

CAPÍTULO XX

***IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* PARA AMÉRICA LATINA: UN NOBLE IDEAL, UN DESACERTADO IDEARIO**

Juan Alonso TELLO MENDOZA
Profesor Lector de Derecho Constitucional
Universidad de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

El proyecto académico «*Ius Constitutionale Commune* para América Latina» (ICCAL) fue originariamente ideado por el *Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional* (MPIL, Alemania), entre los años 2006 y 2009. Al poco tiempo, encontró apoyo para su difusión y mayor teorización, entre otros, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y, principalmente, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH); conformando hoy una doctrina impulsada por académicos, jueces y abogados cuyo interés profesional orbita entre el derecho constitucional y el derecho internacional, especialmente, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Si bien sus estudios iniciales radicarón en la integración regional, al no apreciar voluntad política, se enfocaron en «los derechos humanos y las cortes como plataformas de transformación»¹.

¹ J. C. HERRERA, «La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, 4, 2021, p. 1408.

La tesis del ICCAL, según su principal teórico², descansa en tres «conceptos clave»: «diálogo», «inclusión» y «pluralismo normativo». Mientras el primero apunta a encontrar la mejor solución sin detentores de «la última palabra» entre los tribunales, el segundo pretende que un nuevo propósito del derecho público estribe en combatir la exclusión en los sistemas sociales, abriendo así un nuevo derrotero para la «democracia», de modo tal que no se limite a su papel de «representación». Finalmente, el tercero, considera superada la histórica pugna monista-dualista entre el derecho doméstico y el internacional, en el entendido de que la multiplicidad de sistemas normativos conviviendo hoy exige un desarrollo distinto en sus relaciones jurídicas³. Sus «rasgos esenciales» son también tres, pues se trataría de: a) una «ciencia del Derecho público integral» que entiende globalmente al Derecho constitucional e internacional; b) cuya argumentación concede «mayor espacio a los principios, es decir, a las normas más amplias con elevado contenido ético»; y, c) dónde el «derecho comparado» es fundamental, tanto para que los operadores se sepan parte de un mundo que supera al Estado-Nación, como para activar «la capacidad del derecho de hacer progresar a las sociedades»⁴.

Finalmente, el objetivo central radica en crear un Derecho común —«transformador»— interamericano⁵, teniendo a la Corte IDH como principal artífice y a los jueces internos como principales cooperadores. Tal constitucionalismo transformador sería «la práctica social de una comunidad» y «una aproximación a la interpretación jurídica» utilizada por la Corte IDH para cambiar realidades regionales, de manera especial, aquellas referidas a estructuras de violencia, exclusión y debilidad institucional⁶. En este capítulo analizaremos las dificultades que presenta esta teoría, particularmente, desde la óptica del equilibrio de poderes (pesos y contrapesos) en la democracia constitucional al interior del Estado de Derecho.

² Vid., A. BOGDANDY, «Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual», en *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México, 2014, pp. 14-21.

³ Cfr. P. ACOSTA, «Zombis Vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno», *Estudios Constitucionales*, vol. 14, 1, 2016, CEC-Chile, pp. 46-56.

⁴ Cfr. A. BOGDANDY, «Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual», *op. cit.*, pp. 14-21.

⁵ Cfr. *Ibid.*, pp. 4-5.

⁶ Cfr. A. BOGDANDY; R. URUEÑA, «International Transformative Constitutionalism in Latin America», *American Journal of International Law*, vol. 114, 3, 2020, Cambridge University Press, pp. 405-408, 430.

2. ENFOQUE AMBIVALENTE: ¿DESCRIPCIÓN O PRESCRIPCIÓN?

Cuando se explica qué constituye el «Derecho común», se arguye que la región tiene un sustrato compartido conformado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), otros tratados interamericanos de derechos humanos, las garantías constitucionales de derechos, las cláusulas de apertura, y la relacionada jurisprudencia nacional e internacional (un bloque normativo común)⁷. Esta sería la «función analítica» del ICCAL, que intenta describir un fenómeno concreto en la región.

Razonablemente, tal lectura ha sido cuestionada⁸ pues, aunque en términos generales es cierto que la CADH conforma un documento común, no es posible obviar que, de los 35 Estados que han ratificado la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), solo 25 han ratificado o adherido a la CADH, de los cuales debemos descontar a Trinidad y Tobago y Venezuela, por haber denunciado tal tratado en 1998 y 2012, respectivamente. De estos, ocho⁹ tienen reservas o declaraciones interpretativas y no más de 20 aceptan hoy la competencia contenciosa de la Corte IDH. Si a lo anterior sumamos, como parte del *corpus iuris*, a los dos Protocolos Facultativos de la CADH y a los 9 «tratados interamericanos de derechos humanos», con sus correspondientes estados de ratificaciones o adhesiones, y, reservas o declaraciones interpretativas, las divergencias en aquello «común» se elevan cuantitativa y cualitativamente. Más aún, si consideramos que varios de dichos tratados no reconocen un mecanismo de peticiones ante la Corte IDH o, de hacerlo, requieren una expresa resolución estatal, siendo que no todos lo han hecho. Así, arribamos a un escenario en el que la totalidad del mentado conglomerado normativo no es, en

⁷ Cfr. A. BOGDANDY; E. FERRER; M. MORALES; F. PIOVESAN; X. SOLEY, «Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism», *SSRN Electronic Journal*, 2016, p. 2; A. BOGDANDY, «Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador», *Revista Derecho del Estado*, 34, 2015, pp. 10-13, 36-37; J. SERNA, «El concepto del Ius Constitutionale Commune Latinoamericano en Derechos Humanos: Elementos para una agenda de investigación.», en *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México, 2014, pp. 216-217.

⁸ Cfr. K. CASTILLA, «¿Qué tan común es lo común del Ius Constitutionale Commune Latinoamericano?», *Ventana Jurídica*; A. CODDOU, «A critical account of Ius Constitutionale Commune in Latin America: An intellectual map of contemporary Latin American constitutionalism», *Global Constitutionalism*, vol. 11, 1, 2022, Cambridge University Press, pp. 113-114.

⁹ En concreto, Argentina, Bolivia, México, El Salvador, Uruguay, Dominica, Guatemala (reserva retirada en 1986) y Barbados (al parecer, parcialmente retirada «de facto» mediante una sentencia de la Corte de Justicia del Caribe de junio de 2018, que declaró inconstitucional la pena de muerte obligatoria, logrando con ello cumplir con las medidas dadas por la Corte IDH en el caso *Boyce y otros vs. Barbados*).

estricto, compartido por más de dos Estados bajo la jurisdicción de la Corte IDH¹⁰.

En tal caso, el único tratado temático que realmente conforma un común denominador es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, pues cuenta con 32 ratificaciones o adhesiones y una sola declaración interpretativa por parte de Bahamas, de todas maneras, un Estado fuera de la jurisdicción de la Corte IDH. Así también, si dejamos el ámbito estrictamente interamericano y nos dirigimos al universal, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales representa incluso un mejor común denominador, pues de los 20 Estados que reconocen competencia contenciosa a la Corte IDH, solo Surinam y México han presentado reservas.

Si consideramos ahora las «cláusulas de apertura»¹¹, solo 11 Estados bajo jurisdicción de la Corte IDH las contemplan. Ello, ciertamente, no convierte a los nueve Estados restantes en «cerrados» ni irrespetuosos con sus obligaciones internacionales, solo resalta la dificultad que supone afirmar que tales cláusulas constituyen un elemento común. Argüir en réplica que, de todos modos, las constituciones refieren a la categoría «derechos fundamentales» y que, por tanto, la totalidad de los países comparten elementos en común¹², es equívoco. De un lado, dicha categoría también se halla en Constituciones fuera de la región, con lo cual, no se trata de algo característico de Latinoamérica. De otro lado, contar con tal categoría no supone su lectura análoga (los países suelen diferir entre sí o, incluso, contrarían la comprensión interamericana), ni prueba de alguna misión «transformadora» de la Corte IDH.

Respecto de las «garantías constitucionales»¹³, es complicado descubrir lo realmente particular de aquellas, distinguiéndose, *e.g.*, de las garantías previstas en la Constitución española (habitual referente en la región) o en otras pertenecientes a la tradición del derecho continental. Corre parecida suerte aquella alusión a la «jurisprudencia nacional», pues allí donde sea posible mostrar similitudes entre dos o más países, también es viable mostrar sus diferencias. Afirmaciones así de genéricas en estos dos últimos casos, no solo conspiran contra los cimientos del ICCAL,

¹⁰ Cfr. K. CASTILLA, «¿Qué tan...?», *op. cit.* De acuerdo con el autor, se trataría solo de Costa Rica y Ecuador.

¹¹ A falta de detalle, por parte de los promotores del ICCAL, sobre las cláusulas de apertura a las que se refieren, consideramos para este trabajo que aluden a todas. Es decir, para el área del derecho internacional de los derechos humanos, primariamente, a las cláusulas jerárquicas y a las cláusulas interpretativas, más allá de las diversas consecuencias que genera cada una. Cfr. A. DULITZKY, «Los Tratados de Derechos Humanos en el Constitucionalismo Iberoamericano», *Estudios Especializados en Derechos Humanos*, 1996, pp. 140-143 y 152-159.

¹² Cfr. C. HERRERA, «La idea...», *op. cit.*, pp. 1398-1399.

¹³ No precisan si de tipo normativas, institucionales o jurisdiccionales, pero asumimos que refieren a las últimas.

sino que además no consigue mayor atención que una respuesta igual de genérica. El *onus probandi* descansa en quiénes plantean la hipótesis.

El problema se acrecienta si referimos a la «jurisprudencia internacional» (interamericana), pues ello no puede sino apuntar al grado de recepción doméstica que se hace de las exégesis de la Corte IDH, cuestión absolutamente asimétrica en la región¹⁴. Nuevamente, sin precisiones demostrables de cómo aquella «jurisprudencia internacional» es común entre los Estados, no es posible su valoración racional. Corresponde a los artífices del ICCAL probar y detallar qué es lo compartido en este y los otros componentes ya aludidos. Nuevamente, en términos generales, es inviable negar ciertos elementos jurídicos comunes en la región. Pero, si se pretende construir una teoría al respecto que no solo describa, sino que además prescriba un curso de acción, el planteamiento genérico en ciernes es (considerando incluso la réplica¹⁵), a todas luces insuficiente. En efecto, aun si aceptásemos la descripción del ICCAL sobre el «fenómeno» regional, sería necesario un análisis adicional, pues esta doctrina aboga también por una «función normativa» que prescribe el camino a seguir —«constitucionalismo transformador»— para lograr un «Derecho común»¹⁶, uno que mejore la vida de las personas y permita el progreso de las sociedades¹⁷. Para ello, se considera a los tribunales domésticos y, especialmente, a la Corte IDH, como agentes de autoridad pública para crear y hacer evolucionar el *Rule of Law* interamericano¹⁸.

Pero una dimensión «normativa» requiere mayor fundamentación, pues no se trata ya de narrar —cual mero observador— el *ser* de una realidad, sino además determinar un *deber ser* que trace un derrotero y excluya otros (o los catalogue como insatisfactorios). Pero, si los pretendidos elementos compartidos que, objetivamente, deberían conformar el «Derecho común» no generan convicción o, al menos, una sólida resistencia a las críticas, resulta —con más razón— inaudito colegir a partir de allí un requerido curso de acción para los actores del SIDH. Así, aquel propósito «transformador», o surge de tales elementos «comunes» (primera hipótesis no demostrada), o se asume debido a una determinada concepción del rol judicial nacional e internacional (segunda hipótesis) que comprende necesario/evidente tal afán.

¹⁴ Cfr. J. TELLO, *Control de Convencionalidad y Estado Constitucional de Derecho*, Tiran lo Blanch, México, D.F., 2023, pp. 207-304; *El control de convencionalidad: situación de algunos Estados Americanos*, LEYER, Bogotá, 2016, pp. 93-182.

¹⁵ Cfr. C. HERRERA, «La idea...», *op. cit.*, pp. 1394-1397.

¹⁶ Cfr. A. M. ALTERIO, «El Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum y los desafíos de la judicialización de la política», *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las ideas*, vol. 20, 2018, p. 3.

¹⁷ Cfr. A. BOGDANDY; R. URUEÑA, «International Transformative...», *op. cit.*, p. 419.

¹⁸ Cfr. A. BOGDANDY, «The Transformative Mandate of the Inter-American System – Legality and Legitimacy of an Extraordinary Jurisgenerative Process», p. 3.

3. FUNDAMENTACIÓN PRECARIA Y MÉTODOS AZAROSOS

El ICCAL abandona el debate entre monismo y dualismo para abrazar el pluralismo normativo, y así «contribuir a la consolidación *commune*» regional y al «constitucionalismo transformador»¹⁹, entendido este como herramienta para la «reformulación de soluciones comunes a problemas estructurales análogos»²⁰ como los producidos por «la violencia generalizada, la exclusión social, la desigualdad extrema, la debilidad de las instituciones domésticas, debido [al] hiperpresidencialismo, la falta de independencia judicial y la corrupción»²¹, es decir, problemas con clara repercusión en los derechos, pero de solución esencialmente política. En efecto, citando a Klare, se dice que el «constitucionalismo transformador es una empresa enfocada en inducir un cambio social a gran escala a través de procesos políticos no violentos y fundamentados en el derecho»²², otorgándose un lugar privilegiado al Poder Judicial o a su *praxis*²³; y, propiciándose una «flexibilización» en los aspectos formales del Derecho cuando de derechos humanos se trata²⁴.

En resumen, diseccionando la doctrina en comento: tras un panorama contemporáneo donde conviven diversos órdenes normativos de origen nacional e internacional, la tesis del ICCAL —el *qué*— asevera que existe en Latinoamérica —el *dónde*— un común denominador (la CADH, etc.; sentido descriptivo) —el *por qué*— del cual emerge un constitucionalismo transformador en materia de derechos humanos (sentido prescriptivo), cuya finalidad no es otra que lograr pronto —el *cuándo*— una solución a los problemas estructurales de justicia e igualdad —el *para qué*—. Para tal empresa, el protagonismo recae en la labor judicial (nacional o internacional) —el *quién*—, apostándose por métodos como la «des-formalización» del Derecho, la interpretación evolutiva y el control de convencionalidad —el *cómo*—.

Sobre el *qué*, *cuándo* y *dónde* no hay mucho qué decir. Naturalmente, se busca que el ICCAL triunfe cuanto antes en la región. En cuanto al *para qué*, el *telos* no es *per se* criticable, al menos en inicial aproximación, pues pretender la justicia, igualdad y protección de derechos es también el propósito del SIDH y del Estado Constitucional de Derecho. Mal haríamos en valorar jurídicamente al ICCAL por sus ideales y no por sus fundamentos y métodos. Así, el problema central radica

¹⁹ C. HERRERA, «La idea...», *op. cit.*, p. 1386.

²⁰ *Ibid.*, p. 1387.

²¹ A. BOGDANDY, «The Transformative...», *op. cit.*, p. 1.

²² K. E. KLARE, «Legal Culture and Transformative Constitutionalism», *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, 1, 1998, p. 150.

²³ Cfr. C. HERRERA, «La idea...», *op. cit.*, p. 1388.

²⁴ *Ibid.*, pp. 1391-1392.

en el salto entre el dato de lo aparentemente «común» y el encargo «armonizador» del «constitucionalismo transformador». Necesitamos, entonces, referirnos al *por qué*, pero nos hemos manifestado ya sobre la infundada primera hipótesis. Decíamos, no obstante, que existe una segunda, una que debería persuadir incluso a «los literalistas más extremos», pues de allí «se deriva un mandato transformador que el [SIDH] ha sabido abrazar y amplificar»: el concepto de «Estado abierto»²⁵.

Esta noción no aludiría a un aceptado fenómeno por el cual las constituciones post Segunda Guerra Mundial consideraron vital incluir cláusulas de reenvío (o apertura) hacia el Derecho internacional, para referir a los tratados de derechos humanos y sus organismos de protección, de modo que la dignidad humana sea siempre el interés superior a resguardar. Para el proyecto ICCAL, en cambio, tales cláusulas, su correspondiente bienvenida al DIDH, y hasta la declaración de derechos en la Constitución serían prueba del enfoque «transformador» del Derecho²⁶, adoptado por los propios constituyentes de Estados soberanos (impulsada luego por la doctrina del control de convencionalidad creada por la Corte IDH²⁷). Así, no sería posible dejar «intactas las potestades del estado-nación clásico», siendo que la «flexibilización» en la «relación de lo internacional con lo nacional no es limitada exclusivamente en favor del comercio, del mercado bursátil o de un acuerdo de inversiones, sino para proteger las garantías esenciales de las personas»²⁸.

En un intento adicional por hallar soporte al «mandato transformador», se afirma²⁹ que lo etiquetado como «activismo judicial» o «actos ultra vires» es solo una interpretación evolutiva participativa en la que un cambio constitucional informal (o la expansión no tradicional de competencias de la Corte IDH³⁰) responde a expectativas y exégesis de agentes regionales (tribunales, sociedad civil, etc.), lográndose luego su respaldo estatal. Se dice, además, que existen «inercia[s] y resistencias»³¹ contra el «mandato transformador», pero que igual cuenta este con suficientes argumentos de legalidad y legitimidad social; de modo que, aunque hallan dudas, desacuerdos o desafíos, el éxito del

²⁵ *Ibid.*, pp. 1402-1403.

²⁶ A. BOGDANDY; R. URUEÑA, «International Transformative...», *op. cit.*, pp. 409 y 431.

²⁷ Cfr. A. BOGDANDY, «The Transformative...», *op. cit.*, p. 4; C. HERRERA, «La idea...», *op. cit.*, pp. 1402-1403.

²⁸ Cfr. C. HERRERA, «La idea...», *op. cit.*, pp. 1399-1402. Con acierto se detallan las cláusulas de integración económica, política y social en las Constituciones regionales, aunque se encuentren «dormitando».

²⁹ Cfr. A. BOGDANDY, «The Transformative...», *op. cit.*, pp. 4-6, 10 y 15.

³⁰ Cfr. A. BOGDANDY; R. URUEÑA, «International Transformative...», *op. cit.*, p. 431.

³¹ Consideran como parte de esa resistencia o inercia a la Declaración conjunta de Estados de 2019, mediante la cual se pidió a los órganos del SIDH respetar el principio de subsidiariedad y el Derecho Constitucional, el margen de apreciación y un uso estricto de las fuentes del Derecho Internacional Público.

SIDH pasa también por comprender como suyo un constitucionalismo transformador con amplias coaliciones.

No sorprende el arribo a dicho corolario si para esta corriente, la «relativización» de la soberanía se entiende más como una «cesión» estatal a los organismos internacionales respecto de los contenidos de los tratados (de derechos humanos o no)³², que como una «reformulación» por el que los Estados tienen obligaciones en materia de derechos respecto de la comunidad internacional³³. Igualmente, si la Corte IDH es vista no como el tribunal internacional que es, sino como el «órgano supranacional»³⁴ que no es (que sí sería la UE), con capacidad de crear normas jurídicas y no solo declarar la responsabilidad estatal³⁵. Por último, si se considera que existe una «tendencia hacia la consolidación dinámica de un constitucionalismo regional destinado a salvaguardar los derechos humanos fundamentales en base, por una parte, a la C[ADH] (como «Constitución» latinoamericana) y demás instrumentos del ordenamiento interamericano»³⁶, con la Corte IDH como «órgano guardián»³⁷ —cual tribunal constitucional supranacional³⁸—, «y, por otra parte, las propias constituciones con su apertura estructural»³⁹.

Así las cosas, los presupuestos teóricos del ICCAL son los mismos del Control de Convencionalidad⁴⁰. De allí al mutuo, extenso y manifiesto soporte doctrinal entre ambos, cuando no institucional, entre el MPIL y la Corte IDH⁴¹. Ello pues el «mecanismo del control de convencionalidad también contribuye a configurar y expandir el *ius*

³² Cfr. C. AYALA, «Comentarios sobre la sentencia de la Sala Constitucional del tribunal Supremo de Justicia de Venezuela», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 7, 1, 2009, p. 394.

³³ Cfr. A. CARRILLO, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional*, Tecnos, 2001, p. 14 y ss.

³⁴ Cfr. M. MORALES, «Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*», en *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, UNAM, México, 2014, pp. 276-277.

³⁵ Cfr. A. BOGDANDY; R. URUEÑA, «International Transformative...», *op. cit.*, p. 433.

³⁶ M. MORALES, «Estado abierto...», *op. cit.*, pp. 277-278.

³⁷ Cfr. E. FERRER, «La Corte Interamericana como Tribunal Constitucional», *MPIL*, Heidelberg - Alemania, 2009.

³⁸ Cfr. A. RODILES, «The Great Promise of Comparative Public Law for Latin America: Toward *Ius Commune Americanum*?», en ANTHEA ROBERTS, PAUL B. STEPHAN, PIERRE-HUGUES VERDIER, MILA VERSTEEG (eds.) *Comparative International Law*, OUP, 2018, p. 520.

³⁹ M. MORALES, «Estado abierto...», *op. cit.*, pp. 277-278.

⁴⁰ Cfr. J. TELLO, «La doctrina del control de convencionalidad y sus disonancias con la democracia constitucional», en NÚRIA SAURA (ed.), *Derechos humanos, derecho constitucional, derecho internacional*, CEPC, Madrid, 2021, pp. 226-248.

⁴¹ Cfr. M. ALTERIO, «El *Ius*...», *op. cit.*, p. 8; M. MORALES, «Estado abierto...», *op. cit.*, pp. 291-296; A. BOGDANDY, «*Ius constitutionale*...», *op. cit.*, p. 72; E. FERRER, «Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano», en EDUARDO FERRER (ed.) *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales*, FUNDAP, México, 2012, pp. 154-155; E. FERRER, «La Corte...», *op. cit.*

commune. [...] que da origen al fenómeno que denomino como interamericanización, caracterizado precisamente por la expansión de los estándares de la Corte IDH en los respectivos órdenes domésticos»⁴². Si esto es así, lo criticable en una lo es también en la otra, pues comparan, por lo menos análogo enfoque en: a) el rol «transformador» de la Corte IDH (y los jueces domésticos); b) un vertical diálogo judicial; c) el antiformalismo del Derecho; y, d) sin mayor acervo probatorio, que fueron los Estados los que fomentaron la creación de ambas⁴³.

Dicho ello, conviene abordar el *cómo*, pues con acierto se ha criticado que el ICCAL desdibuja con su «antiformalismo» las fronteras entre el DIDH y el derecho constitucional⁴⁴. En efecto, la «flexibilización» del Derecho no pasa solo por abrazar la teoría del árbol vivo como vía interpretativa⁴⁵, sino que avanza por el uso del control de convencionalidad como herramienta homogenizadora⁴⁶. No en vano se afirma que la «apertura constitucional, la interpretación evolutiva y el control de convencionalidad proporcionan las herramientas jurídicas para el constitucionalismo transformador»⁴⁷. Contra la crítica al «antiformalismo», la réplica se ha reducido a señalar que la «flexibilización» ha sido reclamada solo para los derechos humanos, no para otras áreas como la seguridad o el comercio, donde podría afectarse «los intereses y gobernanza de estados débiles como los latinoamericanos»⁴⁸.

Pero tal contestación deja inquietudes a clarificar. En primer lugar, ¿bajo qué criterios se traza la línea de separación entre el área de derechos y el de seguridad y comercio? Si los derechos humanos lo imbuyen todo en nuestros tiempos, ¿no es tal división más artificial que real?⁴⁹. En tal caso, si se advierten los efectos nocivos en el segundo grupo ¿qué hace que no sea así en el primero? En segundo lugar, ¿qué significa en sí la «des-formalización»? ¿incluye reformas constitucionales mediante interpretaciones judiciales mutativas, sin atravesar los cauces procedimentales previstos (usualmente, parlamentarios y con participación ciudadana)? ¿supone ignorar, según convenga, la distinta naturaleza jurídica *hard law* y *soft law* de las fuentes internacionales? ¿implica postergar principios vinculados a las formas como la lega-

⁴² M. MORALES, «Estado abierto...», *op. cit.*, p. 291.

⁴³ Cfr. E. FERRER, «Interpretación conforme...», *op. cit.*, p. 145; M. MORALES, «Estado abierto...», *op. cit.*, p. 296.

⁴⁴ Cfr. A. RODILES, «The Great...», *op. cit.*, p. 509.

⁴⁵ Cfr. A. BOGDANDY, «The Transformative...», *op. cit.*, p. 4.

⁴⁶ Cfr. A. RODILES, «The Great...», *op. cit.*, pp. 16-17; A. BOGDANDY; R. URUEÑA, «International Transformative...», *op. cit.*, pp. 512-513.

⁴⁷ A. BOGDANDY; R. URUEÑA, «International Transformative...», *op. cit.*, p. 413.

⁴⁸ C. HERRERA, «La idea...», *op. cit.*, pp. 1391-1392.

⁴⁹ Por ejemplo, el TEDH determinó que, en ausencia de razones relevantes y suficientes, utilizar tecnología de reconocimiento facial —incluso bajo alegaciones de «seguridad»— vulnera derechos humanos como la libertad de expresión. Cf. STEDH (3.º sección). Caso *Glukhin v. Rusia*, de 4 de julio de 2023, párr. 90.

lidad, competencia, separación de poderes, primacía parlamentaria, supremacía constitucional, etc.? Parece ser que sí, pues se admite que con el ICCAL «se disminuye la seguridad jurídica nacional, pero se aumenta en la supranacional. Se renuncia a la exclusividad sobre ciertas materias, pero se gana en la lectura común»⁵⁰. Es más, en «América Latina, interpretar la C[ADH] a la luz de la realidad social significa, sobre todo, abordar la debilidad de las instituciones, la exclusión social y la violencia. [...] También está claro que este constitucionalismo transformador tiene que avanzar con medidas estructurales, abordando las deficiencias estructurales. Por lo tanto, el mandato de la Corte [IDH] va mucho más allá de decidir si en el caso en cuestión ha habido una violación de la Convención. Esto explica las órdenes creativas y de largo alcance de la Corte sobre reparaciones, que se han convertido en un lugar clave del constitucionalismo transformador»⁵¹.

Si se aprecia, el ICCAL se asume a sí mismo como una tesis probada que no requiere mayor demostración del acierto de sus fundamentos y métodos. Por ejemplo, ¿por qué sería beneficioso des-formalizar? Para proteger los derechos, seguro se dirá, sin explicar por qué los cauces formales son ahora «formalismos» contrarios a los elementos sustantivos de una Constitución o tratado de derechos humanos. Lo extraño es que, a modo de *disclaimer*, se dice que el ICCAL no pretende desconocer las virtudes de las formas y reglas en el Derecho⁵². Si así fuese, ¿a criterio de quién, cuándo y hasta dónde es posible «flexibilizar» su aplicación sin favorecer, simultáneamente, pareceres privativos de justicia material del operador de turno, cuando no la arbitrariedad? Más sorprendente aún es etiquetar como «neo-formalistas» las tesis críticas con el ICCAL, entendiéndoseles como una tendencia escéptica sobre un rol judicial (nacional o internacional) con participación en la revisión estructural de las políticas públicas. Es decir, como una línea argumentativa en la que prevalecerían reglas y/o procedimientos en lugar de «soluciones sistémicas impulsadas por el poder judicial»⁵³. Esto, sin argumentarse por qué tal tesis es mejor que las alternativas, usualmente, partidarias de soluciones desde la política legislativa y hasta ejecutiva, más no desde la política judicial.

Ante tal panorama, ideas concurrentes para mejorar la selección de jueces interamericanos o para implementar protocolos de razonamiento jurídico⁵⁴ —por acertadas que fueren—, difícilmente aminoran las reacciones desfavorables, pues se aprecian diluidas por el talante «transformador». Tampoco basta alegar que la vaguedad de los de-

⁵⁰ C. HERRERA, «La idea...», *op. cit.*, p. 1411.

⁵¹ A. BOGDANDY, «The Transformative...», *op. cit.*, p. 10.

⁵² Cfr. C. HERRERA, «La idea...», *op. cit.*, p. 1392.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Cfr. A. BOGDANDY, «The Transformative...», *op. cit.*, pp. 11-12.

rechos suele ser tarea clarificadora de los tribunales en la práctica y que, de todos modos, el mandato transformador está enmarcado por diferentes salvaguardas⁵⁵. Si la discusión está en quién —legislativo o judicial— debe clarificar la indeterminación (el *deber ser*), sobre todo si hay desacuerdo, luego, es desacertado responder apelando a la vía de los hechos (el *ser*). En suma, es difícil apoyar la «des-formalización» si por ella entendemos «la falta de cauces o de procedimientos objetivos, preestablecidos mediante normas jurídicas, que regulen las competencias de un operador jurídico determinado, que restrinjan en lo posible su discrecionalidad a fin de evitar posibles abusos y que, además, puedan ser conocidas por quienes se verán afectados por su labor y, en parte, les permitan prever sus resultados»⁵⁶.

Sobre el *quién*, queda claro que el protagonismo «transformador» es del juez (especialmente, el interamericano), aunque no se niegue participación a otros poderes estatales. La justificación no se encontraría tanto en el «derecho común», sino en el rol judicial que el ICCAL cree propio del constitucionalismo vigente. Según se asevera⁵⁷, al no encontrarnos ya ante la visión decimonónica del rol judicial, donde la creatividad era reducida a la solución de ambigüedades y lagunas, «se requiere equilibrar la balanza». Si el siglo XIX tuvo el protagonismo del legislativo y el XX del ejecutivo⁵⁸, «¿será el siglo XXI el siglo del poder judicial?» («maltratad[o] a lo largo de la historia»). En Latinoamérica —se dice—, los jueces se han caracterizado por su «pasividad para contribuir en la solución de los grandes problemas de sus estados». Resulta necesaria entonces una «reacomodación de los poderes para que los contrapesos puedan funcionar apropiadamente».

Si así fuese, ¿cómo se calcula la «reacomodación» hasta considerarla cumplida? Se representa al judicial como el desventurado excluido histórico que ahora debe remontar. Tratándose este de un postulado teórico no acotado a la región, ¿no debería aplicarse también en otros lugares como en los países escandinavos, de tradición judicial fuertemente deferente con el parlamento?⁵⁹. Ello sería lo coherente con el planteamiento. Manifestar que no, obliga a los proponentes a justificar la diferencia. Probablemente, lo harían ya no mediante una proposición

⁵⁵ Cfr. A. BOGDANDY; R. URUEÑA, «International Transformative...», *op. cit.*, pp. 438-440.

⁵⁶ M. SILVA, «Ius constitutionale commune para América Latina (ICCAL) y activismo judicial: ¿hacia el gobierno de los jueces?», *Prudentia Iuris*. 2022, 94, 2022, p. 83.

⁵⁷ Cfr. C. HERRERA, «La idea...», *op. cit.*, pp. 1408 y 1415.

⁵⁸ Nótese que esta apreciación no es necesariamente acertada, pues el siglo XX puede también ser catalogado —al menos en buena medida—, como uno de la justicia constitucional. Ello, como fruto de la superioridad de la Constitución por sobre la Ley.

⁵⁹ Cfr. H. KRUNKE, «The Danish Lisbon Judgment», *European Constitutional Law Review*, vol. 10, 3, 2014, T.M.C. Asser Press, p. 569; J. E. RYTTER; M. WIND, «In need of juristocracy? The silence of Denmark in the development of European legal norms», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, 2, 2011, pp. 473-474.

teórica, sino mediante una excepción práctica centrada en lo que creen que funciona mal en Latinoamérica (hiperpresidencialismo, corrupción...). Pero ¿no son estos asuntos esencialmente políticos⁶⁰? Es más, señalar que son los jueces los llamados a resolverlos, ¿no es ya una decisión política respecto del rol judicial en la región?

En efecto, estamos frente a una doble decisión política. Una previa e institucional respecto del diseño competencial para que los jueces suministren «transformaciones» (políticas); y, una posterior y material, cuando un juez resuelve un asunto esencialmente político. Naturalmente, la resolución sobre ciertos asuntos de derechos genera un impacto político, pero nos referimos ahora a aquellas cuestiones esencialmente políticas, cuyo entorno de decisión escapa habitualmente al judicial; siendo vías para su reconocimiento su ausencia al interior de las opciones fundamentales en la Constitución (*e.g.* aborto en EEUU⁶¹), o cuando hallándose, el sentido adoptado es uno y no otro (*e.g.* restricciones del sufragio pasivo en México, art. 130), o cuando se deriva su desarrollo a los poderes públicos (*e.g.* vivienda digna en España, art. 47).

Por ello se ha advertido que el ICCAL implica un alto riesgo de judicialización de la política⁶². De hecho, para este la «conceptualización jurídica de los conflictos políticos y sociales como conflictos de principios [...] permite su canalización y tal vez su racionalización», lo cual «es positivo a la luz de principio democrático, ya que promueve el discurso público en las decisiones judiciales»⁶³. Pero, este enfoque es problemático, pues al subsumir tales conflictos en los principios a ponderar por los jueces, termina trasladando una alta carga política a la labor judicial, desplazándose así a las instancias legislativas y ejecutivas⁶⁴, y generándose un efecto exactamente contrario al querido en términos de respeto al principio democrático y la legitimidad judicial. Además, resolver judicialmente demandas sociales y/o políticas tiene como efecto negativo desactivar a los respectivos colectivos en sus eventuales reclamos ante el legislativo o ejecutivo. Si bien ello no es óbice para la interpretación judicial desde los principios jurídicos (indeterminados), es preciso distanciarse de aquel constitucionalismo líquido⁶⁵ que aprecia

⁶⁰ Es decir, un asunto de conveniencia entre dos o más opciones razonables, que el constituyente (o el parlamento) debe dirimir. Cfr. L. CASTILLO, «La inconventionalidad de la Corte IDH, otra vez», *La Ley*, 2022, sec. Única.

⁶¹ Cfr. J. TELLO, «El caso Dobbs: de la Constitución viva a la Democracia Constitucional viva», *Revista de Derecho Político*, 116, 2023, pp. 138-152.

⁶² Cfr. M. ALTERIO, «El Ius...», *op. cit.*, p. 2.

⁶³ A. BOGDANDY, «Ius constitucionale...», *op. cit.*, p. 22.

⁶⁴ Cfr. L. ÁLVAREZ, «Judicialización de la política y soberanía popular: Sobre el estatuto político de las resoluciones judiciales», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 108, 2015, p. 96.

⁶⁵ Cfr. I. VILLAYERDE, «El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del siglo XXI», *Revista da AJURIS*, vol. 45, 144, 2018, p. 34 y ss.

el Derecho como «arcilla o plastilina en manos del intérprete, que puede hacerle decir lo que en cada momento estime oportuno»⁶⁶.

Ahora bien, la solución judicial de asuntos materialmente políticos no debería ser un problema si existiese una previa decisión de política institucional que facultase a los jueces para tal cometido. Pero dicha determinación no ha sido tomada (ni a nivel nacional ni interamericano) y, de hacerse, requiere su previsión constitucional o convencional. *Ergo*, la mera práctica interna, de existir, no es suficiente (por la inseguridad jurídica que supone) y, en tal caso, debe ser fehacientemente —que no selectivamente— probada por el ICCAL. Esto pues no es del todo antojadizo calificar de *cherry picking* la elección de casos que demostrarían los frondosos precedentes transformadores, estándares comunes, cuando no fructíferos diálogos judiciales. A menudo, es clara la impresión de presentarse solo casos favorables, evitándose aquellos que cuestionan la tesis sostenida⁶⁷ (o haciéndose solo menciones genéricas y sin mayor análisis para no obviar «ciertas tensiones»⁶⁸ en la región).

Alegar que las «cláusulas de apertura» cumplen esa función de política institucional que habilita a los jueces para quehaceres transformadores en materia esencialmente política, es pedirles más de lo que pueden dar, forzando una comprensión auto-validada por el ICCAL. Igualmente, defender cambios constitucionales informales mediante interpretaciones evolutivas que responden a expectativas de actores regionales, horada los avances históricos del Estado de Derecho, pues aprueba y estimula la confirmación por la vía de los hechos de eventuales mutaciones constitucionales que desconozcan los mecanismos democráticos y de seguridad jurídica previstos en la Constitución para tales acontecimientos. En efecto, con la excusa de no contemporizar con la inercia de los Estados, esta teoría permite avalar conocidas prácticas de «atajo» por las que no importa ya persuadir a los conciudadanos de una reforma si un buen litigio estratégico constituye una vía más efectiva/expeditiva para lograrlo, aunque no ciertamente el camino más democrático y dialógico⁶⁹. Es inadmisibles ser indiferente con este fenómeno si se reconoce que los «discursos y luchas políticas en la región están a menudo enmarcadas y desarrolladas bajo un nuevo lenguaje, el lenguaje de los derechos humanos»⁷⁰.

Peor aún resulta aducir nuevas «tendencias» de actuación/entendimiento en tal dirección (política judicial). Estas, incluso existiendo,

⁶⁶ Cfr. C. MARTÍNEZ; P. DE PABLO, *Constitución, Derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Rialp, Madrid, 2007, p. 13.

⁶⁷ Cfr. C. VILLAGRÁN; F. FERNANDES, «A Human Rights' Tale of Competing Narratives», *Revista Direito e Práxis*, vol. 8, 2017, p. 1616.

⁶⁸ Cfr. M. MORALES, «Estado abierto...», *op. cit.*, pp. 288-289.

⁶⁹ Cfr. M. SILVA, «Ius constitutionale...», *op. cit.*, pp. 82-90 y 98-99.

⁷⁰ A. BOGDANDY, «The Transformative...», *op. cit.*, pp. 13-14.

no son Derecho, y si bien pueden llegar a serlo, aún no lo son. Es más, podrían cambiar de sentido o, simplemente, desvanecerse. Y, si consideramos las «tendencias», no podríamos ignorar a las «contratendencias» críticas con el ICCAL (o el control de convencionalidad), calificándolas convenientemente como «neo-formalistas», «ataques al derecho común»⁷¹, etc. Ciertamente, no hay hoy lugar conjunto para el Estado-Nación y el DIDH, pero hay amplio espacio para múltiples aproximaciones de relación entre el derecho interno y el derecho internacional. El ICCAL es solo una de ellas, aunque no precisamente la mejor debido a su precaria fundamentación y cuestionables métodos (antiformalismo, interpretación evolutiva y control de convencionalidad). Además, como veremos, supone un menoscabo para la democracia, sea porque el constituyente nunca autorizó el visionario devenir que el ICCAL cree leer en las cláusulas de apertura, sea porque ello fomenta la intervención judicial —sesgo elitista⁷²— en la solución de asuntos políticos que deberían resolver los representantes del pueblo (legislativo) o, incluso, el propio pueblo.

4. «TRANSFORMACIÓN DEMOCRÁTICA» SIN PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

El ICCAL pretende nuevos derroteros para la «democracia», pero termina socavándola cuando sus bases teóricas y consecuencias prácticas reflejan un imperativo allí donde debía haber diálogo; una uniformización allí donde se decía respetar las particularidades; un mandato desde arriba-afuera cuando se supone provenía desde abajo-adentro; y, finalmente, un liderazgo y dirección judicial allí donde el *demos* y su representación debían capitanear.

4.1. Un diálogo con «últimas palabras»

Según Morales, el «diálogo jurisdiccional» es un «concepto del *ius constitutionale commune*, empleado para legitimar la argumentación de las decisiones, a fin de convencer a otros actores jurídicos y, a la vez, como manifestación del nuevo paradigma»⁷³, debido a que «una resolución de cualquier tribunal puede ser controlada por otro tribunal. En el escenario actual, no hay ya ‘últimas palabras’»⁷⁴. Pero, concluye aludiendo a la idea de «viva interacción» (entre la Corte IDH y los ordenamientos nacionales) del exjuez García-Sayán, quien entiende al «diálogo» bajo una dinámica vertical, donde la Corte IDH tiene siem-

⁷¹ *Ibid.*, p. 10.

⁷² Cfr. M. ALTERIO, «El Ius...», *op. cit.*, pp. 8-9.

⁷³ M. MORALES, «Estado abierto...», *op. cit.*, p. 281.

⁷⁴ A. BOGDANDY, «Ius constitutionale...», *op. cit.*, pp. 14-15.

pre la que la última palabra⁷⁵. En efecto, contra la genuina noción de «diálogo»⁷⁶, la comprensión promovida por el ICCAL (y el control de convencionalidad) genera una relación vertical⁷⁷ y monológica⁷⁸, dónde las autoridades internas, si bien pueden opinar, deben ceñirse al fin y al cabo a «las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana que interpretan y definen las normas y estándares internacionales de protección de los derechos humanos»⁷⁹. Nada inesperado, según algunos autores⁸⁰, si el propio ICCAL es una narrativa unidireccional que relega a otros entendimientos sobre la relación entre el derecho doméstico y el internacional.

No parece faltarles razón si perspectivas alternativas son referidas⁸¹ como «zombis intelectuales» o «muertos vivientes» desentendidos, en pleno siglo XXI, de las nuevas dinámicas (no binarias) entre el Derecho interno y el internacional; «neo-formalistas» con «rechazo a lo diferente», limitados a la «literalidad de la norma positivizada» y puestos al «nacionalismo metódico», que relega la función del jurista y otros actores «a la de simples autómatas». Así, cual consejo, añaden que un «gran paso inicial por parte de cualquier escéptico [del ICCAL] consiste en autocuestionarse la posibilidad de reformular la concepción verticalista del derecho, el formalismo jurídico extremo y la flexibilización de la idea clásica de soberanía»⁸².

A todo ello, aceptar el pluralismo normativo no se traduce en un unívoco entendimiento (el del ICCAL) sobre el fenómeno actual. Luego, de haber aun coincidencia en el diagnóstico, no tiene por qué haberla en el pronóstico. Ahora bien, el ICCAL dice abanderar el pluralismo normativo, pero la interacción judicial que promueve denota una concepción monista del derecho internacional en la que los derechos humanos, según los concibe la Corte IDH, ocupan la posición más alta de la nueva jerarquía⁸³. Si a ello sumamos al control de convencionalidad como su herramienta aliada para «la expansión de los estándares de la Corte IDH en los respectivos órdenes domésticos»⁸⁴, resulta

⁷⁵ Cfr. P. G. CAROZZA; P. GONZÁLEZ, «The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A reply to Jorge Contesse», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, 2, 2017, p. 441; J. CONTESSE, «The final word?: Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights», *International journal of constitutional law*, vol. 15, 2, 2017, Oxford University Press, pp. 424-426.

⁷⁶ Cfr. P. CAROZZA; P. GONZÁLEZ, «The final...», *op. cit.*, p. 440.

⁷⁷ Cfr. A. RODILES, «The Great...», *op. cit.*, pp. 509-511.

⁷⁸ Cfr. A. DULITZKY, «An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights», *Texas International Law Journal*, vol. 50, 2015, p. 76.

⁷⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Voto del juez García-Sayán, párr. 30.

⁸⁰ Cfr. C. VILLAGRÁN; F. FERNANDES, «A Human...», *op. cit.*, pp. 1603-1613.

⁸¹ Cfr. C. HERRERA, «La idea...», *op. cit.*, pp. 1390-1394.

⁸² *Ibid.*, p. 1413.

⁸³ Cfr. A. RODILES, «The Great...», *op. cit.*, p. 521.

⁸⁴ M. MORALES, «Estado abierto...», *op. cit.*, p. 291.

insólito acusar de verticalismo y automatismo a las alternativas críticas con el ICCAL. Así las cosas, aludir a la inexistencia de la «última palabra» es más retórico que real: la Corte IDH se considera la última garante del modelo democrático (paradójicamente, contra el principio democrático⁸⁵) y de los derechos humanos⁸⁶; y el ICCAL secunda tal autoconcepción con su mirada sobre el rol de la Corte IDH, el diálogo judicial y el uso del control de convencionalidad.

Juzgan algunos que, bajo cierta comprensión del control de convencionalidad, no debería haber incompatibilidad con el concepto real de «diálogo»⁸⁷. Ello, ciertamente, es posible si redefinimos la tesis de convencionalidad o asumimos su versión «débil»⁸⁸, pero no si consideramos el sentido «fuerte»⁸⁹ acuñado por la Corte IDH, es decir, una noción que supone: a) la supremacía práctica de los tratados interamericanos de derechos humanos y de su interpretación judicial —equiparándose su valor jurídico— por sobre el ordenamiento interno; b) los efectos directos y generales de éstos en sede doméstica; c) el requerimiento hacia toda autoridad de actuar en consecuencia, realizando un control de validez normativo; y, finalmente, d) la competencia de la Corte IDH para verificar y/o corregir lo actuado⁹⁰. En otro orden de cosas, si se dice que en el nuevo Derecho público no basta la «autoridad» judicial para sustentar un fallo, sino que hace falta una argumentación que persuada a los actores legales y justifique la decisión adoptada⁹¹; de igual manera, añadiríamos, no es suficiente el razonamiento judicial si no se halla, previamente, asentado en el marco de las competencias que sostienen la propia actividad jurisdiccional. Es decir, mal harían los tribunales —más allá del persuasivo razonamiento judicial presentado— en querer resolver asuntos sobre los que no tienen competencia, *e.g.*, cuando estos deben ser dirimidos por el legislativo.

⁸⁵ Cfr. R. GARGARELLA, «Democracy and Rights in *Gelman v. Uruguay*», vol. 109, 2015, Cambridge University Press, p. 118.

⁸⁶ Cfr. N. TORRES ZÚÑIGA, «The Image of The Inter-American Court of Human Rights as an Agent of Democratic Transformation: A Tool of Self-Validation», *Araucaria*, 46, 2021, p. 501.

⁸⁷ Cfr. P. CAROZZA; P. GONZÁLEZ, «The final...», *op. cit.*, p. 441.

⁸⁸ Cfr. E. VIO GROSSI, «El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 1, 2018, 2019, pp. 317-330; C. ORUNESU, «Conventionality control and international judicial supremacy: Some reflections on the Inter-American system of human rights», *Revus*, 40, 2020, p. 5.

⁸⁹ Cfr. M. HENRÍQUEZ, «El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 19, 2019, pp. 337-355.

⁹⁰ Cfr. J. TELLO, *Control de Convencionalidad y Estado...*, *op. cit.*, pp. 29-93.

⁹¹ Cfr. A. BOGDANDY, «Ius constitutionale...», *op. cit.*, p. 14.

4.2. Homogeneizando la diversidad

Se dice respetar las «particularidades» y no buscar la «homogenización»⁹², siendo que «quienes critican el *ius commune* por anular las diferencias desconocen la naturaleza misma y la razón de ser de esta figura, cuya nota característica es la articulación antes que la homogenización»⁹³. Pero alegar la ignorancia de los críticos, hace poco mérito de las críticas. Si se aprecia, dadas las premisas del control de convencionalidad y del ICCAL, es notorio que, si la Corte IDH se decanta por una cierta orientación en materia de derechos, no se espera contrariedad por parte de los Estados, so riesgo de mermarse los avances en la protección de derechos y la construcción de derecho común. Prueba de ello, es la tenaz uniformización —con nulo espacio para la divergencia— en los conocidos casos *Gelman vs. Uruguay* y *Artavia Murillo vs. Costa Rica*⁹⁴. En tales escenarios, ¿de qué «articulación» hablamos?

Podría contestarse que tales fallos hablan más de la actuación de la Corte IDH que del ICCAL, pero éste provee las bases teóricas para tal tipo de actuación. El ICCAL, dirán Bogdandy y Ureña⁹⁵, refiere a una «comunidad latinoamericana de derechos humanos» con sus *insiders* y *outsiders*. Los últimos serían los que no se comprometen con el derecho interamericano y «socavan las prácticas de la comunidad, o la comprensión compartida de su significado social». Los primeros, en cambio, formarían parte de la comunidad pese a sus posibles desacuerdos con la Corte IDH al interpretar la CADH (no se les pide homogeneidad, afirman). Narraron así lo acontecido en Costa Rica respecto de la OC-24/17⁹⁶ —donde la Corte IDH instó a los Estados a legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo— y señalaron cómo los evangélicos conservadores, pese a su abierta oposición, también «forman parte de dicha comunidad en la medida en que participan en las prácticas comunes con el objetivo de transformar la realidad de violencia, exclusión y debilidad de las instituciones».

Hasta allí no parece haber problema. Pero tales autores manifestaron simultáneamente que la Corte Suprema costarricense «demostró ser miembro de la comunidad latinoamericana de derechos humanos al basarse ampliamente en la jurisprudencia interamericana sobre derechos LGBTI». Esto, para declarar inconstitucional la no permisión de

⁹² Cfr. C. HERRERA, «La idea...», *op. cit.*, p. 1387.

⁹³ P. A. ACOSTA ALVARADO, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*, 1, Universidad del Externado, 2015, p. 170.

⁹⁴ Cfr. J. TELLO, *Control de Convencionalidad y Estado...*, *op. cit.*, pp. 292-298 y 358-377.

⁹⁵ Cfr. A. BOGDANDY; R. URUEÑA, «International Transformative...», *op. cit.*, pp. 415-418.

⁹⁶ Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, párrs. 218-227.

los matrimonios entre personas del mismo sexo, dando al parlamento dieciocho meses para regularlo. Ahora bien, ¿hubiese sido la Corte Suprema un *outsider* si su decisión no hubiese secundado tal jurisprudencia? Si respondemos que «no», entonces es verdad que es posible hacer parte de la comunidad manteniendo incluso fuertes discrepancias jurídicas con la Corte IDH y sin considerarse que se «socavan las prácticas de la comunidad, o la comprensión compartida de su significado social». Mas, de responderse que «sí», ¿cómo sería posible que la Corte Suprema sea un *outsider*, mientras que los evangélicos conservadores son *insiders*? La condición de pertenencia esbozada («en la medida en que participan...») sirve de poco. Con cargo al error, la única explicación que auguramos es aquella por la que es posible discrepar a nivel de opinión (la homogeneidad no es requerida), pero no a nivel de regulación jurídica (la diversidad aquí no es ya permitida). Bienvenida la libertad de pensamiento siempre que la tesis contraria no prevalezca jurídicamente. Solo así se dilucida cómo la Corte Suprema fue un *insider* con la orientación de su decisión, mientras los evangélicos conservadores, en dirección opuesta, no llegaron a ser *outsiders*: pues no triunfaron jurídicamente.

Esto importa pues existe fuerte divergencia en las altas judicaturas en la región respecto de la OC-24/17. Mientras la Corte Constitucional ecuatoriana⁹⁷ utilizó dicha resolución, el control de convencionalidad y la interpretación evolutiva para considerar discriminatoria la expresa reserva constitucional varón-mujer del matrimonio⁹⁸; el Tribunal Constitucional peruano⁹⁹ aseveró que tal OC no obliga, siendo su única fuerza la de generar convicción, cuestión que no logra pues desborda la solicitud hecha por Costa Rica y contraría la propia disposición de la CADH que pretende interpretar¹⁰⁰. Por su parte, el Tribunal Constitucional chileno¹⁰¹ señaló que dicha OC podía representar cierta tendencia en el ámbito internacional, pero que respetaba la decisión del legislador chileno, al que no correspondía sustituir en la configuración de la institución matrimonial varón-mujer, no habiendo discriminación

⁹⁷ Cfr. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia núm. 11-18-CN/19, de 12 de junio de 2019. FJ. 127-128, 291-295

⁹⁸ Cfr. B. MARCHECO, «El constitucionalismo de los derechos y los límites de la interpretación constitucional. A propósito de las sentencias sobre matrimonio igualitario en el Ecuador», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 119, 2020, p. 192 y ss.

⁹⁹ Cfr. Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Óscar Ugarteche*. Sentencia de 3 de noviembre de 2020. EXP. núm. 01739-2018-PA/TC.

¹⁰⁰ Cfr. J. TELLO, «El caso *Ugarteche vs. Reniec*: sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo (Tribunal Constitucional peruano)», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 49, 1, 2022, pp. 202-209.

¹⁰¹ Cfr. Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia Rol 7774-2019. Sentencia de 25 de junio de 2020. FJ. 23-26, 32, 38-39.

en ello. Por último, la Corte Suprema panameña¹⁰² rechazó declarar inconstitucional el matrimonio varón-mujer del Código de Familia. Ello porque ni la CADH ni ningún otro tratado recoge la unión conyugal entre personas del mismo sexo, siendo la OC-24/17 una «interpretación disociada de los preceptos que están contenidos en los Tratados de Derechos Humanos», por lo que no puede ser un referente impositivo. Además, señaló que el control de convencionalidad no podía ser pretexto para ignorar el derecho interno ni para crear un nuevo derecho mediante la judicatura, usurpando así las funciones que competen al legislativo o al constituyente. Nuevamente, o bien estas sentencias que confrontan la autoridad interpretativa de la Corte IDH y aperturan parcelas diferenciadoras (¿margen de apreciación?) son también bienvenidas (*insiders*), pese a paradójicamente mermar los fines del ICCAL y del control de convencionalidad; o bien no (*outsiders*), fomentándose una pronta alineación con el tribunal interamericano, aunque ello contradiga su aparente perfil no homogeneizador.

4.3. Globalismo auto-validado

Dicho ello, el ICCAL no es original y presenta dificultades para rescatar lo propio de Latinoamérica, pareciéndose más una corriente del globalismo jurídico en formato regional, que se nutre notoriamente del neoconstitucionalismo europeo¹⁰³ y de la concepción alemana del ideal europeo de constitucionalismo global¹⁰⁴. La réplica¹⁰⁵ afirma que si la construcción del ICCAL está informada por el «universalismo europeo» es porque también lo está «toda la estructura jurídica de la región». Por ello, añade, pese al mayor tiempo como colonias que como repúblicas, Latinoamérica es capaz de aportar algo propio e innovador, siendo necesario que los «juristas apegados al formalismo [...] puedan adaptarse a los desafíos del presente y futuro», pues el ICCAL conformaría un nuevo elemento de «aportación latinoamericana al derecho público global». Naturalmente, tal respuesta no satisface, pues confunde la crítica a un planteamiento que se precia de oriundo y original, con una apatía por generar una ideal contribución latinoamericana para el mundo. La narrativa universalista sobre el rol del SIDH es, además, de poca ayuda para los problemas advertidos pues «descontextualizan y despolitizan la protección de los derechos en la región»¹⁰⁶.

¹⁰² Cfr. Pleno. Advertencia de Inconstitucionalidad. Sentencia de 16 de febrero de 2023. Expediente 1042-16, p. 40-60.

¹⁰³ Cfr. A. M. ALTERIO, «El Ius...», *op. cit.*, pp. 10-12; A. CODDOU, «A critical...», *cit.*, pp. 123-126 y 134-136.

¹⁰⁴ Cfr. A. RODILES, «The Great...», *op. cit.*, pp. 502-508.

¹⁰⁵ Cfr. C. HERRERA, «La idea...», *op. cit.*, pp. 1404-1407.

¹⁰⁶ C. VILLAGRÁN; F. FERNANDES, «A Human...», *op. cit.*, p. 1638.

Por ello, no son aciagas las críticas de autoreferencialidad, autointerpretación y autovalidación provenientes de la *radical legal theory*. En sí, porque el ICCAL y la idea de la Corte IDH como agente transformador, ambos, fruto de la cosmovisión jurídica de sus promotores, se retroalimentan y confirman mutuamente¹⁰⁷: mientras el ICCAL establece las bases para el papel activista de la Corte IDH como agente de cambio democrático, la labor de la Corte IDH —así entendida— concreta y demuestra la existencia y necesidad del ICCAL. Así, se dirá, el uso de analogías constitucionales es «ideológico» pues contribuye a crear «relaciones de dominación»: mientras la «constitucionalización» del derecho interamericano justifica el «abusivo» crecimiento competencial de la Corte IDH, la «progresividad» le sirve para expandirse en derechos sociales, aun cuando no es parte de su mandato. Aún más, mientras que el control de convencionalidad asemejado al de constitucionalidad valida la dependencia obligatoria de las autoridades respecto de la jurisprudencia interamericana, el «diálogo» genera una subordinación monista pues otorga a la Corte IDH la autoridad para definir los meta-valores del intercambio¹⁰⁸.

En efecto, el ICCAL se funda en la idea de los tribunales internacionales como agentes de gobernanza global con poder transformador y legitimidad democrática para actuar en representación de las personas. Bajo esta perspectiva, la autovalidación de la Corte IDH como agente de cambio democrático es fruto de su auto-comprensión (mediante sus sentencias y, añadimos, su tesis de convencionalidad) y su auto-interpretación como tal (mediante los académicos que le rodean, también los del ICCAL). Dicha dinámica hace que nos hallemos en un insólito escenario donde se afirma la autoridad de la Corte IDH como agente de promoción democrática sin un esfuerzo por demostrar cómo se arriba a tal conclusión¹⁰⁹.

Al respecto, alegar una y otra vez que estamos frente a un «cambio de paradigma» no parece ya aquel razonable reconocimiento del salto cualitativo entre el modelo jurídico previo y posterior a la Segunda Guerra Mundial o, en el caso regional, previo y posterior al período de dictaduras. Por el contrario, a menudo, su uso se asemeja a una ‘profecía autocumplida’, pues se insiste en una predicción que termina siendo la propia causa motora de aquella realidad querida. Es decir, «si los hombres definen las situaciones como reales, son reales en sus consecuencias» (teorema de Thomas). Así, la persistencia en predecir aquel ICCAL (los jueces como agentes de cambio político y social,

¹⁰⁷ Cfr. N. TORRES ZÚÑIGA, «Crítica a la ideología: Corte Interamericana de Derechos Humanos, ius constitutionale commune y poder transformador», *IberICONnect*.

¹⁰⁸ Cfr. *Ibid.*; M. ALTERIO, «El Ius...», *op. cit.*, pp. 12-15.

¹⁰⁹ Cfr. N. TORRES, «The Image...», *op. cit.*, pp. 486-489.

la des-formalización del Derecho...) termina produciendo el curso de acción requerido (la prescripción) para lograrlo.

4.4. Contra el *demos* de la subsidiariedad

Si el ICCAL pretende la permanente expansión del «derecho común», por definición, el margen de apreciación nacional y sus potenciales parcelas de divergencia en materia de derechos, conforma la antítesis. No sorprende, por tanto, que con frecuencia los impulsores del ICCAL (y del control de convencionalidad) vean con recelo y alarma su fomento¹¹⁰, pues supondría la abdicación de la Corte IDH respecto de objetivos de lógica universalista que no admiten fragmentaciones¹¹¹. De hecho, señala un autor¹¹² que la autoridad interpretativa dada a la Corte IDH permite que «los órganos interamericanos est[é]n en condiciones de imponer criterios de valoración de conceptos indeterminados con base convencional sólida. Por lo tanto, no estamos ante una intromisión en aspectos que son propios del ámbito nacional, sino frente a expresiones del ejercicio de las funciones que los propios Estados han conferido a los órganos de control en ejercicio de la soberanía nacional». Así, ninguna «de las concesiones de espacios de discrecionalidad que entrega la [CADH] puede conducir a una interpretación sobre una suerte de recepción [...] del margen de apreciación [...] [y] [...] la Corte [IDH] ha sido reticente a utilizar[la]», quizás porque los órganos interamericanos «no confían en la determinación interna de las condiciones [...] que permiten el cumplimiento de las obligaciones del Estado». En análogo sentido, el exjuez interamericano Cançado¹¹³ ilustró bien la resistencia habitual a esta figura al señalar que «presupone la existencia de Estados verdaderamente democráticos, con un Poder Judicial indudablemente autónomo», solo viable en «una Europa occidental (pre-1989) relativamente homogénea en cuanto a sus percepciones de una experiencia histórica común». Dirá así, «[m]enos

¹¹⁰ Cfr. N. TORRES, «The Image...», *op. cit.*, p. 493; P. CONTRERAS, «Análisis Crítico del Control de Convencionalidad», en MANUEL NÚÑEZ (ed.) *La internacionalización del Derecho Público*, Thomson Reuters, Chile, 2015, p. 450; F. ZÚÑIGA, «Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica», en HUMBERTO NOGUEIRA (ed.) *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Librotecnia, Chile, 2012, p. 445.

¹¹¹ Cfr. C. NASH ROJAS, «La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 11, 2018, pp. 76-77, fecha de consulta 21 mayo 2021, en <https://bit.ly/3fFV8gr>.

¹¹² Cfr. *Ibid.*, pp. 84-95.

¹¹³ A. CANÇADO, «Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos», *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección a Los Derechos Humanos*. San José: IIDH, 1998, pp. 582-583 [online: 9-10].

mal que dicha doctrina no encuentra un desarrollo paralelo explícito en la jurisprudencia bajo la C[ADH]».

Para el exjuez interamericano Faundez, en cambio, el alcance asignado a las disposiciones convencionales al interior de cada Estado cuenta con cierta subjetividad que supone, necesariamente, un margen de apreciación, de modo que «[aun cuando] la idea de que el Estado pueda ejercer un margen de apreciación en la aplicación de la Convención no se encuentra expresamente reconocida por la C[ADH] [...] es evidente que esta doctrina también tiene aplicación en el sistema interamericano, y que es inherente a las expresiones utilizadas por algunas de sus disposiciones»¹¹⁴. Por ejemplo, el deber de los Estados de «adoptar, *con arreglo a sus procedimientos constitucionales* y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades» (2 CADH, destacado nuestro). En efecto, desde el preámbulo de la CADH se recoge el propósito coadyuvante, complementario y/o subsidiario del SIDH. Y, en algún momento, la Corte IDH llegó a utilizar expresamente el margen de apreciación¹¹⁵. Sin embargo, con el ICCAL (y el control de convencionalidad) se erigiría a la CADH como instrumento supremo de integración en materia de derechos, mientras la Corte IDH sería una entidad protagónica y monopolica de los contenidos, alcances y evolución de los derechos humanos en la región. Se cambiaría, por tanto, el paradigma en el que se halla asentado el sistema¹¹⁶: de uno complementario a uno principal (transformador)¹¹⁷.

Piénsese que, si el ICCAL pretende un derecho común mediante un constitucionalismo transformador obrado por la Corte IDH y los tribunales nacionales —protagonistas de la vida política e institucional de su país¹¹⁸—, tienen estos un incentivo tenaz para un fuerte activismo. No en vano se dice que «el buen juez debe ser un juez activista [...] El activismo debe ser, pues, progresista»¹¹⁹, o que «muchas sentencias que bajo el viejo paradigma parecerían activismo judicial cuestionable, se entienden bajo el nuevo paradigma como propios del Poder Judicial en una democracia constitucional que de manera incremental ayuda a

¹¹⁴ H. FAÚNDEZ, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, 3.^a ed., IIDH, San José, 2004, p. 63.

¹¹⁵ Cfr. Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, párr. 62.

¹¹⁶ Cfr. A. E. DULITZKY, «El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?», en JULIO CESAR RIVERA (ed.) *Tratado de los derechos constitucionales*, vol. 1, Abeledo Perrott Buenos Aires, 2014, p. 535.

¹¹⁷ Cfr. M. ALTERIO, «El Ius...», *op. cit.*, p. 16.

¹¹⁸ Cfr. L. GARCÍA JARAMILLO, «De la "constitucionalización" a la "convencionalización" del ordenamiento jurídico. La contribución del ius constitutionale commune», *Revista Derecho del Estado*, 36, 2016, Universidad Externado de Colombia, p. 141.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 138.

realizar el nuevo proyecto constitucional»¹²⁰. Cuestión distinta es que, aquel Derecho común arribe, paulatina y mesuradamente, como efecto secundario de la genuina labor de la Corte IDH: resolver controversias respecto de denuncias de violaciones de derechos humanos. Es decir, no como propósito fundamental que la impulse afanosamente —cual guardián apolítico cuya autoridad no brota ya del consentimiento de los Estados, sino de una neutra y natural noción de ICCAL¹²¹— a cumplir su cometido uniformizador, pues no está llamada a ser agente protagónico, sino subsidiario, de —si se quiere— aquella transformación. De igual modo, con cargo a mayor estudio, cuestión distinta es que, excepcionalmente, los tribunales puedan tener legitimidad para intervenir cuando el procedimiento democrático es deficitario (bloqueo o cooptación)¹²². El problema del ICCAL es que lo excepcional se convierte en regla bajo su retrato jurídico-político de la región.

Sobre esto último, continuamente se cree que prever el margen de apreciación supone entregar a los Estados una potencial licencia para vulnerar derechos. Esta presunción en contra permite a menudo asumir la mejor posición de los jueces interamericanos y académicos afines para actuar en representación de los derechos y la democracia¹²³. Mas, considerar a los Estados como si aún se mantuviesen en el período de dictaduras de hace poco más de tres décadas, no responde al escenario actual¹²⁴, en el que, pese a sus limitaciones prácticas, el Estado es un aliado en el soporte material del SIDH y el promotor primigenio en la protección sustantiva de los derechos de las personas. Lo anterior, no ignora lo mucho que resta hacer en la región, pero esperar altos estándares de progreso —no se sabe bien cuáles, a criterio de quién y con qué autoridad— para abandonar recién la visión de paternalismo judicial predominante, o adoptar como excepción —no como regla— una presunción contra los Estados, simplemente, no es justificable.

Conviene recordar que, además, el margen de apreciación es una forma de *self restraint* y prudencia, mediante el cual los órganos internacionales brindan a los nacionales un ámbito de deferencia para cumplir con sus obligaciones de derechos humanos, justificado ello en el respeto al equilibrio institucional, la legitimidad de los órganos, el pluralismo y la diversidad cultural¹²⁵. De hecho, contra cierto pánico

¹²⁰ A. BOGDANDY, «Ius constitutionale commune en América Latina. Aclaración conceptual», en ARMIN BOGDANDY, MARIELA MORALES, EDUARDO FERRER (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, IEC-Querétaro, 2017, p. 159.

¹²¹ Cfr. N. TORRES, «The Image...», *op. cit.*, p. 485.

¹²² Cfr. A. BOGDANDY, «Ius constitutionale commune en América Latina. Aclaración conceptual.», *op. cit.*, p. 34.

¹²³ Cfr. N. TORRES, «The Image...», *op. cit.*, p. 498.

¹²⁴ Cfr. C. VILLAGRÁN; F. FERNANDES, «A Human...», *op. cit.*, pp. 1616 y 1638.

¹²⁵ Cfr. J. MARTÍNEZ, «Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve Análisis de sus orígenes y su desarrollo», *Estudios Constitucionales*, vol. 12, 1, 2014, pp. 379-385; M.

existente, un bien entendido margen de apreciación se asienta en el principio subsidiariedad, pues este «sirve para explicar que la deferencia otorgada a los Estados no niega la universalidad de los derechos humanos, sino que simplemente permite la instanciación de principios universales según las circunstancias, la cultura y la historia de cada comunidad»¹²⁶. Si atendemos al debate europeo, el margen de apreciación y el consenso emergente son también doctrinas percibidas como competitivas entre sí, pues se piensa que el primero diluye al segundo y viceversa. No obstante, utilizando el teorema de *Condorcet*, Dothan¹²⁷ demuestra que un bien aplicado margen de apreciación permite que emerja un real consenso regional pues, cual requisito previo, posibilita descubrir un genuino consenso mediante las decisiones estatales adoptadas independientemente. *Mutatis mutandis*, un auténtico *ius commune* requiere una anterior y autónoma participación estatal en tal sentido, más que un avasallador mandato externo de concreción (ICCAL).

Considérese que, para la Corte IDH, ni siquiera es preciso el consenso estatal en asuntos complejos, novedosos o ajenos a la CADH para, en adelante, adoptar y promover una cierta orientación. En efecto, descartando la creación de protocolos que la CADH prevé, la Corte IDH, en honor a la «interpretación progresiva», afirmó que «aunque no existiera consenso», no se puede negar o restringir los derechos de las minorías, o «perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que [...] han sufrido». Por tanto, que sea «materia controversial [...], y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a [...] las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la C[ADH]»¹²⁸. Tal óptica tiene varios problemas, siendo el más notorio aquella especulación material de una justicia disociada, inexistente o dudosa en el tratado a interpretar, más aún si se reconoce que el asunto es disputado y no hay consenso mínimo. Con tal horizonte, donde falta añadir al ICCAL y su transformación activista, al control de convencionalidad como mecanismo de alineación doméstica, al diálogo judicial como herramienta legitimadora y a la exégesis evolutiva como excusa

NÚÑEZ, «Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos», en PAOLA ACOSTA, MANUEL NÚÑEZ (eds.), *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, UNAM, México, 2012, pp. 5-6; Y. ARAI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, NY, 2002, pp. 3-4; S. BERTELSEN, «The Margin of Appreciation Through the Lens of Subsidiarity», 2014, Notre Dame, p. 270.

¹²⁶ S. BERTELSEN, «The Margin...», *op. cit.*, p. 270.

¹²⁷ Cfr. S. DOTHAN, «Judicial Deference Allows European Consensus to Emerge», *Chicago Journal of International Law*, vol. 18, 2, 2018, pp. 399-400, 410 y 419.

¹²⁸ Corte IDH. *Caso Atala Ríffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrs. 74 y 92.

«desformalizadora» del Derecho, ¿qué son los derechos humanos sino aquello que decide un voluntarismo judicial sin contrapeso ni control¹²⁹? ¿no es la propia «democracia» solo un discurso legitimador desprovisto ya del *demos*?

De nuevo, no sorprende la renuencia de la Corte IDH hacia el margen de apreciación¹³⁰, pese a que éste, en buena medida, responde a un *demos* expresado en una decisión estatal sobre derechos. La norma jurídica —nacional o internacional— debe ser el fruto de un profundo y deliberado acuerdo democrático (horizontal), más que de una imposición judicial (vertical)¹³¹. No hacerlo así conspira además contra el propio ICCAL, pues excluye a la ciudadanía y privilegia a élites en la adopción de decisiones, de arriba hacia abajo, sin un discusión política y libre entre iguales¹³². Querer paliar esto apelando a una legitimación transnacional de las decisiones de la Corte IDH mediante una «comunidad latinoamericana de derechos humanos»¹³³, no persuade, sea debido a la abstracción del ente al que se alude, sea porque no es claro si su papel reemplaza o complementa a las democracias nacionales (¿y en caso de discrepancia?), o sea porque no se puede medir con certeza su voluntad, mientras que en una democracia nacional, aun con limitaciones, esto es posible.

En tal escenario, tiene más sentido prever normativa o, al menos, jurisprudencialmente el margen de apreciación, como han hecho ya algunos Estados¹³⁴, pues no parece que dicha iniciativa vaya a provenir de la Corte IDH y porque, en estricto, esta doctrina no es tanto un espacio de discrecionalidad «concedido» por un tribunal internacional¹³⁵, sino un atributo estatal «propio» —no condicionado a tal deferencia— para inculturar jurídicamente los derechos¹³⁶. De hecho, esta doctrina ya ha sido empleada para matizar el impacto de una «adopción sin cortapisas [del] control de convencionalidad por parte de los tribunales nacionales»¹³⁷. A fin de cuentas, se busca una solución que respete

¹²⁹ Cfr. M. SILVA, «Ius constitutionale...», *op. cit.*, p. 101.

¹³⁰ Cfr. C. ORUNESU, «Conventionality control...», *op. cit.*, p. 9.

¹³¹ Cfr. R. GARGARELLA, «Democracy...», *op. cit.*, p. 119.

¹³² Cfr. M. ALTERIO, «El Ius...», *op. cit.*, pp. 15-16.

¹³³ Cfr. A. BOGDANDY; R. URUEÑA, «International Transformative...», *op. cit.*, pp. 436-437.

¹³⁴ Por lo menos, Argentina, Costa Rica, Perú y Uruguay. Cfr. J. TELLO, *Control de Convencionalidad y Estado...*, *op. cit.*, pp. 207-304.

¹³⁵ De serlo, el problema permanecería pues la democracia sustantiva seguiría definiéndose por la Corte IDH. Para ésta, la noción final de democracia depende de la protección de los derechos humanos, de la cual es ella el último bastión. De allí la verticalidad. Cfr. N. TORRES, «The Image...», *op. cit.*, pp. 499 y 501.

¹³⁶ Cfr. S. BERTENSEN, «The Margin...», *op. cit.*, p. 266; J. MARTÍNEZ «Auto-restricción...», *op. cit.*, pp. 381-382..

¹³⁷ M. TRUCCO, «El control de convencionalidad en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales nacionales», *Revista de Filosofía Jurídica y Social*, 33, 2012, p. 132.

tanto los procesos políticos locales como la vigencia de los Derechos Humanos¹³⁸. No en vano, una vez más, cinco Estados emitieron en 2019 una Declaración Conjunta requiriendo a la Corte IDH que respete el principio de subsidiariedad y el Derecho Constitucional, el margen de apreciación y un uso estricto de las fuentes del Derecho Internacional Público. Sería altivo y errado¹³⁹ desdeñar tales críticas reduciéndolas, como se ha hecho antes¹⁴⁰, a una ignorancia sobre el actual funcionamiento del Derecho Internacional, un desconocimiento sobre el nuevo rol del juez, una no advertencia de la apertura de los sistemas constitucionales, la no protección de las minorías, cuando no, una simple pretensión de debilitar al SIDH¹⁴¹.

Ahora bien, desde el ICCAL se ha dicho que la deferencia es importante y que los «jueces deben esperar y autorestringirse a la espera de que otros poderes diseñen la política, de salud, de vivienda o de cualquier otra materia»¹⁴². Pero tal cometido es irrisorio si, paralelamente, se aúpa la expansión jurisprudencial de la Corte IDH en razón del «cambio de paradigma en la jurisprudencia»¹⁴³ (profecía autocumplida). Además, esta expansión, sostenida mediante la interpretación evolutiva¹⁴⁴, ha generado graves problemas de interacción no solo con los Estados, sino incluso entre los jueces interamericanos¹⁴⁵, pues socava la legitimidad de la Corte IDH¹⁴⁶. En *Lhaka Honhat*¹⁴⁷, por ejemplo, la Corte IDH concluyó —citando *soft law* a conveniencia¹⁴⁸ y trastocando las habituales reglas de interpretación de tratados¹⁴⁹— que el ambiente sano, la alimentación adecuada, el agua y la participación en la vida cultural constituían nuevos derechos autónomos. Todo ello pese a que en la CADH —por buena que fuere la iniciativa— nada se dice al respecto.

¹³⁸ Cfr. C. GABRIEL, «Los derechos humanos: baluarte y socavo de las instituciones», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 1, 2016, 2017, p. 377.

¹³⁹ Cfr. M. GIRARDI; B. NOWAK, «The Joint Declaration to the Inter-American System of Human Rights: Backlash or Contestation?», *I-CONnect*, 2019.

¹⁴⁰ Cfr. P. ACOSTA, «Más allá...», *op. cit.*, pp. 261-271.

¹⁴¹ Cfr. CEJIL, «Embates al Sistema Interamericano de Derechos Humanos vulneran la protección regional de los DD.HH.», 2019, fecha de consulta 7 mayo 2021, en <https://bit.ly/3fyfqs1>.

¹⁴² C. HERRERA, «La idea...», *op. cit.*, p. 1409.

¹⁴³ Cfr. E. FERRER; M. MORALES; R. FLORES (eds.), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, IEC-Querétaro, 2018, p. 15 y ss.

¹⁴⁴ Cfr. J. CONTESSE, «Human Rights as Transnational Law», *American Journal of International Law (Unbound)*, vol. 116, 2022, p. 317.

¹⁴⁵ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Voto del juez Sierra Porto, párrs. 42-48.

¹⁴⁶ Cfr. J. CONTESSE, «Human Rights (...)», *op. cit.*, pp. 316-317.

¹⁴⁷ Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020, párrs. 194 y ss.

¹⁴⁸ Cfr. Corte IDH. *Comunidades (...) Lhaka Honhat*, *op. cit.*, voto del juez Sierra Porto, párrs. 3-11.

¹⁴⁹ Cfr. Corte IDH. *Comunidades (...) Lhaka Honhat*, *op. cit.*, voto del juez Vio Grossi, párrs. 4-61.

5. CONCLUSIÓN

El ICCAL, finalmente, es una narrativa particular —en confluencia¹⁵⁰ o competencia¹⁵¹ con otras—, con sus propios presupuestos teóricos, diagnósticos, soluciones y métodos¹⁵². Dirán sus creadores, como «ha demostrado el desarrollo europeo después de la Segunda Guerra Mundial, un proyecto de inclusión social puede ser compartido y desarrollado por fuerzas conservadoras, liberales y socialistas. Cierta borrosidad conceptual respecto al ICCAL es por ello una ventaja»¹⁵³. Es decir, la deliberada estrategia de vaguedad conceptual permitiría no solo articular una narrativa universalista de transformación latinoamericana, sino también afirmar que la apuesta conceptual es la más adecuada para afrontar los problemas regionales de desigualdad, pobreza y redistribución¹⁵⁴. Parece ser, no obstante, que tal propósito ha fracasado. De una parte, porque la ambigüedad adoptada ha sido más bien una desventaja para considerar al ICCAL como una propuesta académica sólida y transparente; y, de otra parte, porque la borrosidad querida no ha impedido que se sepa lo suficiente y necesario para apartarse de dicha teoría. Si en directa alusión al ICCAL, el juez Sierra Porto arguyó que «no puede hacerse derecho transformador en contra vía del Derecho vigente»¹⁵⁵, podríamos añadir que tampoco puede hacerse derecho transformador usurpando al *demos* y a su representación parlamentaria. Más aún si ello desfigura la actividad judicial, desdeñando el contrapoder que está llamado a ser, para convertirse en un nuevo gran poder que, paradójicamente, no tiene contrapoder alguno que equilibre, contrapeso, module y controle su actuación, ni en el ámbito interno, ni —menos aún— en el ámbito internacional.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1. Libros y artículos

ACOSTA ALVARADO, P. A., *Más allá de la utopía: del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel*, 2014, Universidad Complutense de Madrid.

¹⁵⁰ Sobre el Neoconstitucionalismo, cfr.: M. CARBONELL, «Nuevos tiempos para el constitucionalismo», en *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, España, 2003, pp. 9-12; para una aproximación crítica, *vid.*, I. VILLAYERDE, «El constitucionalismo...», *op. cit.*, pp. 529-555.

¹⁵¹ Sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, *vid.*, R. VICIANO; R. MARTÍNEZ, «El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal», *Revista General de Derecho Público Comparado*, 9, 2011, pp. 1-24; para una aproximación crítica: R. GARGARELLA, «Sobre el «Nuevo constitucionalismo latinoamericano»», *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, vol. 27, 1, 2018, pp. 109-129.

¹⁵² Cfr. C. VILLAGRÁN; F. FERNANDES, «A Human...», *op. cit.*, pp. 1613-1616.

¹⁵³ A. BOGDANDY; E. FERRER; M. MORALES; F. PIOVESAN; X. SOLEY, «Ius Constitutionale...», p. 5.

¹⁵⁴ Cfr. C. VILLAGRÁN; F. FERNANDES, «A Human...», *op. cit.*, p. 1616.

¹⁵⁵ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. *Op. cit.*, voto del juez Sierra, párr. 48.

- *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*, 1, Universidad del Externado, 2015.
- «Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno», *Estudios Constitucionales*, vol. 14, núm. 1, 2016, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, pp. 15-60.
- ALTERIO, A. M., «El Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum y los desafíos de la judicialización de la política», *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las ideas*, vol. 20, 2018, pp. 1-21.
- ÁLVAREZ, L., «Judicialización de la política y soberanía popular: Sobre el estatuto político de las resoluciones judiciales», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, núm. 108, 2015, Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, pp. 95-110.
- ARAL, Y., *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, NY, 2002.
- AYALA, C. M., «Comentarios sobre la sentencia de la Sala Constitucional del tribunal Supremo de Justicia de Venezuela», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 7, núm. 1, 2009, pp. 391-395.
- BERTELSEN, S., «The Margin of Appreciation Through the Lens of Subsidiarity», 2014, Notre Dame, Indiana.
- BOGDANDY, A., «Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual», en *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, UNAM, México, 2014, pp. 3-23.
- «Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador», *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, 2015, p. 3.
- «Ius constitutionale commune en América Latina. Aclaración conceptual.», en ARMIN BOGDANDY, MARIELA MORALES, EDUARDO FERRER (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, pp. 133-177.
- «The Transformative Mandate of the Inter-American System – Legality and Legitimacy of an Extraordinary Jurisgenerative Process», fecha de consulta 7 de julio de 2023, en <http://bitly.ws/PjEY>.
- BOGDANDY, A.; FERRER, E.; MORALES, M.; PIOVESAN, F.; SOLEY, X., «Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism», *SSRN Electronic Journal*, 2016.
- BOGDANDY, A.; URUEÑA, R., «International Transformative Constitutionalism in Latin America», *American Journal of International Law*, vol. 114, núm. 3, 2020, Cambridge University Press, pp. 403-442.
- CANÇADO TRINDADE, A. A., «Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos», *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección a Los Derechos Humanos*. San José: IIDH, 1998, pp. 573-603.
- CARBONELL, M., «Nuevos tiempos para el constitucionalismo», en *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, España, 2003, pp. 9-12.
- CAROZZA, P. G.; GONZÁLEZ, P., «The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A reply to Jorge Contesse», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 436-442.
- CARRILLO, J. A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional*, Tecnos, 2001.

- CASTILLA, K., «¿Qué tan común es lo común del *Ius Constitutionale Commune* Latinoamericano?», *Ventana Jurídica*, fecha de consulta 5 de julio de 2023 en <https://bit.ly/41YUgtg>.
- CASTILLO CÓRDOVA, L., «La inconventionalidad de la Corte IDH, otra vez», *La Ley - El Ángulo Legal de la Noticia*, 2022, fecha de consulta 26 octubre 2022, en <https://bit.ly/3D3USmU>.
- CENTER FOR JUSTICE AND INTERNATIONAL LAW, «Embates al Sistema Interamericano de Derechos Humanos vulneran la protección regional de los DD.HH.», *Cejil*, 2019, fecha de consulta 7 mayo 2021, en <https://bit.ly/3fyfqs1>.
- CODDOU, A., «A critical account of *Ius Constitutionale Commune* in Latin America: An intellectual map of contemporary Latin American constitutionalism», *Global Constitutionalism*, vol. 11, núm. 1, 2022, Cambridge University Press, pp. 110-138.
- CONTESSE, J., «The final word?: Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights», *International journal of constitutional law*, vol. 15, núm. 2, 2017, Oxford University Press, pp. 414-435.
- «Human Rights as Transnational Law», *American Journal of International Law (Unbound)*, vol. 116, 2022, pp. 313-317.
- CONTRERAS VÁSQUEZ, P., «Análisis Crítico del Control de Convencionalidad», en MANUEL NÚÑEZ POBLETE (ed.) *La internacionalización del Derecho Público: actas XLII Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2015, pp. 425-469.
- DOTHAN, S., «Judicial Deference Allows European Consensus to Emerge», *Chicago Journal of International Law*, vol. 18, núm. 2, 2018, fecha de consulta en <https://bit.ly/3gtBrTQ>.
- DULITZKY, A., «Los Tratados de Derechos Humanos en el Constitucionalismo Iberoamericano», *Estudios Especializados en Derechos Humanos*, 1996, pp. 129-166.
- «An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights», *Texas International Law Journal*, vol. 50, 2015, p. 45.
- «El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?», en JULIO CESAR RIVERA (ed.), *Tratado de los derechos constitucionales*, vol. 1, Abeledo Perrott Buenos Aires, 2014, pp. 533-569.
- FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, 3.^a ed., IIDH, San José, Costa Rica, 2004.
- FERRER, E., «La Corte Interamericana como Tribunal Constitucional», MPIL, Heidelberg - Alemania, 2009.
- «Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano», en EDUARDO FERRER (ed.), *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales*, FUNDAp, México, 2012, pp. 107-186.
- FERRER, E.; MORALES, M.; FLORES, R. (eds.), *Inclusión, ius commune y justicia de los DESCA en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018.

- GABRIEL MAINO, C. A., «Los derechos humanos: baluarte y socavo de las instituciones. Hacia un adecuado equilibrio entre el control judicial de convencionalidad y la representación política de los procesos democráticos», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 1, núm. 2016, 2017, fecha de consulta 21 mayo 2021, en <https://bit.ly/3fBpXmv>.
- GARCÍA JARAMILLO, L., «De la "constitucionalización" a la "convencionalización" del ordenamiento jurídico. La contribución del *ius constitutionale commune*», *Revista Derecho del Estado*, núm. 36, 2016, Universidad Externado de Colombia, pp. 131-166.
- GARGARELLA, R., «Democracy and Rights in Gelman v. Uruguay», vol. 109, 2015, Cambridge University Press, pp. 115-119.
- «Sobre el "Nuevo constitucionalismo latinoamericano"», *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, vol. 27, núm. 1, 2018, pp. 109-129.
- GIRARDI FACHIN, M.; NOWAK, B., «The Joint Declaration to the Inter-American System of Human Rights: Backlash or Contestation?», *I-CONnect*, 2019, fecha de consulta 21 mayo 2021, en <https://bit.ly/3uc4RA6>.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, M., «El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 19, 2019, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 327-355.
- HERRERA, J. C., «La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, núm. 4, 2021, pp. 1385-1416.
- KLARE, K. E., «Legal Culture and Transformative Constitutionalism», *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, núm. 1, 1998, pp. 146-188.
- KRUNKE, H., «The Danish Lisbon Judgment», *European Constitutional Law Review*, vol. 10, núm. 3, 2014, T.M.C. Asser Press, pp. 542-570.
- MARCHECO ACUÑA, B., «El constitucionalismo de los derechos y los límites de la interpretación constitucional. A propósito de las sentencias sobre matrimonio igualitario en el Ecuador», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020, pp. 185-206.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.; DE PABLO, P., *Constitución, Derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Rialp, Madrid, 2007.
- MARTÍNEZ ESTAY, J. I., «Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve Análisis de sus orígenes y su desarrollo», *Estudios Constitucionales*, vol. 12, núm. 1, 2014, pp. 365-396.
- MORALES, M., «Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*», en *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, UNAM, México, 2014, pp. 265-299.
- NASH ROJAS, C., «La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *ACDÍ - Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 11, 2018, fecha de consulta 21 mayo 2021, en <https://bit.ly/3fFV8gr>.
- NÚÑEZ POBLETE, M., «Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos», en PAOLA ANDREA ACOSTA ALVARADO, MANUEL NÚÑEZ POBLETE (eds.), *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, 1.^a ed., UNAM, IJ, México, 2012 (Serie Doctrina jurídica), fecha de consulta 3 de julio de 2023, en <https://bit.ly/3zzTiqk>.

- ORUNESU, C., «Conventionality control and international judicial supremacy: Some reflections on the Inter-American system of human rights», *Revus*, núm. 40, 2020, pp. 45-62.
- RODILES, A., «The Great Promise of Comparative Public Law for Latin America: Toward Ius Commune Americanum?», en ANTHEA ROBERTS, PAUL B. STEPHAN, PIERRE-HUGUES VERDIER, MILA VERSTEEG (eds.) *Comparative International Law*, OUP, 2018, pp. 501-524.
- RYTTER, J. E.; WIND, M., «In need of juristocracy? The silence of Denmark in the development of European legal norms», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, núm. 2, 2011, pp. 470-504.
- SERNA, J., «El concepto del Ius Constitutionale Commune Lationamericano en Derechos Humanos: Elementos para una agenda de investigación.», en *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, UNAM, México, 2014, pp. 199-217.
- SILVA, M., «Ius constitutionale commune para América Latina (ICCAL) y activismo judicial: ¿hacia el gobierno de los jueces?», *Prudentia Iuris*, 2022, 94, 2022, pp. 69-108.
- TELLO MENDOZA, J. A., «Derechos humanos, derecho constitucional, derecho internacional: sinergias contemporáneas = Human rights, Constitutional law and international law: contemporary sinergies», en NÚRIA SAURA-FREIXES (ed.), *Derechos humanos, derecho constitucional, derecho internacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021, pp. 223-262, fecha de consulta 6 febrero 2022, en <https://bit.ly/3slgYMv>
- *Control de Convencionalidad y Estado Constitucional de Derecho: Consideraciones sobre la doctrina creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, 2023.
- «El caso Dobbs: de la Constitución viva a la Democracia Constitucional viva», *Revista de Derecho Político*, núm. 116, 2023, pp. 135-165.
- «El caso *Ugarteche vs. Reniec*: sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo (Tribunal Constitucional peruano)», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 49, núm. 1, 2022, pp. 193-220.
- *El control de convencionalidad: situación de algunos Estados Americanos*, 2016.
- TORRES ZÚÑIGA, N., «The Image of The Inter-American Court of Human Rights as an Agent of Democratic Transformation: A Tool of Self-Validation», *Araucaria*, núm. 46, 2021, pp. 483-504.
- «Crítica a la ideología: Corte Interamericana de Derechos Humanos, ius constitutionale commune y poder transformador», *IberICONnect*, fecha de consulta 23 mayo 2023, en <https://t.ly/-EyB>.
- TRUCCO, M. F., «El control de convencionalidad en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales nacionales», *Revista de Filosofía Jurídica y Social*, núm. 33, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Rosario, 2012, pp. 121-141.
- VICIANO PASTOR, R.; MARTÍNEZ DALMAU, R., «El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal», *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 9, Iustel, 2011, pp. 1-24.
- VILLAGRÁN SANDOVAL, C. A.; FERNANDES CARVALHO VEÇOSO, F., «A Human Rights' Tale of Competing Narratives», *Revista Direito e Práxis*, vol. 8, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017, pp. 1603-1651.

- VILLAYERDE MENÉNDEZ, I., «El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del siglo XXI», *Revista da AJURIS*, vol. 45, núm. 144, 2018, pp. 529-556.
- VIO GROSSI, E., «El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 1, núm. 2018, 2019.
- ZÚÑIGA URBINA, F., «Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica», en HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ (ed.), *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Librotecnia, Santiago, Chile, 2012, pp. 387-448.

6.2. Resoluciones judiciales

- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia núm. 11-18-CN/19, de 12 de junio de 2019.
- Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Óscar Ugarteche*. Sentencia de 3 de noviembre de 2020. EXP. núm. 01739-2018-PA/TC
- Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia Rol 7774-2019. Sentencia de 25 de junio de 2020.
- Pleno. Advertencia de Inconstitucionalidad. Sentencia de 16 de febrero de 2023.
- Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984.
- Corte IDH. *Caso Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Voto del juez García-Sayán
- Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Voto del juez Sierra Porto.
- Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017.
- Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020.
- STEDH (3.^a sección). *Caso Glukhin v. Rusia*, de 4 de julio de 2023.