

Diálogo jurisprudencial y protección de los derechos humanos

nales interactúen para desarrollar, de una mejor manera, sus funciones. Ahora bien, debe dejarse muy claro que la idea de un constitucionalismo abierto, no significa la construcción de un caballo de Troya para afirmar una dictadura universalista de los derechos, sino simplemente buscar nuevas formas de entender los diversos ordenamientos que concurren en el marco del pluralismo jurídico, dándoles sentido a través de un marco de fondo en el cual puedan asumir un significado preciso desde la perspectiva de un determinado momento histórico.¹⁹ El diálogo se presenta entonces como una herramienta de acomodo mutuo en una dinámica de cooperación para evitar choques que eventualmente se podrían dar entre las interpretaciones de los derechos.

IV. LOS FACTORES QUE FAVORECEN EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

Es indudable que el éxito que se pueda atribuir al diálogo entre los tribunales se vincula “a la intensificación de la interdependencia entre Estados y entidades internacionales como uno de los rasgos característicos [...] de la globalización”.²⁰ La construcción de relaciones entre las naciones y la interacción sin fronteras de los distintos actores en el ámbito nacional e internacional, han dado como resultado que los factores sociales y culturales de carácter local traspasen cualquier línea divisoria e influyeran no sólo los sistemas sociales y sus procesos, sino también los sistemas y ordenamientos jurídicos. Esto ha hecho que hoy en día no sea posible continuar pensando que en la labor de los operadores jurídicos lo único que importan son los factores que forman parte de los ambientes estatales, pues la

¹⁹ Gustavo Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*. Bolonia, Il Mulino, 2008, p. 404.

²⁰ R. Bustos Gisbert, *op. cit.*, n. 15, p. 18.

Colección de Textos sobre Derechos Humanos

interacción a través de procesos globales ha hecho que los agentes que se encuentran más allá de las fronteras nacionales condicionen la forma en que la labor jurídica se lleva a cabo.²¹

Bajo este contexto, uno de los factores que con más fuerza ha favorecido el diálogo jurisprudencial es la internacionalización de las constituciones, que, como señala Héctor Fix-Zamudio, se comienza a acentuar en la segunda mitad del siglo XX, con el desarrollo creciente y progresivo de la influencia del derecho internacional en las normas fundamentales de los textos constitucionales contemporáneos, especialmente en el campo convencional. Este fenómeno adquiere una relevancia mayor con la suscripción y ratificación, por parte de los Gobiernos, de diversos instrumentos internacionales que incorporan a los ordenamientos internos las disposiciones de los tratados multilaterales, en forma destacada en el ámbito de la protección de los derechos humanos, y en segundo término, con la recepción, en los ordenamientos nacionales, de las normas consuetudinarias generalmente reconocidas por la comunidad internacional.²²

Armin von Bogdandy refiere al respecto que, si se compara la situación actual con la de cien años atrás, “se observa que casi todos sus elementos constitutivos han cambiado: la evolución del Estado-nación en el marco del proceso de globalización, el espectacular desarrollo del derecho internacional y, sobre todo, la introducción de disposiciones constitucionales al papel del derecho internacional en los ordenamientos jurídicos internacionales”.²³ Por ello, cuando se reflexiona sobre la relación entre el derecho internacio-

²¹ Sobre el tema véase Silvio Gambino, *Diritto costituzionale comparato ed europeo*. Milán, Giuffrè, 2004, pp. 2 ss.

²² Héctor Fix-Zamudio, “La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, en A. Saiz Arnaiz y E. Ferrer Mac-Gregor, coords., *op. cit.*, n. 7, pp. 270-271.

²³ A. von Bogdandy, *op. cit.*, n. 8, pp. 16-17.

Diálogo jurisprudencial y protección de los derechos humanos

nal y el derecho interno, más que atender a la contraposición entre monismo y dualismo, debe acudir a la base conceptual que se construye a partir de la idea de pluralismo jurídico. De acuerdo con los planteamientos de Bogdandy, en América Latina ha surgido una nueva doctrina orientada hacia un sistema jurídico plural en el que se entrecruzan principios, normas y regulaciones de los órdenes internacional, supranacional y estatal, categorizado bajo distintas nociones como “redes horizontales de colaboración”, “interconstitucionalidad”, “metaconstitucionalidad recíproca”, red de constituciones, influjos y lecturas similares, normativismo supranacional, transconstitucionalismo, etc. Incluso, refiere que algunos autores latinoamericanos acuden a la figura geométrica del trapecio para ilustrar el proceso de desdibujamiento de la famosa pirámide kelseniana y aludir al fenómeno del entrelazamiento normativo. Bajo esta perspectiva, la teoría del pluralismo jurídico tiene como base la idea de no considerar a las distintas normas del derecho internacional público, del derecho supranacional o del derecho estatal nacional, como parte de un ordenamiento jurídico unitario, y por tanto, como ya se ha dicho, rechazan el paradigma de jerarquía como mecanismo que define la relación entre dichos ordenamientos.²⁴ Esta idea, que se materializa con la existencia de cláusulas abiertas en las constituciones que favorecen la integración del orden constitucional y el internacional --sobre todo en materia de derechos humanos--, se ha extendido cada vez con más fuerza entre la doctrina y los integrantes de los tribunales, favoreciendo el diálogo jurisprudencial entre órganos jurisdiccionales diversos.

La presencia de contextos compartidos, como señala Rafael Bustos, también contribuye al diálogo entre los tribunales. Y es que de la intensidad con que se compartan contextos dependerá la intensidad del diálogo, que depende de

²⁴ *Ibid.*, pp. 18-20.

la forma y contenido del escenario de pluralismo en el que se desarrolle. El contexto común implica la necesidad de compartir una homogeneidad sustancial de fondo en cuanto a los principios inspiradores de los ordenamientos concurrentes. Cuanto más intensa sea la imbricación entre ordenamientos, de acuerdo con los planteamientos de Bustos, más homogéneos deberán ser los principios, lo que no implica identidad o plena conformidad, pues se trata de ordenamientos jurídicos autónomos.²⁵ Por ello, una contribución evidente para que el diálogo sea posible es la existencia de normas de contención material entre los ordenamientos concurrentes. Estas normas aseguran:

[...] lo que Cruz ha denominado una *metaconstitucionalidad recíproca*, esto es una conexión de sentido de carácter básico entre los ordenamientos constitucionales concurrentes o lo que Rosenfeld denomina *puntos de convergencia materiales*, es decir, una suficiente comunidad de intereses o principios compartidos. Tienen, pues, razón, por una parte, Wiener cuando propone que “la posibilidad de interpretaciones convergentes del significado de normas constitucionales aumenta con el grado de interrelación entre normas constitucionales esenciales” y, por la otra, Walker al sostener que los conflictos entre ordenamientos son irresolubles cuando afectan a elementos identitarios básicos de uno y no compartidos por el otro ordenamiento. En fin, es necesaria [...] la existencia de cláusulas que permitan una *estabilización constitucional recíproca*.²⁶

²⁵ R. Bustos Gisbert, *op. cit.*, n. 15, pp. 44-45.

²⁶ *Idem*. Bustos señala que quizá lo más relevante en este punto es “que, frecuentemente, uno de los resultados del diálogo sea la formulación de este tipo de normas. Ésta es, por otra parte, una circunstancia perfectamente explicable en la medida en que las dificultades para encontrar soluciones mutuamente compatibles entre dos ordenamientos en conflicto se asientan (sobre todo en el caso de los *overlappings* causados por la garantía de los derechos fundamentales) no tanto en una contradicción literal entre normas, cuanto en la imposibilidad de resolver la contradicción por vía interpretativa, porque tales normas responden a principios generales no

Diálogo jurisprudencial y protección de los derechos humanos

Otro de los elementos que favorecen el diálogo es la existencia de principios hermenéuticos que buscan ofrecer a las personas la protección más amplia. Flávia Piovesan refiere que el Sistema Interamericano revela permeabilidad²⁷ y apertura al diálogo a través de las reglas de interpretación del artículo 29 de la Convención Americana, con las que se pretende garantizar la primacía de la norma más benéfica, más favorable y de mayor protección a las personas. Dado que los tratados de derechos humanos establecen parámetros mínimos de protección, pero no un techo máximo de salvaguarda de los derechos, la hermenéutica de los tratados de derechos humanos respalda el principio *pro persona*, fundado en la prevalencia de la norma más benéfica, como lo demuestra el artículo 23 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el artículo 41 de la Convención sobre los derechos del niño, el artículo 16, párrafo 2, de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y el artículo 4º, apartado 4, de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.²⁸ En el ám-

compartidos. Cuando los principios jurídico-constitucionales en los que se encuadran las normas en conflicto son homogéneos entre sí las posibilidades de encontrar interpretaciones no excluyentes son, obviamente, mucho mayores. De este modo la construcción de este tipo de normas *de conexión* entre ordenamientos se convierte en un instrumento esencial para poder resolver problemas concretos”.

²⁷ El término “permeabilidad”, que significa en sentido literal “penetrable” o “traspasable”, a pesar de ser un concepto tomado de la biología para explicar lo social, “sirve como técnica de extrapolación y herramienta útil para interpretar el cambio de paradigma hacia un Estado no cerrado”. Esto implica, en sentido estrictamente jurídico que la permeabilidad debe ser entendida como la cualidad de un ordenamiento de permitir la incorporación de principios y contenidos normativos provenientes de otro régimen jurídico, lo que en definitiva representa un mecanismo de entrelazamiento normativo. Mariela Morales Antoniazzi, “El Estado abierto como objetivo del *Ius constitutionale commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en H. Fix-Fierro *et al.*, coords., *op. cit.*, n. 8, pp. 270-271.

²⁸ Flávia Piovesan, “*Ius constitutionale commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos”, en *ibid.*, p. 74.

bito nacional también se han incluido este tipo de principios a nivel constitucional y prueba de ello es el cambio que se dio en nuestro país al artículo primero, cuyo segundo párrafo señala actualmente que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Estas disposiciones obligan a los operadores jurídicos y, en particular, a quienes integran los órganos jurisdiccionales, a buscar no sólo en las disposiciones nacionales e internacionales sino también en las interpretaciones a través de las cuales se precisan sus contenidos, las normas más benéficas, lo que facilita la disposición al diálogo jurisprudencial.

Uno más de los aspectos que también favorecen el diálogo jurisprudencial es que los tribunales cada vez utilizan con más frecuencia los mismos procesos analíticos al tratar los casos a los que se enfrentan. Por ejemplo, conceptos como ponderación, proporcionalidad o racionalidad, se presentan hoy en día como instrumentos interpretativos que se usan en las diversas jurisdicciones, por lo que puede hablarse de la existencia de una base común en los procesos de análisis en los distintos órdenes jurisdiccionales. Además, la creación de organizaciones e instituciones internacionales que ofrecen y analizan distintos materiales jurídicos, el tratamiento que se da a estos materiales en las escuelas de derecho, así como la creciente accesibilidad a las decisiones de otras jurisdicciones y la creación de oficinas al interior de los tribunales que dan seguimiento a las decisiones de otros órganos jurisdiccionales son factores que también contribuyen a la creación de un diálogo jurisprudencial.