

# DE SENTENCIAS, CONSTITUCIONES, TRIBUNALES, TRATADOS Y DISCURSO ACADÉMICO EN EL DEVENIR CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO CONTEMPORÁNEO: UNA MIRADA DESDE EL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE*\*

MARIO MOLINA HERNÁNDEZ\*\*

Recibido: 18 de abril de 2021. Aceptado: 29 de junio de 2021.

## RESUMEN

En los tiempos que corren, la trayectoria, desarrollo y devenir del constitucionalismo latinoamericano se presentan como un fenómeno extraordinario, tanto por los interesantes procesos nomogénéticos principalmente impulsados desde la función jurisdiccional en sedes nacional e internacional, como por el nutrido discurso académico en torno a estos desarrollos. En ese sentido, el fin que se persigue en este trabajo es trazar una sintética evolución histórica del pensamiento y desarrollo constitucionales en la región, poniendo de relieve su notable naturaleza y funcionamiento multinivel actual.

## PALABRAS CLAVE

Derecho constitucional latinoamericano, *corpus iuris* interamericano, *Ius Constitutionale Commune*, jurisprudencia interamericana.

---

\* Artículo de revisión.

\*\* Ayudante de profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Licenciado en derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Correo electrónico: mmolinah95@gmail.com.

# ABOUT JUDGEMENTS, CONSTITUTIONS, COURTS, TREATIES AND ACADEMIC SPEECH IN CONTEMPORARY LATINAMERICAN CONSTITUTIONAL LAW: AN APPROACH FROM *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE*\*

MARIO MOLINA HERNÁNDEZ\*\*

Received: april 18, 2021. Accepted: june 29, 2021.

## ABSTRACT

In these times, the trajectory, development and future of Latin American constitutionalism are presented as an extraordinary phenomenon, both due to the interesting nomogenetic processes mainly driven from the jurisdictional function in national and international venues, as well as the rich academic discourse around these developments. In this sense, the aim pursued in this work is to trace a synthetic historical evolution of constitutional thought and development in the region, highlighting its remarkable nature and current multilevel functioning.

## KEYWORDS

Latinoamerican constitutional law, interamerican *corpus iuris*, *Ius Constitutionale Commune*, interamerican jurisprudence.

---

\* Review article.

\*\* Assistant Professor at the Faculty of Law of Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Degree in law from the Universidad Nacional Autónoma de México. Email: mmolinah95@gmail.com.

## **1. A MANERA DE INTRODUCCIÓN: EL FORMANTE HISTÓRICO DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO**

Dentro de cada uno de los periodos de la historia constitucional latinoamericana pueden encontrarse acontecimientos paradigmáticos. Desde las experiencias primigenias y fundacionales del siglo XIX suscitadas en un contexto de hiperactividad constitucional a ambos lados del atlántico, pasando por la etapa de obscuridad y asfixia de las dinámicas constitucionales en los periodos dictatoriales, hasta el posicionamiento de la región como reflejo de la vanguardia del constitucionalismo a partir de las transiciones democráticas en la región y la articulación multinivel en la protección de los derechos humanos, se encuentran elementos con fuerte eco, que han reformado y transformado el pensamiento constitucional universal.

Es decir, el constitucionalismo mundial difícilmente pudiera ser comprendido adecuadamente si no se reconociera la fuerte influencia y difusión alrededor del globo de diversas categorías constitucionales surgidas y maduradas en América Latina. Por ello, el fin que se persigue en las siguientes páginas es poner de relieve el valor del desarrollo constitucional latinoamericano, a partir de un recorrido histórico.

### **1.1 PRIMEROS ATISBOS**

Siguiendo a Roberto Gargarella, podemos decir que las manifestaciones primigenias del constitucionalismo regional, suscitadas en la primera mitad del siglo XIX, tuvieron como preocupación fundamental las problemáticas propias de la independencia y la necesidad de su consolidación. De ahí que sean constantes los diseños institucionales y disposiciones constitucionales tendientes a la concentración del poder.<sup>01</sup>

---

01 Roberto Gargarella, "Recuperar el lugar del 'pueblo' en la Constitución", en *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas: Un homenaje a Mark Tushnet*, coords. Roberto Gargarella y Roberto Niembro (México: UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016), 18.

Posteriormente, a mediados del siglo, el objeto central de los empeños constitucionales se centró básicamente en cuestiones económicas y en aspectos territoriales como los relacionados con los desiertos. Así, el establecimiento de libertades económicas y políticas fueron un lugar común en los diseños constitucionales de aquellos años, lo que sin duda supuso un punto de consenso y encuentro entre los ideales sostenidos por liberales y conservadores, históricamente enfrentados de forma violenta.<sup>02</sup>

Asimismo, otro elemento trascendental de la evolución constitucional de este periodo es el relacionado con la formación de los diseños constitucionales que perdurarían históricamente en la región,<sup>03</sup> tales como la estructura básica de la organización constitucional del poder, esa “sala de máquinas de la Constitución” a la que alude constantemente el profesor Gargarella, producto de la tregua y consenso entre liberales y conservadores materializado en textos constitucionales cargados de derechos civiles, pero bastante limitados en cuanto a los derechos de participación política y en lo relacionado con la cuestión social.<sup>04</sup>

## 1.2 LA CONSOLIDACIÓN

Siguiendo a Villabela Armengol, la configuración constitucional contemporánea de la región estuvo marcada por el importante influjo del neoconstitucionalismo. La introducción de normas e instituciones de talante europeo fue un aspecto predominante en el devenir constitucional regional, buscando una modernización, propiciando la estabilidad democrática y la vigencia de los derechos humanos. La ilusión que se perseguía con esta reingeniería era la transformación estructural. Naturalmente, algunos de los injertos resultaron inoperantes por no responder a las necesidades del contexto cultural, provocaron tensiones políticas e institucionales, o bien, en algunos casos pasaron desapercibidos.<sup>05</sup>

Resulta innegable que estas renovaciones marcaron el inicio de un nuevo devenir del constitucionalismo regional, pues trastocó importantes aspectos fisonómicos de los ordenamientos y de la configuración

02 Ibid., 19. Ejemplo nítido de ello es la experiencia constitucional argentina, pues como pone de relieve el propio Gargarella: “De lo que se trataba era de consagrar un listado de derechos y ‘libertades civiles’ inviolables, que operasen como barreras infranqueables frente a las ansiedades reguladoras del propio Estado”. Véase: Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina* (España: Katz, 2015), 40.

03 Incluso existieron experiencias constitucionales, como la mexicana de 1824, particularmente en lo relacionado con aspectos orgánicos, que pueden ser consideradas como de gran calado por la perdurabilidad histórica y capacidad de implantación en ocasiones constituyentes posteriores. En ese sentido véase, entre otros: David Pantoja, *Bases del constitucionalismo mexicano. La Constitución de 1824 y la teoría constitucional* (México: FCE, 2017), 201.

04 Gargarella, “Recuperar el lugar”, 20.

05 Carlos Villabela, “El constitucionalismo contemporáneo de América Latina. Breve estudio comparado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, n.º. 149 (2017): 947.

institucional, tales como la soberanía, la concepción de la democracia, el entramado normativo e institucional de los derechos humanos y su protección, entre otros.<sup>06</sup>

En ese sentido, cabe destacar el proceso de renovación impulsado desde los finales de la década de 1980, comenzando con Brasil en 1988, Colombia en 1991, Argentina en 1994, Venezuela en 1999, y recientemente —de forma preponderante—, Ecuador y Bolivia en 2008 y 2009, respectivamente,<sup>07</sup> así como México en 2011.<sup>08</sup> El origen de estas transformaciones, se ha dicho, se encuentra en la necesidad de renovar las constituciones tras los lamentables periodos dictatoriales en diversos países de la región, así como en la adopción de reformas de corte neoliberal en los últimos años de la década de 1980.<sup>09</sup>

A la incorporación de aspectos como la irradiación general de la Constitución, el reconocimiento de los principios, la aplicación directa de las normas constitucionales, la imbricación del orden jurídico nacional con el internacional, entre otros elementos, se le sumaron otros instrumentos de manufactura autóctona, como las cláusulas de apertura al derecho internacional de los derechos humanos, el mandato constitucional de fines y objeto de los partidos políticos, la regulación de los derechos sociales, así como los novedosos e interesantes diseños de justicia y jurisdicción constitucionales.<sup>10</sup>

Una segunda oleada del nuevo constitucionalismo latinoamericano tuvo lugar en la primera década del siglo XXI, que tildado como constitucionalismo aspiracional por García Villegas, puede ser descrito a partir de cuatro grandes claves: i) el contexto político; ii) la pretensión de cumplimiento fáctico; iii) la ambivalencia entre lo político y jurídico; iv) el impulso político para su efectividad.<sup>11</sup>

En términos generales, la renovación constitucional de la región tuvo lugar desde la década de los años ochenta, en el marco de las transformaciones constitucionales en Europa.<sup>12</sup> La diversidad de experiencias

---

06 Ibid., 949. Sobre estas posturas escépticas, por todos véase: Roberto Gargarella, “Sobre el ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’”, *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, n° 1, (2018): 109-129.

07 Ramiro Ávila, *El neoconstitucionalismo andino* (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, 2016), *passim*.

08 Lorenzo Córdova, “La reforma constitucional de derechos humanos: una Revolución Copernicana”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n°. 256 (2011): 78-79.

09 Roberto Gargarella, “Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Anacronismo e irrupción. Revista de Teoría y Filosofía Política Clásica y Moderna*, n°. 4, (2013): 250.

10 Sobre esta cuestión, véase, entre otros: Domingo García, “Los tribunales constitucionales en América Latina” *Revista de Derecho Político*, n° 61, (2004): 309-321

11 Mauricio García, “Constitucionalismo aspiracional”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, n° 29, (2013): 82-83.

12 Son diversas, las experiencias constitucionales líderes en Europa que dan cuenta de estas importantes transformaciones. Desde la Ley Fundamental de Bonn (Alemania, 1949), la Constitución italiana de 1949, la española de 1978 o la portuguesa de 1976.

latinoamericanas sobre la forma de consolidar regímenes constitucionales democráticos constituye un patrimonio importantísimo sobre el devenir constitucional mundial —a partir de la incorporación de novedosos elementos que hemos repasado líneas arriba—, y los esfuerzos por la consolidación de nuevas realidades en contextos políticos y sociales de elevada complejidad, representan un campo de estudio merecedor de estudio, reflexión y crítica permanente.

### 1.3 LOS DESARROLLOS CONTEMPORÁNEOS: INTERNACIONALIZACIÓN Y HUMANIZACIÓN

Conforme a los planteamientos de la profesora Mariela Morales, los conceptos de internacionalización y humanización deben entenderse de forma interdependiente, pues ambos han desembocado en el entrelazamiento normativo del derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, materializado principalmente en el rango constitucional en el que se encuentran los tratados internacionales, y que en algunos casos gozan de primacía sobre el derecho interno.<sup>13</sup>

Este fenómeno de humanización del derecho en la región, tiene como génesis la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el año de 1948, en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), y posteriormente, en el año de 1959, con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) significó un importante paso en la protección de los derechos humanos, en tanto órgano encargado del seguimiento y monitoreo de los derechos humanos en los países signatarios.<sup>14</sup>

El siguiente acontecimiento relevante para la humanización, tuvo lugar veinte años después de la adopción de la Declaración Americana, cuando fue aprobada la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que con el paso del tiempo se posicionó como el documento de mayor relevancia en el SIDH (Sistema Interamericano de Derechos Humanos), pues constituye el catálogo de derechos humanos que los Estados ratificantes deben observar y define la organización, funcionamiento y procedimientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).<sup>15</sup>

Como puede advertirse, el proceso de humanización del derecho en América Latina ha sido el producto

<sup>13</sup> Mariela Morales, *La protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune* (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015), 136.

<sup>14</sup> Asimismo, véase: Carlos Pelayo, *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (México: CNDH, 2015): 14 y 15.

<sup>15</sup> *Ibid.*, 16.

de importantes acontecimientos, desde la adopción de la Declaración Americana,<sup>16</sup> la conformación orgánica del SIDH, la adopción de la CADH, así como la dinámica y desenvolvimiento permanente de la actividad jurisdiccional de la Corte IDH y el reconocimiento de la fuerza normativa del material jurídico interamericano.<sup>17</sup>

En síntesis, la internacionalización entendida como humanización de los regímenes jurídicos nacionales a través de la incorporación de elementos en clave de apertura, constituye el eslabón más acabado de la evolución jurídica de la región. Sin embargo, este proceso no debe comprenderse de forma estática, pues la naturaleza de estas evoluciones es en sí misma de carácter dinámica y operativa. Es decir, la interamericanización debe comprenderse como punto de partida y como proceso en constante evolución.

Como consecuencia de la apertura del Estado a un régimen jurídico eminentemente humanista, se advierte el reto de reconfigurar un concepto vertebral del derecho constitucional clásico: la soberanía<sup>18</sup>. Pues es a partir de ese concepto como surge el derecho constitucional, y a partir de este surge todo el orden jurídico nacional. Sin embargo, con un Estado abierto, se transita del universo a un pluriverso normativo, pues el derecho positivo de un Estado no es completamente expresión de un soberano o del poder popular.<sup>19</sup>

## 2. ¿HACIA UN IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA?

En líneas anteriores de este trabajo hemos revisado la evolución constitucional del constitucionalismo regional, desde las experiencias prototípicas hasta las manifestaciones más acabadas tendientes a la articulación del material normativo supranacional y nacional. En ese sentido, el objetivo siguiente

---

16 Sobre la gran importancia de la Declaración, existen voces como la de Thomas Buergenthal que hacen alusión a su carácter dual, en tanto instrumento político y jurídico. Véase: Thomas Buergenthal, “La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Revista IIDH, número especial en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1989): 111.

17 Guillermo Estrada, “Reflexiones sobre el impacto y cumplimiento del derecho internacional y el ‘material interamericano’ en el siglo XXI”, en *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, coord. Armin von Bogdandy (México: Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019), 109-15.

18 Por cuanto hace a los aspectos teóricos del concierto de soberanía, destacan las ideas de Armin von Bogdandy cuando refiere que este concepto destaca por su transparencia y coherencia, la idea clásica de la soberanía es por demás contundente y tiene una importante fuerza analítica y normativa, sin embargo, al día de hoy, el ejercicio de la autoridad y del poder público difícilmente puede ser explicado a partir de este. Véase Armin von Bogdandy, “Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual”, en *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos* (México: UNAM-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014), 6.

19 Ibid.

en este trabajo es vislumbrar las implicaciones de esta articulación jurídica en la creación de una dinámica y un derecho constitucional común para los países de la región.

## 2.1 ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DEL ICCAL?

La expresión derecho constitucional común en derechos humanos para América Latina tiene básicamente dos acepciones: una, relacionada con los contenidos normativos positivos; y, dos, aquella que está relacionada con una faceta discursiva y como un enfoque y metodología de aproximación al derecho<sup>20</sup> con una perspectiva integral, que toma en cuenta los factores económicos, sociales y culturales.

Los desarrollos teóricos emergentes que pugnan por la reconfiguración de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, así como entre elementos como la soberanía, el Estado y las relaciones internacionales, presentan como novedad un elemento internacional subyacente, pues parten de entender al Estado nacional como un espacio insuficiente para la protección de los derechos humanos, la democracia o el Estado de derecho.<sup>21</sup>

Esto no es baladí si se adopta una postura que atienda a la historia de América Latina, pues como señala Flavia Piovesán, nuestra región cuenta con un pasado de condiciones inaceptables, tales como los regímenes autoritarios y dictatoriales, los altos índices de violencia e impunidad, así como la ausencia de Estado de derecho y la precaria cultura de respeto y promoción de los derechos humanos.<sup>22</sup> De tal forma que una integración con miras a la transformación de las condiciones de vida de sus habitantes así como de las estructuras institucionales, bien puede considerarse un modelo válido en la región. Diferente en sus componentes y propósitos al modelo europeo, pues se tratará de otra integración. Una integración, si se quiere ver de esta forma, de y desde abajo.

Dentro del sector discursivo del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (en adelante ICCAL) es lugar común afirmar que dicha corriente teórica asume tres funciones principales: i) una relacionada con una pretensión analítica u ontológica que sirve para describir un fenómeno jurídico; ii) una función normativa encaminada a impulsar la consolidación de un constitucionalismo

20 Armin von Bogdandy, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, n.º. 34 (2015): 10-11.

21 Armin von Bogdandy, “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, 8.

22 Flavia Piovesán, “Protección de los derechos sociales: retos de un *ius commune* para Sudamérica”, en *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina*, coords. Armin von Bogdandy et al. (México: UNAM, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011), 370.



transformador en América Latina; y, iii) un enfoque académico integrado por participantes de diversas nacionalidades, que trabaja a partir de la metodología comparativa.<sup>23</sup>

Por lo que hace a la primera función podemos decir que el fenómeno al que busca aproximarse o explicar el ICCAL es el relacionado con la interacción normativa entre el corpus iuris interamericano y los textos constitucionales nacionales latinoamericanos (a través de las cláusulas de apertura al derecho internacional contenidas en diversos ordenamientos), que ha derivado en una relación de fortalecimiento mutuo.<sup>24</sup>

La función normativa del ICCAL se materializa a través del impulso de la transformación social en América Latina, con la finalidad de hacer plenas y efectivas las garantías, deseos y promesas establecidos en las constituciones latinoamericanas posteriores a las experiencias dictatoriales, a partir de la incorporación de diversas perspectivas nacionales en un enfoque común de apoyo mutuo y diálogo, derivado del entendimiento de la insuficiencia del espacio estatal para la protección de los derechos humanos.<sup>25</sup>

Asimismo, respecto de la naturaleza del ICCAL, existen voces como la de Héctor Fix-Fierro, que señalan que más allá de la identificación de los rasgos, principios y valores comunes entre los ordenamientos constitucionales de la región y de las implicaciones culturales que ello representa, en la actualidad podemos hablar de la construcción de un derecho constitucional común latinoamericano en sentido estricto a través de la expansión de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los ámbitos constitucionales internos.<sup>26</sup>

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

---

23 Armin von Bogdandy et al., “*Ius constitutionale commune* en America Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism”, *MPIL Research Paper Series*, n.º 21, (2016): 2. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2859583](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2859583).

24 Ibid.

25 Ibid.

26 Héctor Fix-Fierro, “Presentación”, en: *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, coords. Armin von Bogdandy (México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. I.), XII-XIII.

27.

## 2.2 EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

Como hemos adelantado, el proyecto ICCAL enfrenta diversos retos, tanto en el ámbito práctico como en el teórico. La discusión al respecto puede ser abordada desde dos puntos de vista: i) una, relacionada con las voces reticentes a reconocer los nuevos desarrollos del devenir jurídico latinoamericano; y, ii) otra enfocada en la construcción de un discurso académico que cultive la construcción de un derecho común regional. El sustrato teórico de esta discusión puede ser identificado con la reticencia de pensar dinámicas políticas y constitucionales más allá de los confines estatales por una parte,<sup>28</sup> y por la otra la intención de reconfigurar estos paradigmas a la luz de las necesidades jurídicas actuales.<sup>29</sup>

## 2.3 EL ESCEPTICISMO HACIA LA INTEGRACIÓN CONSTITUCIONAL INTERAMERICANA

Son diversas las voces que mantienen una postura escéptica respecto de la existencia de dinámicas constitucionales más allá de los confines estatales. Desde aquellas posturas distantes de la construcción de un constitucionalismo global, hasta las que de forma puntual se enfocan en la imposibilidad de construir un constitucionalismo transformador en la región. Al respecto, son destacados los trabajos de Herrera en los que reflexiona en torno a la idea de un derecho común en América Latina con base en sus críticas teóricas<sup>30</sup> así como prácticas.<sup>31</sup>

Dentro de estas posiciones escépticas, señala Herrera, destacan las consideraciones de Villagrán y Vecoso,<sup>32</sup> o las de Rodiles,<sup>33</sup> quienes en términos generales, sostienen que el ICCAL no representa alguna perspectiva original para entender el derecho público de la región. O bien, lo expuesto por

---

27 Flavia Piovesán, *Protección de los derechos sociales*, 370.

28 Valdría la pena revisar lo dicho por Carl Schmitt en su célebre concepto de lo político, en el que refiere que: “En general ‘político’ se equipara en alguna forma con ‘estatal’, o por lo menos es referido al Estado. Entonces el Estado aparece como algo político y lo político como algo estatal —evidentemente un círculo poco satisfactorio.” Véase: Carl Schmitt, *El concepto de lo político* (Buenos Aires: Struhart & Cía, 2015), 20.

29 Luigi Ferrajoli, *Constitucionalismo más allá del estado* (Madrid: Trotta, 2018), 55.

30 Juan Herrera, “La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas teóricas”, *MPIL Research Paper Series*, n.º 25 (2020). Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3652404](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3652404).

31 Juan Herrera, “La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas prácticas”, *MPIL Research Paper Series*, n.º 26 (2020). Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3652423](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3652423).

32 Carlos Villagrán y Fabia Vecoso, “A Human Rights Tale of Competing Narratives”, *Revista Direito e Praxis* 8, n.º. 2, (2017): 1613.

33 Alejandro Rodiles, “The Great Promise of Comparative Public Law for Latin America: Toward *ius commune americanum?*”, en *Comparative International Law*, eds. Roberts, Anthea (Oxford: Oxford University Press, 2018).

Alterio,<sup>34</sup> quien refiere que el “constitucionalismo transformador” es un concepto inmaduro que representa un peligro por lo que hace a la excesiva judicialización de la política.

Por otra parte, Castilla igualmente mantiene una postura escéptica con base en tres cuestionamientos: “1. ¿Qué tan común es la Convención Americana y demás tratados interamericanos entre los países latinoamericanos? 2. ¿Qué tan comunes son entre los países latinoamericanos las referidas cláusulas de apertura? 3. ¿En verdad todo eso es tan común?”.<sup>35</sup>

Respecto del primer interrogante, señala Castilla que actualmente no todos los países que se pueden identificar como latinoamericanos son parte de la CADH, y que no todos han aceptado la totalidad de su contenido. Por lo que hace al segundo cuestionamiento, el autor considera que tan sólo Argentina cuenta con una cláusula de apertura expresa a la CADH. Finalmente, sobre la tercera pregunta, Castilla señala que sólo países como Costa Rica o Ecuador, cumplen a cabalidad los elementos señalados en las dos primeras interrogantes.<sup>36</sup>

Asimismo, para los posicionamientos escépticos resulta de especial atención el desmedido acento que se ha dado en la función jurisdiccional tanto a nivel internacional como en el plano doméstico. Pues se ha dicho que el comportamiento de estos actores ha derivado en un activismo judicial que implica una traducción judicializante de las demandas sociales y políticas.<sup>37</sup> Esto ha traído como consecuencia ignorar a los poderes parlamentarios y ejecutivos<sup>38</sup> que igualmente merecen atención, dejando de lado

---

34 Ana Alterio, “El *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum* y los desafíos de la judicialización de la política”, *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas* 20, n.º 1 (2018): 2.

35 Karlos Castilla, “Qué tan común es lo común del *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano*”, *Ventana Jurídica. Blog de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* (blog), 21 de junio del 2017. <https://facultad.pucp.edu.pe/derecho/blog/que-tan-comun-es-lo-comun-del-ius-constitutionale-commune-latinoamericano/>.

36 Ibid.

37 Al respecto, Pedro Salazar ha señalado que: “No pienso que los jueces por sí solos puedan ofrecer garantías plenas a los derechos ni creo que éstos demanden únicamente una protección jurídica o jurisdiccional. Ya he afirmado que los derechos, como fenómenos complejos, requieren de garantías políticas, económicas e incluso sociales. Necesitan, además, de un contexto cultural que les ofrezca sustento. Sin embargo, también es cierto que la función judicial es clave en los Estados constitucionales para superar conflictos de manera pacífica y para procesar los reclamos de manera institucional”. Véase: Pedro Salazar, “La disputa por los derechos y el *ius constitutionale commune*”, en *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, coords. Armin von Bogdandy et al., (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014), 43.

38 Sobre esta problemática ya nos hemos pronunciado en otros trabajos, véase: Mario Molina, “Administración pública y control de convencionalidad: problemáticas y desafíos”, *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo* 5, n.º 2, (2018): 287-299; y, “Derecho administrativo, administración pública y gobernanza global”, en *Derecho administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*, coords. William I. Gallo et al., (Belo Horizonte: Fórum, 2018), 409-416.

su potencial respecto de la protección de los derechos humanos.<sup>39</sup>

Por lo que hace a las críticas prácticas, igualmente la cuestión judicial asume un papel preponderante. Al respecto Herrera ha identificado siete aspectos: i) ¿por qué el énfasis en el poder judicial?; ii) la idea del diálogo judicial en un sistema de derecho común latinoamericano; iii) la relevancia del control de convencionalidad frente a las últimas palabras; iv) protección convencional, coadyuvante y complementaria desde arriba y desde abajo; v) la deferencia y/o el margen de apreciación nacional frente al factor democrático; vi) el factor conceptual y de diseño frente a la deferencia y/o el margen de apreciación nacional; vii) protección estructural de los derechos: ¿judicialización o reacomodación de la separación de poderes?<sup>40</sup>

Las respuestas que ha dado Herrera a las críticas mencionadas en su vertiente teórica, consisten básicamente en la reivindicación de diversas categorías conceptuales que no han sido debidamente valoradas. En ese sentido, sostiene nuestro autor que en el pensamiento jurídico latinoamericano aún pueden detectarse diversas voces que pudieran ser consideradas como “zombis intelectuales”,<sup>41</sup> equiparables a “muertos vivientes”, que aún se mantienen bastante reacias a comprender la interacción entre el derecho internacional y el derecho constitucional en una nueva tónica.<sup>42</sup>

Señala Herrera que de la lectura de las voces detractoras del proyecto del ICCAL, puede advertirse que en el pensamiento jurídico latinoamericano aun deambulan ideas que pueden ser equiparadas a “zombis intelectuales” de otra época, que se empeñan en entender la interacción del derecho internacional con el derecho constitucional en clave monista/dualista y otros extremos binarios, basados en una visión vertical y formalista, alejada por mucho de una concepción de pluralismo jurídico.<sup>43</sup>

Además, respecto de las posiciones escépticas que ponen en tela de juicio lo relacionado con el elemento común subyacente a las dinámicas políticas y constitucionales en los países de la región,

39 Herrera, La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas teóricas, 5.

40 Herrera, La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas prácticas, 6-26.

41 Esta expresión por demás elocuente, acuñada por el profesor von Bogdandy, hace referencia a las añejas categorías que buscan explicar las dinámicas constitucionales e internacional contemporáneas. En ese sentido, este autor ha señalado que: “[A]l discutir la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, la mejor opción es prescindir de los conceptos doctrinales y teóricos de monismo y dualismo. Tal vez puedan ser útiles para indicar una disposición política más o menos abierta hacia el derecho internacional, pero desde una perspectiva científica son unos ‘zombis’ intelectuales de otro tiempo que deben descansar en paz o ‘reconstruirse’. La concepción general de la relación entre las normas internacionales y las del derecho interno debería asentarse en otra base conceptual”. Véase: Armin von Bogdandy, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado supranacional e internacional* (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011), 288.

42 Herrera, La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas teóricas, 6.

43 Ibid.

Herrera realiza un análisis cualitativo de la incorporación de aspectos relevantes en los ordenamientos constitucionales para la construcción del ICCAL. En ese sentido, son por demás sugerentes las conclusiones de Herrera en las que pone de relieve la intensa incorporación de aspectos como la cláusulas de apertura al derecho internacional en los países que representan el 89.07% de la región y el 86.06% de la población latinoamericana, lo que sin duda deja en claro la realidad imperante sobre lo común.<sup>44</sup>

Por otra parte, las críticas hacia elementos y materiales neurálgicos del ICCAL como el control de convencionalidad y el rol de la jurisprudencia, basadas principalmente en cuestionamientos como la inexistencia de contenidos literales en la CADH que habiliten la obligatoriedad del control de convencionalidad, o los lineamientos que han de seguirse para interpretar el corpus iuris interamericano, dan cuenta de un recalcitrante empeño en seguir entendiendo al derecho y a la función jurisdiccional de forma literalista, ignorando que el rol contemporáneo del poder judicial está enfocado en la determinación del derecho, su alcance y sus contenidos.<sup>45</sup>

Respecto de las críticas de carácter práctico señaladas líneas arriba, Herrera responde a estas cuestiones. La primera objeción, enfocada en el rol preponderante del poder judicial en la construcción del ICCAL, se señala que ante la falta de voluntad política de otro tipo de actores,<sup>46</sup> gradualmente se conformó un sistema supranacional fundamentado en el eje de los derechos humanos y las Cortes como motor de transformación. No puede ignorarse el valor del sistema interamericano que, resiliente, ha sobrevivido a las devastadoras y desastrosas etapas autoritarias en la región. Además, no puede ignorarse la función eminentemente subsidiaria de la judicatura, pues su función ha estado asociada a la aplicación e interpretación de las normas y no a la de verdaderas fuentes del derecho, así, su creatividad encuentra como límite la solución de ambigüedades o colmar lagunas jurídicas.<sup>47</sup>

Por lo que hace a los escepticismos respecto del diálogo judicial, señala Herrera que estas perspectivas críticas están basadas en una concepción errónea de unidireccionalidad. Si se asume una óptica más amplia del concepto de dialogo judicial, podemos reivindicar su verdadero valor más bien relacionado

---

44 Ibid.

45 Ibid, 21.

46 Sobre la politización del espacio jurídico internacional, véase, por todos: Armin von Bogdandy, “Lo público en el derecho internacional a la luz de ‘El concepto de lo político’ de Schmitt”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, n.º 1 (2018) 1-32. Además, destacan las consideraciones del mismo autor junto con Ingo Venzke, en: Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, “¿En nombre de quién? Un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación democrática”, en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, coords. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García, (México: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-OEA-UNAM, 2013), 85.

47 Herrera, La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas prácticas, 7.

con una conversación o discusión. El diálogo judicial puede ser explicativo o descriptivo, puede ofrecer elementos para proporcionar una comprensión común sobre lo que es el derecho y lejos de ser un “monólogo” o “soliloquio”, la realidad es que este método aspira a encontrar soluciones compartidas que sean mutuamente aceptables.<sup>48</sup>

Otro de los elementos prácticos del ICCAL que enfrenta severas críticas es el control de convencionalidad, que para las voces críticas ha derivado en un “efecto aversivo” de corte soberanista frente a la institucionalidad supranacional interamericana. Estas voces pueden dar lugar a un entendimiento equivocado de intromisiones en la soberanía nacional, cuando la verdad es que a partir de estos mecanismos son una invitación a la expansión y construcción de estándares por medio de los jueces en todos sus rangos.<sup>49</sup>

En el mismo sentido, cabe destacar la obsesión de algunos autores de entender estas dinámicas en términos verticales, reclamando mayor autonomía o “deferencia” para los tribunales nacionales al momento de determinar el alcance y contenido de ciertos derechos. Lo que está detrás de estas afirmaciones, considera Herrera, es una bandera soberanista en su forma más tradicional y básica al reclamar la “intromisión” de un órgano supranacional, que a través de una vía judicial contramayoritaria introduzca aspectos políticos como cambios legislativos en el ámbito doméstico. Sin embargo, la verdadera razón de ser de mecanismos como los mencionados, radica en que, a través de estas dinámicas, los tribunales de cierre en el ámbito nacional y supranacional son órganos en la base de la estructura, pues:

La doctrina del control de convencionalidad está para que todos los intérpretes de la Convención (nacionales y supranacionales) fijen los términos mínimos para el diálogo judicial y para procurar un estándar balanceado de protección. ¿Genera esta fórmula problemas técnicos? Por supuesto que sí. ¿Imposibles de solucionar? No. De allí que a las respuestas no siempre deban ser puramente técnicas, sino además analizadas con los contextos y desafíos de convergencia multidimensional de la región.<sup>50</sup>

Una de las críticas más trabajadas al proyecto del ICCAL es la relacionada con el factor democrático. La democracia es un pilar de la idea de un derecho común para la región y no es un concepto poco explorado, pues es fundamental para determinar el margen de maniobra que legitima la entrada del elemento supranacional al ámbito doméstico. A partir de metodologías como la medición de la

48 Ibid., p. 8.

49 Ibid., p. 14.

50 Ibid., p. 20.

calidad de la democracia es como pueden superarse las problemáticas relacionadas con nociones como “margen de apreciación” o “deferencia”.<sup>51</sup>

Como conclusión de este apartado, podemos sostener que en el espacio jurídico latinoamericano en la actualidad está ocurriendo algo de magnitudes importantes. Independientemente de que estos fenómenos supongan algo nuevo o desconocido, el fin que se persigue es aprovechar el potencial transformador del derecho público. Más allá de que las críticas constantes y nutridas, basadas en el rol protagónico del poder judicial, debe reconocerse el valor de esta dinámica institucional, pues como señala Herrera, se trata de: “Una transformación silenciosa y sin sangre, inspirada en un mandato cargado de profunda inconformidad con el presente y la normalización de la desigualdad, la pobreza, la exclusión y otras anomalías”.<sup>52</sup>

### **3. LOS RETOS Y PROBLEMÁTICAS COMUNES COMO IMPULSO PARA EL ICCAL**

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

#### **3.1 FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL**

Una de las problemáticas y retos principales para el proyecto ICCAL tiene que ver con el desempeño y empoderamiento institucional. En ese sentido, señala Parra Vera, es necesario apreciar el impacto que han tenido elementos como las sentencias interamericanas en el devenir institucional de los Estados de la región. Para ello, es necesario adoptar una visión renovada del Estado, pues lejos de concebirlo como un ente monolítico o unificado, sería más afortunado concebirlo como polimorfo, es decir como un ente que centraliza distintas redes de poder político.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> Ibid., 21.

<sup>52</sup> Herrera, La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas prácticas, 33.

<sup>53</sup> Óscar Parra, “El impacto de las decisiones interamericanas. notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al ‘empoderamiento institucional’”, en *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, coord. Armin von Bogdandy et al. (México, UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014), 390.

Durante los años primigenios de funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, muchos Estados actuaron con una actitud intransigente o reticente, al grado de ser tildados como “enemigos” del Sistema, y aunque en la actualidad aún pueden detectarse algunos casos de relación tensa entre algunos Estados y los órganos del Sistema, la situación en términos generales ha progresado de forma notable. Existen diversos casos en los que funcionarios e instituciones han invocado decisiones interamericanas en escenarios de confrontación con otros poderes públicos.<sup>54</sup>

En ese sentido destacan ejemplos como las medidas cautelares para magistrados de la Corte Suprema de Colombia;<sup>55</sup> las tensiones entre la Sala Criminal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala;<sup>56</sup> las tensiones entre los poderes legislativo, judicial y ejecutivo en relación con la implementación del caso Gelman;<sup>57</sup> o bien, las tensiones entre los ámbitos federal y local.<sup>58</sup> El elemento común subyacente a las experiencias citadas radica en la interacción entre los diversos estados con el Sistema Interamericano en el marco de dinámicas de interacción estratégica entre la intervención internacional interamericana y los órganos estatales nacionales que encontraron resistencia de otros órganos nacionales para la protección de los derechos humanos.<sup>59</sup>

No puede ignorarse el importante rol que ha asumido el material interamericano en el fortalecimiento de los actores institucionales locales. Estas decisiones interamericanas asumen relevancia en el diálogo interinstitucional local, en el que a través de mecanismos como las reformas constitucionales y legales, así como por el impulso jurisdiccional, se ha transformado la realidad para dar mayor peso al derecho internacional de los derechos humanos.<sup>60</sup>

### 3.2 LA CUESTIÓN INDÍGENA, EXCLUSIÓN, POBREZA Y DESIGUALDAD

Históricamente, los derechos humanos, la democracia y el constitucionalismo han sido abordados

---

54 Ibid, 393.

55 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, MC 1119/09. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/cap.3ci.09.sp.htm>.

56 Véase: Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91; y, Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C No. 106.

57 Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

58 Véase, entre otros: Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205; Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126; o bien: Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

59 Óscar Parra, El impacto de las decisiones, 395-415.

60 Ibid., 419-420.



desde un punto de vista liberal, incluso existen posicionamientos en los que el liberalismo es una noción indisociable de estos conceptos. Sin embargo, existen otras posturas que reconfiguran los fundamentos de estos conceptos, sustituyendo los liberales por otros de corte emancipador.

En América Latina, la región más desigual del mundo, marcada por la violencia, la marginación, la exclusión, la explotación y el déficit representativo en la arena política, estos postulados encontraron un campo fértil para su desarrollo. Así, tenemos que las constituciones latinoamericanas cuentan con un alto potencial transformador en lo tocante a las relaciones de poder, el respeto de los derechos humanos y conceptos renovados de democracia.<sup>61</sup>

En los últimos años se ha desarrollado en la región latinoamericana una novedosa forma de aproximarse al constitucionalismo, en la que se toma plena consciencia de las condiciones estructurales e históricas de marginación, desigualdad y exclusión imperantes en las sociedades de los países latinoamericanos, y es conocida como constitucionalismo transformador.

Ahora bien, existen consenso en que las manifestaciones más acabadas de este fenómeno son las constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Además, existen voces, como la de Rainer Grote, que sostienen que un ejemplo primigenio de este fenómeno es la Constitución mexicana de 1917, ya que es un texto con gran atractivo popular y con un fuerte contenido social.<sup>62</sup>

Asimismo, el derecho internacional ha sido un escenario para la protección de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, y podemos mencionar diversos acontecimientos trascendentes para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, tales como la adopción del Convenio 169 de la OIT o de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y que si bien esta última no representa una gran innovación al no establecer ningún nuevo derecho que no estuviera contemplado en otros ordenamientos, su valor lo constituye la claridad respecto de cómo se relacionan los derechos de los pueblos indígenas con sus condiciones de vida, por lo que funciona como un mapa de acción para los Estados al momento de implementar políticas en derechos humanos.<sup>63</sup>

Además de estos ordenamientos específicos, otros instrumentos del derecho internacional de

---

61 Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur* (Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-Programa Democracia y Transformación Global, 2010), 90.

62 Rainer Grote, "La Constitución mexicana de 1917, ¿Un ejemplo temprano de constitucionalismo transformativo?", en *Influencia extranjera y trascendencia internacional. Derecho comparado. Primera parte*, coords. Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, (México: Senado de la República-LXIII Legislatura, Secretaría de Cultura, INEHRM, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017), 81.

63 Rodolfo Stavenhagen, "Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas", *Revista IIDH* 48, (2008): 257-258.

los derechos humanos son de gran valor en tanto que reconocen a los pueblos indígenas todos los derechos individuales universales,<sup>64</sup> pero por otra parte, como señala Rodolfo Stavenhagen, derivado de los diversos instrumentos del orden jurídico internacional, existen ciertos derechos específicos cuya titularidad únicamente corresponde a estos grupos, como por ejemplo, los derechos de libre determinación o los derechos sobre la tierra, los territorios y los recursos naturales.<sup>65</sup>

En suma, el constitucionalismo transformador es una corriente que renueva los contenidos del constitucionalismo liberal, a través de la inversión de las posiciones de poder de los sectores dominantes y los históricamente marginados y excluidos del juego político, quienes conducen una actividad refundadora del Estado y las instituciones. Su sustrato de derecho positivo se integra por las constituciones nacionales, en las cuales se plasman contenidos enfocados básicamente a la inclusión y la participación popular, así como por los diversos instrumentos internacionales que de forma general o particular están enfocados a la protección de los derechos de los sectores excluidos.

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

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

---

64 Ibid., 258-259.

65 Ibid., 263-366.

estructural.<sup>66</sup>

Al respecto, Clérico, Ronconi y Aldao advierten cinco categorías sospechosas<sup>67</sup> presentes en el desarrollo jurisprudencial nacional e internacional, sobre las cuales se ha intentado avanzar por esta vía en el mejoramiento de estas condiciones : i) nacionalidad y migrantes; ii) etnia; iii) edad; iv) discapacidad; v) orientación sexual; y, vi) pobreza.

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

#### 4. EL MATERIAL NORMATIVO DISPONIBLE

Ya que hemos descrito la naturaleza, orígenes e impulsos para el ICCAL, en este capítulo nos centraremos en aspectos como el sustrato de derecho positivo del proyecto (compuesto por el material constitucional e internacional), así como en la importancia del rol nomogénico<sup>68</sup> y transformador de la jurisprudencia interamericana y nacional. La finalidad que se persigue en este capítulo es ahondar en las consideraciones conceptuales y analíticas del ICCAL y poner de relieve su valor en el devenir jurídico positivo, más allá de las consideraciones teóricas y académicas.

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

---

66 Laura Clérico et al., “Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no discriminación, la no dominación y la redistribución y el reconocimiento”, en *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, coords. Eduardo Ferrer Mac-Gregor et al., (Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018), 22-23.

67 Sobre esta noción, véase: Guillermo Treacy, “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, *Lecciones y Ensayos*, n.º 89 (2011): 181-216.

68 La noción de nomogénesis obedece a procesos de creación normativa acontecidos en el ámbito jurisdiccional, así, piénsese por ejemplo en la función de los tribunales constitucionales o de la Corte Interamericana. Al respecto, véase: Néstor Sagües, *La Constitución bajo tensión* (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016): 403.

resentido la humanización e interamericanización de manera preponderante y más intensa.

#### 4.1 TEXTOS CONSTITUCIONALES NACIONALES

Desde el punto de vista normativo, el ICCAL se vale del impulso del constitucionalismo transformador subyacente en las experiencias de renovación constitucional posteriores a los regímenes autoritarios y pugna por el cumplimiento efectivo de las promesas principales de dichos ordenamientos. Asimismo, contenidos puntuales como los relacionados con la inclusión, en un marco de democracia constitucional, son relevantes para la construcción e impulso del ICCAL.<sup>69</sup>

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

León y Wong han señalado que esta dinámica puede ser explicada de dos formas: i) inserción explícita, cuando los ordenamientos constitucionales contemplan expresamente los derechos humanos y les dan un tratamiento constitucional;<sup>70</sup> o bien, ii) una inserción implícita, manifestada principalmente en las cláusulas abiertas. También se ha dicho que la recepción del material normativo internacional puede funcionar con base en cuatro rangos de jerarquización: i) supraconstitucionalización, que implica la supremacía de los tratados sobre la Constitución y determina que la validez del tratado y su vigencia; ii) la constitucionalización propiamente dicha, que implica la declaración del rango constitucional a ciertos documentos internacionales; iii) la subconstitucionalización de primer grado, que significa que los tratados internacionales se subordinan a la Constitución; y, iv) la equiparación legislativa, que implica la nivelación de los tratados internacionales con una ley común.<sup>71</sup>

Ahora bien, refiriéndonos a los ordenamientos nacionales que han incorporado cláusulas de apertura al derecho internacional podemos destacar experiencias como la de Chile, que con una formulación

69 Armin von Bogdandy et al., “A manera de prefacio. Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador”, en *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, coord. Armin von Bogdandy et al., (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law), 20-24.

70 Entre todas, la experiencia constitucional argentina es la mejor lograda en ese sentido, pues en el artículo 75.2 de dicho ordenamiento se encuentra una enumeración nominal de diversos tratados internacionales que gozan de “supremacía constitucional”. Véase: Alejandro Torres, “Los tratados internacionales en la Constitución argentina”, *Lecciones y Ensayos*, n.º. 67-68, (1997): 287.

71 Carolina León y Víctor A. Wong, “Cláusulas de apertura al derecho internacional de los Derechos Humanos: constituciones iberoamericanas”, *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* 18, n.º. 2, (2015): 103-104.

particular de estos elementos, abre la puerta a la adición de nuevos derechos esenciales que no se encuentren dentro de su articulado.<sup>72</sup> El caso boliviano es igualmente ilustrativo,<sup>73</sup> pues señala de forma lacónica que los derechos establecidos en ese ordenamiento no pueden ser entendidos como negación de otros derechos no enunciados.<sup>74</sup>

Por otra parte, existen algunas experiencias que a partir de la dignidad humana basan la apertura del ordenamiento nacional. Tales son los casos de Guatemala, Paraguay, Uruguay, Colombia, Venezuela, Perú, Honduras, Panamá y Ecuador. Existen otros casos basados en conceptos como los “derechos pertenecientes al pueblo en una democracia”, en “los derechos y garantías de la misma naturaleza que los derechos y garantías fundamentales” o en “la democracia cristiana”; tales son los casos de Puerto Rico, República Dominicana y Costa Rica.

Otro tipo de cláusulas constitucionales son igualmente relevantes para la construcción de un derecho común regional, como las relacionadas con la concepción de “América”, “Latinoamérica”, “Centroamérica” o el espacio caribeño. Estas disposiciones están presentes en diversos ordenamientos, como el artículo 9 de la Constitución de Colombia,<sup>75</sup> en el que se señala que la política exterior se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe.<sup>76</sup>

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

---

72 Artículo 5º La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

73 Artículo 13.  
(...)

II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.

74 Ibid., 106.

75 Artículo 9. Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe.

76 Peter Häberle, “México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*”, en *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, Peter Häberle y Markus Kotzur, (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, 124-125.

## 4.2 DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES

Como ya hemos mencionado, uno de los aspectos articuladores principales de todo el proyecto ICCAL es el relacionado con el elemento internacional. En ese sentido, destaca el rol que asume la CADH y el gran cúmulo de material normativo interamericano, integrado principalmente por el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Carta Democrática Interamericana y la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión y por los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.<sup>77</sup>

Ahora bien, lejos de ignorar el valor intrínseco del formante normativo propiamente internacional, sí es digno de destacar el desarrollo y tratamiento que se le ha dado a este en el plano nacional. Al respecto, es indudable la importancia que tuvo el movimiento generalizado de reformas constitucionales en América Latina desde mediados de los ochenta, y particularmente en los años noventa, a través de los cuales, los ordenamientos constitucionales ampliaron el material normativo en favor de las personas. Esta incorporación del derecho interamericano implicó un mejoramiento de la dinámica institucional de los sistemas democráticos.<sup>78</sup>

Aunque no puede hablarse en los términos más optimistas de una apertura o internacionalización íntegra a lo largo y ancho de la región, pues existen ordenamientos nacionales que permanecen intactos, vale la pena destacar el rol nomogénico y activo de sectores como la abogacía, las personas defensoras de derechos humanos, la función gubernamental y demás actores que son fundamentales para dotar de eficacia a los estándares internacionales y regionales en materia de derechos humanos en el ámbito doméstico.<sup>79</sup>

Ahora bien, sobre el formante normativo internacional, Acosta Alvarado ha sugerido una clasificación para presentar dicho material. En ese sentido, destaca las siguientes clases de normas: i) los principios de funcionamiento del sistema; ii) las normas sobre obligaciones generales de los Estados; iii) las

<sup>77</sup> Christian Steiner y Patricia Uribe, "Introducción general", en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 12.<sup>a</sup> ed., eds. Christian Steiner y Patricia Uribe, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, (Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung-Themis, 2014), 6.

<sup>78</sup> *Ibid.*, 9.

<sup>79</sup> *Ibid.*

relativas a los derechos de las personas; iv) las relacionadas con la interpretación; y, v) las disposiciones respecto de las sentencias, su obligatoriedad y cumplimiento.<sup>80</sup>

Por lo que hace a la primera categoría, Acosta alude al principio de subsidiariedad del funcionamiento del Sistema Interamericano, establecido en el preámbulo de la CADH, en el que se señala que el Sistema ejerce una protección coadyuvante y complementaria a la establecida en los regímenes constitucionales domésticos.<sup>81</sup> Además, cabe destacar la obligación de respetar los derechos previstos en dicho tratado internacional así como la de adaptar el ordenamiento nacional para tal efecto. Así las cosas, con la finalidad de cumplir con las obligaciones contraídas en la CADH y para evitar la activación del mecanismo internacional, los órdenes jurídicos nacionales deben seguir los lineamientos interamericanos respecto del acceso a la justicia.<sup>82</sup>

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

Gracias a esta disposición, los Estados y en consecuencia todos sus agentes, están obligados a reconocer y proteger los derechos contemplados en la Convención en los términos previstos en ella, términos que no se limitan a la redacción de dicho instrumento internacional sino que se construyen, también, desde la propia jurisprudencia interamericana.<sup>83</sup>

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

---

80 Acosta, *Diálogo judicial*, 50.

81 ... Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

82 *Ibid.*, 51.

83 *Ibid.*, 52.

influir en la reconfiguración de los ordenamientos nacionales en favor de la protección de los derechos.<sup>84</sup>

La tercera categoría normativa contiene los artículos 8 y 25 de la CADH, que determinan el fundamento y contenido del acceso a la justicia en el foro interamericano, que puede ser definido como:

El derecho que tiene todo individuo a accionar los recursos necesarios para la tutela de sus derechos y la solución de sus controversias, así como para la sanción de los delitos; persiguiendo con ello una respuesta acorde a derecho y ejecutable, obtenida en plazo razonable, ante un órgano competente independiente e imparcial luego de tramitar un proceso con las debidas garantías que aseguren tanto la defensa como la igualdad de condiciones entre las partes que participen en él. Este derecho incluye también la posibilidad de defensa motivada por el propio individuo.<sup>85</sup>

La efectividad de este derecho, a decir de Acosta Alvarado, está fuertemente entrelazada con la aptitud del desempeño judicial, aspecto que en la mayoría de las ocasiones necesita una articulación normativa, institucional y procesal, así como de la labor jurisdiccional conforme a los parámetros interamericanos. Por ello, el ejercicio de armonización es vital para el cumplimiento de los artículos 8 y 25 para respetar el principio de subsidiariedad.<sup>86</sup>

Con relación a la cuarta categoría normativa propuesta por Acosta, tocante a las normas sobre interpretación, se ha dicho que conforme a lo establecido por el artículo 29 de la Convención, los operadores jurídicos nacionales y regionales deben actuar conforme a la regla del efecto útil de los tratados internacionales, pues con base en esta norma, la judicatura interamericana se ha servido del corpus iuris internacional para determinar el contenido de los derechos previstos en la CADH de la mano de una diversidad de normas nacionales e internacionales que deriven la interpretación más favorable. Así, cualquiera que sea el origen de la interpretación más favorable, la judicatura regional y nacional debe ajustarse conforme a ella. Estamos pues, ante el fundamento de los mayores avances jurisprudenciales de la red de protección multinivel de los derechos y del catalizador para el acoplamiento jurisprudencial nacional e internacional.<sup>87</sup>

Finalmente, la quinta y última categoría normativa propuesta por Acosta está relacionada con el contenido de las reparaciones, la obligatoriedad de los pronunciamientos interamericanos y la

84 Ibid., 53. Asimismo, Véase: CORTE IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, no. 162, párr. 172.

85 Acosta, *Diálogo judicial*, 55.

86 Ibid.

87 Ibid. 56-57.



supervisión de su cumplimiento. Al respecto se ha dicho que a partir del artículo 63 de la CADH, la judicatura regional ha construido una nutrida jurisprudencia respecto de las reparaciones por demás interesante y variada, tales como las indemnizaciones, las medidas de restitución, rehabilitación y garantías de no repetición. En ese sentido, Acosta señala como ejemplos notables los casos en los que el juez regional condenó a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones por las que se condenó a un Estado y se motivó la reapertura de los procesos judiciales. Así, las judicaturas nacionales han podido hacer frente a la reapertura de procesos en torno a las violaciones de derechos humanos superando obstáculos como las leyes de amnistías o normas sobre caducidad o prescripción.<sup>88</sup>

Estos esfuerzos en torno a las reparaciones son reforzados por el mecanismo de supervisión del cumplimiento de sus sentencias que, establecido en el artículo 69 del Reglamento de la Corte IDH, se ha convertido en un auténtico escenario de diálogo entre los jueces regionales y los nacionales, pues en su desarrollo los representantes del Estado dan a conocer al tribunal interamericano, los obstáculos para el cumplimiento de la condena.<sup>89</sup>

### 4.3 JURISPRUDENCIA NACIONAL

Por otra parte, un rol fundamental de la jurisprudencia nacional respecto de la construcción del ICCAL es el relacionado con el cumplimiento de las sentencias interamericanas. En el caso mexicano por ejemplo, destaca la resolución del expediente “Varios” 912/2010, considerado como una de las más importantes para el orden jurídico mexicano en los más de 100 años de vigencia de la Constitución de Querétaro. Señala Herrera que, a partir de este acontecimiento, emergió la convicción por parte de la Suprema Corte de interrumpir y modificar un modelo judicial en torno al control de los actos del poder público y de la protección de los derechos humanos ante los tribunales.<sup>90</sup>

La intervención de la Suprema Corte en la recepción y tratamiento de la sentencia interamericana no era obligatoria, pues en este caso (Radilla Pacheco) el tribunal interamericano no analizó ninguna actuación de la Corte mexicana y tampoco determinó alguna obligación atribuible a dicho órgano jurisdiccional. Sin embargo, el tribunal mexicano consideró que el ordenamiento procesal contenía los

---

88 Ibid., 58. Por todos, véase: Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

89 Ibid., 59.

90 Alfonso Herrera, “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano. El papel de la Suprema Corte en la búsqueda de su cumplimiento”, en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Ejecución, nivel de cumplimiento e implementación de sentencias de tribunales constitucionales y cortes supremas en la región núm. 8*, eds. Víctor Bazán y Marie-Christine Fuchs. Bogotá: Tirant lo blanch-Konrad Adenauer Stiftung, 2020), p. 203. Asimismo, véase: Corte IDH. Radilla Pacheco Vs. México. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

elementos normativos suficientes para justificar su competencia e involucrarse en la implementación y cumplimiento de la condena.<sup>91</sup>

#### 4.4 JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

El formante jurisprudencial interamericano, construido en los cuarenta años de vida de la Corte IDH, es bastante rico en una diversidad de temas, desde la desaparición forzada, detenciones ilegales y arbitrarias, ejecuciones extrajudiciales, tortura, pena de muerte, hasta, de forma más reciente, a la violencia de género, justicia penal, debido proceso, libertad de expresión, migraciones, derechos de los pueblos indígenas y muchos más. Estos desarrollos han nutrido el derecho interamericano, con base en la interpretación de la CADH y el corpus iuris interamericano.<sup>92</sup>

A partir de las motivaciones principales de los tratados de derechos humanos, como lo es la construcción de un orden público común, la Corte IDH en sus labores de interpretación del material interamericano ha señalado que la finalidad de estos tratados está en la garantía y goce los derechos y libertades del ser humano y no tanto en buscar un equilibrio de intereses entre Estados. En ese sentido, la Corte ha señalado que con base en el deber de garantía de los derechos humanos, los Estados están obligados a organizar el aparato gubernamental y todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.<sup>93</sup>

Sentadas las bases a partir de las cuales funciona el devenir jurisprudencial interamericano, podemos destacar algunas aportaciones relevantes de la Corte IDH. Al respecto, uno de los temas principales presentes en el material jurisprudencial es la reparación integral. Y es que desde las primeras sentencias, la Corte ha sido un tribunal pionero en la promoción y aseguramiento de la reparación integral a las víctimas de violaciones de derechos humanos. Estas reparaciones pueden ser agrupadas dentro de seis categorías: i) restitución; ii) rehabilitación; iii) satisfacción; iv) investigación de los hechos y sanción si corresponde; v) indemnización; y, vi) garantías de no repetición.<sup>94</sup>

No puede negarse el valor de estas reparaciones, pues a partir de ello, la jurisprudencia interamericana

91 Ibid., p. 204.

92 Pablo Saavedra, “40 años cambiando realidades. Una mirada al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, coord. Armin von Bogdandy et al. (México: Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019), 552.

93 CORTE IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párr. 166.

94 Saavedra, 40 años cambiando realidades, 558.

ha tenido lo que Saavedra Alessandri denomina “impacto estructural”. Muestra de esto son las transformaciones en el ámbito estatal suscitadas a partir de las decisiones interamericanas, como lo son las reformas legislativas, la adopción de políticas públicas o la modificación de las prácticas estatales.<sup>95</sup>

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

## 5. EL ICCAL COMO DISCURSO ACADÉMICO

Como ha señalado el profesor von Bogdandy, así como muchos términos jurídicos (derecho constitucional, derecho internacional o derecho de familia), la idea de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina se refiere al derecho positivo y al discurso jurídico sobre el mismo.<sup>96</sup> En ese sentido, este proyecto se basa de forma importante en un discurso común de derecho comparado. Al respecto, uno de los pilares del discurso sobre el ICCAL lo constituye la fundación del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional en el año de 1974 en la Ciudad de Buenos Aires, Argentina, en el contexto de los regímenes autoritarios en la región.

Asimismo, destaca la iniciativa del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, de la creación del Coloquio Iberoamericano en el año 2004, que ha servido para la reflexión y conceptualización de diversos fenómenos jurídicos en América Latina, particularmente lo relacionado con el constitucionalismo transformador de la región. Esta iniciativa, coordinada por la profesora Mariela Morales Antoniazzi, ha fungido como foro para el intercambio, comparación y contraste de ideas de un nutrido grupo académico con una agenda de investigación común.

Esta plataforma de trabajo común también ha sido integrada por diversos actores institucionales, como los integrantes de judicaturas constitucionales nacionales, integrantes de la judicatura interamericana, ONG, entre otros. Lo que sin duda ha servido para la trascendencia de los desarrollos de este proyecto del ámbito estrictamente académico al devenir institucional fáctico.

---

95 Ibid., 567.

96 Armin von Bogdandy et al., “A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador” en *Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Textos básicos para su comprensión, coord.. Armin von Bogdandy et al. (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Plank Institute for Comparative Public Law, 2017), 24.

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

## 6. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

El derecho constitucional del siglo XXI enfrenta grandes transformaciones, principalmente las relacionadas con su intensa humanización e internacionalización. En la actualidad se posiciona como un derecho enfocado principalmente en la protección de la persona, alejándose cada vez más de su configuración primigenia relacionada con la consolidación de la soberanía y la organización y distribución del poder del Estado.

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

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

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

Como posibles puntos de partida para la continuación de los estudios de esta línea de investigación, podríamos sugerir principalmente la tensión existente entre los proyectos constitucionales regionales alternativos, señalados en algunas ocasiones como autoritarios, con el devenir jurídico internacional liderado por el desarrollo jurisdiccional de la Corte IDH. Al respecto, destaca la denuncia de la CADH por el estado venezolano o la doctrina de inejecución de sentencias desarrollada por actores judiciales de dicho país.

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

### BIBLIOGRAFÍA

Acosta, Paola. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

Alterio, Ana. “El *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum* y los desafíos de la judicialización de la política”. *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas* 20, n.º 1 (2018): 1-21.

Ávila, Ramiro, *El neoconstitucionalismo andino*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, 2016.

von Bogdandy, Armin. *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado supranacional e internacional*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

----- . “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”. En *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. Coordinado por Armin von Bogdandy et al. 3-23. México: UNAM-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.

----- . “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”. *Revista Derecho del Estado*, n.º. 34 (2015): 3-50.

----- . “Lo público en el derecho internacional a la luz de ‘El concepto de lo político’ de Schmitt”. *Revista Latinoamericana de Derecho*, n.º 1 (2018): 1-32.

von Bogdandy, Armin, et al. “A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador”. En *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. Coordinado por Armin von Bogdandy et al. 17-51. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck

Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.

von Bogdandy, Armin et al. “*Ius constitutionale commune* en America Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism”, *MPIL Research Paper Series*, n.º 21, (2016). Disponible en: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2859583](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2859583)>.

von Bogdandy, Armin y Venzke, Ingo “¿En nombre de quién? Un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación democrática”, En *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Coordinado por. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García. 83-129. México: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-OEA-UNAM, 2013.

Buerghenthal, Thomas. “La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista IIDH*, número especial en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1989): 111-119.

Castilla, Karlos, “Qué tan común es lo común del *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano*”, *Ventana Jurídica. Blog de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* (blog), 21 de junio del 2017. <https://facultad.pucp.edu.pe/derecho/blog/que-tan-comun-es-lo-comun-del-ius-constitutionale-commune-latinoamericano/>.

Clérico, Laura et al. “Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no discriminación, la no dominación y la redistribución y el reconocimiento”. En: *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor et al. 21-95. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, MC 1119/09. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/cap.3ci.09.sp.htm>

Córdova, Lorenzo “La reforma constitucional de derechos humanos: una Revolución Copernicana”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.º. 256 (2011)

Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91.

----- Caso *Fermín Ramírez Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126.

----- Caso *González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205

----- Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

- . Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, no. 162.
- . Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.
- . Radilla Pacheco Vs. México. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.
- . Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C No. 106.
- . Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párr. 166.
- Estrada, Guillermo. “Reflexiones sobre el impacto y cumplimiento del derecho internacional y el ‘material interamericano’ en el siglo XXI”, en *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*. Coordinado por Armin von Bogdandy, 99-119. México: Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.
- Ferrajoli, Luigi. *Constitucionalismo más allá del estado*. Madrid: Trotta, 2018.
- Fix-Fierro, Héctor. “Presentación”, en , *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*. Coordinado por Armin von Bogdandy et al. XI-XV. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. I.
- García, Domingo. “Los tribunales constitucionales en América Latina” *Revista de Derecho Político*, n° 61, (2004): 309-321.
- García, Mauricio. “Constitucionalismo aspiracional”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, n° 29, (2013): 77-97.
- Gargarella, Roberto. “Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Anacronismo e irrupción. Revista de Teoría y Filosofía Política Clásica y Moderna*, n° 4, (2013): 245-257.
- Gargarella, Roberto. *La sala de máquinas de la constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina*. España: Katz, 2015.
- . “Recuperar el lugar del ‘pueblo’ en la Constitución”, en *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas: Un homenaje a Mark Tushnet*. Compilado por Roberto Gargarella y Roberto Niembro. 15-61. México: UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas-Instituto de Estudios

- Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.
- “Sobre el ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’”, *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, n° 1, (2018): 109-129.
- Grote, Rainer. “La Constitución mexicana de 1917, ¿Un ejemplo temprano de constitucionalismo transformativo?”. En *Influencia extranjera y trascendencia internacional. Derecho comparado*. Primera parte, coords. Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 81-114. México: Senado de la República-LXIII Legislatura, Secretaría de Cultura, INEHRM, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017).
- Häberle, Peter. “México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*”, En *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*. Peter Häberle y Markus Kotzur. 1-83. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- Herrera, Alfonso. “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano. El papel de la Suprema Corte en la búsqueda de su cumplimiento”. En *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Ejecución, nivel de cumplimiento e implementación de sentencias de tribunales constitucionales y cortes supremas en la región*, n.º 8. Editado por Víctor Bazán, Víctor y Marie-Christine Fuchs. 201-222. Bogotá: Tirant lo blanch-Konrad Adenauer Stiftung, 2020.
- Herrera, Juan. “La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas prácticas”, *MPIL Research Paper Series*, n° 26 (2020). Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3652423](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3652423).
- “La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas teóricas”, *MPIL Research Paper Series*, n°. 25 (2020). Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3652404](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3652404).
- León, Carolina y Wong, Víctor A. “Cláusulas de apertura al derecho internacional de los Derechos Humanos: constituciones iberoamericanas”. *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* 18, n°. 2, (2015): 93-125.
- Molina, Mario. “Administración pública y control de convencionalidad: problemáticas y desafíos”. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo* 5, n° 2, (2018): 287-299.
- “Derecho administrativo, administración pública y gobernanza global”, en *Derecho administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Coordinado por William I. Gallo et al. 409-416. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- Morales, Mariela. *La protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- Pantoja, David. *Bases del constitucionalismo mexicano. La Constitución de 1824 y la teoría constitucional*. México: FCE, 2017.



- Parra, Óscar. “El impacto de las decisiones interamericanas. notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al ‘empoderamiento institucional’”, en *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. Coordinado por Armin von Bogdandy et al. 383-420. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.
- Pelayo, Carlos. *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. México: CNDH, 2015.
- Piovesán, Flavia. “Protección de los derechos sociales: retos de un *ius commune* para Sudamérica”, en *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina*. Coordinado por Armin von Bogdandy et al., 339-380. México: UNAM, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011.
- Rodiles, Alejandro. “The Great Promise of Comparative Public Law for Latin America: Toward *ius commune americanum*?”. En *Comparative International Law*. Editado por Anthea Roberts. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- Saavedra, Pablo. “40 años cambiando realidades. Una mirada al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*. Coordinado por Armin von Bogdandy et al. 551-612. México: Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.
- Sagües, Néstor. “¿Puede válidamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos obligar a que una Corte Suprema Nacional deje sin efecto una sentencia suya?”, en *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*. Coordinado por Eduardo Ferrer MacGregor y Rogelio Flores Pantoja. 831-847. México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- *La Constitución bajo tensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.
- Salazar, Pedro. “La disputa por los derechos y el *ius constitutionale commune*”, en *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. Coordinado por Armin von Bogdandy et al. 37-59. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.
- Santos, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-Programa Democracia y Transformación Global, 2010.
- Schmitt, Carl. *El concepto de lo político*. Buenos Aires: Struhart & Cía, 2015.

- Stavenhagen, Rodolfo. “Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas”. *Revista IIDH* 48. (2008). 257-268.
- Steiner, Christian y Uribe, Patricia. “Introducción general”. En *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Editado por Christian Steiner y Patricia Uribe. 2-17. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung-Themis, 2014.
- Torres, Alejandro. Los tratados internacionales en la Constitución argentina”. *Lecciones y Ensayos*, n.º. 67-68. (1997): 285-304.
- Treacy, Guillermo. “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, *Lecciones y Ensayos*, n.º. 89 (2011): 181-216.
- Villabela, Carlos. “El constitucionalismo contemporáneo de América Latina. Breve estudio comparado”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México*, n.º. 149 (2017): 943-978.
- Villagrán, Carlos y Vecoso, Fabia, “A Human Rights Tale of Competing Narratives”, *Revista Direito e Praxis* 8, n.º. 2, (2017): 1603-1651.