralidad de pirámides que comprenden normas de jerarquía subvertida<sup>88</sup>, etc.

6. Si se recapitularan los argumentos hasta aquí expuestos, se colegiría -con claridad meridiana- cómo los mismos han logrado anidar -incluso- en los repertorios de la Corte IDH, pues en éstos se anota la existencia de una *viva interacción*<sup>89</sup> entre el Derecho interno y el Derecho internacional con intensos *vasos comunicantes* que propician no sólo el *diálogo jurisprudencial*<sup>90</sup>, en la medida en que ambas jurisdicciones

---

*vide in extenso* PIZZOLO, C. "Una comunidad de intérpretes finales en materia de derechos humanos" *ap.* Calogero, P. (Dir.). Mezzetti, L. (Coord.). *Tribunales supranacionales y tribunales nacionales*, Astrea, Buenos Aires, 2016, T. I, pp. 249 y ss; *Ibidem*. *Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos*, Astrea, Buenos Aires, 2017, pp. 1 y ss, 77 y ss.

(85) VIRALLY, M. *La pensée juridique*, LGDJ, Paris, 1960, p. 177.

(86) AMSELEK, P., "Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique", *Revue du Droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1 (1978) 5, 14.

(87) RIGAUX, M.F. "Quelques réflexions sur l'évolution constitutionnelle de la Belgique et les relations internationales" *ap.* *Évolution constitutionnelle en Belgique et relations internationales. Hommage à Paul de Visscher*, Pedone, Paris, 1984, p. 175.

(88) TROPER, M. "Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique", *Revue Internationale de Philosophie*, 138 (1981) 520, 528.

(89) De estar a la expresión del *ex* Presidente de la Corte IDH, Diego García-Sayán, en ocasión de su trabajo intitulado *Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos ap. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte IDH, San José de Costa Rica, 2005, pp. 323-384.

(90) Voto Razonado, Juez Ad Hoc Ferrer Mac-Gregor, E., Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sent. Serie C/220, de fecha 26.11.2010, párrafo 31, en la comprensión de que el mencionado diálogo "(...) *incide en la debida articulación y creación de estándares en materia de protección de los derechos humanos en el continente americano o, por lo pronto, en Latinoamérica. El Derecho internacional de los derechos humanos se conjuga con el Derecho constitucional o, si se prefiere, se enlazan el Derecho constitucional internacional y el Derecho internacional de los derechos humanos.*" En oportunidad reciente, Geoffrey Sigalet, Grégoire C.N. Webber y Rosalind Dixon explican -en puridad- que la metáfora del diálogo [*dialogue's metaphor*] puede ser empleada para describir una diversidad de aspectos ligados al patrón de *interacciones* entre las ramas del gobierno -en mayor medida, entre los departamentos legislativo y judicial, sin descontar, aunque con menor intensidad, al de índole ejecutiva- en la amplia gama de democracias constitucionales -pese a su progresiva extensión hacia la reseña y examen de interacciones federales, transnacionales e internacionales-, aunque también el rótulo se empeña para la descripción de las *prácticas institucionales* emergentes de la mentada interacción en mérito de las cuales resulta posible evaluar, justificar o criticar a ésta última, sin marginar que la invocación metafórica no se limita, entre sus *protagonistas*, a los académicos sino a jueces, legisladores y funcionarios ejecutivos, etc., de tal modo que -en suma- el término *diálogo* remonta hacia una *pluralidad de diferentes metáforas* que recorren transversalmente *distintos contextos institucionales e interacciones*, sin perjuicio de que se condensan en la simple idea de que las *instituciones interactúan*. De allí que los Profesores de las Uni-

-doméstica e internacional- necesariamente deben atender a la normatividad *nacional* cuanto *convencional* en determinados supuestos<sup>91</sup>, como la transformación del dispositivo de control *concentrado* de convencionalidad -realizado fundamentalmente por la Corte en sede internacional- en uno de *control difuso de convencionalidad* al extender dicha fiscalización a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno -aunque reservándose la Corte IDH su calidad de *intérprete última de la Convención Americana* cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno<sup>92</sup>, sino también la formación de un *bloque de convencionalidad* que operaría como parámetro de la inspección convencional difusa con

---

versidades de Stanford, Queen y New South Wales respectivamente, advierten que es sólo uno de sus usos más prominentes -además de sugestivamente controversial- el atinente a la circulación y empinamiento de las conclusiones judiciales sobre cuestiones de constitucionalidad -y de convencionalidad, *mutatis mutandi*- como la última palabra -*final words*-, independientemente de que la adjetivación de última se disipe ante la *chance* de que se registren *réplicas* legislativas o ejecutivas sobre la conformidad constitucional -y convencional-, las que, por cierto, atesoran, inclusive, estereotipos comparatistas de cuño normativo [v.gr., en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades de 1982, se descubren, al menos, dos referencias textuales: una asociada a la *limitations clause*, prevista en su art. 1, en función de la cual los derechos y libertades allí establecidos resultan "(...) sujetos solamente a restricciones razonables prescritas por la ley y cuya justificación pueda demostrarse en una sociedad libre y democrática", otra vinculada a la *notwithstanding clause*, estipulada en su art. 33.1, en razón de la cual el Parlamento o la legislatura de una provincia pueden promulgar una ley donde se declare expresamente -por un lapso máximo de 5 años a partir de su entrada en vigor, descontando que pueda nuevamente adoptarse tras su fenecimiento- que ésta o una de sus disposiciones es *aplicable independientemente* de alguna disposición comprendida en el art. 2 -que compendia las libertades fundamentales: de conciencia y religión, de pensamiento, creencia, expresión e información, de reunión pacífica y asociación- o en los arts. 7 a 15 -que recolectan una serie de garantías judiciales y el principio de igualdad- de la propia *Canadian Charter*], cfr. SIGALET, G. - WEBBER, G.C.N. - DIXON, R. "Introduction" ap. Sigalet, G. - Webber, G.C.N. - Dixon, R. (Eds.). *Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 1-3.

(91) Voto Razonado, Juez Ad Hoc Ferrer Mac-Gregor, E., Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sent. Serie C/220, de fecha 26.11.2010, párrafo 7, como consecuencia de la siguiente argucia: "(...) la actuación de los órganos nacionales (incluidos los jueces), además de aplicar la normatividad que los rige en sede doméstica, tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales que el Estado, en uso de su soberanía, reconoció expresamente y cuyo compromiso internacional asumió".

(92) Voto Razonado, Juez Ad Hoc Ferrer Mac-Gregor, E., Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sent. Serie C/220, de fecha 26.11.2010, párrafo 22 *in fine*, lo que no impide la siguiente precisión -reseñada en oportunidad del párrafo 24-: "(...) el "control difuso de convencionalidad" convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad. Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la nueva "misión" que ahora tienen para salvaguardar el corpus juris interamericano a través de este nuevo "control". Vide etiam Ibidem. "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional" ap.

miras a establecer estándares regionales para la protección efectiva de los derechos humanos<sup>93</sup> y la *asimilación de conceptos del Derecho constitucional* -presente desde el mismo origen y desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos- a partir de la cual emergen los estereotipos conceptuales de *garantías convencionales* y hasta de *supremacía convencional*:

*“(...) al crearse las “garantías” y “órganos” internacionales de protección de los derechos humanos. Se advierte claramente una “internacionalización del Derecho constitucional”, particularmente al trasladar las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional”, a las “garantías convencionales” como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional” (...) una de las manifestaciones de este proceso de “internacionalización” de categorías constitucionales es, precisamente, la concepción difusa de convencionalidad que estamos analizando, ya que parte de la arraigada connotación del “control difuso de constitucionalidad” en contraposición con el “control concentrado” que se realiza en los Estados constitucionales por las altas “jurisdicciones constitucionales”, teniendo la última interpretación constitucional los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales o en algunos casos, las Cortes Supremas y otras altas jurisdicciones”<sup>94</sup>.*

No obstante, en oportunidad reciente el parecer por sus fundamentos del Dr. Horacio D. Rosatti -al expedirse en el caso *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*

---

Fix-Zamudio, H. - Valadés, D. (Coords.). *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, párrafos 151-188.

(93) Voto Razonado, Juez Ad Hoc Ferrer Mac-Gregor, E., Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sent. Serie C/220, de fecha 26.11.2010, párrafo 50.

(94) Voto Razonado, Juez Ad Hoc Ferrer Mac-Gregor, E., Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sent. Serie C/220, de fecha 26.11.2010, párrafos 21-22, aunque -se impone hacerlo notar- el término *supremacía convencional* había sido anticipado en la jurisprudencia consultiva de la Corte -al expedirse sobre la sujeción de la Comisión IDH a bases convencionales de legalidad en el curso del procedimiento de petición, con arreglo a los argumentos expuestos por aquélla en el escrito de observaciones- en el entendimiento de que el sistema interamericano de protección “(...) *está dotado de una serie de garantías que aseguran el principio de supremacía convencional*”, entre las que se enlistan garantías genéricas de carácter material -principalmente principios interpretativos, como los de buena fe y *pro homine*- y garantías particulares de entidad procedimental -tanto las referentes al procedimiento mismo de petición: *v.gr.*, condiciones de admisibilidad de las peticiones y principios de contradictorio y equidad procesal, y seguridad jurídica, etc., cuanto las atinentes al procedimiento contencioso ante el propio Tribunal regional de Derechos Humanos-, *cfr.* OC N° 19/05, Corte IDH. *Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión IDH (arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Solicitada por la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 28.11.2005, párrafo 13. En orden a reseñas en la jurisprudencia contenciosa, *vide etiam* *Ibidem*, CortelDH, Sent. Serie C/184, caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, de fecha 06.08.2008, párrafo 65.

*s/informes- reivindicó -no sin polémica- la operatividad de un margen de apreciación nacional*<sup>95</sup> de la Suprema Corte Federal en la aplicación de las decisiones interna-

(95) A la herramienta en cuestión se le endilga regularmente un carácter polisémico, *cfr.* CHRISTOFFERSEN, J. *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Nijhoff, Leiden - Boston, 2009, pp. 236-240, descontando su desarrollo pretoriano en los anales de ciertos tribunales supranacionales de derechos humanos, *cfr.* SAPIENZA, R. "Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo", *Rivista di Diritto Internazionale*, 3 (1991) 571 *et seq.* Precisamente -explica Javier García Roca- sin perjuicio de descubrir la *realidad dual* en la que se encuentra emplazado el intérprete -ponderando- al mismo tiempo, la soberanía nacional y el orden convencional, como el Dios Jano que "(...) desde el dintel de las casa romanas miraba hacia dentro y hacia afuera"- ha resultado un espécimen conceptual, dotado de cierta autonomía y albergado dentro de *fronteras maleables* en el campo de la teoría europea, pues suele vincularse al principio de *subsidiariedad* -suponiendo su operatividad después de agotada la protección interna y en defecto de la misma, de modo que se repele la *chance* de sustitución de las decisiones nacionales- en virtud del cual aflora como una *reserva de decisión doméstica* -que oficia, así, de criterio de deferencia hacia la garantía nacional-, o bien se exhibe como un *espacio de maniobra* que las instituciones del sistema de protección internacional de derechos humanos conceden a las autoridades internas en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de los documentos convencionales, y hasta se aproxima a una *directiva de discrecionalidad de valoración* -con reminiscencia a las figuras de *discretion administrative* en los doctrinantes franceses o de *Bewertungsraum* patrocinada por la doctrina germana- hacia la decisión interna, en virtud del cual la autoridad judicial supranacional puede *no enjuiciar plenamente el asunto y ratificar la decisión nacional* -en la medida en que ésta última exude la suficiente apariencia del buen derecho, en vez de sustituir al Estado demandado con sus propios puntos de vista, se impone a sí misma respetar un razonable principio de condescendencia ante los operadores jurídicos domésticos-, *cfr.* GARCÍA ROCA, J. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Navarra, 2010, pp. 85, 93, 113, 115, 134 y ss. Mientras en la experiencia europea -al menos desde 1958, oportunidad en la que la Corte Europea de Derechos Humanos evocara "(...) a certain margin of appreciation must be conceded to the Government" al pronunciarse en el asunto *Greece vs. United Kingdom*, ECHR, Application Nº 176/56, V. II, Report of 26 September 1958, & 318- los doctrinantes se han centrado -ante la ausencia de una definición por los jueces de Estrasburgo- en sistematizar el ámbito material de su casuística [Tulkens, F. - Donnay, L., "L'usage de la marge d'appréciation pour la Cour européenne des droits de l'homme: Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature?", *RSCDPC*, I (2006) 3 *et seq.*], en la práctica de índole interamericana, en cambio, su despliegue registra datos menos prolíficos y más bien de entidad residual, pese a que -desde mediados de la década de 1980- la Corte Interamericana de Derechos Humanos -al expedirse sobre el impacto del proyecto de reforma constitucional, a cargo de la Comisión Especial, de los arts. 14 y 15 de la Constitución Política de Costa Rica en torno a la adquisición de nacionalidad por naturalización- reseñaba en relación al examen de orientación legítima de distinciones de tratamiento con el propósito de no vulnerar parámetros de justicia, igualdad, bien común, etc., que suponen: "(...) valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso (...) en esa perspectiva, la Corte reitera el ya expresado señalamiento según el cual, a los efectos del otorgamiento de la naturalización, es el Estado que la concede el llamado a apreciar en qué medida existen y cómo deben apreciarse las condiciones que garantizan que el aspirante a obtenerla esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente. En tal sentido, no puede ponerse en duda la potestad soberana de Costa Rica para resolver sobre los criterios que han de orientar el discernimiento o no de la nacionalidad a los extranjeros que aspiran a obtenerla, ni para establecer ciertas diferencias razonables con base en circunstancias de hecho que, por razones objetivas, aproximen a unos aspirantes más que a otros al sistema de valores e intereses de la sociedad costarricense (...) a la luz de los criterios expresados, un caso de distinción no discriminatoria sería la fijación de requi-

cionales -con base en los arts. 27 y 75 inc. 22 de la Ley Mayor-, añadiendo que en un contexto de *diálogo jurisprudencial* que maximice la vigencia de los derechos en juego sin afectar la institucionalidad y procure mantener la convergencia decisional entre los órganos con competencia para dirimir conflictos en los ámbitos internos y transnacional -en donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos representa la *máxima intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, mientras la Corte Suprema de Justicia de la Nación figura la *máxima intérprete de la Constitución Nacional*-, es menester que sus criterios -en cada caso concreto- se complementen y no colisionen<sup>96</sup>.

---

sitos menos exigentes en relación con el tiempo de residencia para la obtención de la nacionalidad costarricense para los centroamericanos, iberoamericanos y españoles frente a los demás extranjeros. En efecto, no parece contrario a la naturaleza y fines del otorgamiento de la nacionalidad, facilitarla en favor de aquellos que, objetivamente, tienen con los costarricenses lazos históricos, culturales y espirituales mucho más estrechos, los cuales hacen presumir su más sencilla y rápida incorporación a la comunidad nacional y su más natural identificación con las creencias, valores e instituciones de la tradición costarricense, que el Estado tiene el derecho y el deber de preservar (...) la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla. Pero de ningún modo podría verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados. La mayoría de estas hipótesis, no sometidas por cierto a la consideración de la Corte, constituyen verdaderos casos de discriminación en razón del origen o del lugar de nacimiento que crean injustamente dos grupos de distintas jerarquías entre nacionales de un mismo país”, cfr. CorteIDH, OC N° 4/84, Serie A, N° 4. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, de fecha 19.01.1984, párrafos 58, 59, 60 y 62. Aunque -también- en la actividad interpretativa del Tribunal regional de derechos humanos -con apelación al principio de proporcionalidad- se ha reconocido un ámbito de libre valoración de las medidas adoptadas por sujetos interpretativos nacionales dentro de los aspectos regidos por el Pacto de San José de Costa Rica -v.gr., en materia de libertad de expresión, Corte IDH, caso *Perozo y otros vs. Venezuela*, Sent. Serie C/195, de fecha 28.02.2009, párrafo 116; en relación a medidas restrictivas de libertad personal, Corte IDH, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*, Sent. Serie C /170, de fecha 21.11.2007, párrafo 107; respecto de derechos políticos, Corte IDH, caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sent. Serie C/184, de fecha 06.08.2008, párrafo 162; etc. Por el contrario, en otras ocasiones, bajo la aplicación de resultados interpretativos habidos merced el método de ponderación, ha repelido la pertinencia del pronunciamiento en cuestiones atinentes a derechos sexuales y reproductivos: “(...) sobre los alegatos del Estado respecto a que contaría con un margen de apreciación para establecer prohibiciones”, CorteIDH, caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, Sent. Serie C/257, de fecha 28.01.2012, párrafo 316, sin perjuicio de su inoperancia para la cobertura de hipótesis de vulneración de bases convencionales de debido proceso: “(...) de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo”, cfr. Corte IDH, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sent. Serie C/107, de fecha 02.02.2004, párrafo 161.

(96) De allí que en el pronunciamiento por sus fundamentos apuntara: “(...) el constituyente ha consagrado en el citado art. 27 una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por “los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional”, a los cuales los tratados internacionales -y con mayor razón aun la interpretación que de tales tratados se realice- deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad. A partir de esta cláusula no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin

## II. II. Alrededor de una deconstrucción sugerida por los portavoces del pluralismo jurídico: un espacioso laboratorio conceptual

7. Ahora bien, a diferencia de aquellos teóricos constitucionales que -todavía a tono de las notas del constitucionalismo *westfaliano*<sup>97</sup>- defienden generalmente la existencia de principios sustantivos compartidos entre los distintos ámbitos de regulación y su articulación a través de relaciones de supraordenación *top down*

---

escrutinio alguno, el derecho internacional -sea de fuente normativa o jurisprudencial- sobre el ordenamiento constitucional. Esta interpretación es reflejo de una fuerte tradición en la práctica constitucional argentina, tal como supo exponerlo Joaquín V. González: “un tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional, cambiar la forma de gobierno, suprimir una provincia o incorporar otras nuevas, limitar atribuciones expresamente conferidas a los poderes de gobierno, desintegrar social o políticamente al territorio; restringir los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la Constitución a los habitantes del país, ni las prerrogativas acordadas a los extranjeros ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos...En cuanto la Constitución Nacional sea lo que es, el art. 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional” (Joaquín V. González, Senado de la Nación, Diario de Sesiones, sesión del 26 de agosto de 1909, volumen IX, pág. 52).”, *cfr.* CSJN, Fallos 340:47. Del voto por sus fundamentos del Ministro Horacio D. Rosatti. Sobre la respuesta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *vide in extenso* CorteIDH, caso *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*, Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, de fecha 18.10.2017, párrafos 12 y ss., como así también las censuras y debates suscitados en buena parte de la comunidad de doctrinantes nacionales, *vide in profundis* CLÉRICO, L. “La enunciación del margen de apreciación: Fontevicchia 2017 desde los márgenes”, *Redea*, 3 (7) (2018) 295-317; SAGÜÉS, N.P. “¿Puede válidamente la Corte Interamericana obligar a que una Corte Suprema nacional deje sin efecto una sentencia suya?”, *ED*, 272-437; SAGÜÉS, S. “Diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino” *ap.* Henríquez Viña, M. - Morales Antoniazzi, M. (Coords.). *El control de convencionalidad. Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, DER, Santiago de Chile, 2017, pp. 281 y ss; ABRAMOVICH, V. “Comentarios sobre “Fontevicchia”, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de Derecho Público Argentino”, *Revista Pensar en Derecho*, FD, UBA, 10 (2017) 9-25. Por lo restante, reténgase que ya en 2004 -al expedirse en el caso *Arancibia Clavel, E.L.*- el voto en disidencia del Dr. Carlos S. Fayt anticipaba: “(...) el art. 27 de la Constitución Nacional impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto el principio de legalidad que consagra el *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* es innegablemente uno de los principios más valiosos de derecho público de nuestra Ley Fundamental. Es este *margen nacional de apreciación* el que determina que la garantía mencionada, consagrada a quienes son juzgados por tribunales argentinos, deba ser respetada estrictamente incluso tratándose de los denominados crímenes de *lesa humanidad*, cuando éstos se juzguen en el país”, *cfr.* CSJN, Fallos 327:3312. Del voto en disidencia del Ministro Carlos S. Fayt.

(97) El constitucionalismo *westfaliano* -*Westphalian constitutionalism*-, predeterminando por las ideologías constitucionales imperantes durante el extenso siglo XIX hasta prácticamente el término de la centuria pasada, se sustenta -a juicio de Martín Belov- en precisas precondiciones estructurales y conceptuales encerradas en los textos constitucionales y reflejadas -debido a su repercusión- en el terreno del Derecho internacional: *v.gr.*, la organización territorial exclusiva del poder público, la estructura jerárquica del orden normativo salvaguardada en lo jurídico por la gravitación del principio de supremacía y políticamente por el de soberanía, el monopolio estatal de la coerción, la delimitación clara de las esferas de acción entre los agentes del poder público y la ciudadanía, la centralidad de las instituciones estatales en las clásicas funciones públicas de producción, implementación y control del Derecho estatalmente gestado, etc., *cfr.* BELOV, M. “Introduction” *ap.* Belov, M. (Ed.). *Global Constitutionalism and Its Challenges to Westphalian Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford - London- New York - New Delhi - Sidney, 2018, p. XIII.

-inclusive, mediante diversas formas de reconocimiento de constitucionalización del Derecho internacional<sup>98</sup>, una pléyade de estudiosos ha explorado una singular vía de deconstrucción del orden piramidal de las normas -como representación estructural alentada por la diatriba de un positivismo legalista o kelsenismo<sup>99</sup>-, allegando atractivos insumos argumentativos sobre las relaciones entre los sistemas normativos estatales e internacionales<sup>100</sup>.

¿Podría decirse entonces que, debido a la impotencia de la matriz del formalismo kelseniano para explicar -descriptiva y prescriptivamente- la diversidad dentro del ámbito jurídico en general como los vínculos entre las Constituciones y los fenómenos jurídicos internacionales en particular, los teóricos pluralistas -*pluralist setting* o *legal pluralist challenge*- han logrado alumbrar una estrategia conceptual que se estime de mayor provecho?<sup>101</sup>.

---

(98) KRISCH, N. "The Case for Pluralism in Postnational Law", *Law, Society & Economy*, London School of Economics and Political Science, 12 (2009) 2. Son obvias las ventajas que ya traía aparejado, por cierto, el derrocamiento iusrealista del principio de *lex superior*, al menos si se atisba que -en rigor- una fuente del Derecho no prevalece sobre otra por *ser superior* a aquella, sino que es precisamente porque prevalece sobre esta que es *considerada superior*, *cfr.* GUASTINI, R. "Gerarchia normativa", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 27 (1997) 472-473.

(99) En este orden de ideas, Jochen von Bernstorff ha figurado tal entendimiento a través de la imagen de normas jurídicas que se disponen en una gradual y jerarquizada vinculación regida por un vector de subordinación y que activan, en consecuencia, la descripción del sistema jurídico a través de un prototipo unitario -*unitary system*- para la creación y el significado de normas derivadas o subordinadas -*delegated norms*-, las que se remontan a la norma supraordenatoria -*supraordinated norm*- que configura no sólo la base de su validez jurídica sino también los prerequisites formales de su producción, *vide* VON BERNSTORFF, J. *The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in Universal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 81. *Vide in extenso* BEHREND, J. *Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merckels und Hans Kelsens (Schriften zur Rechtstheorie)*, Duncker & Humblot, 1977, Berlin.

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

(101) El interrogante describe -o, al menos, presupone- que el impacto de la más postrera fase de la globalización, que -en la opinión de algunos historiadores- se acomete en la década del setenta del siglo pasado y acelera su dinámica hacia su último decenio [HOBSBAWM, E.J.C. *The Age of Extremes: The Short Twentieth Century*, Abacus, London, 1995, pp. 3 y ss.], conlleva un set de diversos retos al diseño institucional y a la ideología normativa de los sistemas constitucionales -desatados indisputablemente ya durante los primeros lustros del siglo XXI-, entre los que se computan: *v.gr.*, la emergencia de una normativa global des-ordenada; la crisis de la explicación clásica disponible paradigmáticamente en orden al esquema de fuentes del Derecho, el carácter de las normas de derechos humanos, los arreglos políticos-institucionales que se anudan soberanamente, etc.; el gradual escalonamiento de la colisión -y tensión- entre diferentes filosofías regulativas, diseños constitucionales, culturas jurídicas, prácticas socio-legales, etc; los giros estructurales y las alteraciones de las precondiciones normativas y sociales de la autoridad, la legitimidad, el poder público, la democracia, la representación, el Estado de Derecho, etc., con la suficiente potencia para producir disfuncionalidades sobre el orden constitucional westfalianamente acuñado y sus documentos fundacionales nacionales, máxime ante el cuestionamiento -y hasta distorsión- de la axiología que los insufla; el advenimiento del poder político y la trascendencia constitucional que aspiran a hacerse las élites tecnocráticas supranacionales; la expansión de burocracias transnacionales; la borrosa demarcación de la *suma divisio juris* que auguraba

Algunos paladines del pluralismo jurídico<sup>102</sup>, entre los que se enrola Armin von Bogdandy, han ilustrado esta variante con un estilo distintivo de pensamiento y discurso jurídicos:

*“(...) el concepto de pluralismo jurídico no implica una estricta separación entre regímenes jurídicos; por el contrario, promueve la idea de que existe una interacción entre los distintos ordenamientos jurídicos. Este concepto conlleva además importantes consecuencias para la concepción del Derecho constitucional: ninguna Constitución es ya un universo en sí mismo, sino más bien un elemento de un “pluriverso normativo” (...) en este contexto, un concepto que podría resultar útil para explicar las relaciones normativas sería el de acoplamiento entre ordenamientos jurídicos”<sup>103</sup>.*

---

el tándem público-privado como prerrequisito estructural del moderno Derecho público; etc., *cfr.* BELOV, M. “Introduction” *ap.* Belov, M. (Ed.) *Global Constitutionalism and Its Challenges to Westphalian Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford - London- New York - New Delhi - Sidney, 2018, pp. XI y ss.

(102) Un mapeo de las teorías del constitucionalismo global puede consultarse en ATILGAN A. *Global Constitutionalism: A Socio-legal Perspective*, Springer, Dordrecht, 2018, pp. 73 y ss.

(103) VON BOGDANDY, A. “Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press, VI (2008) 397-413, 401, con la aclaración -por parte del Director del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law- en orden a que la respuesta a la tesis de la deconstrucción no es absoluta sino *relativa*, ella debe indagarse hacia las entrañas del *proceso constitucional interno*, de acuerdo con las experiencias, expectativas y convicciones de las diversas y heterogéneas comunidades constitucionales; aunque -igualmente se contraponen- que -desde que tal postura afecta la naturaleza retórica de las argumentaciones- reviste un importancia práctica muy secundaria, de hecho, que los razonamientos de los operadores del Derecho vengan a ser, acaso, presentados -o así aparezcan calificados metadogmáticamente- ya sea como pirámide o como red, pues “(...) las cámaras de torturas interpretativas que fuere se pueden acomodar a cualquiera de aquellos dos modelos, llegado el caso, tanto si el intérprete tiene conciencia teórica de tal alternativa como si no la tiene”, *cfr.* HABA, E.P. “Puntualizaciones realistas sobre la conceptualización: «redes» del Derecho. Realidades, silencios y fantasías que se conjugan al postularla como «paradigma» renovador del pensamiento jurídico”, *Doxa*, 41 (2018) 316. La censura anotada en modo alguno descuida el análisis del denominado *síndrome normativista* -como de sus principales técnicas discursivas-, *vide etiam* *Ibidem*. *Metodología jurídica irreverente*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 262 y ss. Tampoco la reticencia de ciertos estudiosos a un planteo binario que solamente desagüe en la dicotomía *constitucionalismo/pluralismo* -en términos tanto teóricos como empíricos-, en la inteligencia que la construcción de la noción de *pluralismo constitucional* supone especificar qué es -a la vez- constitucional y pluralista acerca de la estructura de un sistema jurídico: al considerar la interfaz entre los regímenes internacionales y nacionales, los académicos generalmente identifican como andamiaje normativo básico a la Constitución, las directrices de *jus cogens*, los derechos fundamentales, etc., componentes que encuentran su expresión principalísima en tratados internacionales -multilaterales y regionales- firmemente respaldados por la *opinio juris*, sin perjuicio que lo que hace que el sistema sea constitucional estriba en que presenta una *estructura normativa general* conformada por el estatuto de los derechos que los jueces -y otros funcionarios- tienen el deber legal de hacer cumplir y un conjunto de técnicas compartidas que éstos han desarrollado para adjudicarlos en los diálogos que protagonizan. Al mismo tiempo, la distribución de la autoridad propuesta es pluralista, puesto que el espacio se compone de jerarquías discretas, nacionales y basadas en instrumentos internacionales, cada una de las cuales ostentan una *pretensión o afirmación autónoma de*

De allí que el Profesor de las Universidades de Heidelberg y Goethe de Frankfurt<sup>104</sup> promueva la siguiente explicación teórica de una concepción encaminada hacia el pluralismo de sistemas normativos, aventurándolo como un constructo conceptual apto para describir y analizar el estado del arte en el que se emplazan, en el presente, las diferentes constelaciones normológicas posnacionales -al propio tiempo de sugerir la carestía teórica del paradigma de la jerarquía como mecanismo explicativo de la relación entre los órdenes domésticos e internacional-, en el que *se entrecruzan principios, reglas y regulaciones estatales y supra-nacionales*:

*“(...) en tanto representan construcciones dogmáticas específicas, el monismo y el dualismo no ofrecen soluciones plausibles a ninguna de las preguntas jurídicas relevantes del momento actual. Como construcciones teóricas para comprender la estructura general del Derecho son igualmente inútiles, tanto analítica como normativamente. Finalmente es preciso apuntar a título de crítica que el dualismo afronta el mismo destino del concepto tradicional de soberanía, mientras el monismo, que sostiene la primacía incondicional del Derecho internacional público, comparte las mismas debilidades de las propuestas teóricas de un Derecho constitucional mundial. Aplicado al Derecho común latinoamericano, es necesario concebirlo no como un ordenamiento único, sino como una forma de relación entre normas de varios sistemas que comparten una misma finalidad. Está compuesto por normas internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos y, a la vez, por normas nacionales con la misma vocación, como son por ejemplo las cláusulas de apertura o las cláusulas interpretativas”<sup>105</sup>.*

Otros académicos emplean tácticas argumentales próximas para aludir a un entorno de recursividad<sup>106</sup> en la que la subordinación cede su lugar a la coordinación, la jerarquía jurídica revela sus limitaciones ante procesos inconclusos o

---

*legitimidad*, de modo que la agencia de mando para hacer cumplir los derechos fundamentales adquiere notas descentralizadas -en el sentido de que no existiría, en su opinión, una regla final de clausura de conflictos o una autoridad última para resolver colisiones normativas-, *cfr.* STONE SWEET, A. “The Structure of Constitutional Pluralism”, *International Journal of Constitutional Law*, 11 (2) (2013) 491-500.

(104) VON BOGDANDY, A. “Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum” *ap.* von Bogdandy, A. - Morales Antoniazzi, M. - Ferrer Mac-Gregor, E. (Coords.) *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*, Porrúa, México, 2013, pp. 19-20. *Vide etiam* Ibidem. *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Aclaración conceptual* *ap.* von Bogdandy, A. - Morales Antoniazzi, M. - Ferrer Mac-Gregor, E. (Coords.). *Ius constitutionale commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Max Planck Institute, 2017, p. 137 y ss.

(105) VON BOGDANDY, A. “Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum” *ap.* von Bogdandy, A. - Morales Antoniazzi, M. - Ferrer Mac-Gregor, E. (Coords.). *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*, Porrúa, México, 2013, pp. 19-20.

(106) VAN DE KERCHOVE, M. - OST, F. *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Paris, 1988, pp. 105 y ss.

situaciones de discontinuidad y alternancia, la linealidad normativa se relativiza y se acompaña -cada vez más frecuentemente- por fenómenos de cierre e inversión entre los órdenes en relación -*bouclage*-, y hasta la arborescencia se diluye por la multiplicidad de focos de creación del Derecho que no derivan -en su totalidad- de un único y soberano punto de producción<sup>107</sup>.

En todo caso, son tales estudiosos quienes, a tenor de las transformaciones observables en los sistemas jurídicos contemporáneos que atacan -prácticamente a través de un movimiento de **échec double**- la naturaleza jerárquica o piramidal del modelo tradicional -*pyramidale ou hiérarchique nature*<sup>108</sup>, los que han tomado nota de la multiplicación de conceptos híbridos que revelan formas atípicas: *v.gr.*, desde soberanías que se asumen relativas o *compartidas* -*partagées*- y ciudadanías que se multiplican y hasta se presentan fragmentarias -*fragmentées*<sup>109</sup>, o bien, la validez de las normas jurídicas que se exhibe con carácter condicional y provisorio -*conditionnelle et provisoire*<sup>110</sup>.

8. Sin embargo, si el observador se atiene a tal descripción no será difícil que se tope -bajo distintas etiquetas pergeñadas, incluso, por la *expertise* de la literatura íbero latinoamericana- una diversidad de puntos de vista que combinan -y hasta dilatan- el sistema conceptual pluralista y lo embarcan en una *explosiva polisemia*, debido a la frecuencia con la que se colectan -cual muestras argumentales- las siguientes alusiones: *v.gr.*, pirámides inacabadas o jerarquías discontinuas, alternativas o invertidas<sup>111</sup>,

---

(107) OST, F. - VAN DE KERCHOVE, M. *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du Droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 50.

(108) TULKENS, F. - VAN DE KERCHOVE, M. "D'où viennent les flous du pénal? Les déplacements de l'objet et du sujet" *ap.* Cartuyvels, Y. - Digneffe, F. - Robert, P. (Eds.). *Politique, police et justice au bord du futur. Mélanges pour et avec Lode Van Outrive*, L'Harmattan, Paris, 1998, pp. 131 y ss.

(109) TEUBNER, G. "Un Droit spontané dans la société mondiale?" *ap.* Morand, Ch. A. (Dir.). *Le Droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 197 y ss.

(110) OST, F. - VAN DE KERCHOVE, M. *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du Droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 15.

(111) DELMAS-MARTY, M. *Pour un Droit commun*, Seuil, Paris, 1994, pp. 91 y ss.

poli-centrismo<sup>112</sup>, estructura reticular o de red<sup>113</sup>, modelos de red<sup>114</sup>, redes horizontales de colaboración<sup>115</sup>, interconstitucionalidad<sup>116</sup>, marco metaconstitucional<sup>117</sup> metacons-

---

(112) WEILER, J.H.H. "European Neo-constitutionalism" *ap.* Bellamy, R. - Castiglione, D. (Eds.). *Search of Foundations for the European Constitutional Order, Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*, Blackwell, Oxford, 1996, pp. 517 y ss.

(113) RIGAUX, M.F. *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Lar-cier, Bruxelles, 1985, p. 181. Igualmente Jean-Bernard Auby ha sugerido que, dado que el espacio soberano de los Estados -como sus marcos legales- está disminuyendo y resulta reemplazado por un sistema más fluido de órdenes normativos que se entrecruzan -*intersecting orders*-, el funcionamiento del Derecho en la era global se puede concebir mejor en términos de redes -*networks*- que ligan a una gama de actores que operan por encima y hacia el interior del Estado, así como a ambos lados de la división público-privada, *vide in extenso* AUBY, J.B. *Globalisation, Law and State*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2019.

(114) OST, F. - VAN DE KERCHOVE, M. *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, PFUSL, Bruxelles, 2002, p. 49, dando cuenta de la emergencia del modelo de red -*modèle du réseau*- que acentúa las dificultades y aporías con las que tropieza el modelo piramidal -*modèle pyramidal*- y conducen, por tanto, a la necesidad de una más compleja construcción teórica en su reemplazo.

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

(116) GOMES CANOTILHO, J.J. *Teoría de la Constitución*, Dykinson - Universidad Carlos III, Madrid, 2004, pp. 93 y ss.

(117) FLYNN, T. "Introduction" *ap.* *The Triangular Constitution*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2019, &1, nota 10, promoviendo -dentro de las diferentes concepciones que la literatura descubre en el pluralismo constitucional- los postulados inherentes a las teorías metaconstitucionales con miras a establecer la estructura normativa general para la gestión y resolución de conflictos entre diferentes órdenes legales -*metaconstitutional framework*-, la que preserva cierta cuota de autonomía -sin agotar, entonces, sus márgenes de actuación- y cumplimenta, así, una función puente -*bridging function*- entre aquéllos a través de normas de interfaz -*interface norms*-, en virtud de las cuales se ajusten y diriman, de forma interactiva y dialógicamente, las reivindicaciones enfrentadas o las demandas concurrentes entre cada ordenamiento con preferencia hacia arreglos de corte heterárquico -en lugar de reglas de supremacía fundadas en la jerarquización estratificada entre planos normativos superiores e inferiores-. Por lo restante, el Profesor de la Universidad de Essex identifica, por lo menos, dos especies de normas de interfaz: (i) normas de interfaz sustantivas [*substantive norms-at-the-interface*], *i.e.*, aquellas que resuelven materialmente un caso concreto de interacción o un conflicto potencial entre órdenes legales -ejemplificando, *v.gr.*, con la divergencia suscitada entre el derecho de propiedad y las obligaciones internacionales asumidas por los Estados, de conformidad al asunto *Bosphorus Hava Yollari vs. Ireland*, fallado por la Corte Europea de Derechos Humanos [ECHR, Application N° 45036, de fecha 30.06.2005]-; (ii) normas de interfaz propiamente dichas [*interface norms proper*], *i.e.*, aquellas que regulan qué normas y decisiones de un suborden producen efectos jurídicos en otro -al igual que precisan cuáles contenidos y bajo qué condiciones tal proyección se constata-, en cuanto principal expresión de apertura y clausura, hospitalidad u hostilidad entre los diferentes actores normativos -ilustrando, *v.gr.*, con el principio de reconocimiento condicional, simbolizado en el caso *Solange II*, de estar a los anales de jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* [BVerfGE, 73.339, [1987] 3 CMLR 225, 22.10.1986]-.

titucionalidad recíproca<sup>118</sup>, red de Constituciones<sup>119</sup>, influjos y lecturas simultáneas<sup>120</sup>, normativismo supranacional<sup>121</sup>, transconstitucionalismo<sup>122</sup>, constitucionalismo trans-

---

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

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

(120) NIKKEN, P. "El Derecho internacional de los derechos humanos", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 72 (1989), pp. 17-52, 23-24.

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

(122) NEVES, M. *Transconstitucionalismo*, Wmf Martins Fontes, São Paulo, 2009, pp. 115 y ss.

formador<sup>123</sup> o multinivel<sup>124</sup>, Constitución cosmopolita<sup>125</sup> o global<sup>126</sup>, orden legal cosmo-

---

(123) VON BOGDANDY, A. - EBERT, F.Z. - FERRER MAC-GREGOR, E. - MORALES ANTONIAZZI, M. - PIOVESAN, F. - SALAZAR UGARTE, P. - SOLEY, X. "Ius Constitutionale Commune en América Latina (ICCAL) y Derecho Económico Internacional (DEI). Una introducción" *ap.* von Bogdandy, A. - Salazar Ugarte, P. - Morales Antoniazzi, M. - Ebert, F.Z. (Coords.). *El constitucionalismo transformador en América Latina y el Derecho económico internacional. De la tensión al diálogo*, UNAM - Max Planck Institute, México, 2018, pp. 12 y ss., condensando un enfoque de Derecho público que conecta una diversidad de fenómenos, experiencias y teóricas jurídicas, y -a la par- defiende la existencia de un nuevo acontecer jurídico que ha emergido de la interacción y confluencia entre el Derecho nacional y el Derecho internacional -global y regional-.

(124) PERNICE, I. "Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and Multilevel Constitutionalism" *ap.* Riedel, E. (Ed.). *German Reports in Public Law*, Nomos, Baden-Baden, 1998, pp. 40 y ss.

(125) SOMEK, A. *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 24 y ss.

(126) TEUBNER, G. *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 12 y ss. *Vide etiam* BELOV, M. "Introduction" *ap.* Belov, M. (Ed.). *Global Constitutionalism and Its Challenges to Westphalian Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford - London - New York - New Delhi - Sidney, 2018, pp. XI y ss., aunque precisando que el constitucionalismo global entraña un paradigma normativo -opuesto al del constitucionalismo westfaliano- que sirve de marco general de análisis, cuya abstracción no impide su apertura a exploraciones científicas multidimensionales, sin perjuicio de que -observa el Profesor de la Universidad de Sofía St. Kliment Ohridski- sea conveniente identificar un tipo específico -dadas las particularidades regionales de los sistemas de protección internacional de derechos humanos- de constitucionalismo global, denominado *constitucionalismo supranacional* en razón de su arraigo en soluciones innovadoras, conceptos *sui generis* y singulares condicionantes socio-legales de desarrollo. No obstante, algunos publicistas aducen que el constitucionalismo global existe aun cuando carezca de respaldo formal en el texto de los instrumentos internacionales de derechos humanos, en la medida que éstos si bien importan su principal componente no agotan *per se* su contenido: las prácticas consuetudinarias -en opinión de Surendra R. Bhandari- también sirven de reflejo material, sin perjuicio de que el *jus cogens* juegue un rol decisivo en la legitimación de las reglas internacionales, *cfr.* BHANDARI, S.R. *Global Constitutionalism and the Path of International Law: Transformation of Law and State in the Globalized World*, Brill Nijhoff, Leiden - Boston, 2016, pp. 3 y ss. Anne Peters -igualmente- emplea la etiqueta de constitucionalismo global para aludir a una *agenda política y académica que identifica y defiende la aplicación de los principios constitucionalistas en la esfera jurídica internacional con el objetivo de mejorar la efectividad y justicia del orden normativo internacional*, *cfr.* PETERS, A. - ARMINGEON, K. "Global Constitutionalism From an Interdisciplinary Perspective", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16 (2009) 385, sin perjuicio de que -en trabajos más recientes- argumenta que se refiere al proceso continuo, pero no lineal, de surgimiento y creación deliberada de elementos constitucionales en el orden jurídico internacional por actores jurídicos y políticos, apoyada por un discurso académico donde estos elementos se identifican y desarrollan, *cfr.* PETERS, A. "The Merits of Global Constitutionalism", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16 (2) (2009) 397-411.

polita<sup>127</sup>, comunidades interconectadas e interdependientes<sup>128</sup>, interlegalidad<sup>129</sup>, etc.-.

Si se recapitula y considera la estructura que ha resultado de tales creaturas conceptuales -algunas con clara reminiscencia al *ius cosmopolitanicus* kantiano-, es indudable que los teorizantes del pluralismo jurídico se han hecho de una herramienta -muy poderosa, por cierto- para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado hasta aquí a ciertos teóricos de la Constitución<sup>130</sup>.

---

(127) STONE SWEET, A. - RYAN, C. *A Cosmopolitan Legal Order Kant, Constitutional Justice, and the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2018, & 3.

(128) BROWN, G.W. *Grounding Cosmopolitanism: From Kant to the Idea of a Cosmopolitan Constitution*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2009, pp. 1-13, alentando -incluso- una concepción normativa para el diseño de reglas básicas de Derecho cosmopolita -*Cosmopolitan Law*- con mientes al establecimiento de un orden cosmopolita no sólo *legal* sino también ético, susceptible de formalizar el respeto universal por la humanidad a través de una tipología de las siguientes variedades de cosmopolitismo: (i) *jurídico* -a través de un sistema de ordenes jurídicos estatales que se enlazan con un orden jurídico internacional mediante de la creación de obligaciones globales ajenas a la idea externalista de soberanía estatal-, (ii) *político* -enfaticando la creación de formas de gobernanza global y la reforma de instituciones políticas en línea con ideales cosmopolitas-, (iii) *cultural* -por cauce de la identificación de una multiplicidad de identidades culturales que interconecta a los miembros de cada comunidad, sin descuidar el patrón de *common humanity*- y (iv) *cívico* -impulsando la creación de un sentido no nacional de comunidad global y ciudadanía unificadora-.

(129) DE SOUSA SANTOS, B. "Law: A Map of Disreading. Toward a Postmodern Conception of Law", *Journal of Law and Society*, 14 (3) (1987) 279, 298-299. *Vide etiam* ELLIOTT, M. - VARUHAS, J. - WILSON STARK, S. "Introduction" *ap.* Elliott, M. - Varuhas, J. - Wilson Stark, S. (Eds.) *The Unity of Public Law?: Doctrinal, Theoretical and Comparative Perspectives*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2018, p. 15.

(130) Al menos, si se retiene que el reto fundamental no finca -tanto- en elegir un modelo excluyendo otro, sino en indagar cómo es posible diseñar un sistema multinivel de manera tal que cada esfera de autoridad ejerza sólo aquellos poderes que corresponden a sus recursos de legitimidad, sin perjuicio de puntualizar: "(...) a la luz de la idea kantiana, podríamos imaginar una Constitución política para una sociedad global descentralizada, basada en las estructuras existentes, como un sistema multi-nivel que por motivos de peso carece, por lo general, de un carácter estatal (*staatlihen*). Bajo esta concepción, una organización global reformada adecuadamente sería capaz de desempeñar funciones esenciales de manera eficaz y no sectorial e, inclusive, especificadas con precisión, de mantenimiento de la paz y de los derechos humanos a nivel supranacional sin tener que asumir la forma estatal de una República global (...) Por lo tanto, se necesita un esfuerzo menos evolutivo para avanzar desde un sistema internacional en gran medida horizontal a uno con instituciones globales, velando por los principios constitucionales fundamentales, que para abandonar el estado de naturaleza hobbesiano entre individuos. El constitucionalismo internacional, en este sentido, es simplemente un complemento de constitucionalismo nacional y un paso adelante en un proceso de civilización", *cfr.* VON BOGDANDY, A. "El constitucionalismo en el Derecho internacional" *ap.* *Hacia un nuevo Derecho Público. Estudios de Derecho Público Comparado, Supranacional e Internacional*, UNAM, México, 2011, pp. 440-442. Tomar en serio la idea de una Constitución global quiere decir -evidentemente- defender de manera plausible los elementos constitucionales del Derecho internacional, *cfr.* PETERS, A. "The Merits of Global Constitutionalism", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16 (2) (2009) 397-411, o bien, retener que la tradición del constitucionalismo sigue siendo -asevera Neil Walker- la reserva mejor abastecida desde donde puede extraerse una política responsable al respecto y el medio más persuasivo por el cual ella puede expresarse, *cfr.* WALKER, N. "The EU and the WTO: Constitutionalism in a New Key" *ap.* de Búrca, G. - Scott, J. (Eds.). *The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues*, Hart Publishing, Oxford, 2001, p. 57.

En especial, se han interesado por el elemento -medular a su juicio- de acoplamiento -*coupling*-<sup>131</sup> o mediación -*mediation*-<sup>132</sup> entre sistemas jurídicos, el que se promueve tanto en instituciones políticas como en administrativas y judiciales, aunque en éste último caso -en lo que aquí incumbe- la admisión de una *dimensión constitucional del efecto directo de normas internacionales* no solamente conduzca a desterrar el retrato del dominio internacional cual un *desierto o vacío constitucional*<sup>133</sup> sino que -a más- se acometa a través de doctrinas de aplicación directa o de carácter autoejecutivo -*self executing*-, de interpretación *conforme* -*consistent interpretation*-, etc., sin perjuicio de alertarse que éstas sobrellevan la afectación de trascendentes cuestiones constitucionales -*v.gr.*, separación de funciones del poder estatal, papel de los agentes políticos, y su vinculación con los órganos administrativos y judicantes, situación de los ciudadanos en un contexto globalizado, etc.-<sup>134</sup>, máxime cuando algunos estudiosos aseveran que los principios ligados esencialmente a la distribución funcional del poder y al constructo de *Rule of Law* conforman la piedra angular -*bedrock*- de los valores constitucionales y de la ordenación fundamental del aparato institucional de cada Estado -como de los preceptos que vinculan a tales instituciones-<sup>135</sup>.

---

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

(132) VON BOGDANDY, A. "Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva de la relación entre el Derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales" *ap. Capaldo, G. - Sieckmann, J. - Clérico, L. (Dirs.). Internacionalización del Derecho constitucional, constitucionalización del Derecho internacional*, Eudeba - Alexander Von Humboldt Stiftung, Buenos Aires, 2012, pp. 21 y ss.

(133) ALLOTT, P. "Intergovernmental Societies and the Idea of Constitutionalism" *ap. Coicaud, J.-M. - Veijo Heiskanen, V. (Eds.). The Legitimacy of International Organizations*, United Nations University Press, Tokyo, 2001, p. 92.

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

(135) WHEATLE, S. *Principled Reasoning in Human Rights Adjudication*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2019, p. 13. Este dato -por cierto- es muy atractivo para el despliegue de planteamientos consecuencialistas, como el esbozado, *v.gr.*, por el Profesor de las Universidades Diego Portales y Utrecht, Javier Couso, en orden a que -en el dominio de los derechos económicos, sociales y culturales- la experiencia latinoamericana parece descubrir limitantes en la capacidad de los más recientes textos constitucionales para coronar la meta de la transformación socio-económica, debido a que el constitucionalismo contemporáneo regional encuentra -en su opinión- tangibles dificultades a la hora de reconocer el rol decisivo que le corresponde a la parte orgánica en el diseño constitucional, en razón de focalizarse centralmente -los artífices de enmiendas o documentos fundamentales- en el estatuto de los derechos -a expensas, indudablemente, de la proyección sobre los aspectos estructurales del poder

Así pues, los portavoces del *pluralist setting* no sólo encaminan al auditorio hacia el despliegue de una práctica argumentativa *multireferencial* a través del montaje teórico de un *pluralismo jurídico* que ilustra el proceso de des-dibujamiento del escalonamiento normativo a la luz de la *Stufenbau-Theorie* de raigambre kelseniana, pues también aluden -capitalmente- a un suceso de *entrelazamiento normativo*<sup>136</sup> -que

---

que hacen a la sala de máquinas del cambio político-, *cfr.* COUSO, J. "The Economic Constitutions of Latin America: Between Free Markets and Socioeconomic Rights" *ap.* Dixon, R. - Ginsburg, T. (Eds.). *Comparative Constitutional Law in Latin America*, Elgar, Cheltenham - Northampton, 2017, pp. 343 y ss. Igualmente Frank Vibert ha expuesto -en una flamante obra- un énfasis similar aunque en relación a los principios que han de regir la acción de las autoridades democráticas en las sociedades modernas, principalmente el de *fair play* en términos de participación y compromiso social y político, orientado, entonces, a prestar -en el proceso democrático- una mayor atención al modo en que los decisores políticos han de reparar en una más amplia red de fuentes de información y lograr, así, un más extenso encuadramiento de las diferentes alternativas de obrar -desalentado, por tanto, el excesivo celo de aquellos políticos y juristas que estiman que los defectos de la estructura institucional únicamente pueden sortearse mediante la inclusión de cada vez más extensas declaraciones de derechos, que, a la sazón, sólo los primeros lucen empoderados para interpretar-, *cfr.* VIBERT, F. "Preface" *ap.* *Making a 21st Century Constitution*, Elgar, Cheltenham - Northampton, 2018, p. III.

(136) PIOVESAN, F. "Direitos humanos e diálogo entre jurisdições", *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, RBDC, 19 (2012) 67-93. En este sentido, se ha demostrado que el pluralismo jurídico dista de resultar un evento reciente, pues la existencia de órdenes paralelos y entrecruzados -*parallel and intersecting legal orders*- con vigencia en un mismo territorio es una constante a lo largo de la historia -*v.gr.*, desde la época imperial romana hasta la actualidad-, *cfr.* GALLIGAN, D.J. *Law in Modern Society*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 158 y ss. De allí que Santi Romano explica que el fenómeno de una pluralidad de órdenes jurídicos -tantos como instituciones hay- surge con tal evidencia durante la Edad Media, que difícilmente los especialistas pudieran desconocerlo, al menos si atienden -durante dicha fase histórica- a la constitución de una sociedad dividida e integrada por distintas comunidades independientes o flexiblemente conectadas entre sí, *cfr.* ROMANO, S. *The Legal Order*, Routledge New York, 2017, & 26, p. 51. En efecto, la intervención de *co-ocurrentes* sistemas jurídicos ha sido registrada por destacados académicos: *v.gr.*, mientras Lon Fuller recordaba que históricamente duales -hasta trinitarios- sistemas jurídicos han operado sin serios puntos de conflicto, o bien, zanjándolos -cuando emergían- a través de algún estándar de adecuación, tal como aconteciere, *v.gr.*, en Inglaterra en la coyuntura que los tribunales de justicia del *Common Law* absorbieron reglas -principalmente costumbres y principios- desarrollados por los tribunales mercantiles -*Piepowder Courts*-, *cfr.* FULLER, L. *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1967, p. 124, Andrei Marmor anota que -precisamente durante el Medievo- el Derecho positivo era visualizado como una *excepción* a las reglas sentadas por la costumbre, la tradición, la religión, etc., *i.e.*, como un relativamente inusual recurso normativo que únicamente intervenía en el reducido espacio que tales fuentes liberaban, *cfr.* MARMOR, A. *Positive Law & Objective Values*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 40. Igualmente, Eugen Ehrlich denunció el carácter arbitrario de la pretensión de unidad del Derecho, arguyendo la existencia de un *Derecho viviente* que puede ser conocido utilizando diferentes fuentes -*v.gr.*, no sólo la legislación o la jurisprudencia sino también las costumbres, usos, prácticas de los grupos sociales-, *vide* EHRLICH, E. *Grundlegung der Soziologie der Rechts*, Duncker - Humblot, München - Leipzig, 1913, pp. 2 y ss.

luce abonado por un discurso cada vez más densamente poblado<sup>137</sup>, inclusive con perspectivas interdisciplinarias<sup>138</sup>.

El aprehender ésta última modalidad de conexión entre sistemas jurídicos suministra un espeso conjunto de problemas que reclama seriamente la atención del lector, frente a los cuales los estudiosos alineados con esta propuesta son proclives a la incorporación de una singular trama discursiva que reseña -a título de *key-concepts* de una concepción posmoderna del Derecho- desde la emergencia de una intersección de una pluralidad de diferentes órdenes legales -*interlegalidad*<sup>139</sup>, pasando por la hechura de un código jurídico universal -*universal code of legality*-

---

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

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

(139) Además de ser regidas por un singular orden legal, las sociedades modernas -escribe Boaventura de Sousa Santos- están reguladas por una pluralidad de órdenes legales, interrelacionados y socialmente distribuidos en diferentes formas, gestantes, así, de una porosidad legal -*legal porosity*- que articula múltiples redes que obligan a transiciones constantes y *tresspassings*, *cfr. DE SOUSA SANTOS, B. Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, New York, 1995, pp. 114, 473. Descartándose, así, una legalidad estatalmente centrada, la que cede su paso a un fenómeno de legalidad no estatal que transforma el problema de determinación de límites por uno de superposición, intersección y otras formas de coordinación y participación entre diferentes órdenes jurídicos -*non state legality*-, *cfr. CULVER, K.C. - GIUDICE, M. Legality's Borders. An Essay in General Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 143 y ss. En orden a la necesaria dificultad básica -y estrategias de limitación- suscitada por el desorden -*disorder*- creado por la multiplicación y la dispersión de agentes y sedes de producción normativa en el espacio global, *vide AUBY, J.B. "Global Constitutionalism and Normative Hierarchies" ap. Belov, M. (Ed.). Global Constitutionalism and Its Challenges to Westphalian Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford - London- New York - New Delhi - Sidney, 2018, pp. 3 y ss. *Vide etiam* SERNA DE LA GARZA, J.M. "El concepto de Ius Constitutionale Commune en derechos humanos: elementos para una agenda de investigación" *ap. von Bogdandy, A. - Morales Antoniazzi, M. - Ferrer Mac-Gregor, E. (Coords.). Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Max Planck Institute, 2017, pp. 193-194.

que erosiona la fuerza persuasiva del ideal de plenitud del sistema jurídico<sup>140</sup> o la modelación de un avatar -de proyección regional- consistente en un *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*<sup>141</sup>, hasta el desplazamiento conceptual de la capital noción de supremacía -inherente a un único centro de imputación de validez normativa, ante la que se acude, con miras a la resolución de conflictos entre disposiciones y autoridades, al rango diferenciado de un intérprete último que se expide *uppermost* sobre un escalonamiento rígido de fuentes del Derecho- por la de *heterarquía*<sup>142</sup>, en tanto ésta última condensaría, en contrapunto, la *unidad de relaciones*

---

(140) GÜNTHER, K. "Legal Pluralism or Uniform Concept of Law? Globalisation as a Problem of Legal Theory. No Foundations", *Journal of Extreme Legal Positivism*, Helsinki, 5 (2008), 5-21, 16, en virtud de que no debiera sorprender -en el argumentario pluralista- que se asevere que los agentes involucrados en las varias y multinivel redes de interlegalidad se comunican a través de un concepto uniforme de Derecho -*uniform concept of Law*- que se traduce en un *metalenguaje* que contiene referentes conceptuales atinentes a derechos, procedimientos ecuanímes, sanción, incumbencia, etc.

(141) Tal lexicografía ha puesto de relieve -a través del intercambio académico entre el Instituto Max Planck de Derecho público comparado y Derecho internacional público y expertos latinoamericanos- la configuración de un *Derecho común* en tanto estrategia para otorgar respuesta al interrogante sobre *cómo entender las estructuras fundamentales del Derecho público a la luz de los procesos de apertura y globalización*, teniendo en cuenta su caracterización producto del *entrelazamiento* de los órdenes normativos supranacional y nacional de protección de los derechos humanos propios del siglo XXI; surge, por tanto, para tales doctrinantes la necesidad de *repensar definiciones jurídicas clásicas*, utilizando como herramientas básicas la interdisciplinariedad y el Derecho comparado, tomando en cuenta la visión de los diversos actores y protagonistas de los cambios de paradigma, en un escenario de *pluralismo normativo*, cfr. VON BOGDANDY, A. - MORALES ANTONIAZZI, M. - FERRER MAC-GREGOR, E. "Nota preliminar" ap. von Bogdandy, A. - Morales Antoniazzi, M. - Ferrer Mac-Gregor, E. (Coords.). *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*, Porrúa, México, 2013, pp. XIII-XIV, donde consideran que "(...) en un mundo cada vez más interrelacionado, los Estados latinoamericanos enfrentan retos importantes para articular respuestas jurídicas acordes con los fenómenos de la humanización del derecho, en el sentido de la incorporación progresiva de los tratados de derechos humanos con rango constitucional, proceso además inspirado en principios y valores compartidos en la región".

(142) Con la pretensión de describir -a través de este arquetipo conceptual- la existencia de una creciente y densa *red de instituciones de gobernanza global*, creada y mantenida por *actores públicos y privados*, y -a la par- orientada a la *gestión colectiva* -basada en reglas- de los problemas transiberianos a través de una *coordinación y cooperación horizontal*, donde diferentes grupos de agentes -*v.gr.*, Estados, organizaciones intergubernamentales, organizaciones de la sociedad civil, etc.- son sensibles a los valores e intereses de cada uno y dependen entre sí para la consecución de objetivos comunes, descartándose así la implementación de disposiciones ligadas a un proceso político que sólo opere verticalmente entre los diferentes cotas o estamentos -sea *top down*, sea *bottom up*-, vide RITTBERGER, V. "Global Governance: From 'Exclusive' Executive Multilateralism to Inclusive, Multipartite Institutions", *Tübinger Arbeitspapiere zur Internationalen Politik und Friedensforschung*, 52 (2008) 1-28, 16. ¿Qué habría de decirse de la plausibilidad de esta iniciativa -observa el Profesor de la Universidad de Frankfurt, Klaus Günther- si la figura de un sólo legislador legítimo por medio de un ordenamiento jurídico general y coherente, como así también la de una adjudicación legal basada en la interpretación -también coherente- de disposiciones y precedentes judiciales, tributaria de una unidad sistémica -propia de un modelo estatalmente centrado [*State centredness*]-, procura ser reemplazada por la vertiginosa imagen de áreas fragmentadas de autorregulación normativa, practicadas por sujetos de producción jurídica que no sólo parecen haberse empoderado a sí mismos, pues -además- generan enunciados normativos con diferentes grados de generalidad y alcance a través de deslindes competenciales con distintas gradas

*interdependientes*, verticales y horizontales, entre órdenes múltiples -y sus actores- en redes caracterizadas por *acoplamientos normativos no jerárquicos* y una concepción *no centralizada* de la *autoridad normativa* sino más bien compartida -peculiar, entonces, al funcionamiento de un aglomerado *dinámico y flexible* de fuentes jurígenas<sup>143</sup>, etc.

9. Tal manera de advertir la complejidad conceptual que está aquí en juego, ha conducido -en definitiva- a la preferencia de los estudiosos pluralistas por avizorar el mundo jurídico posnacional recorrido transversalmente por la *matrix* conceptual de la *heterarquía*: "(...) una interacción de diferentes subórdenes que no están sujetos al mismo patrón de reglas jurídicas, sino dotados de formas más abiertas y políticas"<sup>144</sup>.

Y obviamente que no es un orbe adecuado para categorías rígidas articuladas a partir de teorizaciones jurídicas mecánicas, sino que descubre un significativo y anchuroso campo para el ejercicio de un más detenido examen de *procesos de transición* en los que se despejan las características más interesantes de esta teoría: (i) de la noción estructurante de unidad *sistémica* -a partir del Derecho estatal- a la necesidad de reconocimiento de una unidad *multiplex* de distintas fuentes normativas igualmente legítimas -producidas más allá del Estado-; (ii) de la pretensión de *ordenación jerárquica* al vector de *acomodación* de diferentes regímenes jurídicos multinivel y segmentados; (iii) de la consagración del dogma de la *coherencia intra-sistémica* -deber de corrección y eliminación de las antinomias- al reconocimiento de las *diferencias* y de la *pluralidad* como valores que insumen esfuerzos de *compa-*

---

de simetría y asimetría?, *cfr.* GÜNTHER, K. "Legal Pluralism or Uniform Concept of Law? Globalisation as a Problem of Legal Theory", *Journal of Extreme Legal Positivism*, Helsinki, 5 (2008), 5-21, 7.

(143) VON BERNSTORFF, J. "The Structural Limitations of Network Governance: ICANN as a Case in Point" *ap.* Joerges, C. - Sand, I.J. - Teubner, G. (Eds.). *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 257 y ss.

(144) KRISCH, N. "The Case for Pluralism in Postnational Law", *Law, Society & Economy, London School of Economics and Political Science*, 12 (2009) 2, sin perjuicio de que otras contribuciones del Co-Director del *Global Governance Centre at the Graduate Institute for International and Development Studies* de Geneva, pueden consultarse *in extenso* en *Ibidem*. "More Equal Than the Rest? Hierarchy, Equality and US Predominance in International Law" *ap.* Byers, M. - Nolte, G. (Eds.). *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 135 y ss. No debiera sorprender, acaso, que algunos publicistas hayan llegado a sugerir que la noción de pluralismo es equivalente a la heterarquía -también denominada horizontalidad-, mientras que la de jerarquía -y su análoga de verticalidad- no solamente se tachan, con frecuencia, con las notas de anticuadas, antimodernas y hasta de reaccionarias, sin perjuicio de prevenir que la combinación *constitucionalismo - monismo - jerarquía* y su oposición con la configuración diádica *pluralismo - heterarquía*, se encuentra abierta a desafíos conceptuales futuros, *cfr.* FLYNN, T. *European Constitutional Pluralism and The Triangular Constitution ap. The Triangular Constitution*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2019, Ch. I, &2. A.

*tibilización* de disposiciones en conflicto -inclusive, a costa de no desaguar en la eliminación necesaria de estas antinomias-<sup>145</sup>.

Es posible que, escudados en los presupuestos teóricos y epistemológicos hasta aquí reseñados, los partidarios del pluralismo dejen de considerar que el acoplamiento en el mentado pluriverso normológico no resulta inocente; sin embargo, también se puede incluir un argumento que envuelve *influencias y presiones* en la búsqueda de *re-construir* la interpretación y aplicación jurídicas en multiniveles locales, nacionales y transnacionales, a la par de reflejar *referencias cruzadas -cross references-* en el cuerpo de las decisiones de los operadores que deben asegurar el cumplimiento de las cláusulas constitucionales, desatando, a partir de allí, una saga de seductores interrogantes: *v.gr.*, ¿cómo este suceso impacta en la comprensión habitual del rol de la Constitución y de sus intérpretes en los procesos de elaboración y adjudicación constitucional?, ¿podrían -en sentido inverso- los mismos documentos constitucionales y sus hermeneutas afectar el aludido fenómeno transnacional?, ¿cabría predicar la emergencia de un genuino -y no edulcorado o hasta espurio- constitucionalismo global?-, etc.<sup>146</sup>.

---

(145) *Vide in profundis* CABALLERO LOIS, C. - PINTO BASTOS, L.M. "Pluralismo constitucional y espacios transnacionales: ¿el fin de la Constitución nacional o su nuevo comienzo?", *Revista de Derecho del Estado*, 40 (2018) 127-151.

(146) *Vide in extenso* JACKSON, V.C. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford University Press, New York, 2013, pp. 1 y ss. Por cierto, un grueso de las inquietudes en la modelación de las respuestas a los interrogantes expuestos en el texto, se sustentan en contribuciones provenientes de trabajos de sociólogos jurídicos, en razón de las cuales se advierte que *las Constituciones se configuran, cada vez en mayor medida, más allá de las fronteras nacionales*, no sólo como resultado de procesos políticos transnacionales sino también como producto de procesos privados que tienen lugar en la seno de la sociedad global, de modo que la sociología constitucional se enfrenta a una saga de desafíos inquietantes -*v.gr.*, explorar empíricamente el proceso de constitucionalización transnacional, desarrollar una teoría del constitucionalismo para la sociedad transnacional, identificar las precondiciones sociológicas para desarrollar perspectivas normativas tanto en el Derecho como en la política, etc.-, *cfr.* TEUBNER, G. "Il costituzionalismo della società transnazionale", *Quaderni Costituzionali*, 1 (2014) 185 *et seq.*; *Ibidem.* "Transnationaler Verfassungpluralismus", *Heidelberg J. I. L.*, 3 (2016) 661 *et seq.*; FISCHER-LESCANO, A. - TEUBNER, G. "Collisions de regimes: la recherche vaine de l'unité juridique face à la fragmentation du Droit mondial", *RIDE*, 27 (1-2) (2013) 187 *et seq.* También se registran aportes -en su dilucidación- proyectados por teóricos y filósofos jurídicos -principalmente con *expertise* comparatista-. En efecto, Gunther Teubner ha denominado la nueva cuestión constitucional -*new constitutional question*- al proceso transnacional en la que anida la tensión entre la Constitución del Estado-Nación -*Nation State Constitution*- y la Constitución global -*Global Constitution*-, *cfr.* TEUBNER, G. *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 12 y ss., consignando que tanto los teóricos del Derecho internacional como los cultores de la Filosofía Política adscriben -con frecuencia- al argumento de una Constitución única para la comunidad mundial, de modo que ésta se modele -tanto como sea posible- en paralelo a la Constitución del Estado-Nación: como las normas constitucionales, aquélla se insertaría al tope de la jerarquía normativa, descubriendo a la *urbe in totum* en tanto jurisdicción unitaria que cobija todas las esferas nacionales, culturales y sociales -aunque con la prevención de que los análisis sociológicos revelarían el dato de que la fragmentación social dificulta o, al menos, torna más complejo el ensayo de un constitucionalismo global -*global constitutionalism*-. Inclusive, tal término ha sido empleado

Aun así, ante la sospecha de que el tenor de la respuesta a tales incógnitas no satisfaga del todo la riqueza de argumentos que pueden oponerse a las teorías del constitucionalismo global, quizás sea conveniente despuntar por ocuparse teóricamente de las controversias terminológicas que -por lo pronto- arriesga la ya mentada explosiva polisemia de los candidatos conceptuales que blanden los partidarios del enfoque pluralista, al menos para evitar que aquellos se empleen como un paraguas lingüístico -*umbrella term*- bajo el que se guardezca cualquier imaginable proceso de regulación, formal o informal, que aspire a sustanciarse en un orden jurídico global<sup>147</sup>, desconociendo, así, que las ideas nucleadas alrededor del *constructo* del constitucionalismo global distan de resultar exentas de réplicas y

---

en el sentido de un conglomerado de normas, actores, procedimientos e instituciones implicadas en cuestiones relativas al establecimiento y ejercicio de una autoridad pública legítima a través de las jurisdicciones, con motivo del compromiso con el manta trinitario de fe constitucional -*constitutional mantra of constitutional faith*- incardinado en los contenidos de derechos humanos, democracia y *Rule of Law*, vide KUMM, M. - LANG, A.F. - TULLY, J. - WIENER, A. "How Large is the World of Global Constitutionalism?", *Global Constitutionalism*, 3 (1) (2014), 1-8, 3. En otra oportunidad, los especialistas aluden a un campo global de diversos ensambles -formales e informales- de contenidos del Derecho y de gobernanza, de normas y actores que exhiben cualidades constitucionales -*constitutional qualities*-, susceptibles de enlistarse en el siguiente menú: *v.gr.*, distribución y separación de funciones del poder político, junto al catálogo de derechos, deberes y responsabilidades; reglas primarias y secundarias que limitan y/o determinan a las autoridades gubernamentales; mecanismos diseñados para resguardar su cumplimiento coactivo; grados y tipología de institucionalización; persistencia inter-generacional; publicidad, no arbitrariedad, etc., y patrones -ampliamente aceptados- de legitimidad, etc. Ahora bien, mientras un número suficiente de tales propiedades configura un *sistema* -*system*-, se sugiere que los diferentes sistemas jurídicos en el orbe exhiben una diversidad de subconjuntos de cualidades constitucionales habitualmente denominados Constituciones o sistemas constitucionales, tributarios de particulares *procesos de constitucionalización* -*process of constitutionalization*-, etc., vide TULLY, J. - DUNNOF, J.L. - LANG, A.F. - KUMM, M. - WIENER, A. "Introducing Global Integral Constitutionalism", *Global Constitutionalism*, 5 (1) (2015) 1-15, 1. En este orden de ideas, cierta literatura comparatista ha advertido -al describir el cosmopolitismo *in crescendo* que aflora como nota de la interpretación constitucional, especialmente de hechura judicial- la globalización de las prácticas del moderno constitucionalismo, vide CHOUDHRY, S. "Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation", *Ind. L. J.*, 74 (1999) 819-827, o bien, se ha concentrado en explorar las causas de conversaciones transnacionales y hasta de la germinación de un valedero *Common Law* de derechos humanos, vide MCCRUDDEN, C. "A Common Law of Human Rights?", *Oxford J. Legal Stud.*, 20 (2000) 516-527. En contraste, observaciones críticas al respecto -como así también censuras en orden a los efectos producidos por fenómenos de elusión a la estructura constitucional de producción normativa, como de alteración de su funcionamiento práctico, y hasta de modificación de la dinámica de aplicación de la legislación federal-, han sido minuciosamente analizadas por YOUNG, E.A. "The Trouble with Global Constitutionalism", *Tex. Int. L. J.*, 38 (2003) 527 *et seq.*, mientras que un examen de los principales reproches adosados al suceso de marras -aunque bajo el ropaje del cosmopolitismo judicial- ha sido expuesto por POSNER, R.A. "Foreword: A Political Court", *Harv. L. Rev.*, 31 (2005) 84-90, sin perjuicio de la polémica suscitada en razón del carácter irrelevante adjudicado por ciertos teóricos y jueces constitucionales a la práctica hermenéutica pergeñada en la comunidad global, vide LEVINSON, S.V. "Looking Abroad when Interpreting the U.S. Constitution: Some Reflections", *Tex Int. L. J.*, 39 (2004) 359-365.

(147) TZANAKOPOULOU, M. *Reclaiming Constitutionalism: Democracy, Power and the State*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2018, pp. 99-100.

desafíos: *v.gr.*, desde la objeción -prácticamente común- que le achaca la promoción de una perspectiva ilusoria *-unrealistic perspective-* sobre la constitucionalización del poder público supranacional<sup>148</sup> a través de una Constitución desacoplada de lindes estatales e impotente para encajar en el esquema trasnacional -alentando la argucia de que la separación de los textos constitucionales del entorno estatal no luciría materialmente posible, si se admite que sus propiedades conceptuales pertenecen en sentido estricto a los modernos Estados-<sup>149</sup>, pasando por la réplica de los académicos que sostienen que el empleo del constitucionalismo en este sentido resulta -paradójicamente- en la exclusión de sus elementos democráticos<sup>150</sup>, en el vaciamiento del poder explicativo de su concepto, prácticamente reducido a cero -en la medida en que, aplicado de manera inflacionaria, si todo el Derecho (internacional) se constitucionaliza de alguna forma, entonces nada es constitucional-<sup>151</sup> o en su falta de arraigo en la realidad del orden global -sin perjuicio de que se acuerde la necesidad de contar con un Derecho global que aborde la emergencia de un nuevo

---

(148) KÄLIN, W. "Der Menschenrechtsschutz der UNO: Ein Beispiel für die Konstitutionalisierung des Völkerrechts?", *Recht Sonderheft*, 2005, 42, 47, 49, en el entendimiento de que la interpretación constitucionalista del Derecho internacional no está respaldada por una voluntad política común ni por las correspondientes estructuras de poder y sanciones a nivel internacional que permitirían que la Constitución internacional fuera aplicable, de modo que el enfoque no refleja adecuadamente el *enfoque realista de los gobiernos*.

(149) GRIMM, D. "The Constitution in the Process of De-nationalization" *ap. Constitutionalism: Past, Present and Future*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2016, pp. 315 y ss. En consecuencia, se reprocha la tendencia a gestar *expectativas peligrosamente altas* en orden a las reales *chances* de creación directa de legitimidad de las instituciones del constitucionalismo global, *cfr.* ST. JOHN MACDONALD, R. - JOHNSTON, D. M. "Introduction" *ap.* Ronald St. John MacDonald, R. - Johnston, D. M. (Eds.) *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*. Nijhoff, Leiden - Boston, 2005, p. XVII, máxime cuando se observa la tendencia a que aquélla resulte construida de modo artificial a través del uso del lenguaje constitucional, *cfr.* CASS, D. Z. *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 237.

(150) GRIMM, D. "The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World" *ap.* Dobner, P. - Loughlin, M. (Eds.). *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2010, p. 21.

(151) De allí que algunos estudiosos militen a favor de una descomposición conceptual de los elementos que lo integran -en lugar de afirmaciones holísticas del vocabulario constitucionalista en el orden internacional- y la consecuente consideración del rol adecuado de cada uno de ellos para la gobernanza global, *cfr.* BODANSKY, D. "Is there an International Environmental Constitution?", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16 (2009) 565. En contraste, la Profesora de las Universidades de Heidelberg, Freie Universität Berlin, Basel, etc., Anne Peters, sugiere que el valor del paradigma constitucionalista en el campo trasnacional radica en su carácter *omnicomprensivo*, en virtud del cual las varias características constitucionales, tales como un proceso de decisión más inclusivo y transparente, y el control judicial de constitucionalidad, deberían converger, como en la circunstancia de que aquéllas exudan una relevancia normativa especial cuando se articulan combinadas -dotando, así, a los teóricos pluralistas con un instrumento de reconstrucción teórica equipado de un valor explicativo y prescriptivo adicional-, *cfr.* PETERS, A. "The Merits of Global Constitutionalism", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16 (2) (2009) 397-411.

poder público-, hasta aquellos que se focalizan en defectos o desajustes del proceso de constitucionalización en lo atinente a contenidos de *Rule of Law*, democracia, etc.<sup>152</sup>.

### III. ¿Qué pueden aportar al debate los evolucionistas jurídicos? Tras los rastros de una Constitución de muchas mentes. El giro de la interpretación evolutiva en la jurisprudencia interamericana

10. Descontando la célebre polémica entre Thomas Jefferson y James Madison en torno al cambio constitucional<sup>153</sup>, buena parte de este -explica Cass R. Sunstein- ha acontecido siguiendo un proceso *incremental* -en lugar de verificarse, según la sugerencia jeffersoniana, a través de una variación a gran escala generacional-, desatando así una serie de decisiones intersticiales y graduales que construyen cuidadosamente sobre lo que ha sido dicho en el pasado<sup>154</sup> -de estar a la insinuación madisoniana- y afloran, entonces, a través de una *Constitución de muchas mentes* -*Constitution of many minds*-<sup>155</sup>.

---

(152) Son tales los bemoles que tiene en mente, entre otros, ATILGAN A. *Global Constitutionalism: A Socio-legal Perspective*, Springer, Dordrecht, 2018, pp. 108-121. *Vide etiam* PETERS, A. "Reconstruction constitutionnaliste du Droit international : arguments pour et contre" ap. Ruiz Fabri, H. et al (Eds.). *Select Proceedings of the European Society of International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 361-377.

(153) *Vide in extenso* SUNSTEIN, C.R. *A Constitution of Many Minds*, Princeton University Press, New Jersey, 2009, pp. 1-3. *Vide etiam* BANNING, L. "The Earth Belongs to the Livings" ap. *Jefferson and Madison: Three Conversations from the Founding*, Madison House Publishers, Boston, 1995, pp. 159 y ss.

(154) SUNSTEIN, C.R. *Designing Democracy: What Constitutions do*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 50.

(155) SUNSTEIN, C.R. *A Constitution of Many Minds*, Princeton University Press, New Jersey, 2009, pp. IX y 3, aunque -en rigor de verdad- la idea no debiera sorprender tan pronto como se colige que -desde la segunda mitad de la centuria pasada- la academia norteamericana, con la meta de abordar los complejos problemas de una sociedad dinámica y diversa, ya había destacado la *amplia dispersión de la toma de decisiones* -*broad dispersion of decisionmaking*- en el proceso jurídico al examinar cómo interactúan diversas instituciones y autoridades normativas con perspectivas diferentes sobre aspectos sustantivos sometidos a su conocimiento y resolución -de estar a la sugerencia de los Profesores de la Universidad de Harvard Henry M. Hart y Albert M. Sacks-, *cfr.* HART, H.M. - SACKS, A.M. *The Legal Process. Basic Problems in the Making and the Application of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1958, pp. 180-183, aunque se controvertiera -por los expertos desde el período previo a la segunda guerra mundial- que, si la legislación importaba la creación y elaboración de políticas públicas en el seno de una sociedad democrática, los decisores debían implementar un análisis de costo-beneficio -de *pedigree* utilitario- con el propósito de seleccionar una regla jurídica o medida política por sobre otra, *cfr.* FULLER, L.L. "American Legal Realism", *U. PA. L. Rev.*, 82 (1934) 429, 437, de tal suerte que -en la opinión de algunos juristas- eran las Legislaturas -y no los tribunales de justicia- las instituciones más apropiadas para la adopción e implementación decisiones sobre políticas sociales, *cfr.* *International News Serv. vs Associated Press*, 248 US 215, 262-63 (1918) -*Justice* Louis D. Brandeis, *dissenting*-; *Lochner vs. New York*, 198 US 45, 75-76 (1905) -*Justice* Oliver W. Holmes, *dissenting*-, mientras que otros doctrinantes instaban a que -con una nítida resistencia a los enfoques exegéticos formales- los magistrados judiciales interpretaran los estatutos legales de acuerdo a los propósitos que animaban las políticas impulsadas, *cfr.* RADIN, M. "A Short Way with Statutes", *Harv. L. Rev.* 56 (1942) 388 *et seq.*, o bien, a través de la doctrina de competencia institucional -*institutional competence*- expuesta por

Va de suyo que si se retiene el argumento del Profesor de la Universidad de Harvard en orden a que se asiste a *tradiciones que evolucionan más que a quiebres precipitados*<sup>156</sup>, bien podría argüirse que el escenario -retratado por Vicki C. Jackson- de un *nuevo universo* en el que las Constituciones domésticas, nacionales y locales especialmente en aquellos sistemas que articulan ajustes federativos, operan en un creciente ambiente dominado por un *fenómeno transnacional múltiple -multiple transnational phenomena-* que revela la presencia estelar de una *pluralidad de instrumentos internacionales de derechos humanos*<sup>157</sup>, parece obedecer a un *corpus* de ideas y decisiones jurídicas pergeñadas sucesivamente por *diferentes generaciones*, frente a las cuales el éxito de los teóricos pluralistas no resultaría en nada desdeñable en su trayectoria concurrente hacia el campo de problemas que desbrozan el orden jurídico estatal e internacional y en el diseño integrador de las condiciones que deben cumplirse -en una dimensión normativa, claro está- para la producción de conocimiento sobre los contenidos jurídicos que identificarían el objeto Constitución<sup>158</sup>, aunque, al propio tiempo, luciría más bien gradual y seriado -no tan disruptivo

---

el *Justice Felix Frankfurter* al aseverar que si en un gobierno que busca promover el interés público cada órgano tiene una competencia o expertise especial, la clave para un buen gobierno no radica sólo en descubrir la mejor política sino también identificar *cuáles instituciones deben tomar qué decisiones y cómo pueden colaborar las más productivas*, cfr. FRANKFURTER, F. - HART, H.M. "The Business of the Supreme Court at October Term, 1934", *Harv. L. Rev.*, 49 (1935) 68, 90-91, 94-96. Gran parte de las ideas centrales sugeridas por Henry M. Hart y Albert M. Sacks han sido proyectadas en la arena del Derecho constitucional tanto por sus colegas contemporáneos -v.gr., Harry Wellington, David Shapiro, etc.- cuanto por profesores pertenecientes a generaciones posteriores -incluso, algunos de los cuales fueron sus estudiantes, v.gr., Stephen Breyer, Owen M. Fiss, Frank Michelman, Richard A. Posner, etc.-, y hasta lucen reelaboradas con miras a repensar ambiciosamente problemas de la Constitución -John H. Ely-, los estatutos legales -Guido Calabresi- o la jurisprudencia -Ronald M. Dworkin-, *vide in profundis* ESKRIDGE, W.N. "Making of the Legal Process", *Harv. L. Rev.*, 107 (1993) 2052. En oportunidad más próxima, Mauro Barberis ha explicado que desde que el Derecho moderno ha sustituido la producción consuetudinaria de normas con la legislación, y la *interpretatio iuris* -la búsqueda de la solución del caso por la *iurisprudencia* o por el juez- con la interpretación de la ley, ésta resulta susceptible de concebirse *subjetivamente* como el acto de atribución de sentido a un texto por los intérpretes, acto orientado a su aplicación, sin perjuicio de que también pueda entenderse *objetivamente* como la actividad -evocando la etiqueta de *legal process* que patrocinaran Henry M. Hart y Albert M. Sacks- que se traduce en una división del trabajo de producción del Derecho entre diferentes sujetos típicos: a la participación con diferentes roles que en el modelo del Estado legislativo se asignaba a legisladores, jueces y doctrinantes, se enfatiza -en mayor medida a partir de la creciente proyección del diseño adscrito al Estado constitucional- la de constituyentes y tribunales constitucionales, cfr. BARBERIS, M. "Los derechos humanos como adquisición evolutiva", *Doxa*, 36 (2013), pp. 25-40, 30.

(156) SUNSTEIN, C.R. *Designing Democracy: What Constitutions do*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 6.

(157) JACKSON, V.C. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford University Press, New York, 2013, pp. 1 y ss.

(158) Lo expuesto en el texto es, en cierto modo, revelador de la caladura teórica de la prevención de Otto Pfersmann: sean lo que sean las Constituciones, lo cierto es que se han convertido en objetos más y más complejos, y -por ello- en objetos bastante difíciles de entender -a más del destinatario común- por el punto de vista técnico-erudito de la *troupe* de expertos altamente capacitados, cfr. PFERSMANN, O. "Five Theses about the Foundations of Constitutional Law" *ap. Riberi, P. - Lachmayer,*

como en el aspecto anterior- pues difícilmente sus estudios podrían marginar el avance incremental logrado a partir de los aportes de la matriz teórica kelseniana -con todas sus reacciones favorables y desfavorables-<sup>159</sup> a los estudios de la *soberanía de la Constitución*<sup>160</sup>, a las marchas -y contramarchas- que los expertos han debido dar para su comprensión -ya no sólo desde la perspectiva de en un sistema jurídico singular sino en clave plural-.<sup>161</sup>

En puridad, el debate entre los teóricos constitucionales y los adalides del *pluralist setting* parece corroborar la conjetura acuñada por Alan Watson -en ocasión de su *The Evolution of Law*- en orden a que el examen de las revoluciones jurídicas confirmaría la tesis general del *enorme impacto* que irrogan las *tradiciones* acuñadas por las élites de expertos jurídicos sobre las *modificaciones* habidas en el diseño e hermenéutica de las normas del sistema jurídico<sup>162</sup>.

---

K. (Eds.). *Philosophical or Political Foundations of Constitutional Law?*, Nomos - Facultas Verlag, Wien, 2014, p. 15.

(159) De allí que, *v.gr.*, el Profesor de la Universidad de Milán, Claudio Luzzati, observe que -en este como en otros tantos problemas jurídicos- las soluciones propiciadas por Hans Kelsen dan cuenta de una "(...) *figura a caballo entre dos épocas: cierra una y abre otra*", pues aspectos extremadamente novedosos de su *Reine Rechtslehre -v.gr.*, la teoría gradualista del ordenamiento, la tesis de la relativa indeterminación de las normas, el ataque al cognoscitivismo en ética o la crítica del dogma estatista, etc.- se mezclan -y hasta confunden- con aspectos que actualmente aparecerían decididamente superados -*v.gr.*, la reducción de la norma jurídica a norma coactiva, la epistemología neokantiana, la concepción decimonónica de la lógica, etc.-, *cfr.* LUZZATI, C. "Más allá de Kelsen. Monismo y dualismo en el Derecho internacional", *Doxa*, 22 (1999) 135-177, sugiriendo -incluso- que del jurista de Praga cabe pregonar lo mismo que él refiere de Dante en orden a que su doctrina no era conforme con su momento: "(...) *aún no lo era, porque en muchos aspectos se anticipaba a su tiempo; y no lo sería jamás, porque la base sobre la que estaba edificada ya había tenido su tiempo*", *cfr.* KELSEN, H. *La teoria dello Stato in Dante*, Boni, Bologna, 1974, p. 162.

(160) *Vide in extenso* ZAGREBELSKY, G. "Il metodo di Mortati" *ap.* Lanchester, F. (Ed.). C. *Mortati, costituzionalista calabrese*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1989, p. 83.

(161) RIGAUX, M.F. "Le Droit au singulier et au pluriel", *RIEJ*, 9 (1982) 1, máxime si la soberanía -como poder- representa el punto de encuentro entre el ordenamiento jurídico interno e internacional, prácticamente la obra kelseniana es atravesada *in totum* -como por un *hilo rojo* según la aguda observación de Vittorio Frosini- por este problema inicial, presentado y debatido como la ambigua relación entre Derecho interno y Derecho internacional a través -en opinión del Profesor de la Universidad de La Sapienza- de un *modelo platónico del ordenamiento jurídico*: "(...) *la unidad pretendida por Kelsen es la unidad de la imagen jurídica del mundo, no la unidad sustancial de las relaciones de vida (...) la soberanía del Derecho internacional, que aseguraría la paz y los derechos del hombre en la era planetaria, no es un principio jurídico operante, sino un ideal por realizar; y es también la tarea encomendada a una nueva cultura jurídica que avance por su camino y que preceda a la experiencia política de los poderes soberanos de los Estados, conduciéndola por la vía del progreso civil de la humanidad. La idea de soberanía de la ley en las relaciones internacionales ha encontrado en Kelsen, más que un desencantado teórico, un profeta con abundantes, aunque contenidas, pasiones intelectuales y morales, dada su aspiración a aquella Civitas máxima de la cual se podría decir que él ha sido un ciudadano ideal*", *cfr.* FROSINI, V. "Kelsen y las interpretaciones sobre la soberanía", *REDC*, 11 (31) (1991) 61-74. *Vide etiam*, *Ibidem*. *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 57-72.

(162) WATSON, A. *The Evolution of Law*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1985, p. 110.

¿Despeja ello, entonces, el reproche atinente a que los eruditos convocados al estudio del constitucionalismo global sólo han logrado dar vida a un *tigre de papel*? El aspecto anotado, que bien podría aventar una desventaja raigal en los presupuestos epistémicos de los teóricos pluralistas -si se retiene la observación de que los agentes de la constitucionalización del orden supranacional parecen ser, sobre todo, académicos, más que actores políticos, sumado a la evidencia empírica que identifica un proceso desigual de constitucionalización en varias dimensiones y diferentes regiones del mundo<sup>163</sup>, no podría descuidar que -en rigor- las reconstrucciones académicas revelan habitualmente, a través de la oferta de los constructos y argumentos jurídicos, un impacto apreciable en el ejercicio del poder<sup>164</sup>.

Así, pues, se sostiene que la versión supranacional del constitucionalismo ha trascendido las fronteras del Estado-Nación -y si ello no se percibe tanto en la realidad, añade Wojciech Sadurski, sí, en cambio, resulta diáfano en el discurso académico encaminado modelarla<sup>165</sup>; podría decirse, *v.gr.*, que una muestra significativa al respecto puede rastrearse en los trabajos ya glosados de Armin von Bogdandy, o bien, en los de Ernst U. Petersmann, al menos, desde que éste último ha señalado que si los Estados y las organizaciones internacionales encuentran justificación -en última instancia- en el *suministro colectivo de bienes públicos* demandados por las personas, tales bienes parecen desenvolverse desde una carnadura nacional -*v.gr.*, igual libertad de los habitantes, remedios judiciales para su salvaguarda, etc.- hacia una dimensión más bien global -entre los que se inventariarían a los derechos humanos, *Rule of Law*, paz democrática, estabilidad monetaria, protección ambiental, desarrollo sustentable, etc.-, de modo que la comunidad académica debería adentrarse -según la sugerencia del Emeritus Professor del European University Institute- en reflexionar como éstos últimos bienes pueden ser producidos de manera más legítima y protegidos con mayor efectividad a través del estudio de las conexiones entre su tutela doméstica y supranacional, a la par de sufragar la relevancia de explorar los conceptos y teorías legados por el constitucionalismo en sus versiones democrática -centrada en la autoconstitución y emancipación del pueblo y la acción de sus gobernantes-, republicana -orientada a limitar la dominación arbitraria y estimular virtudes cívicas que resguarden adicionales bienes públicos en beneficio de los ciudadanos- y cosmopolita -alentando el autodesarrollo individual y democrático como la defensa colectiva de tales bienes más allá de las fronteras vernáculas- con miras a comprender, y hasta incitar reformas, sobre la

---

(163) ARMINGEON, K. - MILEWICZ, K. "Compensatory Constitutionalisation: A Comparative Perspective", *Global Society*, 22 (2008) 179.

(164) PETERS, A. "The Merits of Global Constitutionalism", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16 (2) (2009) 397-411.

(165) SADURSKI, W. "Introduction" *ap. Constitutionalism and the Enlargement of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. XVII.

dominancia de los problemas regulatorios que despeja la gobernanza multinivel de bienes públicos transnacionales<sup>166</sup>.

Si se activa así una prueba de cómo los textos normativos pueden evolucionar a partir de estudios innovadores sobre el Derecho<sup>167</sup>, ¿no cabe pensar, entonces, que la vinculación de la Constitución con los instrumentos internacionales de derechos humanos, al igual que acontece con la formación del grueso de instituciones políticas y jurídicas, pueda reputarse un estadio de un proceso modelado -también- por *elementos evolutivos*?, ¿acaso no sería posible impulsar en los trabajos de los expertos sobre el punto un objetivo que, al margen de rastrear resabios de la metáfora de la evolución *biológica* e indagar la forma en que se emplean en sus obras, se encamine a definir y, por lo tanto, a crear una tradición evolutiva con un poder acumulativo que trascienda a sus contribuciones?<sup>168</sup>, ¿en tal empresa, el evolucionismo *cultural* podría desaguar en un posicionamiento adscrito al realismo jurídico, en el sentido de una teoría del Derecho vigente o efectivo concebido como efecto objetivo de agregación de aplicaciones e interpretaciones subjetivas?<sup>169</sup>, etc.

**11.** No debiera sorprender, por tanto, la respuesta de Carl Menger<sup>170</sup>, pues -con antelación a la irrupción en el campo de las ciencias sociales de Max Weber- repli-

---

(166) PETERSMANN, E.U. *Multilevel Constitutionalism for Multilevel Governance of Public Goods*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2017, pp. 1-4, exhortando a juristas, sociólogos, científicos políticos, funcionarios gubernamentales, agentes de organizaciones Internacionales, etc., a re-pensar el rumbo de sus premisas metodológicas, en especial parapetándose en el constitucionalismo como una metodología legal sumamente valiosa -a su entender- para transformar los principios de justicia que dimanan del *Law in the books* en un socialmente efectivo *Law in action* que rinda, así, una real protección a los derechos humanos fundamentales.

(167) VON BOGDANDY, A. *El constitucionalismo en el Derecho internacional ap. Hacia un nuevo Derecho Público. Estudios de Derecho Público Comparado, Supranacional e Internacional*, UNAM, México, 2011, p. 431.

(168) ELLIOTT, D.E. "The Evolutionary Tradition in Jurisprudence", *Colum. L. Rev.*, 85 (1985) 38.

(169) BARBERIS, M. "Interpretación-acto y interpretación-actividad: Nueve extensiones de la teoría genovesa", *RBF*, 240 (62) (2014) 55-69.

(170) La denominada *Escuela Austríaca de Economía* [*Wiener Schule der Ökonomie*] descubre un hito trascendente hacia fines del tercer cuarto del siglo XIX, precisamente en ocasión de que Carl Menger (1840-1921), tras sus estudios de Derecho y Economía en las Universidades de Viena (1859-1860) y Praga (1860-1863) como así también la obtención de su Doctorado en Derecho bajo la supervisión de Lorenz von Stein, en Cracovia, divulga su *opus magnum* intitulada *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre* [*Principios de Economía*] -editada en Viena, en 1871, por Braumüller- y sentara los cimientos tipificantes de la *praxiología* o teoría de la acción racional -principalmente al desarrollar la doctrina del valor, de los precios, de la distribución, etc., como así también el método de investigación aplicable a tales objetos-, sin perjuicio de que -apunta Raimondo Cubbedu- extendió su influencia constante, al emplazarse en un punto focal, sobre los diversos problemas epistemológicos, políticos y sociales que motorizaba su crítica a la doctrina positivista de la ciencia alimentada por el positivismo francés y el empirismo inglés -principalmente en la línea cultivada por Augusto Comte y Francis Bacon respectivamente-, al

caba que la tarea más importante de la orientación exacta en la investigación teórica es -en su opinión- la de reconducir -zurückzuführen- a sus *elementos* los fenómenos complejos:

*“(...) toda teoría, sea cual fuere su género y grado de rigor en el conocimiento, tiene ante todo la función de permitirnos comprender los fenómenos concretos del mundo real en cuanto ejemplificaciones de una cierta regularidad en la sucesión de los fenómenos, es decir genéticamente [...] este elemento genético es inseparable del concepto de ciencias teóricas (...) nos enseña cómo cada fenómeno es presentado en cada paso de su desarrollo como como resultado de regular proceso genético”<sup>171</sup>.*

La intuición central del Profesor de la Universidad de Viena -en lo que aquí interesa- estriba en que el surgimiento de los fenómenos sociales [*soziale Phänomene*]<sup>172</sup> -entre los que enlista el lenguaje, el Derecho, el Estado, etc.-, pueden ser expli-

---

rol del pragmatismo alentado por el racionalismo abstracto en el dominio de los asuntos humanos -al menos, según la vertiente smithiana- y al reclamo de un conocimiento teórico en cuestiones sociales derivado históricamente -según el ideario del temprano historicismo económico auspiciado, entre otros, por Wilhelm G.F. Roscher, Karl Knies, Bruno Hildebrand, etc., que germinara en la *Historische Schule der Nationalökonomie-*, cfr. CUBBEDU, R. *The Philosophy of the Austrian School*, Routledge. New York, 2006, pp. 1 y ss; al punto que -a juicio de Friedrich von Hayek- lo que es común a los miembros de la *Wiener Schule* y proveyó los fundamentos de sus contribuciones ha sido la aceptación de las enseñanzas mengerianas, dotadas de la suficiente potencia para revolucionar un cuerpo de ciencia ya bien desarrollado, *vide* VON HAYEK, F. “Introduction” *ap.* MENGER, C. *Principles of Economics*, Ludwig von Mises Institute, Auburn, 2007, p. 12. *Vide etiam* Ibidem. “The Place of Menger’s Grundsätze in the History of Economic Thought” *ap.* Hicks, J.R. - Weber, W. (Eds.). *Carl Menger and the Austrian School of Economics*, Oxford University Press, Oxford, 1973; VOLPE, G. *Il costituzionalismo del Novecento*, Laterza, Bari-Roma, 2000, p. 302.

(171) MENGER, C. *Problems of Economics and Sociology*, University of Illinois Press, Urbana, 1963, pp. 94 y 113, alumbrando así un “(...) poderoso instrumento de análisis en el que cada paso se presenta como resultado, con inevitable necesidad, del precedente”, cfr. VON HAYEK, F. “Introduction” *ap.* Menger, C. *Principles of Economics*, Ludwig von Mises Institute, Auburn, 2007, p. 16.

(172) Ya en 1859 el naturalista británico Charles R. Darwin -a propósito de su célebre *On The Origin of Species by Means of Natural Selection, or the Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life*, editado en Londres por John Murray- había conmovido los presupuestos epistemológicos del paradigma creacionista mediante la observación de que las modificaciones habidas en la naturaleza lucían sedimentadas por la evolución de sucesivas generaciones -*branching pattern of evolution-*, consolidándose -a partir de entonces- una línea de evolucionismo biológico o natural que postulará los siguientes mecanismos: (i) mutación genética -*variaton-*; (ii) selección de mutaciones aptas al medio ambiente -*selection-*; (iii) retención de las mutaciones favorables a la supervivencia -*retention-*, *vide* DARWIN, Ch.R. “The Evolution Debate 1813-1870. On the Origin of Species” *ap.* Knight, D. (Ed.), Routledge - National History Museum, London - New York, 2003, V. V, pp. 7 y ss., 81 y ss., 413 y ss.; sin perjuicio de que -cabe destacarlo- aquéllos han sido reivindicados por los cultores de la epistemología evolucionista -*evolutionary epistemology-* para explicar el desarrollo del conocimiento humano, *cfr.* STEIN, E. “Evolutionary Epistemology” *ap.* Dancy, J. - Sosa, E. - Steup, M. (Eds.). *A Companion to Epistemology*, Wiley-Blackwell, Maiden-Oxford, 2010, p. 354.

cados como *efectos no intencionales -i.e.*, de agregación o de composición- *de actos intencionales*<sup>173</sup>, pues -de modo similar a la formación de los precios- las evaluaciones subjetivas se convierten en valoraciones objetivas, formándose -así- los valores, las reglas, las instituciones políticas y jurídicas, máxime cuando los derechos humanos son reconocidos por normas y procesos institucionalizados, *i.e.* producidos y aplicados por instituciones<sup>174</sup>.

---

(173) MENGER, C. *Untersuchungen über die Methode der Sozialwissenschaften, und der politischen Oekonomie insbesondere*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1883, p. 163, en el temperamento de que así como el mercado, la moneda, la concurrencia, etc., resultan pasibles de un análisis a la luz de la metodología evolucionista, un abordaje similar puede extenderse respecto de los institutos que sirven al bienestar social -*Wohlfahrt der Gesellschaft*- y que lucen extremadamente significativos para este, pues -en su entender- las instituciones de carácter orgánico serían el resultado, en buena parte, de un desarrollo social no intencionado al derivar -principalmente- de la interacción de una multitud de agentes que operan en procura de su propio interés -pues, sólo una minoría de instituciones sociales reconocía un origen pragmático [*pragmatischen Ursprung*] o deliberado, debido a la voluntad común dirigida a su establecimiento-. Por lo restante, mientras los ensayos de algunos estudiosos observan que -en rigor- son los moralistas escoceses del siglo XVIII, como David Hume, Thomas Reid, Adam Smith, etc., los que esbozaron, con alguna antelación, la idea de efectos no intencionales de una acción intencional, sirviendo así de precedente a los trabajos del evolucionismo natural cuanto cultural, *cf.* FLEW, A. "Social Science: Making Visible the Invisible Hands", *Journal of Libertarian Studies*, 8 (1987) 197-211, otros expertos, en cambio, han presentado una taxonomía de las teorías de la evolución legal en cuatro grupos básicos: (i) enfoque *social* -en el que se enrolan Friedrich K. von Savigny, James S. Maine, John H. Wigmore, etc.-, caracterizado por la afirmación de que el Derecho no es un sistema autónomo, sino una parte integral de la vida social de una comunidad: a medida que el lenguaje, la cultura, el sistema político, la estructura económica, etc., de la sociedad evolucionan, las reglas y principios jurídicos cambian con ellos; (ii) enfoque *doctrinal* -al que adhieren Oliver W. Holmes, Arthur L. Colbin, Robert C. Clark, etc.-, singularizado por el entendimiento de que el fenómeno evolutivo no sólo se registra a nivel societal sino también, e incluso de forma más detallada, en el campo de las declaraciones específicas de reglas y principios jurídicos que los juristas generalmente aglutinan bajo el rótulo de doctrinas legales; (iii) enfoque *economicista* -en el que descollan Paul Rubin, George Priest, Robert Cooter y Louis Kornhauser, etc.-, cuyos adeptos no están particularmente interesados en identificar patrones de cambios en el *corpus* de doctrinas jurídicas, debido a que su principal preocupación se traslada a la finalidad de modelar los procesos que causan su modificación, argumentado que el objetivo, compartido por los integrantes de una comunidad, de reducir los costos innecesarios hace que el sistema jurídico evolucione hacia reglas o principios que son menos inútiles o, a la inversa, que incrementan la eficiencia; (iv) enfoque *sociobiológico* -en el que sobresalen los aportes de Albert G. Keller, Jack Hirshleifer, Richard A. Epstein, etc.-, patrocinando un set de explicaciones evolutivas que no se limitan a las estructuras biológicas, puesto que estiman que un amplio espectro de prácticas individuales cuanto colectivas también están moldeadas por la selección natural: las costumbres y formas sociales son productos evolutivos -como las pezuñas de los caballos o las extremidades de los camellos, según la ejemplificación del Profesor de *Science of Society* de la Universidad de Yale, Albert G. Keller ["Law in Evolution", *Yale L.J.*, 28 (1919) 775]- a través de ajustes a las condiciones de vida y al entorno en las que se destaca el valor de supervivencia y adaptabilidad, de tal modo que cada una de las categorías revistadas representan diferentes escuelas de pensamiento evolutivo, *cf.* ELLIOTT, D.E. "The Evolutionary Tradition in Jurisprudence", *Colum. L. Rev.*, 85 (1985), p. 38 y ss.

(174) Los derechos humanos tienen, al menos, cinco rasgos no intencionales, todos explícita o implícitamente subrayados por Mauro Barberis en oportunidad de su obra *Europa del diritto*, editada en 2008 por Il Mulino en Bolonia, en particular & 4, 5 y 6: (i) la imitación, casi espontánea, de formulaciones anteriores de declaraciones de derechos por constituyentes sucesivos; (ii) la migración de las

12. No hace mucho tiempo que los teóricos y filósofos jurídicos han comenzado a problematizar no tanto sobre la relación entre las normas jurídicas y la sociedad en la que éstas operan, sino -más bien- en torno a la conexión entre las fuentes del Derecho y el modo en que estas se desenvuelven<sup>175</sup> -pese a que la imagen de que aquéllas evolucionan, luce tan profundamente arraigada en el pensamiento legal que la mayoría de los expertos ni siquiera son conscientes de ello como una metáfora-<sup>176</sup>.

---

formulaciones de una cultura jurídica a otra; (iii) la proliferación por generaciones de los derechos, hasta la entropía actual; (iv) la interpretación de los textos, *i.e.*, la atribución de sentidos siempre nuevos y en todo caso no previsibles por los autores; y, por último, (v) la propia posibilidad de considerar los derechos humanos como una adquisición evolutiva de la especie humana; en consecuencia, la relación entre evolución y derechos humanos luce esbozada así: "(...) los sistemas éticos (morales, políticos y jurídicos...) se forman como los mercados, es decir a partir del encuentro de actos intencionales individuales que generan, por efecto no intencional de agregación o composición, instituciones complejas. La ética y la interpretación jurídica tienen así dos rasgos: el rasgo subjetivo del acto intencional individual de evaluación moral, sea de pretensión o de interpretación jurídica y constitucional, y el rasgo objetivo de la actividad, como conjunto de actos que producen valores y normas relativamente estables. La metaética subjetivista y la teoría de la interpretación escéptica del siglo xx, creo, han pasado por alto el segundo rasgo: sin entender que sólo en el contexto del segundo el primero tiene sentido", *vide* BARBERIS, M. "Los derechos humanos como adquisición evolutiva", *Doxa*, 36 (2013), pp. 25-40, 29 y 34.

(175) WATSON, A. "Legal Evolution", *BYU L. Rev.*, 2 (1987) 353-379. En efecto, Donald E. Elliott ha sugerido la siguiente figura: en ocasiones el Derecho se comporta de modo semejante a un carroñero -*scavenger*-, debido a que crece alimentándose de ideas externas -en lugar de inventar otras propias-, de suerte que como las ideas prestadas -*borrowed ideas*-, no las teorías políticas y sociales sino las ideas abstractas tomadas de otras disciplinas, afectan al Derecho es un tema que sus académicos regularmente han pasado por alto, *cfr.* ELLIOTT, D.E. "The Evolutionary Tradition in Jurisprudence", *Colum. L. Rev.*, 85 (1985), p. 38 y ss. -de allí que este Profesor de la Universidad de Yale se ha abocado a estudiar el modo en que la idea más influyente del siglo pasado -a su juicio la teoría de la evolución biológica de Charles Darwin- ha afectado la forma en que legisladores, jueces, juristas, etc. piensan sobre el Derecho-. Incluso, descontando que los enfoques evolutivos no son la panacea, en virtud de que trasuntan -más bien- la invitación al desafío de considerar las prácticas sociales, políticas, jurídicas, etc., como realmente son, el *corpus* de literatura en la materia exhibe una tendencia *in crescendo*, *vide in profundis* WATSON, A. *The Evolution of Law*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1985; BARBERIS, M. *L'evoluzione nel Diritto*, Giappichelli, Torino, 1998; STEIN, P. *Legal Evolution. The Story of an Idea*, Cambridge University Press, Cambridge, 1980; BECKSTROM, J.H. *Evolutionary Jurisprudence. Prospects and Limitations on the Use of Modern Darwinism throughout the Legal Process*, University of Illinois Press, Urbana-Chicago, 1979; DEAKIN, S. *Evolution of Our Time: a Theory of Legal Memetics*, Oxford University Press, Oxford, 2003; OESER, E. *Evolution and Constitution. The Evolutionary Self-Construction of Law*, Reidel, Dordrecht, 2003; HUTCHINSON, A.C. *Evolution and the Common Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005; ZALUSKI, W. *Evolutionary Theory and Legal Philosophy*, Elgar, Cheltenham - Northampton, 2009; ROMEO, F. *Antropologia giuridica. Un percorso evolucionista verso l'origine della relazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2012.

(176) EPSTEIN, R.A. "The Static Conception of the Common Law", *J. Legal Stud.*, 9 (1980) 253, aunque algunos académicos lo advirtieran con claridad meridiana: *v.gr.*, Thomas Woodrow Wilson, en los comienzos del siglo XX, reseñaba, en un texto constitucional clásico, que si bien el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica se había modelado sobre la teoría *whig* de la dinámica política -en su opinión, importaba una especie de copia inconsciente de la teoría newtoniana del universo-, "(...) en nuestros días, cuando discutimos la estructura o el desarrollo de algo, ya sea en la naturaleza o en la sociedad, seguimos consciente o inconscientemente al Sr. Darwin", *cfr.* WILSON, T.W. *Constitutional Government in the United States*, Columbia University Press, New York, 1908, pp. 54-55.

En este orden de ideas, Mauro Barberis ha explicado que las aplicaciones jurídicas de la metodología evolucionista entrañan una perspectiva fecunda de investigación para comprender los problemas de formación de los Estados y el desarrollo de su Derecho típico<sup>177</sup>, con una sola precisión: el Derecho se conformaría a partir del *efecto no intencional de una actividad* -una serie de actos- en el que participan constituyentes, legisladores, doctrinantes, jueces, etc., de tal modo que si bien los primeros *formulan* sus textos normativos característicos -Constitución y ley respectivamente-, los *sentidos* a ellos adscritos *cambian* con las *interpretaciones* doctrinarias y las aplicaciones judiciales<sup>178</sup>.

---

(177) BARBERIS, M. "La fin de l'État et autres narrations" ap. Bonin, P. - Brunet, P. - Kerneis, S. (Eds.). *Formes et doctrines de l'Etat. Dialogue entre histoire du droit et théorie du droit*, Pedone, Paris, 2018, pp. 331 y ss; Ibidem. "La fine dello Stato e altri racconti", *Filosofia Politica*, 27 (2) (2013) 317-328, aunque el Profesor de la Universidad de Trieste se ocupa de subrayar que se trata de una metodología cognoscitiva que debe ser nítidamente distinguida de la ideología normativo-liberal sustentada por muchos eruditos austríacos y sus cultores del pensamiento *libertarian*: así, *v.gr.*, si bien los antiguos tuvieron en mente que *polis, dikaion y politeia* pertenecían al orden natural, los modernos han adscrito el Estado, la Constitución, la legislación, etc., a la esfera de lo artificial, de modo que en obras paradigmáticas del evolucionismo austríaco -*v.gr.*, tanto *The Constitution of Liberty* [editada primeramente, en 1960, en Chicago por Chicago University Press] cuanto en la *magnum opus* de filosofía política intitulada *Law, Legislation and Liberty* [divulgada en tres sustanciosos volúmenes, desde 1973, por Routledge, London], ambas autoría de Friedrich von Hayek- dedicadas a la *Tierra Media* entre lo natural y artificial, que es la evolución *cultural*, se advierten oscilaciones a propósito del Estado a través de su calificación de *orden espontáneo* -las que, por cierto, no se advierten en el ideario mengeriano que repele el artificialismo como el organicismo, menos todavía en la propia biblia de los estudiosos libertarios: *Anarchy, State, and Utopia* -publicada por Basic Books desde 1974 en New York- de Robert Nozick, a pesar de sus replanteamientos en *The Examined Life. Philosophical Meditations* -aparecida en 1989, a instancias de Simon & Schuster, también en New York- en la medida que, en abierta polémica con los anarcocapitalistas, ofrece una fundamentación del Estado a través de una suerte de justificación cultural: si el Estado mínimo es el único moralmente legítimo, la concurrencia de múltiples agencias de protección privada -*protective association*- producirá el monopolio de la agencia de protección dominante -*dominant protection agency*- que jurídicamente se erige en el Estado (*minimal State*), limitado a la provisión de seguridad, protección de la propiedad y cumplimiento de los contratos-, *cfr.* NOZICK, R. *Anarchy, State, and Utopia*, Blackwell, Oxford, 1999, pp. 12 y ss., 26 y ss. *Vide in extenso* LUHMANN, N. *Soziologie des Rechts*, Rowohlt, Hamburg, 1972; Ibidem. *Ausdifferenzierung des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt, 1981.

(178) *Vide in profundis* BARBERIS, M. *L'evoluzione nel Diritto*, Giappichelli, Torino, 1998; Ibidem. "Knowledge, Evaluation and Interpretation in an Evolutionary Theory of Law", *Analisi e Diritto*, (2010) 257-270, aunque y al menos para todos los positivistas, partidarios de la tesis de las fuentes sociales, el Derecho -explica Mauro Barberis- está hecho por los hombres, empero identifica -mínimamente- dos maneras de concebir, a su juicio, esta producción: el *constructivismo* -en el sentido no metaético, de John B. Rawls, sino metodológico, de Friedrich von Hayek- que la concibe como *producción sólo intencional*, y -en contraste- el *evolucionismo*, que la capta como producción también *no intencional*. De allí la siguiente característica distintiva: para los genoveses, como para la mayoría de los positivistas, el Derecho está producido sólo intencionalmente por seres humanos, y en particular por el legislador, por los jueces y por los juristas: aunque la voluntad de los jueces resulte de hecho sobresaliente si se consiente asignarles la última palabra -precisamente para Giovanni Tarello y quizás para [el primer Riccardo Guastini más próximo al escepticismo interpretativo radical], como para el realista estadounidense John Gray, el Derecho luce producido así: *el legislador proporciona los enunciados (las disposiciones), y los jueces los sentidos (las normas)*-, mientras que, por el contrario, para los evolucionistas -tanto para Mauro Barberis como para una minoría de positivistas desde Friedrich K. von Savigny a Niklas Luhmann- el Derecho no es sólo gestado *intencionalmente* sino también *no intencionalmente*, en particular

Así, las normas son también resultados no intencionales, *i.e.*, efectos de la agregación de diversos actos intencionales<sup>179</sup>.

De allí que bien puede rastrearse -en los propios anales de la CorteIDH- un proceso evolutivo de recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos, el que se manifiesta en reformas normativas trascendentales en los Estados

---

se podría decir -atribuyendo a los evolucionistas las distinciones genovesas- que *las normas son los efectos no intencionales, producidos por la interpretación en sentido genérico, de las disposiciones, producidas por actos humanos intencionales*. Este entendimiento es el que lo conduce a la siguiente explicación: “ (...) las normas no son otra cosa que el producto no intencional de todos los actos de habla de los participantes al juego jurídico; de la misma manera en que el mercado es el producto de actos de agentes económicos en concurrencia entre sí, así el derecho es el resultado de interpretaciones llevadas a cabo por todos los agentes jurídicos: actos que todos concurren a producir, de maneras diferentes, aquel artefacto histórico que es el Derecho”, *cfr.* BARBERIS, M. “Interpretar, aplicar, ponderar. Nueve pequeñas diferencias entre la teoría genovesa y la mía”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, 11 (2011), p. 535 y ss. Muchos expertos, incluso, han deseado introducir la diferenciación entre la dimensión estática y dinámica del ordenamiento jurídico -y su proyección en el pensamiento kelseniano-, refiriendo una a la norma y otra al acto normativo, distinguiendo así el significado del Derecho producido de la fuente de su producción y desaguando, entonces, la primera en la sustancia del Derecho en estado de quietud, a diferencia de la segunda que entraña la forma del Derecho en movimiento, *vide* FERRAJOLI, L. *La logica del diritto: Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Roma - Bari, 2016, & 6.1.

(179) Ignorar los efectos no intencionales -en opinión de Mauro Barberis- descubre patentes consecuencias subjetivistas y reduccionistas: el Derecho se comprime así al producto de actos de voluntad legislativos -constituyentes, legisferantes *stricto sensu*, judiciales- básicamente iguales, aunque llevados a cabo por diferentes actores y conflictivos entre sí, inclusive -se añade- que tales actos pueden estar relacionados casi sólo dinámicamente, por delegación, como para el último Hans Kelsen, “ (...) todos los operadores crean todo el Derecho, para así decirlo, *uti singuli*: cada uno posee el poder legislativo total, y lo ejerce en conflicto con los demás”. De allí que para el enfoque constructivista, reduccionista y particularista genovés, por ende, las disposiciones pueden albergar todos los sentidos que *de hecho* le atribuyen sus autores, la única diferencia conceptual entre ellos -para el segundo Guastini, cercano al escepticismo interpretativo moderado y siempre a la Kelsen- consiste en el hecho que el sentido se geste dentro o fuera del marco de significado -*Rahmenlehre*- del enunciado: en el primer caso lo etiqueta con el título de interpretación, en el segundo con el de creación de Derecho. Por el contrario, si se repara en una perspectiva evolucionista, no reduccionista y holista, no se vislumbran tantas normas como legisladores ni tantos sistemas jurídicos como intérpretes, en virtud de que todos los operadores crean todo el Derecho, *uti universi*, sin poder controlar, *uti singuli*, los efectos de sus actos de habla -al punto que ninguno de ellos detenta la última palabra, sino como máximo la penúltima desde que regularmente sus actos tendrán efectos intencionales ulteriores-, *cfr.* BARBERIS, M. “Interpretar, aplicar, ponderar. Nueve pequeñas diferencias entre la teoría genovesa y la mía”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, 11 (2011) 537-538. Otros estudiosos, como Giorgio Pino, también ofrecen una deconstrucción de la doctrina iuspositivista de las fuentes, pues pese a que los adherentes a ésta han aceptado la tesis de que los jueces participan en la creación del Derecho a través de la interpretación, lo cierto es que han mantenido regularmente la reserva de que la interpretación supondría bases fácticas que la doctrina o la teoría del Derecho estarían obligadas a reconocer, *i.e.*, las fuentes del Derecho, de modo que la iniciativa del Profesor de la Universidad de Roma III se orienta a explicar cómo los jueces y doctri-nantes alteran cotidianamente esta pretendida base fáctica, *vide* PINO, G. “La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione”, *Ars Interpretandi*, 16 (2011) 19-56. *Vide etiam*, *Ibidem*, *Diritto e Interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato Costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 115 y ss.

nacionales, al incorporar diversas cláusulas *constitucionales* para recibir el influjo del Derecho internacional:

*“(..) así sucede con el reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, o incluso aceptando su carácter de supraconstitucionalidad cuando resulten más favorables; el reconocimiento de su especificidad en esta materia; la aceptación de los principios pro homine o favor libertatis como criterios hermenéuticos nacionales; en la incorporación de “cláusulas abiertas” de recepción de otros derechos conforme a la normatividad convencional; o en cláusulas constitucionales para interpretar los derechos y libertades “conforme” a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, entre otros supuestos. De esta forma las normas convencionales adquieren carácter constitucional”<sup>180</sup>.*

Y también se debe -según los registros del Derecho judicial interamericano- a las propias jurisdicciones domésticas -especialmente a las altas jurisdicciones constitucionales- que progresivamente han privilegiado interpretaciones dinámicas que favorecen y posibilitan la recepción de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales, formándose:

*“(..) un auténtico “bloque de constitucionalidad”, que si bien varía de país a país, la tendencia es considerar dentro del mismo no sólo a los derechos humanos previstos en los pactos internacionales, sino también a la propia jurisprudencia de la Corte IDH. Así, en algunas ocasiones el “bloque de convencionalidad” queda subsumido en el “bloque de constitucionalidad”<sup>181</sup>.*

De esta manera, los sujetos interpretativos domésticos de la Convención también se encuentran obligados al cumplimiento de la normatividad convencional, y la doctrina del control de convencionalidad les facilita esta labor para realizar interpretaciones de las disposiciones nacionales -incluidas las del texto constitucional- que sean *conformes* al *corpus juris* internacional -e, incluso, para no aplicar aquéllas que contravengan de manera absoluta el referido bloque de convencionalidad-, evidentemente con el propósito de evitar la responsabilidad internacional del Estado<sup>182</sup>. Se anima -de esta forma- un *fenómeno de migración interconvencional*, en cuya

---

(180) Voto Razonado, Juez Ad Hoc Ferrer Mac-Gregor, E., Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sent. Serie C/220, de fecha 26.11.2010, párrafo 25.

(181) Voto Razonado, Juez Ad Hoc Ferrer Mac-Gregor, E., Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sent. Serie C/220, de fecha 26.11.2010, párrafo 26.

(182) Voto Razonado, Juez Ad Hoc Ferrer Mac-Gregor, E., Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sent. Serie C/220, de fecha 26.11.2010, párrafo 51, pues -según se arguye en el párrafo subsiguiente- así la  *fuerza normativa* de la Convención alcanza a la interpretación que de la misma realice la Corte IDH, autonominándola *intérprete última* de dicho Pacto en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos; incluso, se añade que la interpretación emprendida

virtud se pone en marcha privilegiando, una y otra vez, las interpretaciones más favorables a los derechos de las personas, de modo que -primordialmente cuando se evoca el patrón de interpretación más protectora en su clave *in favor personae* o *pro persona*- decanta hacia la pretensión de su imposición al conjunto de los Estados parte -inclusive, aquellos que no han ratificado convenios especializados-<sup>183</sup>.

Tal esquema argumentativo conduce a ciertos académicos -a través del concepto de *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*- hacia la afirmación de existencia de un novel fenómeno jurídico compuesto por elementos provenientes de una variedad de sistemas jurídicos que se encuentran interconectados por el impulso común de un constitucionalismo transformador<sup>184</sup>; proceso que -se añade- no sólo se

---

por el Tribunal Interamericano a las disposiciones convencionales *adquiere la misma eficacia que poseen éstas*, en la comprensión de que las *normas convencionales* constituyen el resultado de la *interpretación convencional* que emprende la Corte IDH como órgano judicial autónomo cuyo objetivo es la aplicación e interpretación del *corpus juris* interamericano -art. 1, Estatuto CorteIDH-, concluyéndose, entonces, que el resultado de la exégesis de la Convención conforma la jurisprudencia de la misma, *i.e.*, “(...) *constituyen normas que derivan de la CADH, de lo cual se obtiene que gocen de la misma eficacia (directa) que tiene dicho tratado internacional*”, *cfr.* FERRER MAC-GREGOR, E. - SILVA GARCÍA, F. “Homicidios de mujeres por razón de género. El caso Campo Algodonero” *ap.* von Bogdandy, A. - Ferrer Mac-Gregor, E. - Morales Antoniazzi, M. (Coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, UNAM - Max Planck Institute, México, 2010, V. II, pp. 259-333, 296-297.

(183) BURGORGUE-LARSEN, L. “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 12 (1) (2014) 105-161, 109. El intérprete, entonces, debería trabajar teniendo a la vista -a juicio de Anne Peters- que el *ranking* de las normas en cuestión debe ser evaluado de una forma más sutil, de acuerdo con su *peso* y *relevancia substantiva*, de modo que tal perspectiva introduce un interesante recurso hermenéutico: “(...) *las garantías de los derechos fundamentales deberían prevalecer sobre normas menos importantes (independientemente de su ubicación y tipo de codificación) [...] esta [...] aproximación no ofrece una guía estricta porque es discutible cuáles normas son “importantes” en términos de la substancia y porque no resuelve los conflictos entre un derecho humano “doméstico”, por un lado, y el derecho “internacional”, por el otro. Sin embargo, la idea fundamental es que lo importante es observar la substancia, mas no la categoría formal de las normas en conflicto*”, *cfr.* PETERS, A. “The Globalization of State Constitutions” *ap.* Nijman, J. - Nollkaemper, A. (Eds.). *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 306 y ss.

(184) Tal vocación transformadora impone hacer notar que si se aspira a avanzar genuinamente hacia un modelo conceptual que sirva de *garantía a las democracias constitucionales*, es necesario -en paralelo- *resguardar la efectividad de los derechos fundamentales de las personas* en cada uno de los Estados nacionales -de lo contrario, se desfondan las condiciones que hacen posible al *Ius Constitutionale Commune* de derechos humanos-, *cfr.* SALAZAR UGARTE, P. “La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*” *ap.* von Bogdandy, A. - Morales Antoniazzi, M. - Ferrer Mac-Gregor, E. -Coords.- *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Max Planck Institute, 2017, pp. 110-111. Por lo restante, la adjetivación transformadora del constitucionalismo se remonta -con el alcance antedicho- a las experiencias constitucionales colombiana de 1991 y sudafricana de 1996, *cfr.* VON BOGDANDY, A. “*Ius Constitutionale Commune en América Latina. Aclaración conceptual*” *ap.* von Bogdandy, A. - Morales Antoniazzi, M. - Ferrer Mac-Gregor, E. (Coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado

constataría en el *papel -on paper-* sino que constituye una *praxis* jurídica trasnacional institucionalizada que entrelaza -en la muestra regional- a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los demás instrumentos jurídicos internacionales con las garantías establecidas en las Constituciones nacionales y con las cláusulas constitucionales de apertura del ordenamiento jurídico interno al internacional, así como con la jurisprudencia nacional e internacional pertinente.<sup>185</sup>

Por lo restante -al margen de que, como ya se anticipara en esta entrega, el Derecho internacional de los derechos humanos ha *avanzado sustancialmente* mediante la *interpretación evolutiva* de los documentos internacionales de protección, de modo que esta orientación revela *particular importancia*<sup>186</sup>-, el cometido precedente descarta resultados interpretativos restrictivos debido a que el Tribunal cimero de orden interamericano -al expedirse en la OC N° 16/99- ha precisado:

*“(...) el corpus juris del Derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe*

---

de Querétaro - Max Planck Institute, 2017, p. 139, nota 5. *Vide in extenso* KLARE, K. “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”, *South African Journal on Human Rights*, 14 (1) (1998), p. 46 y ss.

(185) VON BOGDANDY, A. - EBERT, F.Z. - FERRER MAC-GREGOR, E. - MORALES ANTONIAZZI, M. - PIOVESAN, F. - SALAZAR UGARTE, P. - SOLEY, X. “Ius Constitutionale Commune en América Latina (ICCAL) y Derecho económico internacional (DEI). Una introducción” *ap.* von Bogdandy, A. - Salazar Ugarte, P. - Morales Antoniazzi, M. - Ebert, F.Z. (Coords.) *El constitucionalismo transformador en América Latina y el Derecho económico internacional. De la tensión al diálogo*, UNAM - Max Planck Institute, México, 2018, pp. 12 y ss.

(186) CorteIDH, caso *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Sent. Serie C/63, de fecha 19.11.1999, párrafo 193; *Ibidem.* caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sent. Serie C/79, de fecha 31.08.2001, párrafo 148; *Ibidem.* caso *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sent. Serie C/110, de fecha 08.07.2004, párrafo 165; *Ibidem.* caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sent. Serie C/125, de fecha 17.06.2005, párrafo 125; *Ibidem.* caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sent. Serie C/134, de fecha 15.09.2005, párrafos 106 y 187, sin perjuicio de precisar que los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen *sentido autónomo*, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el Derecho interno; *Ibidem.* caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sent. Serie C/146, de fecha 26.03.2006, párrafo 117; *Ibidem.* *Masacres de Ituango vs. Colombia*, Sent. Serie C/148, de fecha 01.07.2006, párrafos 155 y 157; *Ibidem.* caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Sent. Serie C/239, de fecha 24.02.2012, párrafo 83; *Ibidem.* caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Sent. Serie C/245, de fecha 27.06.2012, párrafo 161; *Ibidem.* caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, Sent. Serie C/257, de fecha 28.11.2012, párrafo 245; *Ibidem.* caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, Sent. Serie C/318, de fecha 20.10.2016, párrafos 245-247; *Ibidem.* caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, Sent. Serie C/359, de fecha 23.08.2018, párrafo 102; *et al.* En otras oportunidades, ha empleado el giro de *interpretación dinámica*, *cfr.* CorteIDH, caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, Sent. Serie C/102, de fecha 26.11.2003, párrafo 56.

*adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el Derecho internacional contemporáneo*<sup>187</sup>.

¿Catálogos cerrados o abiertos de derechos? Este interrogante -que tanto ha inquietado a Guillermo Escobar Roca en su avatar europeo- desagua hacia la demarcación entre un *nuevo derecho* y un *novel contenido de un derecho originario* o vetusto -el que normalmente se amplía por exigencias de demandas sociales y nuevas realidades-, la cual -descontando su sutileza- revela, en cualquier caso, tanto un grado importante de innovación del ordenamiento de los derechos cuanto de creación judicial del Derecho, no exentos de embates desde la perspectiva tradicional del positivismo -y hasta del principio democrático<sup>188</sup>-, sin perjuicio, claro está,

---

(187) CorteIDH, OC N° 16/99, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 01.10.1999, párrafo 115. *Vide etiam* Ibidem. caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, Sent. Serie C/102, de fecha 26.11.2003, párrafo 56; Ibidem. caso *de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sent. Serie C/125, de fecha 17.06.2005, párrafo 128; Ibidem. *Masacres de Ituango vs. Colombia*, Sent. Serie C/148, de fecha 01.07.2006, párrafos 155 y 157; Ibidem. caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, Sent. Serie C/318, de fecha 20.10.2016, párrafos 245-247; *et al.*

(188) ¿Y dónde está el problema? En su presentación canónica, mientras los críticos de los mecanismos de inspección judicial de compatibilidad constitucional -y, además, de supervisión convencional- argumentan, con vigor, que el encargo de tales tareas a los magistrados judiciales vulnera el fundamental postulado democrático de igual participación en el gobierno, los adalidades de las bondades de aquéllos, con énfasis no menor, contraponen la necesidad de asegurar la subsistencia y continuidad de una forma saludable de democracia en la que se protejan los derechos de todos sus miembros, en especial de las minorías; aunque esta descripción de la querella se enriquece tan pronto como los expertos se concentran en aspectos de mayor caladura política y moral: así, *v.gr.*, Paul Yowell se ha interesado por inquirir en qué medida los jueces detentan la capacidad institucional necesaria para dirimir la especie de asuntos políticos y morales, hondamente divisivos y controversiales, que emanan de las litigios sobre derechos, distinguiendo aquellos supuestos en los que la institución de fiscalización constitucional -a lo que bien puede añadirse la faena de escrutinio convencional-: (i) resulta autorizada para activar el mentado poder de contralor, (ii) designada específicamente para tal cometido y (iii) con capacidad para obtener resultados adecuados y eficaces en tal trance; postulando, así, el Profesor de la Universidad de Oxford que -descontando la hipótesis de autorización formal- en el grueso de los casos la magistratura judicial asume la atribución de revisión -y, a través de ella, de aseguramiento de los derechos- por propia iniciativa o la extiende más allá del área de su competencia formal, sin que hubiera sido designada específicamente por los diseñadores del sistema político para lidiar con los desafíos de gran envergadura -y hasta sujetos a revisiones continuas- que auspicia el razonamiento moral, o bien, para captar y evaluar en sus pronunciamientos insumos de información provenientes de las ciencias sociales y de la estadística, *cfr.* YOWELL, P. *Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pp. 1-2. A su turno, Wojciech Sadurski explica que -con arreglo a la más elemental observación del sentido común- la naturaleza del fundamental dilema de legitimidad -*legitimacy dilemma*- estriba en la hipótesis -crítica- de que los jueces constitucionales, al ejercitar el poder de invalidar *leyes democráticamente sancionadas*, procedan sobre la base de su *propio entendimiento* de los derechos -*own understanding of rights*-, aunque el mayor interés en la polémica estribe en clarificar asuntos -aunque asociados- no menos espinosos, *i.e.*, la aserción de existencia de un *verdadero significado* adscrito a las disposiciones sobre derechos y de la decisión así pergeñada como el *mejor dispositivo institucional posible* en términos

de los aciertos o yerros en los que incurra la faena de interpretación evolutiva.<sup>189</sup> Tampoco resultan desembarazados del celo con el que ciertos expertos abogan en pos de una mayor cuota de *self-restraint* de la propia Corte regional de derechos humanos a través de una reducción del ritmo que ha impuesto a la actividad interpretativa de sesgo evolutivo -al menos, si se aspira a evitar que ésta se convierta en un *terreno resbaladizo*, debido a las dinámicas que normalmente exuda el sistema interamericano en el marco de una protección multinivel no inmune a tensiones-<sup>190</sup>.

---

de hacerse del acceso a un significado *objetivamente válido*; inclusive, la cuestión de legitimidad de la revisión judicial -entiende el Profesor de las Universidades de Sidney y Warsaw- no puede abordarse aisladamente de la línea de fondo que recorre transversalmente las prerrogativas legítimas de *otras instituciones* -en particular, de aquellas equipadas con el mandato constitucional de producción de disposiciones generales y obligatorias-, *cfr.* SADURSKI, W. *Rights Before Courts*, Springer, Dordrecht, 2005, pp. 27 y ss., pp. 87 y ss. De allí que, *v.gr.*, algunos académicos han explicado los diferentes patrones que han seguido ciertas jurisdicciones del *Common Law* al operar con sistemas jurídicos que han adoptado declaraciones de derechos humanos -reténgase, *v.gr.*, la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* de 1982, o bien, la *New Zealand Bill of Rights Act* de 1990, sin perjuicio de contar desde 1993 con la *Human Rights Act*, y hasta la más reciente *UK Human Rights Act* de 1998- y su apartamiento del modelo norteamericano de tutela, pues han desacoplado al mecanismo de revisión judicial de su pretensión supremacía judicial y empoderado, en consecuencia, a las Legislaturas con una palabra decisiva al respecto -en algunas hipótesis, incluso, con *the last word*-, *cfr.* GROVES, M. - WEEKS, G. "The Legitimate Expectation as an Instrument and Illustration of Common Law Change" *ap.* Groves, M. - Weeks, G. (Eds.). *Legitimate Expectations in the Common Law World*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2017, Ch. I, &1. Tal dato luce estrechamente ligado a la tendencia -apuntada por Alec Stone Sweet- en orden a la frecuencia con la que la justicia constitucional modela y reforma su ambiente político, y hasta subvierte rutinariamente el esquema de división funcional de las ramas del gobierno constitucional, incluyendo elementos en cuya legitimidad originalmente se sustenta, *cfr.* STONE SWEET, A. "Constitutional Courts" *ap.* Rosenfeld, M. - Sajó, A. (Eds.) *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 817. Sobre el déficit de legitimidad democrática de las autoridades supranacionales y la comprensión de la legitimidad más allá del Estado como un atributo subjetivamente conferido por normas específicas, *vide* SADURSKI, W. "Conceptions of Public Reason in the Supranational Sphere and Legitimacy Beyond Borders" *ap.* Sadurski, W. - Sevel, M. (Eds.) *Legitimacy. The State and Beyond*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 161 y ss.

(189) ESCOBAR ROCA, G. *Nuevos derechos y garantías de los derechos*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 32 y ss.

(190) Tal como lo ha prevenido la Profesora de Derecho Comparado de la Universidad de Bolonia, RAGONE, S. *Función judicial y protección multinivel de derechos ap. Desafíos de la función judicial. Un acercamiento desde el Derecho Público Comparado*, Olejnik, Buenos Aires - Santiago de Chile, 2018, pp. 34-35. Igualmente pueden consultarse sus reflexiones expuestas en RAGONE, S. "Las tres vertientes del impacto de la jurisprudencia de la Corte IDH en el continente americano: itinerarios para investigaciones multidisciplinarias" *ap.* Santolaya Machetti, P. - Wences, I. (Eds.). *La América de los derechos*, CEPC, Madrid, 2016, pp. 435 y ss; *Ibidem.* "The Inter-American System of Human Rights: Essential Features" *ap.* von Bogdandy, A. - Ferrer Mac-Gregor, E. - Morales Antoniazzi, M. - Piovesan, F. (Eds.) *Transformative Constitutionalism in Latin America: the Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 279 y ss., descontando que -recientemente- ha ofrecido, mediante el ejercicio de una evaluación crítica de la trama jurisprudencial actual, una serie de propuestas orientadas a incrementar la legitimidad de la Corte IDH, *vide in profundis* RAGONE, S. "The Inter-American Court of Human Rights Turned 40: Achievements and Challenges", *Revista General de Derecho Público Comparado*, N° 25, 2019.

Sin embargo, el lector podrá advertir que no son pocos los casos asentados en los anales del Derecho judicial interamericano que llenan los espacios en blanco y problematizan -con el alcance precedente- el *develamiento líquido* de derechos, reglas y principios imprevistos en la normatividad semántica del documento convencional: *v.gr.*, desde el reconocimiento de los derechos a la *identidad*<sup>191</sup> como de buscar y recibir *asilo*<sup>192</sup> -particularmente en cabeza de niños y niñas, sin descuidar su derecho a *no ser reclutados en fuerzas o grupos armados*<sup>193</sup>-, a la *identidad cultural*<sup>194</sup> de los pueblos y comunidades indígenas -como asimismo *a su propiedad comunal*<sup>195</sup>-, *a no ser desplazado forzosamente*<sup>196</sup>, de *propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión*<sup>197</sup>, de *acceso al expediente* como a *solicitar y obtener copias del mismo*<sup>198</sup>, al *goce del progreso científico* y de sus aplicaciones -*v.gr.*, con miras al ejercicio de la autonomía reproductiva-<sup>199</sup>, a un *medio ambiente sano*<sup>200</sup>, a la *salud*<sup>201</sup>, a la *seguridad social*<sup>202</sup>, etc., pasando por la admisión de la *orientación sexual* y la *identidad de género* de las personas cual *categorías protegidas* por el ordenamiento convencional<sup>203</sup>, la categorización de

---

(191) CorteIDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, Sent. Serie C/221, de fecha 24.02.2011, párrafo 122; Ibidem. caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, Sent. Serie C/232, de fecha 31.08.2011, párrafo 112.

(192) CorteIDH OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Res. de fecha 19.08.2014, párrafos 72-74 y 78. *Vide etiam* Corte IDH, caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, Sent. Serie C/272, de fecha 25.11.2013, párrafo 129.

(193) CorteIDH, caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sent. Serie C/134, de fecha 15.09.2005, párrafo 103.

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

(195) CorteIDH caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sent. Serie C/79, de fecha 31.08.2001, párrafos 147-148.; Ibidem. caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sent. Serie C/125, de fecha 17.05.2005, párrafos 124-125; Ibidem. caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sent. Serie C/146, de fecha 29.03.2006, párrafos 117-118; Ibidem. caso *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, Sent. Serie C/172, de fecha 28.11.2007, párrafos 92-93; *et al.*

(196) CorteIDH, caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sent. Serie C/134, de fecha 15.09.2005, párrafo 188.

(197) CorteIDH, caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, Sent. Serie C/98, de fecha 28.02.2003, párrafos 101-103.

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

(199) CorteIDH, caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, Sent. Serie C/257, de fecha 28.11.2012, párrafo 157.

(200) Corte IDH, OC-23/17, *Medio ambiente y derechos humanos*, Res. de fecha 15.11.2017, párrafos 44-45, 47, 56.

(201) CorteIDH, caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, Sent. Serie C/359, de fecha 23.08.2018, párrafo 99.

(202) CorteIDH, caso *Muelle Flores vs. Perú*, Sent. Serie C/375, de fecha 06.03.2019, párrafos 172-193.

(203) CorteIDH, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sent. Serie C/239, de fecha 24.02.2012, párrafo 91; Ibidem. OC-24/17, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, Res. de fecha 24.11.2017, párrafos 61-116.

víctima -y su consecuente legitimación- en relación a los *familiares* de las víctimas de desapariciones forzadas<sup>204</sup>, la consolidación del paradigma de la *interdependencia* e *indivisibilidad* del estatuto de los derechos humanos<sup>205</sup>, el develamiento de la nota de su *inherencia e inalienabilidad*<sup>206</sup>, la fuerza vinculante y justiciabilidad de los *derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*<sup>207</sup>, el mandato de *protección específica de los derechos políticos para los miembros de comunidades indígenas y étnicas*<sup>208</sup>, etc., y hasta la operatividad del principio de *legalidad* no sólo en el proceso criminal sino también en los de cuño administrativo-sancionador<sup>209</sup>, el diseño de una matriz de *garantías de debido proceso* aplicables en procesos migratorios que involucran a niñas y niños<sup>210</sup>, la recepción de un *concepto amplio y flexible de familia* -incluyendo, así, a las familias poligámicas<sup>211</sup>, etc.

Puesto que -una lectura fugaz de la precedente nómina- hace notar que las decisiones que el intérprete judicial rinde en las controversias sobre los derechos se extienden a la largo de la vida política y social de las personas y conmueven los más básicos intereses y valores de la sociedad<sup>212</sup>, no sería inconveniente profundizar muchos de los aspectos que circulan a través de ellas.

---

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

(205) CorteIDH, caso *Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*, Sent. Serie C/198, de fecha 01.07.2009, párrafo 10; Ibidem. caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, Sent. Serie C/349, de fecha 08.03.2018, párrafo 100; Ibidem. caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, Sent. Serie C/261, de fecha 21.05.2013, párrafo 131; Ibidem. caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, Sent. Serie C/298, de fecha 01.09.2015, párrafo 172; Ibidem. caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, Sent. Serie C/359, de fecha 23.08.2018, párrafo 78; Ibidem. caso *Muelle Flores vs. Perú*, Sent. Serie C/375, de fecha 06.03.2019, párrafo 36; *et al.*

(206) CorteIDH, OC-22/16, *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos*, Res. de fecha 26.02.2016, párrafo 108.

(207) CorteIDH, caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, Sent. Serie C/349, de fecha 08.03.2018, párrafo 103.

(208) CorteIDH, caso *Yatama vs. Nicaragua*, Sent. Serie C/127, de fecha 23.06.2005, párrafos 203-205.

(209) CorteIDH, caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Sent. Serie C/72, de fecha 02.02.2001, párrafos 105-106.

(210) CorteIDH OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Res. de fecha 19.08.2014, párrafo 234.

(211) Corte IDH, OC-24/17, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, Res. de fecha 24.11.2017, párrafo 190. *Vide etiam* CorteIDH, caso de los "Niños de la Calle" (*Villagrán Morales y otros*) vs. Guatemala, Sent. Serie C/63, de fecha 19.11.1999, párrafo 68; Ibidem. caso de la "Panel Blanca" (*Paniagua Morales y otros*) vs. Guatemala, Sent. Serie C/76, de fecha 25.05.2001, párrafo 86; Ibidem. caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, Sent. Serie C/42, de fecha 27.11.1998, párrafo 92; Ibidem. caso *Aloeboetoe y otros vs. Surinam*, Sent. Serie C/15, de fecha 10.09.1993, párrafo 62.

(212) YOWELL, P. *Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pp. 1 y ss.

Es que este anchuroso curso de audacia interpretativa<sup>213</sup>, lo mismo que revela la potencia exegética que los operadores interamericanos se aprestan a extraer de los lindes de un Derecho mudo<sup>214</sup>, impulsa -por parte de la CorteIDH- una actividad *constructiva* de su texto de referencia -más que meramente *interpretativa*-<sup>215</sup>, en el marco de una etiquetada interpretación evolutiva, fenómeno que obedecería -según la opinión de Laurence Burgorgue-Larsen- a la combinación de un *mix* de razones que anidan en los siguientes planos: (i) el contexto *legal* con el que ha de operar, *i.e.*, inherente al contenido de la Convención regional de derechos humanos cuanto al *backup* de filosofía iusnaturalista que lo impregna, patrocinando capitalmente un enfoque hermenéutico de integración y amalgamamiento entre tradicionales reglas generales de interpretación, codificadas en la ya anticipada Convención de Viena, y las disposiciones propias consignadas específicamente en el emblemático art. 29 del Pacto de San José, sin descuidar el encumbramiento del principio *pro homine* -consistente en proveer un producto interpretativo que otorgue a las personas una protección máxima, resultando, así, pronta a privilegiar la exégesis más favorable-, de tal forma que se induce una decisiva apuesta en pos de privilegiar el método teleológico aunque sin desestimar, de forma orgánica y definitiva, la convergencia con otras técnicas de interpretación -textual, histórica, sistemática- en el abordaje de los *hard cases*; (ii) el contexto *político* en el que luce inserta su faena jurisdiccional, signado por el estigma de una primigenia situación de violencia institucionalizada -a la que tributarán, *v.gr.*, el terrorismo de Estado, la doctrina de la seguridad nacional, las ejecuciones extrajudiciales masivas, etc.,-<sup>216</sup>, sin perjuicio de que bien puede añadirse

---

(213) BURGORGUE-LARSEN, L. "Le destin judiciaire strasbourgeois de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Vices et vertus du cosmopolitisme normatif" *ap. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010, pp. 145 y ss. *Vide etiam* Ibidem. "Interpreting the European Convention: What can the African Human Rights System learn from the case law of the European Court of Human Rights on the Interpretation of the European Convention?", *Int. Am. & Eur. Hum. Rts. J. / Rev. Int. Am. & Eur. D.H.*, 5 (2012) 90-123.

(214) Rodolfo Sacco ha sugerido la existencia de un Derecho no verbalizado y desarticulado al que, no obstante, sus destinatarios se sujetan de modo inconsciente, descontando, claro está, que -al margen de que los primeros seres humanos, privados de lenguaje articulado, no podían tener otro sistema jurídico que aquél- ha cedido gradualmente su posición a uno de ascendencia autoritaria cuanto a un Derecho espontáneo pero consciente; sin embargo -añade el Profesor Emérito de la Universidad de Torino- el llamado Derecho mudo lejos se encuentra de desaparecer, sino -más bien- ejerce un rol fundamental en la cultura como en la sociedad, *vide in extenso* SACCO, R. *El Derecho mudo. Neurociencias, conocimiento tácito y valores compartidos*, Communitas, Lima, 2016.

(215) Sobre la *interpretation - construction distinction* *vide* Sollum, L.B. "Goldsworthy on the Normative Justification for Originalism" *ap. Crawford Burton, L. - Emerton, P. - Smith, D. (Eds.). Law Under a Democratic Constitution: Essays in Honour of Jeffrey Goldsworthy*, Hart Publishing, Oxford, 2019, pp. 68-72.

(216) En torno al proceso de devaluación de los ideales medulares de autonomía individual y autogobierno colectivo que atesora en su seno la experiencia constitucional latinoamericana, merced el poderoso influjo de los desvaríos en los que ha desaguado el curso del constitucionalismo autoritario, *vide* GARGARELLA, R. "Authoritarian Constitutionalism in Latin America: from Past to Present" *ap. Alviar García, H. - Frankenberg, G. (Eds.). Authoritarian Constitutionalism. Comparative Analysis and*

el latente estado de generalizada desigualdad sustancial y la crítica distribución de recursos que persiste en los entornos latinoamericanos<sup>217</sup>; (iii) el contexto *sociológico*, vinculado a la composición institucional de la propia Corte como la formación de sus miembros. De lo contrario, el lector que vele tales coordenadas, resultará impedido de abordar el tentador conteste a una saga de interrogantes a ellas ligados: *v.gr.* ¿la interpretación evolutiva resulta susceptible de perdurar al mismo ritmo y con el mismo arrojo mentado, o, quizás, se expone al riesgo de erigirse en un obstáculo para la ejecución de los propios decisorios interamericanos?, ¿no engendra, acaso, resistencias en el seno mismo del Tribunal interamericano, produciendo disidencias fuertes que podrían, *in fine*, socavar su legitimidad interna y hasta su legitimidad *vis-à-vis* la opinión pública latinoamericana?, ¿cómo se procura mantener, entonces, la confianza de las jurisdicciones a nivel nacional?, etc.<sup>218</sup>.

---

*Critique*, Elgar, Cheltenham - Northampton, 2019, pp. 115 y ss. Asimismo Wojciech Sadurski ha advertido que el populismo iliberal *-iliberal populism-* es impaciente con los derechos humanos, y hasta en ocasiones propenso a una retórica hostil respecto de la agenda de su promoción y respeto, al punto que su reticencia hacia el ejercicio efectivo de tales derechos se manifiesta claramente en las reacciones -que abogan por la exclusión de una supuesta interferencia externa- contra los instrumentos internacionales de derechos humanos y sus órganos de monitoreo regionales, las que resultan susceptibles de despeñar en una fuerte narrativa a favor del nacionalismo y de la seguridad interna -a lo que se suma la alegoría de amenazas debidas a las reglas de un cosmopolitismo liberal que resultarían insensible a los reales intereses del pueblo-, gestantes, así, del desmantelamiento de la infraestructura institucional de reconocimiento y garantía de los derechos como de la concentración en la Legislatura -o bien, en los poderes prácticamente extraconstitucionales del líder político- de la interpretación final de las libertades de las personas -consumándose, así, un *asalto a los derechos-*, *cfr.* SADURSKI, W. *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 150 y ss.

(217) Al respecto *vide* DIXON, R. - GINSBURG, T. *Introduction ap.* Dixon, R. - Ginsburg, T. (Eds.). *Comparative Constitutional Law in Latin America*, Elgar, Cheltenham - Northampton, 2017, p. 1.

(218) BURGORGUE-LARSEN, L., "El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos", *Estudios Constitucionales*, 12 (1) (2014) 105-161, 108-119, 131-145. Incluso, para evitar malentendidos ceñidos al dominio interpretativo, otros trabajos recientes complementan ampliamente -con observaciones perspicaces- la influencia creciente de la Corte IDH, y de su osado activismo, cuanto su pretensión de emplazarse en el pináculo de un nuevo orden constitucional trasnacional y reivindicar para sí poderes con un alcance solamente cotejable -en el terreno de los tribunales de justicia internacionales- con la práctica jurisprudencial de la Corte Europea de Derechos Humanos, *cfr.* HUNEUUS, A. "The Institutional Limits of Inter American Constitutionalism" *ap.* Dixon, R. - Ginsburg, T. (Eds.). *Comparative Constitutional Law in Latin America*, Elgar, Cheltenham - Northampton, 2017, pp. 300 y ss. No obstante, este último ejemplo conduce a ponderar una realidad mucho más compleja y diversa, pues es habitual que -en la literatura especializada- se consigne que el sistema europeo de protección de derechos humanos es el que rinde la tutela más efectiva entre los diversos regímenes regionales y que la propia ECHR se comporta, en lo que atañe a los derechos protegidos por su texto de referencia, como una suerte de Corte Constitucional, *cfr.* SADURSKI, W. *Constitutionalism and the Enlargement of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 1 y ss.

#### IV. Ideas de cierre. La imagen desencantada de Narciso: ¿una reconstrucción de la teoría de las fuentes más allá de los confines westfalianos? Cuestiones y problemas

13. Va de suyo que, a diferencia del principio de unidad del Derecho conjugado -*au premier Kelsen*- por una concepción lógica de la jerarquía de las normas, las cuales brotarían de una sola norma general: la norma suprema del Derecho internacional -convertida así jerárquicamente en norma primera y fundamental-, no han faltado respuestas a la problemática que hasta aquí ha convocado la atención del lector, aunque ensayadas, en cambio, desde el *empirismo* jurídico y los antecedentes de la evolución equipada con categorías *históricas*, prestas -por supuesto- a encaminar el *progreso* hacia la unidad del Derecho con fundamento -a su vez- sobre la unidad de la conciencia jurídica como así también sobre la unidad empírica de la evolución histórica<sup>219</sup>.

Al igual que las contribuciones deparadas por los trabajos de la historiografía crítica de Francesco Donato<sup>220</sup> y Michel Troper<sup>221</sup>, que han demostrado cómo el devenir en la categorización de las fuentes del Derecho ha sido una condición decisiva para la formación estatal, se aduce -en relación con la doctrina de las fuentes- que, en contraste del Medioevo -en el que tras el redescubrimiento del *Corpus Iuris* y oposiciones de la especie *iura propria/ius commune*- los juristas recurrieron al principio de *lex specialis* para regular los conflictos dentro del Derecho a condición de prever claramente un caso especial<sup>222</sup>, en la época moderna -al menos, en razón de la codificación desatada por el *Code Napoléonien*- el legislador se esforzó en regular la producción y aplicación de preceptos normativos a través de doctrinas de las fuentes *stricto sensu*, sustentadas en el criterio de *jerarquía -lex superior-*<sup>223</sup>.

---

(219) MIRKINE-GUETZEVITCH, B. *Les nouvelles tendances du Droit Constitutionnel*, Pichon, R. - Durand, R., Paris, 1936, p. 52, patrocinando, entonces, un enfoque de *empirisme historique de Droit Public*; Ibidem. "L'influence de la Révolution française sur le développement du Droit International dans l'Europe orientale", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1929, T. XXII, pp. 295 y ss.

(220) *Vide in profundis* DONATO, F. *La rinascita dello Stato. Dal conflitto magistratura-politica alla civilizzazione istituzionale europea*, Bologna, Il Mulino, 2010.

(221) TROPER, M. "Structure du système juridique et émergence de l'État, le problème de la définition de l'État" ap. Bonin, P. - Brunet, P. - Kerneis, S. (Eds.). *Formes et doctrines de l'Etat. Dialogue entre histoire du droit et théorie du droit*, Pedone, Paris, 2018, pp. 17 y ss. *Vide etiam* Ibidem. *Le droit et la nécessité*, PUF, Paris, 2011.

(222) TARELLO, G. *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 52 y ss.

(223) En puridad, el paso entre épocas -se agrega- se remonta a partir de la sanción de la *Ordonnance de Montil-les-Torus*, en el mes de abril de 1453, que impuso la redacción escrita de las costumbres, medida con la que los monarcas franceses -debido a la iniciativa de Charles VII, *le Victorieux*, de la Casa de Valois- subordinaron el Derecho consuetudinario a la legislación, aunque los juristas del *Ancien Régime* hicieron algo más: refractarios al Derecho romano -que si bien los dotó de un modelo para una soberanía *legibus soluta*, había decantado en el interin en el Derecho del Imperio alemán-

Ciertamente esta última inventiva al servicio del monopolio estatal de las fuentes provocó, luego, la dinámica *jerárquica* en el origen del binomio *ley ordinaria-ley constitucional*, *Estado legislativo de Derecho/Estado constitucional de Derecho*<sup>224</sup>, la que

---

idearon la directriz de *lex superior*, merced a la cual la legislación soberana -que ya había prevalecido sobre la fuente romanista tradicionalmente concebida como Derecho general o hasta universal, sólo a título de Derecho particular de Francia- se convirtió, desde entonces, en norma superior esperando agotar, tras el proceso codificadorio, el Derecho estatal francés, *cfr.* BARBERIS, M. "La fin de l'État et autres narrations" *ap.* Bonin, P. - Brunet, P. - Kerneis, S. (Eds.). *Formes et doctrines de l'Etat. Dialogue entre histoire du droit et théorie du droit*, Pedone, Paris, 2018, pp. 331 y ss.; *Ibidem.* "La fine dello Stato e altri racconti", *Filosofia Politica*, 27 (2) (2013) pp. 317-328.

(224) *Vide in extenso* BARBERIS, M. *Stato Costituzionale*, Mucchi, Modena, 2012. A partir de tal denotación se producirá una secuencia de cambios radicales -glosados también por Luigi Ferrajoli: primeramente se altera el ortodoxo entendimiento de las *condiciones de validez de las normas* -y no sólo de la naturaleza de la democracia-, dependientes ya no sólo de la *forma de su producción* sino también de la *coherencia de sus contenidos* -en los que los derechos fundamentales y los principios constitucionales capturan un *locus peculiaris*-. La existencia -o vigencia- de las normas, que en el *paradigma paleo-iuspositivista* se había disociado de la justicia, se disgrega también de la validez -resultando posible que una norma *formalmente válida* y, por consiguiente, vigente, sea *sustancialmente inválida* por el contraste de su significado con regulaciones constitucionales que estatuyen derechos y principios de valía fundamental-. Se modifica, también, el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, a la que la posible divergencia entre Constitución y legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino *crítico y proyectivo* en relación con su propio objeto. En efecto, la Constitución -en el seno del *Estado constitucional de Derecho*- no sólo disciplina las formas de producción legislativa, sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de *libertad* y las otras a los derechos *sociales*, cuya violación genera *antinomias* o *lagunas* que impelen a la ciencia jurídica a su constatación con el propósito de que sean eliminadas o corregidas. Paralelamente, se conmueve el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto, también, un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional. De aquí se deriva, tanto para la cultura jurídica como para la jurisdicción, una *dimensión pragmática* y una *responsabilidad cívica*, desconocidas para la razón jurídica propia del viejo iuspositivismo formalista: el señalamiento de las antinomias y las lagunas, y la promoción de su superación por medio de las garantías existentes, o la proyección de las garantías que falten, etc., *cfr.* FERRAJOLI, L. "Lo Stato di Diritto fra passato e futuro" *ap.* Costa, P. - Zolo, D. (Eds.). *Lo Stato di Diritto: storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2003, pp. 354 y ss., aunque no es ocioso recordar que la *mise-en-scène* reseñada precedentemente deviene una derivación del modelo neo-iuspositivista del Estado constitucional de Derecho, con motivo del impacto, merced a la emergencia del principio de *estricta legalidad* o *legalidad sustancial*, operado a través de la subordinación de la legalidad misma -garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad- a Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez y, en mérito del cual la validez sustancial de la ley misma está condicionada a la compatibilidad de sus contenidos con principios y derechos fundamentales estipulados por preceptos constitucionales -verificándose, así, la superación del modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo de Derecho configurado por el nacimiento del Estado moderno y su afirmación del principio de *mera legalidad* o de *legalidad formal* como norma de reconocimiento del Derecho positivo existente, en cuya virtud la jurisdicción y toda otra actividad infralegal está subordinada a la ley-. En oportunidad más próxima -precisamente en ocasión de la difusión de su obra *Poteri selvaggi: la crisi della democrazia italiana*- se observa que este *Derecho sobre el Derecho*, este sistema de normas metalegales -en que consisten las actuales Constituciones rígidas- no se limita a regular, pues, la forma de producción del Derecho mediante normas procedimentales sobre la formación de las leyes, sino que, además, vincula sus contenidos mediante

en la actualidad, conduce a través del debate entre teóricos de la Constitución y pluralistas -a semejanza de lo que acontece en un *juego de espejos curvos* [*fun house or distorting mirrors*]- a producir otra imagen, la de *co-existencia de una pluralidad de sistemas jurídicos de diferente pedigree normativo*<sup>225</sup>, con la suficiente capacidad de reflexión convexa o divergente para -al englobar un campo de visión más amplio- poner en jaque la pretensión de *exclusivismo* inherente a cada uno de ellos, en mérito de la cual

---

normas sustanciales sobre la producción -como lo son las que enuncian derechos fundamentales-, reiterando así la inteligencia de que para una norma legal resulte válida es necesario que no sólo sus formas, *i.e.*, los procedimientos de formación de los actos legislativos, sean conformes, sino también que su sustancia, *i.e.*, sus significados y contenidos, sea coherente con las normas constitucionales que disciplinan su producción. Las dimensiones formal y sustancial de la democracia resultan, así, anudadas en el paradigma -complejo- constitucional, *cfr.* FERRAJOLI, L. *Poteri selvaggi: la crisi della democrazia italiana*, Laterza, Roma-Bari, 2011, & 1.1, pp. 1 y ss.

(225) VAN DE KERCHOVE, M. - OST, F. *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Paris, 1988, p. 163, y no sólo supranacionales sino también de raigambre infraestatal o corporativa y de carácter desterritorializado. *Vide etiam* OST, F. - VAN DE KERCHOVE, M. *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, PFUSL, Bruxelles, 2002, pp. 186 y ss. Igualmente, Norberto Bobbio apela a la noción de *pluralismo institucional* en el que la diversidad actuante de órdenes jurídicos se corresponde a la de las instituciones o grupos sociales organizados, *cfr.* BOBBIO, N. *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, p. 188. En este orden de ideas, se recurre además -aunque ante el laboratorio experimental que oferta el Derecho de la Unión Europea- a las lecturas que propician un consenso entrecruzado -*overlapping consensus*-, tributario de un orden de constitucionalismo coordinado -*order of coordinate constitutionalism*-, en el que cada una de las órbitas de autoridad implicadas "(...) acuerdan respetar los unos las decisiones de los otros, siempre que dichas decisiones respeten mutuamente acuerdos esenciales", con el propósito de ajustar el significado práctico de los ideales compartidos, *cfr.* SABEL, CH.F. - GERSTENBERG, O. "Constitutionalising an Overlapping Consensus: The ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order", *European Law Journal*, 5 (2010), p. 511 y ss. De allí que la justicia constitucional alemana -a través del célebre pronunciamiento del *Bundesverfassungsgericht* en el caso *Solange II*- ha reseñado que el ordenamiento jurídico de los Estados miembros y el ordenamiento jurídico comunitario "(...) ni son inconciliables ni están incomunicados entre sí, sino que se interrelacionan de múltiples maneras, se entrecruzan mutuamente y están abiertos a influencias recíprocas", *cfr.* BVerfGE, 73.339, [1987] 3 CMLR 225, 22.10.1986, o bien, en razón del parecer de la magistratura constitucional italiana -igualmente en el espacio de la integración europea- que desagua en la figura de "(...) un ordenamiento jurídico autónomo, integrado y coordinado con el ordenamiento interno", sin perjuicio de reconocer la eficacia obligatoria de la norma comunitaria, la que en virtud del art. 117 de la Constitución según la reforma introducida por *Legge costituzionale N° 3/2001*, vincula al legislador nacional -estatal, regional y de las Provincias autónomas- con el sólo límite de la intangibilidad de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional y de los derechos inviolables del hombre [*intangibilità dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili dell'uomo*] garantizados por normas constitucionales -con cita de SCC N° 170/1984; *Ibidem.* 287/2007; *Ibidem.* 348/2007; *Ibidem.* 349/2007; *cfr.* Cor. Cos. It., SCC N° 102, de fecha 13.02.2008, & 8.2.8.1. Sobre el punto *vide* SADURSKI, W. *Constitutionalism and the Enlargement of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 99 y ss; MAYER, F.C. "Multi-Level Constitutional Jurisdiction" *ap.* von Bogdandy, A. - Bast, J. (Eds.). *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2009, pp. 399 y ss; Claes, M. *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2006, pp. 150 y ss.; GORDILLO, L.I. *Interlocking Constitutions: Towards an Interordinal Theory of National, European and UN Law*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2012, & 2.1 y 2.2; KRISCH, N. *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2010, p. 173.

sólo consideran como vinculantes sus propias normas e irrelevantes a las ajenas<sup>226</sup> -puestas, así, éstas últimas fuera de foco por efecto de una reflexión convergente que únicamente agiganta la imagen de un singular orden legal-, evitando, entonces, que se descuide ponderar no sólo la *proliferación* ganada en esta panorámica por los diversos productos atesorados en el terreno del *Derecho internacional* sino también el *resultado político contingente* que deparan los enfoques sobre la vinculación entre los sistemas jurídicos domésticos e internacionales<sup>227</sup>, y conjurando -claro está- el riesgo -latente, por cierto- de que se exageren ciertas áreas normativas y se ignoren o minimicen otras<sup>228</sup>.

De tal perspectiva nace -para los partidarios del *legal pluralist challenge*- una particular asimilación del universo especular, el que se presenta como resultante de una tesis orientada a tergiversar -no sin reparos<sup>229</sup>- las modalidades de argumentación discursivo-retóricas del pensamiento de la posmodernidad jurídica<sup>230</sup>, a

---

(226) RIGAUX, M.F. "Le Droit au singulier et au pluriel", *RIEJ*, 9 (1982) 1, 6.

(227) De estar, *mutatis mutandis*, a la observación gurvitchniana -con centro en el monismo- de que correspondía al período de creación y consolidación de los Estados modernos -desde los cambios suscitados entre mediados del siglo XV y fines del siglo XVII hasta la situación reinante en la centuria pasada-, frente a la circunstancia de que el poder jurídico -en la opinión del Profesor de la Universidad de París- no residía únicamente en el Estado sino -más bien- en numerosas entidades independientes a él -excluyendo, así, el carácter exclusivo del orden jurídico estatal como fuente del Derecho-, al punto que la perspectiva del pluralismo jurídico se presenta como una variable de las transformaciones actuales de la vida jurídica -insusceptible, por cierto, de apreciarse sino a través de la idea de Derecho social-, *vide in extenso* GURVITCH, E. *L'idée du Droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVIIe siècle jusqu'à la fin du XIXe siècle*, Sirey, Paris, 1932, pp. 43 y ss.

(228) Si se retiene la explicación para la que el lenguaje, como un espejo del pensamiento, no es simplemente un espejo que refleja, pues también refracta y distorsiona, *cfr.* ALLOTT, P. "Interpretation. An Exact Art" *ap.* Bianchi, A. - Peat, D. - Windsor, M. (Eds.). *Interpretation in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, 18.2.

(229) Es que se ha objetado que esta técnica discursiva -ajena a la doctrina tradicional de rasgo piramidal sobre fuentes del Derecho- representa, más bien, una *falacia intelectualista* al postular, a título de nuevo paradigma, un hermeneuta *todosapiente*, sin que impida que permanezcan "(...) relegados tras bambalinas los ingredientes relativamente voluntaristas de los conflictos de interpretaciones (con sus estratagemas retóricas) en los tribunales y en la doctrina jurídica, como asimismo se hace abstracción de los múltiples desfases entre *law in books* y *law in action*", *cfr.* HABA, E.P. "Puntualizaciones realistas sobre la conceptualización: «redes» del Derecho. Realidades, silencios y fantasías que se conjugan al postularla como «paradigma» renovador del pensamiento jurídico", *Doxa*, 41 (2018), pp. 297-317.

(230) De allí que, *v.gr.*, si bien el jurista belga Francois Ost asevera que el Derecho posmoderno -o Derecho de Hermes en su estereotipo de decisor judicial-, supone "(...) una estructura en red que se traduce en infinitas informaciones disponibles instantáneamente y, al mismo tiempo, difícilmente matizables", descubriendo así "(...) un campo jurídico que se analiza como una combinación infinita de poderes, tan pronto separados como confundidos, a menudo intercambiables (...) una multiplicación de los actores, una diversificación de los roles (...). Tal circulación de significados e informaciones no se deja ya contener en un código (...) se esfuerza por integrar, en la construcción del sentido jurídico, las creaciones normativas que emanan de otras fuentes como la jurisprudencia, las costumbres, las convenciones internacionales, los principios generales del Derecho, la doctrina", de tal suerte que la teoría del Derecho ha de "(...) centrarse en la circulación del sentido", *cfr.* OST, F. "Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez", *Doxa*, 14 (1993) 172-181.

través de una distintiva representación de una protección multinivel -con sustento en un modelo teórico *en red* o *unión* [*Verbund*]- de derechos humanos como ruta de *interacción* entre las diversas instancias de producción y aplicación normativa, internas e internacionales, en la que permean *influencias y condicionamientos mutuos* por cauce de la gradual constitucionalización de un orden legal cosmopolita -*cosmopolitan legal order*-<sup>231</sup>, que no sólo fomentaría -en el parecer de Antonio Cançado Trindade- un mayor grado de *cohesión* en el ordenamiento jurídico sino que procuraría una más estrecha *interacción* entre los sistemas jurídicos internacional y estatal en la *protección de los derechos humanos*; en este marco hasta podría reconocerse que, en el plano internacional propiamente dicho, *los tratados de derechos humanos tienen una dimensión constitucional*, y no sólo en el sentido de su posición en el escalonamiento normativo de la órbita interna -aun cuando se consienta que de todos modos ella es rehén de lo que determinan las Constituciones nacionales, proyectándose de ahí con variaciones al ámbito transnacional-, sino más bien en la percepción -por cierto, mucho más avanzada- de que *construyen, en el propio plano internacional un orden jurídico constitucional de respeto a los derechos humanos*<sup>232</sup>.

Desde este enclave, no es harto dificultoso comprender -hasta lo aquí expuesto- que el *evolucionismo interpretativo* estimulado desde San José de Costa Rica oficia como una seductora manera de mantenerse al día con las tendencias convergentes a escala internacional -cultivando, así, de modo vivo, la universalidad de los derechos-, y, quizás lo más interesante, estriba en asimilar que los retos que enfrenta reposan en problematizar y refinar -dentro de la agenda académica- la modalidad en la que opera, puesto que el enfoque evolucionista no sólo se equipara de (i) una

---

(231) Según la etiqueta acuñada por Alec Stone Sweet y Claire Ryan, comprensiva de los siguientes aspectos: (i) un sistema legal metanacional en el que los individuos titularizan derechos justiciables; (ii) la obligación en cabeza de todo poder público estatal de cumplir con los derechos fundamentales de las personas que se encuentre en su jurisdicción, independientemente de su nacionalidad; (iii) la supervisión a cargo de magistrados judiciales -tanto nacionales como internacionales- con miras a fiscalizar cómo actúan aquéllos, *vide* STONE SWEET, A. - RYAN, C. *A Cosmopolitan Legal Order Kant, Constitutional Justice, And The European Convention On Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 1 y ss. El pluralismo ha ganado, en los últimos años, mucho terreno -como herramienta analítica cuanto visión normativa- en el sector del Derecho internacional de los derechos humanos, a través de una narrativa que -en el parecer de sus adalides- presentaría ventajas significativas sobre el que promueve la clásica imagen de órdenes constitucionales construidos jerárquicamente, especialmente en la estructura política y social altamente diversa y disputada del espacio posnacional, *cf.* KRISCH, N. "Constitutionalism and Pluralism: A Reply to Alec Stone Sweet", *International Journal of Constitutional Law*, 11 (2) (2013) 501-505, sin perjuicio de que en el pregón de un orden constitucional global se deja en claro -según ciertos juristas- quién puede emitir disposiciones y estándares, qué clases de tales mandatos producirá y hasta cuál será su efecto, *cf.* KLABBERS, J. "Setting the Scene" ap. Klabbers, J. - Peters, A. - Ulfstein, G. (Eds.). *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 1 y ss. *Vide etiam* KRISCH, N. "Who is Afraid of Radical Pluralism? Legal Order and Political Stability in the Postnational Space", *Ratio Juris*, 24 (2011) 386.

(232) Voto Disidente, Juez Cançado Trindade, A.A., CorteIDH, caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Solicitud de Interpretación de Sentencia, Sent. Serie C/174, de fecha 30.11.2007, párrafo 7.

significativa *apertura normativa* hacia fuentes jurígenas externas que, atento a la cadadura adjudicada al vector interpretativo *pro homine*, anima la ya reseñada figura del Pacto cual *instrumento viviente* y encuentra un espacio propicio para que la Corte IDH se *re-localice* sistemáticamente como autoridad interpretativa del *corpus juris internacional* -a más del interamericano- y se oriente a reivindicar -y hasta terciar- el cometido de imprimir al estatuto de los derechos un alcance concreto y efectivo en el contexto eminentemente complejo de la realidad latinoamericana -inclusive, llevando al paroxismo la teoría del efecto útil-, pues -a la par- se sustenta en (ii) la creación de *nuevos derechos*, atinente a la evidente -y no menos polémica- astucia de vincularlos sistemáticamente a uno o más fundamentos jurídicos preexistentes en el seno del documento convencional<sup>233</sup>; y *-last but not least-* en el (iii) el empujado uso de los conceptos transformadores de *no discriminación* ante los estereotipos que se ciernen sobre grupos no dominantes debido a su diversidad sexual, condiciones etarias, desplazamiento, etc. -art. 1.1, CADH-, con su corolario positivo, la igualdad -art. 24, CADH-, y -el de índole pretoriana- de *vulnerabilidad*, a través de una cartografía expansiva -en la que regularmente se alude, *v.gr.*, a niñas y niños, mujeres, migrantes, miembros de comunidades indígenas, defensores de derechos humanos, etc.-, con miras -en ambos casos- encaminadas a morigerar o desterrar las prácticas, normas o actos afectados por desigualdades de tipo estructural e imponer a los Estados parte obligaciones positivas reforzadas y ensanchar, así, sus compromisos internacionales -incluso, asignándoles, no sin una ardua crítica, a tales especímenes conceptuales la propiedad de normas *jus cogens*-<sup>234</sup>.

---

(233) Es que, para comprender adecuadamente este proceso interpretativo, la Profesora de la Université Paris-Sorbonne apela a la *figuración de una revelación* de derechos que estarían consagrados implícitamente en el texto convencional y que la Corte IDH simplemente *desvela* públicamente: “(...) aunque en ninguna parte del texto son “nombrados”, estos derechos terminan por ser desvelados, nombrados y, por lo tanto, creados”. Y para ello se vale de, por lo menos, dos técnicas específicas, a saber: (i) la técnica de *integración* de un novel derecho -*v.gr.*, el derecho a la verdad- a partir de contenidos de otros derechos textualmente consignados en el Pacto -*v.gr.*, los derechos al debido proceso y a la protección judicial estatuidos en los arts. 8 y 25 de la CADH-; y la de (ii) *combinación de las bases jurídicas existentes* en el seno de la propia Convención -combinación intraconvencional, tal como aconteció, *v.gr.*, al derivar el derecho indígena a la consulta previa, libre e informada del art. 21 en relación con los arts. 1.1 y 2-, o bien, a través de la invocación de un instrumento internacional exógeno a la misma Convención y su consecuente ligamen con ésta -combinación interconvencional, de estar, *v.gr.*, a la tutela del derecho a la identidad del menor con apoyatura en el art. 19 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y su articulación con los derechos a la personalidad jurídica, a la protección de la familia, al nombre y a la nacionalidad del texto interamericano [arts. 3, 17, 18 y 20 CADH] e interpretado en relación con varias disposiciones de la primera-, *cfr.* BURGORGUE-LARSEN, L. “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 12 (1) (2014), pp.105-161, 125-128.

(234) *Vide in extenso* BURGORGUE-LARSEN, L. “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 12 (1) (2014), pp. 105-161, 119-131, con la precisión de que la propuesta de una interpretación *abierto* de la CADH se aleja de los límites literales del art. 31 de la revivida Convención de Viena y -en cambio- se nutre, entre otros insumos, del Derecho internacional vinculante como del *soft law*, tanto de la jurisprudencia internacional -universal y regional- como la pergeñada por las jurisdicciones internas

De allí que no es totalmente necesario -de estar a la prevención precedentemente expuesta- que los teóricos constitucionales ciñan su campo visual al doblaje del orden jurídico estatal cual la *imagen desencantada* de Narciso [Νάρκισσος] -que, en la literatura mitológica, la versión lírica de Ovidio tan bien recoge como error, el error de Narciso, de aspirar agotar su comprensión a través del reflejo de la imitación perfecta de su propia idea<sup>235</sup>-, pues la consecuencia fundamental -para la argumentación de los adeptos al pluralismo jurídico- de la recurrencia al juego de los espejos curvos ya reseñado, finca en que su uso contribuye a configurar la transformación misma de las teorías de las fuentes, y aquí es la poesía borgiana la que mejor viene a simbolizarla al evocar -no sin confesar su terror a los espejos- cómo éstos logran *multiplicar el mundo como el acto generativo* y, así, incluir el *orbe profundo que urden los reflejos*<sup>236</sup>.

Lo incauto, en todo caso, parece fincar -más bien- en la circunstancia de que la propuesta orientada a disolver el icono de una dicotomía -demasiado rígida- entre el orden interno y el orden internacional de los derechos humanos, debido a las fricciones que desatan las lecturas domésticamente arcaizantes ó cosmopolitamente modernizadoras à outrance, se milite con tanta ansia, al punto que conduzca al lector a la intuición -temeraria, por cierto- de que tal resultado es factible únicamente gracias al *continuum* de soluciones sólo legales pero desarraigadas de la atmósfera política en la que se barajan; es que -con todo- no cabría sino admitir la complicada relación habida entre política y Derecho en el dominio metanacional: a pesar que, desde hace más de un siglo, los cultores del Derecho internacional han tratado de construir un ámbito jurídico autónomo -i.e, inmune a consideraciones de orden político- en el proceso de elaboración de decisiones orientadas a resolver disputas en la que se encuentran comprometidos contenidos normativos transnacionales, lo cierto es que -según lo insinúa Tom Ginsburg- el contexto de la adjudicación internacional es -casi por definición- uno *intensamente político*, y la *eficacia* de las disposiciones supranacionales requiere una cierta consideración, y sensibilidad además, de tal trama -en la que las controversias frecuentemente involucran altas apuestas y el sueño de un Derecho autónomo aportando soluciones técnicamente correctas se enfrenta, con toda crudeza, a las realidades que desnuda la *praxis* política-. Al mismo tiempo, agrega el Leo Spitz Professor of International Law de la Universidad de Chicago, los registros que anotan auténticos éxitos en la adjudicación de los derechos humanos en el orden internacional sugieren que algunas cortes de justicia han logrado sortear -con eficacia- esta tensión, tan pronto como los jueces dejan de ignorar -y, principalmente, los expertos de desaprovechar como

---

-del continente americano y hasta foráneas a éste-, de la doctrina de los comités convencionales -tanto interamericanos como universales-, de las reglas de buenas prácticas en ámbitos particulares, etc.

(235) OVID. *Metamorphoses*, L. III, v, p. 339 y ss. *Vide etiam* Ibidem. *Ovid's Metamorphoses*, Anderson, W.S. (Ed.). University of Oklahoma Press, Norman, 1997, pp. 371 y ss.

(236) BORGES, J.L. *Selected Poems*, Coleman, A. (Ed.). Penguin Books, New York, 2000, V. II, pp. 104-105.

tema central de sus estudios- que tales tribunales operan bajo precisas restricciones políticas *-political constraints-*, las que ayudan a comprender tanto las posibilidades cuanto las limitaciones con las que lidian, dentro de una zona de discreción judicial [*zone of judicial discretion*], en ocasión de ocuparse de la tutela jurisdiccional de los derechos -abonándose, así, la idea de que éstos reciben, en definitiva, de los intereses políticos un constante apoyo material-. De allí que -en ésta última línea de argumentación- se enlisten, por un lado, restricciones políticas *ex ante, i.e.*, aquellas que se implementan con antelación a la adopción de las decisiones por los juzgadores, al definir los términos en los que ejercitarán su jurisdicción, e impactan en su capacidad de respuesta, incluyendo la definición de su órbita competencial *-v.gr.*, factores institucionales de independencia y autonomía, sistema de nombramiento de los miembros de las cortes internacionales, duración de mandatos, incentivos de reelección, casuística de casos justiciables, etc.-, de pautas de interpretación y aplicación material de los tratados *-v.gr.*, definiendo reglas generales de exégesis y sus métodos complementarios, fijando principios de aplicación, como el de irretroactividad, o bien, de observancia, en función de las directivas *pacta sunt servanda*, de veda a la justificación del incumplimiento por normas internas, etc.- y de técnicas discursivas *-v.gr.*, promoviendo doctrinas del Derecho internacional que no quebranten la fidelidad con el instrumento de constitución [*founding treaty*], o bien, que disuadan la creación judicial ante el valladar de formales reglas de asignación de competencia o patrocinen virtudes de pasividad judicial o *self restraint-*, y, por el otro, restricciones políticas *ex post, i.e.*, aquellas que se activan luego de que los magistrados judiciales emiten una resolución y envuelven las hipótesis en las que el Estado resulta habilitado para ignorar, invalidar o rechazar decisorios adversos<sup>237</sup>,

---

(237) En este punto, el académico estadounidense apela al esquema tradicionalmente expuesto por Albert O. Hirschman a través de la fórmula *salir - voz - lealtad* [*exit - voice - loyalty*], de tal suerte que según una primera alternativa un Estado parte que no luzca conforme con los términos de una decisión judicial puede -no obstante- *cumplirla permaneciendo leal a sus obligaciones* [aunque, en este tópico, con reminiscencia a la reflexión de Walter Murphy, en orden a que los destinatarios resultan más prestos a aceptar "(...) *decisiones desagradables que parecen ser el resultado ineludible de deducciones rigurosamente lógicas*" MURPHY, W. *Elements of Judicial Strategy*, University of Chicago Press, Chicago, 1964, p. 17, sin perjuicio de que -tal como se ha verificado en la experiencia trasnacional- aquél, por el contrario, se sustraiga de la jurisdicción del tribunal, exonerándose -en esta segunda *chance-* de los compromisos asumidos mediante la denuncia del régimen del tratado -de estar, *v.gr.*, a las estipulaciones sobre denuncia o retiro consignadas en el art. 56 de la CVDT o a la cláusula opcional reseñada en el art. 36.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia-. Ahora bien, una tercera posibilidad finca en ejercer varias *formas de voz*, permaneciendo fiel al instrumento supranacional pero comunicando a los decisores el propósito de que su resolución no se efectivice -al menos, *in totum-*, aspirando -de esta manera- a *modificar los alcances* del fallo proferido o *influir en sus futuros pronunciamientos*, al margen de otras actitudes orientadas a menguar los efectos de la sentencia vertida: *v.gr.*, es posible que los Estados parte procuren anular el resultado interpretativo a través de la enmienda formal del tratado, el impulso de una exégesis literal y restrictiva de sus preceptos, etc., y hasta que acudan a mecanismos más generales -y, por ende, radicales- materializados en la capacidad de ataque [*ability to attack*], sea explícitamente al anotar su desagrado o repulsa ante una decisión judicial desfavorable o difícil -incluso, movilizándolo a la opinión pública-, sea implícitamente al procurar limitar la jurisdicción del

descontando que, así, como un punto inicial en el que las mentadas restricciones se evidencian es el atinente al *diseño institucional* a través de estipulaciones flexibles o precisas en la gama de sus detalles -al menos, desde que los instrumentos normativos que establecen y regulan la jurisdicción internacional brindan a los Estados una ocasión para que, al contribuir a la hechura de su régimen positivo, aseguren allí la receptividad de los intereses políticos, tanto ex ante como ex post-, tampoco deja de ser decisivo el análisis de los *incentivos de acatamiento* encaminados a estimular la calidad de la decisión, la estrategia de selección de causas, el involucramiento de los afectados y de la comunidad en general en función de audiencias públicas<sup>238</sup> -a los que cabe añadir la participación en el proceso de las presuntas víctimas, la intervención de *amicus curiae*, etc.-.

Entre otras cosas, las referencias anteriores dejan en claro que la pretensión de *apoliticidad* del constitucionalismo global -y hasta la de estar por *encima* de la mismísima política-<sup>239</sup> distan de entrañar un problema insignificante; ello se nota, incluso, con cualquier ejercicio teórico -como el anteriormente ensayado por Tom Ginsburg- en los que se evidencia su propiedad de sistemas *acoplados estructuralmente y mutuamente constitutivos*, de modo que, quizás, el punto central de la argumentación radique, en cambio, en hacer más claro cómo la alternativa jurídica puede moralizar, por un lado, y empoderar, por otro, a la política, y en tal empresa suscite en la actualidad -a través de un debate más rico y productivo- la pregunta apremiante sobre la *legitimidad de la gobernanza global, i.e.*, de las normas y de un

---

tribunal, reducir o influir su composición, retacear su poder efectivo en casos ulteriores, disminuir sus recursos presupuestarios, etc. Por lo restante, una cuarta variante estriba en ceñirse a desconocer e *incumplir la solución* rendida sólo en lo atinente al *caso sentenciado*, con mientes a que el cuestionamiento repercuta en el sentido de postreras interpretaciones de los magistrados supranacionales. *Vide in extenso* HIRSCHMAN, A.O. *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations and States*, Harvard University Press, Cambridge, 1970, pp. 1 y ss., 21 y ss., 30 y ss., 76 y ss; WEILER, J.H.H. "The Transformation of Europe", *Yale L. J.*, 100 (1990) 2403, 2411.

(238) GINSBURG, T. "Political Constraints on International Courts", *Public Law & Legal Theory*, Univ. of Chicago WP, 453 (2013), pp. 484-502, 484-494, antecedido su examen de una singular prevención sobre los puntos de vista que subyacen a las restricciones políticas -*v.gr.*, mientras algunos eruditos perciben en el empinamiento actual del Derecho internacional un nuevo conjunto de amenazas a las preocupaciones tradicionales en torno a la soberanía, al propio tiempo que temen, en especial, a la exorbitancia de los poderes judiciales, justificando, entonces, su admisibilidad en razones de rendición de cuentas [*accountability*], otros, en contrapunto, presagian el advenimiento del riesgo de una excesiva politización que aminore la potencia -y viabilidad- de las soluciones internacionales beneficiosas para los problemas de gobernanza-, y seguido -luego- su análisis de un detallado estudio de casos de destacados tribunales internacionales, entre los que se inserta ejemplificaciones atinentes a la Corte IDH [4.5, pp. 500-501].

(239) TRACHTMAN, J.P. "The Constitutions of the WTO", *European Journal of International Law*, 17 (2006), p. 623.

gobierno político que no dependen de una estructura de gobierno o gobernanza idénticas a la del Estado<sup>240</sup>.

14. En definitiva, si bien en el *inicio* se encuentra la doctrina de los legalistas del *Ancien Régime* y la decantación hacia la superioridad normativa de la Constitución política de los Estados -exhibida cual punto culminante [*crowning point*] de la jerarquía de un sistema jurídico estatal- merced los voceros del constitucionalismo de raigambre liberal-individualista que diseminaron -principalmente desde fines del siglo XVIII- la valía de las *Paper Constitutions*, lo cierto es que en el *final* (no se sabe aún): quizás el *triunfo del orden internacional de los derechos humanos*, y hasta -descontando las rutas de retorno a un particularismo sustentado en el principio de *lex specialis*, en el que la unidad del sistema global, que asume el conjunto de los fenómenos jurídicos descriptos como constituyendo otro Derecho, se des-arma en tanto éstos quedan fuera, no integrados al sistema único y universal<sup>241</sup>, prácticamente en un *état sauvage*<sup>242</sup> o librados a una *vie propre*<sup>243</sup>- también se presagia la *disolución de la jerarquía de las fuentes* en cuanto tal<sup>244</sup> -en la que a algunos académicos les resulta difícil sustraerse de la tentación de evocar la *heterarquía* como una bisoña creatura conceptual-

Queda en claro, entonces, que la interacción entre el Derecho constitucional y el Derecho internacional de los derechos humanos -y de sus fuentes- dista de pivotarse a partir de una colección de reglas y principios inmutables, pues aun cuando se exhiban como un almacén de sabiduría -*storehouse of wisdom*-<sup>245</sup>, los académicos que han apostado por un enfoque evolutivo más que adorar el pasado, deben -como lo previniera John H. Wigmore<sup>246</sup>- esforzarse a través de aportes críticos y creativos -si pretenden que la evolución jurídica represente progreso y no sólo movimiento- por relacionar aquéllos con los fines a los que sirven y reprobar la masa de productos

---

(240) PETERS, A. "The Merits of Global Constitutionalism", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16 (2) (2009), pp. 397-411.

(241) BOBBIO, N. *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, p. 186.

(242) CARBONNIER, J. *Sociologie du Droit*, Colin, Paris, 1972, p. 24.

(243) MIRKINE-GUETZEVITCH, B. *Les nouvelles tendances du Droit Constitutionnel*, Pichon, R. - Durand, R., Paris, 1936, p. 50.

(244) BARBERIS, M. "La fin de l'État et autres narrations" *ap.* Bonin, P. - Brunet, P. - Kerneis, S. (Eds.). *Formes et doctrines de l'Etat. Dialogue entre histoire du droit et théorie du droit*, Pedone, Paris, 2018, pp. 331 y ss; *Ibidem*. "La fine dello Stato e altri racconti", *Filosofia Politica*, 27 (2) (2013), pp. 317-328.

(245) CORBIN, A.L. "The Law and the Judges", *Yale L. Rev.*, 3 (1914), pp. 234, 246.

(246) WIGMORE, J.H. "Planetary Theory of the Law's Evolution" *ap.* Kocourek, A. - Wigmore, J.H. (Eds.). *Evolution of Law: Select Readings on the Origin and Development of Legal Institutions*, Little, Brown & Company, Boston, 1915-1918, V. III, p. 533.

normativos e interpretativos si ya no sirven razonablemente para objetivos válidos<sup>247</sup> -y hasta en hipótesis en las que las condiciones de aplicabilidad han cambiado-<sup>248</sup>.

Y no sería un reducido universo de ideas conceptuales las que -aquí- podrían controvertirse febrilmente por los eruditos<sup>249</sup>: desde la propiedad de comprensividad -*comprehensiveness*- de los sistemas jurídicos -en virtud de la cual, según Joseph Raz, estos *pretenden autoridad para regular cualquier tipo de conducta*, a diferencia de otros sistemas normativos que, precisamente, no la reclaman<sup>250</sup>, o bien, el designio de exclusividad que aviva la polémica sobre la *chance* de que dos sistemas jurídicos dominen sobre una misma porción territorial -*exclusiveness*-<sup>251</sup>, pasando por la cualidad de apertura de un sistema jurídico en el supuesto de que albergue normas cuyo propósito finque en conferir fuerza vinculante, dentro del mismo, a normas que no pertenecen a él y exigir de los jueces que actúen en la resolución de disputas sobre su base<sup>252</sup> -*openness*-, y -en especial- la endilgada condición de supremacía

---

(247) ELLIOTT, D.E. "The Evolutionary Tradition in Jurisprudence", *Colum. L. Rev.*, 85 (1985), p. 94.

(248) EPSTEIN, R.A. "The Static Conception of the Common Law", *J. Legal Stud.*, 9 (1980), p. 254, al menos si se retiene que -en opinión del Professor Emeritus de la Universidad de Chicago- el valor del sistema jurídico está -en definitiva- sujeto a una depreciación constante -*constant depreciation*-, pues con frecuencia las normas que se reputaban adecuadas en la era social en la que aparecieron por primera vez, con las condiciones cambiantes, seguramente darán paso a una nueva realidad -la ley, añade, debe evolucionar así con las instituciones humanas que gobierna para preservar su propia legitimidad-.

(249) De estar a la sugerencia del Profesor del *King's College* de Londres, Thomas Schultz, bajo la etiqueta de *misconceptions* -dando cuenta de que las habituales caracterizaciones de las notas tipificantes de un sistema jurídico no siempre resultan adecuadamente encuadradas en las muestras prácticas y hasta liberan un amplio espacio para el debate, *v.gr.*, si se retiene que los sistemas federales importan una sugerente evidencia del carácter no esencial de los atributos de exclusividad y supremacía-, *vide in extenso* SCHULTZ, T. *Transnational Legality*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 74 y ss. En este orden de ideas, *vide etiam* CULVER, K.C. - GIUDICE, M. *Legality's Borders. An Essay in General Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 22 y ss., pp. 131 y ss.

(250) RAZ, J. *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 150-151, aclarando el Emeritus Research Professor de la Universidad de Oxford y Columbia que "(...) si los sistemas jurídicos están constituidos para una finalidad determinada se trata de una finalidad que no implica una limitación sobre el alcance de competencia que pretenden".

(251) KRAMER, M.H. *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 96 y ss., sin perjuicio de que -además- se observe que la ausencia de la pretensión de regular los aspectos de la vida individual y colectiva en un determinado ámbito espacial obstaría la configuración de un sistema jurídico como un sistema jurídico completo -*full blown legal system*-.

(252) RAZ, J. *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 120, al margen de que se consientan que potenciales conflictos se desatan no sólo en términos de la relación de su adopción cuando los juzgadores domésticos aplican normas foráneas a su sistema sin que las mismas hayan observado las instancias formales de incorporación, sino también en referencia al criterio de pertenencia a un sistema institucionalizado, pues sería menester su modificación a través del ensayo de un *test* que identifique como pertenecientes al sistema a todas las normas que sus instituciones aplicadoras están constreñidas a aplicar, excepto aquellas normas que son meramente adoptadas -*adopted norms*-. *Vide*

-supremacy- en función de la cual cada sistema jurídico conllevaría la aspiración de erigirse -cual árbitro final de su propio dominio jurídico<sup>253</sup>- en la más encumbrada autoridad normativa del ámbito de su regulación, presentándose como el orden normativo superior de la comunidad sujeto -al menos, desde que reclama autoridad para regir las condiciones de establecimiento y funcionamiento de las instituciones normativas pertenecientes a aquélla-<sup>254</sup>.

En esta última empresa, como en el caso de los Estados, también el Derecho internacional de los derechos humanos ha impelido a los expertos -y algunos han cedido a la invitación- a imaginar otra realidad en la teoría de las fuentes, que trastorne la hasta aquí heredada, quizás bajo el entendimiento de que, incluso cuando se consienta que son los intérpretes quienes *in facto* controlan la identificación de las fuentes del Derecho<sup>255</sup>, lo cierto es que *nadie nunca ha logrado controlarlas en solitario*:

---

*etiam* Ibidem. *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford -New York, 2009, pp. 182, 193-194.

(253) MARMOR, A. *Positive Law & Objective Values*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 39 y ss.

(254) RAZ, J. *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 118, aun cuando se admita que los reclamos de no supremacía -*non supremacy claims*- y la multiplicidad de sistemas legales pueden existir en los hechos -pese a que como cuestión jurídica ello se descarte, en el temperamento de que un sistema jurídico no podría reconocer la supremacía de otro, debido a que ello viciaría su autoridad al sujetarlo, en orden a determinar qué sistema obedecer, a revisar las razones que la autoridad supuso-. Sobre el punto, *vide* VAN DER VOSSSEN, B. "Legitimacy and Multi-Level Governance" *ap.* Del Mar, M. (Ed.). *New Waves in Philosophy of Law*, Palgrave, New York, 2011, p. 262. De allí que algunos estudiosos arguyen que -en definitiva- la demanda sistémica raziana de supremacía se exhibiría como la *autocomprensión* del sistema jurídico en orden a que sus estándares proveen el último fundamento de los restantes estándares normativos reconocidos por el propio sistema, *cfr.* CULVER, K.C. - GIUDICE, M. "Making Old Questions New: Legality, Legal System and State" *ap.* Waluchow, W.J. - Sciaraffa, S. (Eds.). *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 282. En relación a la propuesta de una teoría interinstitucional del Derecho -*Interinstitutional Theory of Law*- que destaca la interacción de órdenes legales caracterizados en razón de los tipos de sus normas -en lugar de evocar su contenido o la membresía a un sistema jurídico- a través de patrones de intensa referencia mutua que incluyen formas de legalidad superpuesta -*overlapping forms of legality*-, *vide in profundis* Ibidem. *Legality's Borders. An Essay in General Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2010.

(255) PINO, G. "La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione", *Ars Interpretandi*, 16 (2011) 19-56. En efecto, la crisis de la doctrina de las fuentes pone en entredicho el compromiso en que se sustenta una teoría del Derecho *mainstream* -coherente con la idea de reducir el Derecho a la legislación y la adjudicación a la interpretación de la ley-, en mérito del cual los jueces sólo pueden interpretar las fuentes establecidas por el constituyente o por el legislador, pues "(...) *los grandes tribunales supremos, constitucionales e internacionales, se auto-atribuyen también el poder de elegir las fuentes. En particular, estos elevan, al rango de fuentes supremas, a materiales normativos antes no considerados formalmente jurídicos, y re-determinan las relaciones jerárquicas entre éstos y las fuentes formales (...) ello ha ocurrido muchas veces, desde Marbury vs. Madison (1804) (sic) en adelante, y en casos mucho más dudosos de la constitución federal estadounidense. Tratados europeos han sido interpretados como documentos instituyentes de la Comunidad Europea; preámbulos de constituciones han sido asimilados al bloc de constitutionnalité francés; leyes fundamentales han sido utilizadas como constitución de Israel, etc.*", de tal modo que para los adherentes al realismo jurídico la relación -más bien- se invierte desde que "(...) *la función principal*

las fuentes, en definitiva, siempre son el *resultado de cooperación y de conflicto* entre muchos sujetos y órdenes normativos distintos<sup>256</sup>.

---

*del Derecho es la adjudicación, mientras la legislación deviene mayormente en un modo de controlar y limitar a aquella*", cfr. BARBERIS, M. "Para una teoría realmente realista del Derecho", *Revus*, 29 (2016) 15-23, 17-21. *Vide etiam* TROPER, M. "Une théorie réaliste de l'interprétation", *ROJ*, 8 (2) (2006) 301-318, 312.

(256) BARBERIS, M. "La fin de l'État et autres narrations" *ap.* Bonin, P. - Brunet, P. - Kerneis, S. (Eds.). *Formes et doctrines de l'Etat. Dialogue entre histoire du droit et théorie du droit*, Pedone, Paris, 2018, pp. 331 y ss; *Ibidem*. "La fine dello Stato e altri racconti", *Filosofia Politica*, 27 (2) (2013), pp. 317-328.