

## Sumario

### Palabras preliminares;

- I.** *Introducción, deslinde y precisiones;*
- II.** *El derecho extranjero como cuestión multidisciplinaria;*
- III.** *Una visión general de los contralores de constitucionalidad y convencionalidad del derecho extranjero;*
- IV.** *Un enfoque operativo y la función del control de constitucionalidad;*
- V.** *Un enfoque operativo - la función del control de convencionalidad – el derecho internacional humanitario;*
- VI.** *Control de convencionalidad y la convención americana de derechos humanos- pacto de san José de Costa Rica;*
- VII.** *La convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado (en vigor)*



# Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero

**Didier Operti Badán**

## Palabras preliminares

Mi participación en este importante Curso anual de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano, con el encomiable apoyo de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la OEA, me retrotrae a tiempos pasados, algunos más distantes que otros, que nos dieron la posibilidad de contribuir a esta hermosa tarea del desarrollo progresivo de las disciplinas del derecho internacional con invariable convicción y entusiasmo.

Por todo ello, reciban sus organizadores y cursantes mi reconocimiento.

De acuerdo a los objetivos del Curso, el perfil de los cursantes (con énfasis en ramas diferentes del derecho internacional) y las orientaciones de la coordinación, he tratado de asumir su naturaleza de post-graduación y conforme a ésta, preservar el carácter coloquial y verbal del mismo tal como

se desarrollara en los hechos sin perjuicio del orden de la versión escrita.

Por tanto, el presente texto registrará las citas bibliográficas precisas al cierre del texto como un insumo útil y necesario. De ellas destaco el Coloquio celebrado en París el 23 de septiembre de 2016 sobre control de constitucionalidad y de convencionalidad del derecho extranjero, por la iniciativa y bajo la dirección de los Profesores Gustavo Cerqueira (Brasil-Francia) y Nicolás Nord (Francia), referido a América Latina, Estados Unidos y Europa, en el que juristas de esta tres áreas analizamos en profundidad el tema en la acogedora sede de la Corte de Casación.

## I. Introducción, deslinde y precisiones

El tema a mi cargo exige señalar en su apertura que la cuestión del derecho extranjero es un capítulo fundamental en el funcionamiento del derecho

internacional privado, por lo cual me permitiré consignar algunas precisiones que estimo indispensables.

- Las relaciones privadas (matrimonio, filiación, sucesión, testamento divorcio, contratos, etc.) se constituyen en el objeto del derecho internacional privado cuando afectan a más de un Estado. Desde el nacimiento mismo de esta disciplina jurídica hasta el presente, el método normativo predominante ha sido el de las reglas de *conflicto de leyes* (también denominada norma *formal* o *clásica*), por medio de la cual se resuelve cuál será el Estado cuya ley será aplicable a la relación de que se trata.

Así se observa desde tiempos muy distantes, en el derecho romano y el medioevo, sin omitir el tratado egipcio-hitita en materia de extradición, verdaderamente revolucionario en su tiempo. No obstante, por su mayor rigor técnico destaca el derecho estatutario medioeval, y con éste, la posibilidad y en su caso, el *deber* de respetar el derecho extranjero y aplicarlo.

- El concepto precedente constituye un verdadero paradigma

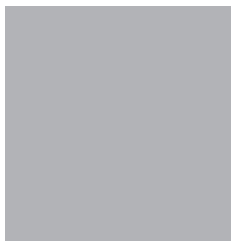
civilizatorio, trascendental y vigente, que lleva a algunos autores – Werner Godschmidt, acaso como el más señalado –, a identificar el derecho internacional privado como *Derecho de la Tolerancia*, por lo que representa el respeto por el derecho extranjero en la evolución de la comunidad internacional.

En efecto, cuando un juicio u otra actividad jurisdiccional tiene lugar en un cierto Estado y en ese caso, la relación jurídica privada internacional se regula en el fondo por la ley de otro Estado, estamos en el corazón mismo del tema a nuestro cargo o sea la aplicación del derecho extranjero.

- El fundamento para esa aplicación comenzó (y suele aun hoy invocarse) como la *cortesía* del Estado (*comitas gentium*), con relación al derecho del Estado extranjero, vale decir como un acto *unilateral* y discrecional – aunque no totalmente desinteresado – convirtiéndose más tarde en un *deber*, eventualmente sujeto a reciprocidad, que es un concepto de inocultable proyección histórica e, inclusive, vigencia.

**Didier Operti Badán**

## **Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero**



La fuente de tal deber se encuentra en muchos casos en los tratados y convenciones internacionales y en otros—acaso todavía la mayoría de los Estados—, en su propio derecho interno como podemos verlo en Argentina, Brasil, Colombia, Estados Unidos, México, Venezuela, Uruguay, etc., sólo por citar algunos, sin perjuicio de señalar que una situación similar se da en los demás continentes, incluso en Europa, no obstante la legislación de integración supranacional uniforme vinculante.

Cabe igualmente precisar que el derecho internacional privado cuenta también con otro método normativo que es el de las leyes materiales o sustantivas uniformes (*legislación sustancial*) para distinguirlo del método *formal* (*solución de conflicto de leyes* ya referida). Dicho método material uniforme es el que encontramos por ejemplo en

la Convención de Viena que Regula los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Naciones Unidas, 1989), vigente entre un elevado número de Estados a escala mundial y por cierto, de la región.

- Resulta interesante señalar a los efectos de nuestro tema, que en el caso de soluciones como la precitada Convención, al tratarse de una regulación directa del propio contrato de compraventa no se da la hipótesis de aplicación del derecho de un Estado parte por el de otro Estado parte. La Convención uniforme funciona como derecho *propio* de los Estados ratificantes con lo cual aquí no se plantea la cuestión del derecho extranjero de acuerdo con los términos que hemos identificado en el marco del derecho internacional privado, desde que se someten al mismo derecho. Vale decir, no hay conflicto de leyes.

Empero, cabe consignar que cualquier tratado o convención, para el Estado que no sea parte de esos instrumentos, sería derecho *extranjero*, punto que demanda especial análisis.

- La jurisdicción internacional competente es otro de los temas a tener presente como objeto de la solución de conflicto ya que ella va asociada, de una forma u otra, a la cuestión de la ley aplicable. Así, en el *common law* la precede; en el sistema de derecho romano (*civil law*) suele estar asociada a ella o, aun, ser uno de los efectos de dicha ley.

Se verá a continuación cuáles son las ramas del derecho que se ocupan, aun tangencialmente, del tema del derecho extranjero.

## II. El derecho extranjero como cuestión multidisciplinaria

1. Son varias las disciplinas jurídicas que tratan el derecho extranjero y coadyuvan en su tratamiento; son, en rigor, las siguientes:
  - 1.1. El derecho internacional privado: en cuanto a la regla que ordena la aplicación del derecho extranjero

en la esfera internacional, sin perjuicio de tener presente que, con antelación a la solución del conflicto de leyes, cada Estado evalúa los intereses y derechos de su propio orden jurídico ante la posibilidad de la sujeción de una relación jurídica privada a otro derecho distinto del propio.

Así, el asunto se nutre inexorablemente de otros componentes provenientes del derecho internacional *público* y con éste comienza el papel de las soberanías que si bien es propio del derecho público, irradia sus efectos sobre el derecho internacional privado. Esto es así, al punto de provocar desarrollos doctrinarios que apuntan a un *encuentro necesario* negado por una cuasi hemipléjica mirada de las relaciones entre ambas ramas del Derecho Internacional. El derecho de los tratados, en particular, así lo impone, sin perjuicio de otros procesos de convergencia de las mismas.

- 1.2. El derecho procesal: en la función de interpretar y aplicar el derecho extranjero cuando ello procede, lo cual pone en sus manos no solamente el procedimiento—aspecto formal - sino el cómo debe

**Didier Operti Badán**

## **Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero**



sentenciar en aquellos casos— aspecto sustancial – en los que la norma aplicable no pertenece a su propio orden jurídico como derecho sustantivo, sino, reitero, al derecho extranjero que debe aplicar como tal.

Naturalmente, la secuencia del procedimiento incluidos los recursos, es materia del derecho procesal en tanto pone a cargo de la *lex fori* lo que ya en la Edad Media Jacobo Balduino reconocía como “*las formas ordenatorias del proceso*”, las que abarcan incluso las garantías y derechos de las partes. Esto incluye la pertinencia del empleo de los diferentes recursos procesales disponibles, el tratamiento igualitario del litigante extranjero y la eliminación de la caución de arraigo, etc. Así lo disponen, a título de ejemplo, los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 y sus Protocolos Adicionales.

1.3. El Protocolo de Cooperación y Asistencia en Materia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, que ha tenido y mantiene un amplio y positivo desarrollo, impulsado desde la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya y plasmado en la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP) y los derechos nacionales, con la creación de una Autoridad Central, la que ha visto reforzadas progresivamente sus competencias en el ámbito internacional.

Este órgano ejerce, entre otras, la función de facilitar a la Justicia el conocimiento del derecho extranjero y su aplicación, sin perjuicio del papel que en ello les cabe junto a las partes la responsabilidad de cooperar con la Justicia especialmente en cuanto al conocimiento e información del derecho extranjero, hoy día muy facilitado por los medios electrónicos.

### III. Una visión general de los controladores de constitucionalidad y convencionalidad del derecho extranjero

He optado por comenzar con estos párrafos a fin de un mejor ordenamiento de la exposición, en algunos aspectos con el consiguiente riesgo de reiteración, que prefiero asumir en aras de la claridad.

1.1. Antes de desarrollar la exposición de ambos controles, debemos tener presente que se trata de una cuestión propia del derecho internacional privado, y por ende capítulo que ha pasado a ser parte integrante de la teoría general (Cf. P Lagarde). El derecho extranjero por su complejidad y todavía limitada bibliografía específica, asienta en el espacio de los especialistas. Aún más, es interesante subrayar que este reconocido maestro francés del derecho internacional privado sitúa el derecho extranjero en el ámbito de la Teoría General de la materia a igual título que la calificación de las categorías (relaciones jurídicas privadas en la esfera internacional), la cuestión previa, el reenvío, etc.

1.2. Recordemos con Edoardo Vitta el triple análisis del control de constitucionalidad del derecho extranjero:

a) el de las reglas de conflicto y la constitución del Estado del cual dimanar;

b) el de la ley extranjera y la constitución local- aquí se trataría de resolver la cuestión sin tomar como referencia la constitución extranjera;

c) el de la ley extranjera y la constitución extranjera, a cargo del juez del foro. Este último caso es, por su esencia, el más debatible y ha merecido respuestas antagónicas.

El precitado Vitta lo acota a la hipótesis de los sistemas de constitución rígida de los Estados que aún no han pronunciado la inconstitucionalidad de la ley, excluyendo así el caso del llamado control difuso a cargo de *cualquier* juez de instancia (v.gr., el de la Constitución argentina vigente, art.43). Obviamente, si la ley extranjera aplicable a la relación en el caso concreto ha sido declarada inconstitucional conforme al derecho extranjero de origen, el juez *fori* deberá atenerse a ello.

**Didier Operti Badán**

## **Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero**

1.3. A nuestro entender, esto será así sin perjuicio de su revisión por el mismo órgano jurisdiccional superior u otros (v.gr., la C. argentina, art.116, que atribuye esa competencia a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación). Claro está que en el sistema de control difuso sería imposible establecer algún tipo de evaluación anticipada del juez *fori* de la constitucionalidad del derecho extranjero conforme al derecho de origen.

Como puede observarse, en todos los casos en que jugaría la constitución extranjera se plantearían muy serias dificultades, por lo cual llega a sostenerse que el derecho extranjero no debe abarcar la constitución del Estado de origen.

No obstante, en la solución convencional interamericana (Convención de Normas Generales de 1979), una interpretación textual del art. 2 impondría una interpretación calcada de la que daría el juez extranjero.

Volveremos sobre este punto.

2. Desde esa perspectiva debemos ver el papel que cumple el derecho público – en particular el derecho

constitucional --por ser los Estados sus protagonistas cuando aplican a nivel jurisdiccional su propio derecho o el derecho extranjero, siempre sujetos a su propio orden jurídico y en especial a su constitución, sea de oficio o por vía de acción o excepción de las partes en juicio, ante la jurisdicción del foro.

---

“En el sistema de control difuso sería imposible establecer algún tipo de evaluación anticipada del juez *fori* de la constitucionalidad del derecho extranjero conforme al derecho de origen.”

---

No incluyo en el derecho extranjero a estos fines el derecho de fuente extra-etática.

3. La pertinencia de ambos controles:
- 3.1. Partimos de una hipótesis adelantada en el acápite mismo de esta exposición que sostiene que la obligatoriedad del derecho extranjero habilita ambos controles. Naturalmente, esta posición no está



exenta de cuestionamientos, entre ellos el de quienes le atribuyen al derecho público extranjero y en especial a la constitución, un nivel jerárquico e institucional tal, que le sustraería del contralor foráneo, sea *por razón de forma o de contenido*.

Otra de las objeciones es que las categorías del derecho privado del caso internacional son materia de calificación a cargo de lo que en doctrina se ha dado en llamar *derecho fundante* (expresión muy utilizada en la doctrina argentina), por lo cual la norma aplicable por la norma de conflicto debería pertenecer al ámbito del derecho privado y no del derecho público.

Esto significa, por ejemplo, que si se tratara de un litigio en que el juez del foro deba aplicar la ley extranjera para resolver sobre la legitimidad de una filiación natural, consultará la ley extranjera que regula esa categoría sin pronunciarse sobre la constitucionalidad de la misma.

Sin embargo, el debate sobre el punto continua, a pesar de la fuerte tentación de recurrir al orden público internacional como si poseyere un verdadero *fuero de atracción* sobre aquellas situaciones

complejas que evidencian una verdadera colisión de normas nacionales y extranjeras y complejidades mayores, poniendo en juego la identidad del orden jurídico local.

- 3.2. En caso de una respuesta favorable a la inclusión de la constitución en el derecho extranjero, procede preguntarse “¿a la luz de cuál constitución debería operar tal control?”: i) la de la Constitución del foro, o ii) la del Estado de origen del derecho extranjero. En ambos casos habrá de resolverse a cuál de los Estados compete esa función y en tal caso responder cual sería el juez o tribunal competente para llevar a cabo tal control.

En primera lectura, no resulta fácil aceptar que la constitución del Estado A controle, según sus reglas, la constitución del Estado B. Por mi parte, no he visto en mi país a los constitucionalistas ocuparse de este problema. Por tanto, habría que tomar en cuenta la posición extrema a la que se llegaría por la vía de la observancia del derecho extranjero limitando la selección a las leyes de derecho privado reguladoras de la relación jurídica privada en juego. Y si persistiera la

**Didier Operti Badán**

## **Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero**

duda, hasta podría llegar a aplicarse el derecho material doméstico.

4. Problema técnico- jurídico de derecho internacional privado e institucional; o derecho público, en la especie, el derecho constitucional.

Analicemos:

- 4.1. Para responder a esta proposición, tras reconocer su complejidad, decimos que – obviamente –, se trata de un tema técnico-jurídico difícil todavía no muy abordado por la doctrina, el que nos exige un análisis progresivo y considerar sus componentes. Entre éstos, se advierte el creciente papel y gravitación del llamado *derecho humanitario* en el funcionamiento del derecho internacional privado, tal como lo plantea con indiscutible rigor técnico la actual catedrática uruguaya Cecilia Fresnedo de Aguirre en su reciente curso de la Academia de Derecho Internacional de La Haya (2016).

La autora llega a calificar ciertas normas de derecho internacional privado, como *jus cogens* (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art.64) para re-

afirmar su *imperatividad*. De este modo, recurre a un instituto del derecho internacional general –ordinariamente aplicado por el derecho internacional público- y lo traslada al derecho internacional privado, de modo especial en lo que dice relación con el derecho internacional humanitario.

La pregunta emergente—entre otras --, sería si esa calificación de *jus cogens* puede extenderse a la constitución de un Estado extranjero, lo cual, a mi juicio, dependerá del contenido de la misma.

---

“La pregunta emergente—entre otras --, sería si esa calificación de *jus cogens* puede extenderse a la constitución de un Estado extranjero, lo cual, a mi juicio, dependerá del contenido de la misma.”

---

Dejo planteado el tema a fin de poner en sintonía la cuestión del derecho extranjero con el marco superior de la constitución, propia o foránea, que a falta de conven-

ción o tratado, nos llevaría a un escenario axiológico de derecho interno que podría aproximarse al prealudido *jus cogens*, particularmente gravitante cuando se suscita en el ámbito del derecho internacional humanitario.

- 4.2. Debemos, sin duda, asumir el grado de influencia del derecho internacional humanitario aunque en mi respuesta, en particular, se circunscriba al derecho internacional privado y así ver cómo operaría en la interpretación y aplicación del derecho extranjero por el juez o tribunal de instancia y su eventual elevación a un tribunal superior.

Lo anterior abarca las respuestas, tanto del actual derecho positivo interamericano, ineludible y fundamental, a efectos de este Curso, como de la doctrina contemporánea de mayor recibo o influencia, sin pretender relevarla aquí de manera exhaustiva.

Para concluir esta cuestión, decimos que el derecho internacional privado no puede técnicamente aislarse del derecho internacional general, ni perder de vista que se

trata de una especialidad sobre las relaciones privadas extranacionales o internacionales, según se les denomine.

- 4.3. El derecho internacional humanitario consagrado en las constituciones liberales y democráticas, ha sido refrendado y desarrollado por las convenciones, tratados y otros instrumentos de derechos humanos en nuestro hemisferio y fuera de él. En el espacio regional sitúo y destaco – precisamente en este curso – el protagonismo que ha tenido y mantiene la OEA en el avance progresivo del derecho internacional en general, y en especial, en el plano interamericano.

En suma, dejamos planteadas algunas reflexiones, más que respuestas inequívocas a la pregunta del punto 4, en las que hay que seguir profundizando. Esto no nos impide registrar la fuerte índole institucional de los controles del derecho extranjero y de ahí precisamente que vayamos directamente al examen de los mismos comenzando con el de convencionalidad.

**Didier Operti Badán**

## **Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero**

### **IV. Un enfoque operativo y la función del control de constitucionalidad**

1. Nos decía nuestro gran Maestro Quintín Alfonsín: “*una vez identificada la regla aplicable, es necesario decidir si está o no en vigor, si es o no constitucional y si tiene efectos retroactivos*”. Todo esto—cabe señalarlo—, a mediados del siglo XX, varias décadas antes de los textos positivos interamericanos y aun europeos y por supuesto antes de la Convención de Viena de 1969.

A la luz de los conceptos precedentes, creemos haber identificado los problemas que deben ser considerados por el magistrado al menos inicialmente en lo formal (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) a fin de calificar debidamente el instrumento convencional; luego, determinar si su propio Estado está obligado por ellos, sea por razón de las fuentes, sea por el principio de jerarquía normativa que conlleva su aplicación imperativa (caso de contralor compartido de la Constitución Argentina), sea por el rango que pueda eventualmente asignársele a los derechos humanos y su posible integración

al plexo constitucional como una etapa en su desarrollo progresivo.

2. Establecer aquí qué papel le tocaría a los jueces al cumplir esas funciones, es tema de suma complejidad técnica y de profunda sensibilidad. En este sentido, B. Audit y L. d'Ávout destacan el carácter *a menudo político de esta decisión*. Así, el juez *fori* en caso de hallarse en curso el control de constitucionalidad en el Estado de origen, deberá aguardar ese resultado en tanto esa decisión afecta al mismo tiempo principios institucionales superiores como el principio de separación de poderes y los controles que el mismo requiere.

Los derechos fundamentales de la persona humana, entre éstos, el de obtener un fallo ajustado a derecho son considerado como un pilar sobre el cual ciertos autores fundan la sujeción del derecho extranjero al recurso de casación, conocido como un medio de resolución del caso concreto y de alineamiento de la jurisprudencia libre en los países de derecho civil.

3. Cabría evocar aquí que ha sido el profesor argentino A. Garro quien nos ha informado en el Coloquio

de París que no conoce ningún caso en Estados Unidos *en el que se haya considerado la conformidad de la ley extranjera con la constitución del Estado extranjero*.

Por mi parte, no dudo en afirmar que una regla americana aplicable en Uruguay como derecho extranjero de Estados Unidos (la *Rule 44-1* de 1966 lo califica como derecho y no como hecho) no será objeto de control a la luz de la Constitución Americana teniendo presente la diferenciación entre *civil law* y *common law*, sin olvidar que los Estados Unidos no son Parte de la Convención Interamericana de Normas Generales ya citada.

Es obvio que el estudio sobre este aspecto debe continuar. Me remito aquí a lo expresado en nuestra Visión General, sin perjuicio de ciertas conclusiones atinentes al tema.

## **V. Un enfoque operativo - la función del control de convencionalidad – el derecho internacional humanitario**

1. Comienzo por decir que este control opera dentro del derecho de los tratados, tal cual lo ordena la

Convención de Viena en su art.26 “*Pacta sunt servanda – Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*” y art.34: “*Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento*”.

Tengamos presente aquí la decisión de febrero de 1972 de la Corte de Casación francesa, citada por M. Lagarde, la que ha calificado como *derecho extranjero* (en el sentido de *foráneo*, según mi lectura) la Convención con terceros países.

2. El tema se desplaza al terreno del control de constitucionalidad cuando ese tratado o convención de la que no es Parte el Estado del foro presenta vicios de constitucionalidad conforme a la constitución del Estado de origen; en tal caso y *a fortiori* no cabría tal control de convencionalidad sino el de constitucionalidad. Aquí habría una complementariedad que no puede decirse que tenga alcance general.

Advierto igualmente que dentro de una visión diferente del control de convencionalidad, que el juez *fori* se puede encontrar, por razón de contenido, ante lo que llama-

**Didier Operti Badán**

## **Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero**

mos *confrontación normativa* cuando el Estado de origen de la regla aplicable de su derecho interno ha tenido cambios significativos en instrumentos vinculantes con terceros Estados.

3. Esto nos lleva a concebir el control de convencionalidad *no solamente como una categoría del derecho de los tratados*, tal como lo sostuviéramos en el precitado Coloquio, como apertura normativa y a la vez, a una suerte de revisión axiológica de la Convención de Viena.

Este orden de ideas, diferentes sin duda a las soluciones ortodoxas de la Convención, surte efectos en América Latina, en la que el control de convencionalidad lleva a considerar el derecho internacional humanitario *en el cuadro del respeto del derecho extranjero*, como la esencia misma del derecho internacional privado, consagrado a resolver los problemas planteados por *la continuidad internacional de las relaciones privadas*, como tempranamente lo afirmara Savigny, seguido luego por gran parte de la doctrina, en la uruguayana en especial por el profesor Ronald Herbert.

---

“El tema se desplaza al terreno del control de constitucionalidad cuando ese tratado o convención de la que no es Parte el Estado del foro presenta vicios de constitucionalidad conforme a la constitución del Estado de origen; en tal caso y a *fortiori* no cabría tal control de convencionalidad sino el de constitucionalidad.”

---

4. A la pregunta de si *el Estado del foro debe aplicar como derecho extranjero el designado por un instrumento internacional entre el Estado de origen y un tercero* mi primera respuesta es negativa, salvo para aquellos casos en que el Estado de origen sea Parte de convenciones o tratados que obligan a su derecho interno a regular la relación privada de una cierta manera para *todos* los casos – como una suerte de principios generales -- hipótesis de muy difícil armonización normativa con los arts. 26 y 34, en especial este último.

En tal sentido, el control de convencionalidad se plantearía, en la expresión de P. Lagarde como un *aspecto particular* en el cual se trata de ver si el derecho extranjero del Estado de origen es contrario a un tratado o convención entre los Estados A (Estado del foro o local) y B (Estado de origen). Asimismo, y como tema menos tratado y más complejo todavía, se pregunta cuál sería la eventual aplicación de alguno de esos instrumentos internacionales entre B y C sujeta o no al control de constitucionalidad sobre tales tratados en el Estado de origen.

En ningún caso podríamos perder de vista que la pauta de referencia sigue siendo el acto *soberano* de la constitución nacional que atribuye al poder legislativo la facultad de ratificar los tratados, lo cual al no existir el tratado, no sería tal para el país no ratificante.

Todo esto exige profundizar en la cuestión de la compatibilidad entre el nuevo derecho internacional humanitario y el derecho constitucional clásico lo que incluye el llamado *bloqueo de los derechos humanos* y que recibe hoy día de una parte respuestas afirmativas

(Cf. M. Risso Ferrand) y de otra las que nos proponen ciertas dudas y reservas (Cf. A. Durán Martínez y C. Del Piazzo), todos ellos publicistas de nota.

5. Cabe reconocer la influencia de los derechos fundamentales y de las libertades que avanzan sobre ámbitos reservadas antes al derecho internacional privad., así como subrayar a título de información que en nuestra región el control de convencionalidad se consolidó como un efecto derivado de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sendos casos promovidos en su sede (en especial la sentencia recaída en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*—2005) contra diferentes gobiernos de Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

En tal caso se producirían, al menos, estos efectos: a) se amplía el repertorio de los derechos humanos a nivel interno con rango constitucional; b) a la hora de aplicar el derecho extranjero, el juez del foro deberá hacerlo en consonancia con esa ampliación; c) la aplicación del derecho ex-

**Didier Operti Badán**

## **Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero**

trajero estará sometida al recurso de casación en tanto se trata de una cuestión de derecho y no de hecho.

6. Adviértese que esta línea de análisis extiende notoriamente el ámbito del derecho extranjero y enerva la posibilidad de *nacionalizarlo* y aplicar su propio derecho o, en su caso, considerarlo como un hecho y también, en consecuencia, decidir del mismo modo.

En doctrina europea de recibo, se ha sostenido que la invocación creciente de los *derechos fundamentales europeos*, tanto los proclamados por el Consejo de Europa como los de la Unión *se traduce claramente por una subversión de los principios y métodos de solución de derecho internacional privado* (B. Audit, traducción libre).

En términos teóricos, este control de convencionalidad pondría al juez *fori* en situación de aplicar su derecho constitucional interno con la incorporación directa de las reglas convencionales de derecho internacional humanitario sin pasar por los procedimientos de reforma de la carta constitucional, propios del sistema de constitución rígida,

siempre que sean “*inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno*” (art 72, Constitución Uruguaya).

---

“En términos teóricos, este control de convencionalidad pondría al *juez fori* en situación de aplicar su derecho constitucional interno con la incorporación directa de las reglas convencionales de derecho internacional humanitario sin pasar por los procedimientos de reforma de la carta constitucional.”

---

7. Recordemos aquí que en doctrina se ha calificado a dicha Convención como *jus cogens*, afirmándose que por ella operaría como fundamento del orden público, medio por el cual se restablecería el vínculo entre la regulación de derecho privado y la protección de derecho público (Cf. C.Fresnedo de Aguirre). Naturalmente, la invocación de uno u otro fundamento produciría efectos diversos desde que en el primero la *impera-*



*tividad* de la regla estaría implícita en ella misma, en tanto que en el segundo sería el *efecto* producido por el juez *fori* para evitar la aplicación de una ley competente en base al nivel de *intolerancia* entre ambas soluciones, la del derecho interno y la ley competente del derecho extranjero.

8. Reaparece – inevitablemente – el tema de las relaciones entre derecho interno y derecho internacional, el desdoblamiento funcional de Scelle y otras soluciones, y con él la cuestión de las relaciones de concordancia o superioridad entre aquéllos. Se abre aquí una veta de estudio—entre muchas - realmente interesante, a la cual refiere de modo crítico Audit – al considerarse cuál es el grado de imperio de la ley comunitaria en la relación con terceros países y si esa norma debe ser considerada como derecho extranjero aplicable. Todo esto sujeto, además, a la cuestión del predominio de una u otra estructura normativa, como lo señala, por ejemplo J.S.Bergé.
9. De modo paralelo a lo que antecede, cabe anotar su influencia sobre el llamado *bloque constitucional* (Risso Ferrand, Duran Martinez Del

Piazzo, Spangenberg, etc. entre otros), el que a mi juicio debe reconocer como resguardo el principio de jerarquía normativa, el que tiene su vértice en la constitución, lo que lleva a parte de la doctrina, al menos en mi país, a afirmar la complementariedad entre ambos controles cuando se trata de la compatibilidad del *bloque de los derechos humanos* con la Constitución Uruguaya. Complementariedad que, en mi opinión, no equivaldría a asimilación o equivalencia sino a instancias de actuación dirigidas a obtener certeza jurídica en cuanto al derecho aplicable – derecho extranjero propiamente dicho y/o derecho convencional y con ella, la legitimidad de la decisión jurisdiccional.

Advertimos aquí la necesidad de preservar la diferenciación de ambos controles, lo que no obsta a su examen conjunto, como lo ha hecho con profundidad y fundamento el precitado Coloquio. La complementariedad de los controles puede darse o no en tanto que:

i) a nuestro juicio, cualquier juez o tribunal conoce como juez *fori* de un caso en que debe aplicar el derecho extranjero,

**Didier Operti Badán**

## **Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero**

ii) al hacerlo, deberá considerar los tratados y convenciones que obligan al Estado del foro, desde que ello hace parte del derecho positivo aplicable, no siendo imperativo en todos los casos su cotejo con la constitución del foro, el que, lógicamente, no se excluye;

iii) el juez del foro, al conocer la Convención y solamente cuando se observe que la misma se aparta del derecho de los tratados o viola la constitución por razón de forma o de contenido, elevará el asunto al seno de la Suprema Corte de Justicia por ser *cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados* (Constitución Uruguay, art. 239. ord. 1°);

iv) en materia de inconstitucionalidad, la constitución establece previsiones especiales, mientras que no las posee para el control de convencionalidad; y

v) es notorio que no se podría invocar la complementariedad como sinónimo de *perfección*, sino de *aditamento*

10. Por éstas razones decimos que más que ser un sinónimo de lo que se produce, *complementariedad* es

una asignación de competencias al tribunal superior para llevar a cabo ambos controles, sujetos a los requisitos propios de cada uno, los que a mi juicio son autónomos y sólo relacionados por razón de la competencia exclusiva del decisor.

Por tanto, se aseguraría así un cotejo normativo y orgánico superior acorde a la jerarquía del texto convencional. Naturalmente, no desconocemos que en este punto se abre el debate de la relaciones entre derecho interno y derecho internacional que el derecho positivo no ha resuelto de un modo idéntico, como lo muestra el derecho comparado, y en especial el cotejo entre las soluciones constitucionales de Argentina y Uruguay, tema a nuestro cargo en el precitado Coloquio.

Por otra parte, es notorio que el derecho constitucional y el derecho internacional público abordan con la hondura propia la muy conocida controversia acerca del monismo y del dualismo. Se abre de este modo en el tema un extenso cauce de análisis y propuestas, a todo lo cual no escapa el derecho internacional privado, en el momento crítico de interpretar y aplicar el derecho extranjero.

Aquí las concepciones filosófico-jurídicas jus naturalista y positivista, vuelven a enfrentarse en un nivel verdaderamente trascendente que abraza todo el orden jurídico de los países donde ello sucede.

A manera de síntesis:

- 10.1. El examen de convencionalidad será en todo caso previo al diagnóstico de inconstitucionalidad y sujeción al procedimiento específico previsto en la constitución.
- 10.2. Es preciso diferenciar aquí el control de convencionalidad cuando se trata de un instrumento internacional del que el Estado del foro no es parte, pues en tal caso será para él, en principio, un típico caso de aplicación del derecho extranjero.
- 10.3. Ya hemos visto las modulaciones de este criterio con la aparición en escena de las reglas uniformes, particularmente las del derecho comunitario, a las que los Estados vinculados suelen pretender asignarle rango de derecho internacional general, cuando en realidad no es más *strictu sensu* que derecho regional

o comunitario, sin imperio *erga omni* y por tanto no vinculante con terceros países.

- 10.4. El derecho internacional humanitario con su fuente convencional participa en el cotejo normativo que precede a la identificación y aplicación del derecho extranjero e introduce en el asunto unos criterios de índole humanitaria que inciden en el plano político institucional de los países y en su responsabilidad internacional, como lo muestran ciertos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a los que haremos referencia

## **VI. Control de convencionalidad y la Convención Americana de Derechos Humanos- pacto de San José de Costa Rica**

1. Se afirma por algunos autores que el concepto de *control de convencionalidad* es una noción edificada progresivamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que fue descubriéndose paulatinamente hasta su actual consolidación (Cf. J. A Amaya). No obstante, en la doctrina europea, con antelación a tales desarrollos se ha señalado

**Didier Operti Badán**

## **Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero**

como un *aspecto particular de la constitucionalidad de la ley extranjera aquél en el que ella es contraria a un tratado concluido entre el país donde ella está en vigor y un tercer país*. Incluso se ha interpretado que en tal caso el juez francés debe hacer prevalecer el tratado mientras que la ley interna no lo obliga (J.Maury).

A esta postura “nacionalista” se oponen otros autores al expresar: “si la ley aplicable es contraria al tratado (con terceros países, aclaro) el juez francés no podrá hacer más que constatar este hecho pues el orden jurídico del legislador francés no es el que consagra el derecho internacional, sino el de la regla en vigor en el extranjero” (H. Batiffol y P. Lagarde).

En nuestra opinión, el problema en definitiva es el de *la competencia jurisdiccional del juez del foro para controlar el derecho extranjero designado como efecto de un tratado que obliga al Estado de origen y no al Estado del foro*.

Asimismo, reiteramos que hoy en día cuando se habla de control de convencionalidad se considera *el ámbito de una manera diferente a la clásica, más amplia y profunda*, por lo cual, como ya lo hemos

dicho en este mismo Curso, el asunto desborda el margen del derecho de los tratados aunque éstos siguen siendo la regla matriz ineludible aunque interpretable de modo progresivo como todo texto positivo.

2. Es dentro de este enfoque que a mi juicio se ubica esta nueva forma de examinar el derecho convencional, ahora a la luz de su contenido de derechos humanos. Y es aquí donde se fundamenta la posición del autor argentino J. A. Amaya.

---

“En nuestra opinión, el problema en definitiva es el de la competencia jurisdiccional del juez del foro para controlar el derecho extranjero designado como efecto de un tratado que obliga al Estado de origen y no al Estado del foro.”

---

En tal sentido, me parece importante relevar que *en lo operativo* el control de convencionalidad en la

doctrina argentina internacionalista contemporánea es considerado *un instrumento para la protección de los derechos esenciales y para prevenir la responsabilidad internacional del Estado* (V. Bazán).

3. En Brasil, siguiendo a G. Cerqueira (el que cuenta a su vez con valioso doctrinario autóctono) se reconoce el *doble control* del derecho extranjero, de recibo, primeramente, como *un derecho jerarquizado en el país de origen* y, luego, como *un derecho a jerarquizar, cuando la jerarquía de las normas propia del sistema jurídico extranjero se pone en marcha en el foro requerido*.

Es relevante el juicio de este autor cuando señala que el control de convencionalidad *varía según el objeto y el valor jerárquico atribuido a cada convención*.

En este sentido, afirma que en materia de derechos del Hombre las convenciones tienen valor constitucional y en este caso el control de convencionalidad *se alinea con el sistema de control de constitucionalidad*.

4. Este aserto del precitado autor nos introduce en la consideración del Pacto de San José sin perder la

perspectiva de la jerarquía normativa y jurisdiccional, ínsitas en la aplicación del derecho extranjero.

Estos criterios se reflejan a la hora de examinar la aplicación del Pacto de San José en doctrina y jurisprudencia, ciertamente copiosas ambas y que trataremos de un modo global que se expone a continuación:

Recapitulando:

- 4.1. reconocemos *ab initio* que la Convención bajo examen pertenece por su esencia al derecho público y en especial al derecho constitucional, sin perjuicio de admitir su transversalidad e influencia sobre las soluciones de derecho internacional privado;
- 4.2. la práctica de aplicación del derecho extranjero, amplia y variada, muestra en nuestra región solamente algunos casos en este tópico, los que por la naturaleza y sensibilidad de los derechos en juego han registrado un excepcional relieve desde el punto de vista jurídico e institucional.
- 4.3. se advierte una innegable *constitucionalización* del derecho inter-

**Didier Operti Badán**

## **Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero**

nacional que alcanza también al derecho internacional privado en el momento de aplicar el derecho extranjero.

- 4.4. se advierte también que el control de convencionalidad se ha vuelto unidireccional en cuanto al protagonismo de los derechos humanos.
- 4.5. los casos relevados (J.A. Amaya , V. Bazán ) dan cuenta de fallos de la Corte IDH , v.g. el *Myrna Mack Chang v. Guatemala* en el que por primera vez en un voto razonado el juez mexicano Sergio García Ramírez, a la sazón Presidente de la Corte, utiliza la expresión *control de convencionalidad*, a partir de lo cual se le asigna la *paternidad* de la misma. En otros fallos posteriores, en especial el caratulado *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, la Corte sentenció que *el poder legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana* (Art.1.1 de la C.) y recordó que *cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados...* (Omis).

Cabe aquí preguntarse si ello equivale a afirmar que la Convención es supraconstitucional con todos los efectos derivados. Es igualmente relevante la afirmación de la Corte IDH cuando se autocalifica como el *control último de la Convención*, con el desplazamiento del poder jurisdiccional de los países sin texto constitucional – por ejemplo, en el caso de Uruguay -, que lo autorice.

- 4.6. Corresponde citar el caso *Gelman vs. Uruguay*, donde se enuncian los *estándares* (Amaya) sobre el control de convencionalidad y se entra claramente en el ámbito de la responsabilidad del Estado, al que se le imponen sobre la base de la desaparición forzada de personas, indemnizaciones y obligaciones de hacer que a mi juicio podrían exceder las competencias de la CIDH.

En suma, es notorio que el pretenso o real *bloqueo constitucional* en cuanto haga parte del orden jurídico de un Estado, jugará su rol en el funcionamiento del derecho extranjero.

## VII. La convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado (en vigor)

1. Relevo fundamentalmente dos de sus disposiciones, los arts. 1 y 2, en tanto el primero prioriza el derecho convencional sobre el interno, y el segundo que obliga al juez *fori a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resulte aplicable.*

Sobre esta Convención y en general sobre el derecho extranjero y la cooperación, hay autores latinoamericanos como G. Parra Aranguren, E. Tellechea Bergman, C. Fresnedo de Aguirre, M. B. Noodt Taquela, R. Santos Belandro, entre otros, y muy valiosos, por cierto.

Escapa a esta exposición el abordaje de tan rico material doctrinario que en todo caso consolida conceptos fundamentales, que la obra de CIDIP se ha encargado de patentizar mediante varias convenciones, hoy vigentes entre un buen número de países de la región, cuyo examen meritara alguna instancia de evaluación y sistematización.

Me permito consignar a modo de reflexión complementaria que no estoy a favor una interpretación pieletrista del art. 2 sobre todo a la hora de esgrimirse el control de constitucionalidad por las razones que ya he expuesto.

2. Asimismo, dejo aquí propuesta una interpretación extensiva de la Convención en virtud de la naturaleza de los temas contenidos en ella que me induciría a auspiciar un ámbito de aplicación no limitado al escenario interamericano.

Sólo quedaría resaltar la significación de esta Convención, única en el derecho internacional comparado, y acaso el más relevante esfuerzo codificador de la honrosa CIDIP a la que me unen tantos y profundos vínculos técnicos y personales.

Finalmente, sólo resta agradecer a todos ustedes, los cursantes y colegas, el apoyo brindado, expresándoles mi sincera gratitud por la actitud participativa y dialoguista propia de colegas, profesores y discípulo.

### Noticia bibliográfica básica

Incluiré solamente aquellas obras en cuyo contenido aparece el tema de los

**Didier Operti Badán**

## **Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero**

controles de convencionalidad y constitucionalidad del derecho extranjero. Naturalmente, ocupa el primer lugar por ser la más reciente—y acaso única— obra colectiva específica publicada el precitado Coloquio.

1. Études de droit international privé (Amérique Latine-États Unis-Europe) **CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ ET DE CONVENTIONNALITÉ DU DROIT ÉTRANGER** – Sous la direction de Gustavo CERQUEIRA et Nicolas NORD –Collection Coloques Volume 34 – Colloque du 23 septembre 2016, Cour de cassation, Ed. Société de Législation Comparée, 285 pp.-

2. Henri BATIFFOL et Paul LAGARDE-- **Droit International Privé**, Septième édition, L.G.D.J., 1981, Tome I, pp. 389-390,

3. Quintín ALFONSÍN – **Teoría del Derecho Privado Internacional**, Montevideo, ed. Idea, 1982, ps.526-27 y 530.

4. Werner GOLDSCHMIDT – **Derecho Internacional Privado – Derecho de la Tolerancia** ( Basado en la teoría pluralista del mundo jurídico- Décima edición actualizada por el formidable

trabajo ( en equipo) de su discípula ALICIA PERUGINI ZANETTI, Ed. Abeledo Perrot, 2009, W.Goldschmidt trata in extenso el tema del DE y expone una tesis relevante como la de la “Imitación del derecho extranjero” p.17, consagrada como derecho positivo en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPR. de 1979, especialmente su art. 2 propuesto por el Maestro en la CIDIP II.

5. Bernard AUDIT avec le concours de Louis d’Avout, **Sixième édition-Ed.Economica, Paris, 2010, p. 254.**

6. Dominique Bureau et Horatia Muir Watt- **Droit International Privé. Tome I – Partie generale – Themis droit PUF, Paris 2007. Pp. 212, 349, pp.442-445.** SUBRAYO: en la pág. 454 dentro del sub-título “Le contrôle de la constitutionnalité de la loi pétrangère”, las autoras citan a Werner Godschmidt (a quien reconozco junto a Quintín Alfonsín, como mis Maestros de DIPr.), con su visión “ontológica” del derecho designado, cimentada en una concepción realista y vital del Derecho.

7. Léna Gannagé – **Le droit international privé á l’épreuve la hierarchie des normes (l’exemple du droit de famille) RCDIP – 2001, pp. 1-42.**



8. Edoardo Vitta – Cours général de droit international privé, Recueil des cours 53, 1979, en especial ps.71-83. Subrayo la fineza y profundidad del análisis del autor sobre las diferentes hipótesis de la aplicación del derecho extranjero y el control de constitucionalidad (p.79).

9. Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE – Public Policy: Common principles in the American States- Recueil des cours, Vo.379, 2016 – Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 396 ps.- Destaco especialmente el análisis del control de constitucionalidad (ps.148 y 149) y la proposición de la autora en cuanto a la posible invocación de la Constitución del foro como “parte de las reglas de policía que impedirían aplicar el derecho extranjero cuando éste viola principios constitucionales básicos (por ej. Igualdad y no discriminación). Sus aportes sobre la extensión del jus cogens (ver espec.ps. 112-118) al dominio del dipr., es otro aporte que sugiere un especial tratamiento que supera el tema a mi cargo. En cuanto – otro tema -- al orden público internacional, se trata de un “estudio ineludible”

10. Eduardo Tellechea Bergman de los múltiples estudios de dipr. procesal

de este profesor (Ex Director de la Autoridad Central de Uruguay) destaco por su especial relación con el tema, el más reciente: “Aplicación e Información del derecho extranjero en el ámbito interamericano. Regional y en el Uruguay”, en Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR – Año 2-Nro.3-2014,ps.35 a 58. Subrayo por su valor la declaración de las Primera Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional de 1972, relevada por E. Tellechea, que nosotros apoyáramos entonces en la que se postula en cuanto a la “interpretación constitucionalidad, aplicación espacial, temporal y en todos los demás aspectos” del DE , “debe estarse” “a las “soluciones dadas en el Estado al cual la norma pertenece” y que ello debe ser reglado en “forma expresa “ en la futura “ Convención Interamericana” ( obsérvese que estas Jornadas prologan la CIDIP I – Panamá, 1975, y anticipan la C,I. de Normas Generales ( CIDIP II, Montevideo, 1979 (p.41,nota 19).

11. Jorge Alejandro Amaya – Control de constitucionalidad- 2da. Edición actualizada y ampliada – ASTREA-Buenos Aires-Bogotá – 2015. Destaco especialmente su muy prolijo examen de la consolidación del control de

**Didier Operti Badán**

## **Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero**

convencionalidad, su origen y evolución (ps.363-371), así como el relevamiento de los más relevantes fallos de la CIDH desde el de *Almonacid Arellano vs. Chile* (p.365) en adelante, así como la relación del caso Gelman (ps.397-399) cuya sentencia en este dramático produjo efectos significativos tanto jurídicos como políticos en materia de aplicación de convenciones de DH y su eventual efecto retroactivo, entre otros aspectos de rango constitucional. En este sentido señalo la influencia en ciertas concepciones del neo-constitucionalismo del dramático caso caratulado “Juan Gelman, María Claudia García de Gelman y María Macarena Gelman García vs. Uruguay-Asimismo, me remito en particular a las ps. 399-400 en las que se aborda la “Competencia de la CIDH en la verificación de la aplicación del Control de Convencionalidad”, cuya exclusividad y preeminencia sobre la Constitución uruguayana no compartimos. Cabe citar aquí como un valioso aporte doctrinario en Estudios Jurídicos de la Fac. de D. de la U. Católica del Uruguay, la obra colectiva jurisprudencia encabezada por el Profesor Augusto Durán Martínez y de éste en particular su análisis de la jurisprudencia de la CIDH y de la sentencia de la CIDH en el caso Gelman.

12. Alicia Perugini de Paz y Geuse y R. A. Ramayo, El control de constitucionalidad y el derecho extranjero aplicable (Un enfoque normológico), Revista La Ley-1988-A ps.968 ss.; también destaco el estudio de A. Perugini titulado “Constitución Nacional, Derecho Extranjero y Orden Público”, en revista La Ley. 1978-D, p. 925 y ss.

13. S. Albanese, Coordinadora, obra colectiva titulada “el control de convencionalidad”, Buenos Aires, Eriar, 2008, de la que destaco de Albanese el cap. destinado a “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, ps. 13 y 14.

14. Carlos E. Del Piazzo, “Actos susceptibles de control jurisdiccional de constitucionalidad (Ajenidad de cuestiones políticas) – Estudios de Derecho Administrativo, 2015, nro. 12, p. 111 y ss.

15. Martín Riso Ferrand, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia”- Estudios Jurídicos, Fac. de D. de la Universidad Católica, Nro. 8, 2010, ps. 301-321. De este mismo autor, La Constitución [on uruguayana de 1967 Balance

y Perspectivas, en la misma revista. Facultad de Derecho 25 años, ps.15 a 40, espec. Ps. 31 y ss.

16. Víctor Bazán, “El control de convencionalidad como instrumento para proteger y prevenir la responsabilidad internacional del Estado”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Nro. 19, 2015, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, ps.25-70- Este estudio presenta una lista de los fallos de la CIDH que puede resultar de gran interés para los estudios del DIH ; también su enfoque del control de convencionalidad “ para proteger adecuadamente los derechos humanos , honrar los compromisos internacionales en la materia y, entre otros objetivos, evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional” ( p.1). Se trata de un estudio de un jurista muy activo en el terreno de los DH, muy respetable por cierto, que a veces se aleja un tanto del rigor técnico jurídico que el tema del neo-constitucionalismo demanda.

17. Augusto Durán Martínez, “En torno al neoconstitucionalismo” en Estudios Jurídicos- Publ. de la Facultad de D. de la U. Católica del Uruguay, Nor. 7, 2009, ps.63-105. Es oportuno agregar que el tema del neoconstitucionalismo—emergente

tras la Segunda Guerra Mundial --, ofrece una amplísima literatura jurídica que dificulta una selección razonable y equitativa. En este sentido nos permitimos incluir en esta bibliografía aquellos trabajos “de cercanía “, de natural incidencia en la aplicación de los textos constitucionales y de ahí nuestra visión desde el dipr. y el funcionamiento del respectivo control sobre una dimensión normativa clásica sensiblemente ampliada desde estas nuevas visiones del Derecho Público el que incluye la rama internacional, el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo.

18. Derecho internacional privado y derecho internacional público>un encuentro necesario, Biblioteca de derecho de la globalización / Obra colectiva / ASADIP / CEDEP, Asuncion, con Prólogo de Yves Daudet . Ver mis capítulos , ps. 59 a 80 y 429 a 448.

### **Aclaraciones:**

A. Los autores de las ponencias del Coloquio de Paris deben considerarse citados in totum sin perjuicio de citas especiales en el texto de algunos de ellos.

B. Asi . por ejemplo, la cita de Paul Lagarde, con su relato final, es ineludible y de utilidad manifiesta.

**Didier Operti Badán**

## **Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad del Derecho Extranjero**

C. La bibliografía ha sido escogida con la mirada puesta en los cursantes y el Curso mismo, sin excluir, por supuesto, los anhelados lectores.

D. El carácter interdisciplinario del tema nos ha obligado a proporcionar

un balance de las fuentes que trata de respetar el equilibrio entre las mismas.

E. No hemos pretendido hacer un estudio de derecho comparado, sino, simplemente, diferenciar con fines pedagógicos ciertas soluciones en aras de un mas claro entendimiento.

## Didier Operti Badán

## Sobre el autor



Didier Operti cuenta con una destacada trayectoria como abogado, diplomático y político, además de desempeñarse como catedrático de derecho internacional principalmente en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, el Comité Jurídico Interamericano, la Universidad Católica Dámaso Antonio Larrañaga (UCUDAL), la Universidad de la República (Uruguay), entre otras. Su actividad diplomática incluye, entre otros, los cargos de Representante Permanente del Uruguay ante la OEA, Presidente de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Secretario General de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), Ministro de Relaciones Exteriores y Ministro del Interior del Uruguay.

Ha representado a su país en múltiples misiones internacionales tales como la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), la Comisión Binacional Argentino-Uruguay del Puente Buenos Aires-Colonia, las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP), y las Conferencias de La Haya de Derecho Internacional Privado, entre muchas otras.

El Dr. Operti ha ejercido como abogado en el sector privado, y ha sido consultor en temas de derecho civil y comercial, así como en diversas auditorías y estudios. Es egresado de la Universidad de Uruguay y cuenta con un doctorado en derecho y ciencias sociales.