

PAOLA ANDREA ACOSTA ALVARADO*

El pluralismo constitucional como respuesta a los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica. Comentarios a la propuesta de René Uruña**

Constitutional Pluralism: A response to the challenges of multilevel protection in Latin America. Comments on the proposal of Rene Uruña

SUMARIO

Introducción. 1. Más que gobernanza multinivel: constitucionalismo multinivel y, por lo tanto, pluralismo constitucional. 1. Protección multinivel: estrategias y resultados claros. 2. Red judicial y constitucionalismo internacional. 3. Constitucionalismo multinivel y pluralismo jurídico. Conclusiones.

RESUMEN

Este documento presenta algunos comentarios en torno a la propuesta elevada por RENÉ URUEÑA en su reciente artículo titulado “Luchas locales, cortes internacionales: una exploración de la protección multinivel de los derechos humanos en América Latina”. Luego de apoyar la propuesta del citado autor, el documento aclara la forma que adopta el modelo multinivel de protección

* Candidata a Doctora en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en el Instituto Ortega y Gasset - Universidad Complutense de Madrid. Diploma de Estudios avanzados en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales del Instituto Ortega y Gasset - Universidad Complutense de Madrid. Máster en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Diploma de postítulo en Derechos Humanos y Procesos de Democratización del ICTJ-Universidad de Chile. Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: [paola.acosta@uexternado.edu.co].

** Las ideas presentadas en este documento son resultado de la investigación que la autora adelanta, bajo la dirección de José Antonio Pastor Ridruejo, como parte de su proceso de formación doctoral.

Fecha de recepción: 24 de julio de 2013. Fecha de aceptación: 3 de octubre de 2013. Para citar el artículo: Acosta Alvarado, P.A. “El pluralismo constitucional como respuesta a los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica. Comentarios a la propuesta de René Uruña”, *Revista Derecho del Estado*, N° 13, 2013, pp. 347-368.

en el escenario latinoamericano, y defiende la idea de que dicho andamiaje debe leerse desde la perspectiva del constitucionalismo multinivel y, por lo tanto, del pluralismo constitucional.

PALABRAS CLAVE

Constitucionalismo multinivel, pluralismo constitucional, sistema interamericano.

ABSTRACT

This document, exposes some remarks on the RENE URUEÑA's recent paper entitled: "Luchas locales, cortes internacionales: una exploración de la protección multinivel de los derechos humanos en América Latina". After supporting the author's proposal, this paper clarifies how the multilevel protection's model in Latin America is built and what is its scope. Once this has been clarified, this article points out the idea that such structure should be read from the perspective of multilevel constitutionalism and, therefore, on the light of the constitutional pluralism.

KEY WORDS

Multilevel constitutionalism, constitutional pluralism, Inter-American system.

INTRODUCCIÓN

En el número anterior de esta Revista (n° 30, julio de 2013), el profesor RENÉ URUEÑA nos ofreció un interesante artículo en el que defiende la existencia de un modelo multinivel de protección de los derechos humanos en Latinoamérica. Según el autor, este modelo, conformado a la luz de la idea de gobernanza multinivel, es posible gracias a la coexistencia e interacción de las jurisdicciones nacionales y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Tras explicarnos su propuesta, el autor nos invita a pensar en la mejor forma de enmarcar y comprender la interacción entre los diversos escaños que conforman el esquema de salvaguarda regional, y para ello nos ofrece dos modelos analíticos diferentes: el constitucionalismo interamericano y el pluralismo jurídico. En virtud del primero, la Convención Americana sobre Derechos Humanos se erige como una declaración de derechos –una especie de constitución– y el juez nacional actúa como agente del derecho internacional; en este escenario el derecho internacional de los derechos humanos presumiría de superioridad jerárquica frente al derecho nacional. De acuerdo con el

segundo modelo, el del pluralismo interamericano, los órdenes nacionales y el derecho internacional conviven e interactúan en condiciones de igualdad gracias a un ejercicio de “derecho internacional comparado” desarrollado en virtud del diálogo interjudicial. En palabras del autor, pese a las ventajas del pluralismo este “puede llevar a que la promesa de protección termine comprometida por la deferencia a una pluralidad legítima de aproximaciones estatales a los derechos humanos” (p. 318).

Luego de un esmerado desarrollo de sus ideas, el autor opta por dejar abierta la pregunta que nos plantea, esto es, ¿cuál es el mejor modelo para abordar las relaciones entre los diversos niveles que componen el aparato de protección regional de los derechos humanos?, concentrándose en dar cuenta de los riesgos del modelo que nos presenta.

Así, el profesor URUEÑA termina su texto señalando que a pesar de las ventajas del modelo multinivel de protección, existen varios desafíos, algunos propios del modelo en sí mismo, otros relacionados con la lectura constitucionalista que se haga de este. Entre los retos a tener en cuenta resalta los riesgos que implica para los movimientos sociales la imposibilidad de concebir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) como última instancia y superior jerárquico de los tribunales nacionales, la ausencia de derroteros para el control de las propias instancias internacionales, y la dificultad que implica para el juez regional enfrentarse a casos cuya mejor resolución podría conseguirse en los estrados nacionales.

Ante esta propuesta, lo primero que debemos decir es que estamos de acuerdo con la lectura multinivel que el profesor URUEÑA hace del escenario regional de protección de los derechos humanos. Sin lugar a dudas, gracias a la metamorfosis de los ordenamientos constitucionales de la región, a la consolidación del sistema regional de protección, a la reformulación de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno –entre otros factores–, hoy en día puede hablarse de una relación articulada entre los mecanismos de salvaguarda ofrecidos por los diversos niveles.

Además, también coincidimos con que, dada la ausencia de un escenario supranacional de protección, ese sistema articulado se compone tan solo por el nivel nacional y el sistema interamericano, y que esto no supone ningún obstáculo al modelo propuesto.

Así mismo, creemos junto con el autor que este modelo multinivel ofrece una serie de ventajas dentro de las cuales, desde nuestro punto de vista, vale la pena destacar el impulso de la eficacia de la protección ofrecida a los individuos.

Ahora bien, la lectura que nosotros hacemos de este modelo –de la forma como se construye y de sus alcances– es un tanto distinta a la propuesta por el autor pues, dado que creemos que la articulación de los diversos niveles de protección da lugar a algo más que a un mero sistema de gobernanza multinivel, en nuestra opinión el constitucionalismo interamericano y el pluralismo

jurídico no son las únicas opciones a la hora de pensar las relaciones entre los diversos niveles de salvaguarda.

Nuestra intención en las líneas que siguen es desarrollar esta idea. Para tal efecto, creemos conveniente precisar el alcance del modelo multinivel planteado por el profesor URUEÑA para así poder ofrecer una respuesta a la pregunta que deja abierta mediante la defensa de una tercera alternativa a los modelos propuestos: la del pluralismo constitucional. En este orden de ideas, a continuación haremos una presentación escalonada: en primer lugar, hablaremos de la forma que, según nosotros, adquiere el modelo multinivel en la región, y para ello daremos cuenta de la forma como se construye y de algunos de sus alcances; esto nos llevará a una segunda parte en la que pretendemos aclarar que ese modelo hace parte de un proceso aún más amplio, el de la constitucionalización del derecho internacional; esto nos ayudará a comprender la lectura del esquema de protección desde el constitucionalismo multinivel y, por lo tanto, desde pluralismo constitucional.

I. MÁS QUE GOBERNANZA MULTINIVEL: CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL Y, POR LO TANTO, PLURALISMO CONSTITUCIONAL

Desde nuestro punto de vista, el modelo multinivel del que da cuenta el profesor URUEÑA adquiere una forma y unas connotaciones particulares, y ello hace que las alternativas de interacción que nos ofrece no sean suficientes.

Así, nuestra premisa general señala que, debido a la conjugación de varios factores, hoy en día existe un diálogo interjudicial en la región que permite la articulación de una red judicial interamericana —en cuyo seno la CorteIDH funge como tribunal constitucional—, en virtud de la cual se ha conformado un *ius commune* interamericano. Esta red, además de ayudar a perfeccionar la tutela ofrecida a los individuos, facilita el ejercicio de funciones constitucionales más allá de los ordenamientos estatales y, por lo tanto, nos permite hablar, ya no solo de un modelo de gobernanza multinivel, sino de un escenario de constitucionalismo multinivel que se articula gracias a un modelo de pluralismo constitucional. Veamos estas ideas con un poco más de detenimiento.

1. Protección multinivel: estrategias y resultados claros

Desde nuestro punto de vista, podemos hablar de la existencia de una red judicial interamericana, producto del diálogo interjudicial, gracias a la conjugación de tres factores particulares: el contexto en el que se crea, las normas en las que se funda y las herramientas de las que se sirve.

En cuanto al contexto, debemos decir que son dos los fenómenos que han determinado los rasgos característicos tanto del ordenamiento interamericano como de los derechos nacionales; estos son: la humanización y el neoconstitucionalismo.

Estos son dos procesos concomitantes que desde escenarios diferentes – nacional e internacional– confluyen en la búsqueda de un objetivo común y coinciden en las herramientas para su consecución. En efecto, humanización y neoconstitucionalismo coinciden en reconocer, en primer lugar, la relevancia de la dignidad humana para el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, la necesidad de proteger a los derechos humanos. En segundo lugar, ambos procesos asumen la importancia de los jueces para lograr tal salvaguarda. Finalmente, humanización y neoconstitucionalismo reconocen el papel fundamental que tiene la interacción de los ordenamientos nacionales e internacional dado su nuevo objetivo común. Esta confluencia de objetivos y herramientas explica el porqué las normas de uno y otro ordenamiento permiten su armonización¹.

Respecto de las normas nacionales, pese a las amplias diferencias entre los ordenamientos de la región, podemos señalar tres rasgos comunes que permiten la interacción entre los dos derechos. En primer lugar, la mayoría de los ordenamientos constitucionales reconocen al derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) rango constitucional o suprallegal; en segundo lugar, muchas constituciones contemplan la obligación de interpretar las normas nacionales a la luz de los mandatos del DIDH, así como la posibilidad de complementar los catálogos constitucionales con las normas internacionales; finalmente, en algunos de los ordenamientos nacionales existen las llamadas leyes puente, esto es, las normas que reconocen la obligatoriedad de las sentencias internacionales y los procedimientos para su ejecución².

Por su parte, el ordenamiento interamericano cuenta con varias normas útiles al proceso de armonización. En primer lugar está el principio de subsidiariedad (preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH); en segundo lugar, las obligaciones generales de respeto, garantía (art. 1.1 CADH), adaptación (art. 2 CADH) e interpretación idónea (art. 29 CADH); en tercer lugar, el derecho de acceso a la justicia previsto en los artículos 8 y 25 CADH; y, finalmente, las normas dedicadas al alcance de la reparación (art. 63 CADH), así como a la obligatoriedad y al procedimiento de supervisión de cumplimiento de sentencias (arts. 67 y 68 CADH y 69 del Reglamento CorteIDH).

Además de las normas nacionales e interamericanas, los propios jueces de protección, sirviéndose de ellas, han desarrollado herramientas jurispruden-

1 Un esbozo sobre el fundamento y los alcances del proceso de humanización en ACOSTA, P. “La humanización del derecho internacional por la jurisprudencia interamericana”, en *Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos - Yearbook of Humanitarian Action and Human Rights*, n° 7, 2010. Sobre el neoconstitucionalismo cfr. AA.VV. *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, MIGUEL CARBONELL (ed.), Trotta, IJ-UNAM, 2007, y AA.VV. *El canon neoconstitucional*, MIGUEL CARBONELL y LEONARDO JARAMILLO (eds.), Trotta, IJ-UNAM, 2010.

2 Sobre estos asuntos cfr., entre otros, BREWER-CARÍAS, A. “Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos (Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano)”, A. IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005.

ciales que obligan al diálogo y la armonización. El juez nacional se sirve de la regla de la interpretación conforme, en virtud de la cual han de interpretarse las normas nacionales a la luz de los mandatos internacionales de protección, buscando con ello la interpretación más favorable al ser humano. Gracias a esta técnica, los jueces nacionales se ven obligados a conocer y usar las normas y la jurisprudencia interamericana.

Por su parte, la Corte IDH ha desarrollado la figura del control de convencionalidad, en virtud de la cual tanto el juez regional como todos los jueces nacionales deben estudiar la compatibilidad de las normas nacionales con las disposiciones interamericanas. En caso de descubrir una incompatibilidad, el funcionario judicial tiene la obligación, de acuerdo a sus competencias, bien sea de abstenerse de usar la norma contraria a las obligaciones internacionales o bien sea de expulsar dicha norma del ordenamiento jurídico.

En las líneas que siguen intentaremos exponer someramente los alcances de estas normas y herramientas, pero, sobre todo, las principales razones por las cuales unas y otras conforman un todo que permite el diálogo entre los jueces de protección y, con ello, la formación de la red judicial.

Tomemos como punto de partida las normas sobre jerarquía y armonización a nivel nacional. Gracias a estas, los jueces se encuentran conminados a servirse del derecho internacional como fundamento de sus decisiones o, por lo menos, como referente en el ejercicio hermenéutico que adelantan. Junto a este marco constitucional de recepción y armonización se encuentran los artículos 1.1 y 2 CADH, así como su artículo 29. Estas normas vienen a reforzar las disposiciones nacionales sobre jerarquía e interpretación allí donde estas existen, o bien a llenar el vacío que deja su ausencia en los ordenamientos que no las contemplan.

En efecto, los jueces nacionales se sirven del DIDH como norma constitucional o suprallegal si su ordenamiento se los permite, pero en caso de que no sea así, los funcionarios judiciales pueden alegar que dicha instrumentalización se justifica en el cumplimiento de un compromiso internacional de garantía o adaptación y/o en la interpretación *pro persona* que están obligados a perseguir.

Así, bien sea por mandato constitucional o en virtud de una obligación internacional, el juez local se encuentra compelido a proyectar su trabajo a la luz de las normas regionales; no se trata de una mera cuestión de deferencia o de un simple ejercicio de derecho comparado sino del estricto cumplimiento de un deber jurídico. De igual forma, dada la importancia del derecho interno para la eficacia del derecho interamericano y en respeto del principio de subsidiariedad así como del artículo 29 CADH, el juez regional se ha preocupado por reconocer en los ordenamientos nacionales datos relevantes para el ejercicio de sus tareas³.

3 Así, en los casos Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C n° 134, párr. 174 y 188.

En consecuencia, el contexto para el diálogo está servido. Se observa pues un círculo de trabajo resultado de las normas de jerarquía y armonización, así como de las obligaciones de respeto, garantía y adaptación, y gracias al cual se ha logrado una severa transformación en la forma que los ordenamientos nacionales y el ordenamiento interamericano se relacionan. Así pues, bien sea en virtud de las normas constitucionales, como consecuencia de los mandatos internacionales o a raíz de la suma de unas y otras, el diálogo interjudicial resulta no solo práctico sino, sobre todo, obligatorio.

Justamente en el marco de este contexto normativo surgen las herramientas judiciales que coadyuvan con dicha interacción: el control de convencionalidad y la interpretación conforme, ambas como escalones diferentes de un mismo proceso de armonización.

Así, los funcionarios judiciales se encuentran obligados, siempre, a procurar la interpretación más favorable a los derechos humanos (interpretación conforme, bien sea en virtud de una cláusula constitucional que así lo disponga o del art. 29 CADH). En caso de no lograr esa interpretación, y según sus propias competencias, deberán ya sea abstenerse de usar la norma o expulsarla del ordenamiento jurídico (control de constitucionalidad/convencionalidad). Se trata, en todo caso, de ejercicios de armonización que, con efectos diferentes, procuran la protección efectiva de los derechos humanos.

Expuestas las razones que nos llevan a comprender al marco normativo nacional e internacional como un todo, y a las herramientas judiciales señaladas como causa y consecuencia lógica de su articulación, la pregunta que resta es: ¿cuál es el resultado de esta lectura conjunta? Desde nuestro punto de vista, unas y otras han dado lugar a un creciente diálogo interjudicial con base en el cual se crea un andamiaje de protección que permite la progresiva armonización de los ordenamientos constitucionales con el derecho interamericano a través de la consolidación de un *ius commune* interamericano.

Los ejemplos de diálogo interjudicial abundan⁴, y ese ejercicio de intercambio nos permite hablar de la existencia de una red judicial multinivel y constitucional, esto es, un andamiaje articulado en varios niveles, entre los

Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1º de julio de 2006, Serie C nº 148, párr. 211; Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1º de julio de 2006, Serie C nº 148, párr. 181; Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1º de julio de 2006, Serie C nº 148, párr. 114 y ss. Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1º de julio de 2006, Serie C nº 148, párr. 209; Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1º de julio de 2006, Serie C nº 148, párr. 153; Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C nº 192, párr. 82 y ss.

4 Quizás el más llamativo de ellos es el desarrollado con ocasión de las amnistías. Sobre este asunto cfr. ACOSTA, P. "There is just one step from indifference to coexistence: The necessary

cuales no hay una relación de jerarquía (*infra*), cuyo objetivo es la organización con miras al cumplimiento de objetivos constitucionales.

La idea de red que planteamos se asemeja a la imagen de una telaraña: en ella hay interacciones verticales –entre el juez regional, el juez constitucional– y relaciones horizontales –entre los diversos jueces constitucionales–. En esta imagen, la piedra angular de la telaraña es la CorteIDH, la cual funge como faro de la función judicial de protección en las Américas. Justamente este papel articulador del tribunal regional nos lleva a reconocerle como tribunal constitucional regional.

Desde nuestro punto de vista, la apuesta por el papel constitucional de la CorteIDH resulta completamente oportuna e idónea si atendemos al contexto que planteamos.

En primer lugar, en virtud del artículo 2 CADH –sumado a los arts. 1.1, 63 y 68 *ibíd.*– la Corte puede declarar la incompatibilidad de una norma nacional con el derecho interamericano y exigir de los Estados su expulsión del ordenamiento jurídico, así como requerir a los mismos para que adelanten todos los trámites necesarios para acoplar el derecho interno a los mandatos regionales. Esta potestad se ve reforzada, tal como lo señalamos, por las cláusulas de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al derecho nacional.

En segundo lugar, los pronunciamientos de la CorteIDH surten efectos de cosa interpretada toda vez que en ellos el órgano judicial regional determina el contenido y alcance de las cláusulas convencionales con fuerza de autoridad⁵. Así, los propios jueces nacionales, bien sea en virtud de mandatos constitucionales o de las normas interamericanas, han reconocido la vinculatoriedad de la jurisprudencia interamericana toda vez que ella hace parte integrante de las mismas normas de la Convención⁶.

Para finalizar, gracias al derecho de petición individual, así como a las medidas provisionales previstas en la Convención, la CorteIDH ofrece una

relationship between human rights, international law and national law”, disponible en: [<http://uexternado.academia.edu/PaolaAndreaAcosta/Conference-Presentations>].

5 GARCÍA RAMÍREZ, S. “El control judicial interno de convencionalidad”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año v, n° 28, julio-diciembre de 2011, p. 128.

6 Algunos ejemplos: Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia recaída en el exp. 2730-2006-PA/TC, en la cual se hace mención a la STC exp. 4587-2004-AA/TC, P, f.j. 44; Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-251 de 28 de mayo de 1997; Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, CSJN, “Ekmekdjian c/ Sofovich” 25 (de 7 de julio de 1992), “Arancibia Calvel” 31 y “Simón” 32 (de 24 de agosto de 2004 y 14 de junio de 2005 respectivamente); Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-010 de 2000, C-406 de 1996, T-568 de 1999 y T-1319 de 2001, entre otras; Corte Suprema de la República Dominicana, Sala Civil, Meej S.A c. el Estado. Sentencia de 6 de mayo de 2009; Tribunal Constitucional de Perú, caso del Colegio de Abogados de Callao c. Congreso de la República, sentencia de 19 de julio de 2007, exp. 00007-2007-PI/TC; Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia TC n° 1190/01-R de 12 de noviembre de 2001.

protección directa a los individuos, bien sea de forma preventiva o reparadora. En estos eventos su tarea se asimila a la ejercida por los tribunales constitucionales nacionales en el marco de los procesos de tutela o amparo.

Este rol constitucional del tribunal regional resulta mucho más acorde con su naturaleza subsidiaria y con su comportamiento como proveedor de estándares de protección. Ahora bien, desde nuestro punto de vista, las funciones de la CorteIDH como tribunal constitucional no implican su superioridad jerárquica respecto de las cortes constitucionales nacionales. Por el contrario, estamos en presencia de un vivo ejemplo de pluralismo constitucional gracias al cual lo importante no es quién ofrece la protección sino que en efecto esta la misma asegurada (*infra*).

Además de la afirmación de la CorteIDH como juez constitucional, el diálogo interjudicial ha permitido también la conformación de un *ius commune* interamericano. La idea de *ius commune* surge en el campo de los derechos humanos para dar cuenta de la existencia de un estándar mínimo de protección, construido desde los estrados judiciales, cuya salvaguarda resulta obligatoria a la luz de los mandatos constitucionales e internacionales que vinculan a los Estados. Su existencia proviene del reconocimiento de la dignidad humana como valor universal dotado de contenido desde la perspectiva pluralista que permite respetar las diferencias en el entorno regional y global.

Tal mínimo común se caracteriza por su naturaleza dinámica y progresiva. Así, el *ius commune* responderá a la realidad regional y, por lo tanto, evolucionará solo en la medida en que lo hagan los derechos nacionales y el derecho interamericano gracias a esa mecánica de interacción que hemos descrito hasta el momento.

Como se observa, existe en efecto una estructura multinivel que permite la protección de los derechos humanos en la región. Ahora bien, la articulación de este escenario multinivel no responde tan solo a una estrategia de gobernanza, su puesta en marcha obedece a un proceso mucho más profundo: el de la constitucionalización del derecho internacional. Ello nos lleva a preguntarnos: ¿cuál es el vínculo entre la idea de red judicial, en la que la CorteIDH funge como tribunal constitucional, y del *ius commune* como resultado de la interacción, con el llamado constitucionalismo internacional? ¿Por qué decimos que esta interacción es algo más que un mero ejercicio de gobernanza multinivel?

2. Red judicial y constitucionalismo internacional

A grandes rasgos, y sin entrar a discutir sus diversas vertientes⁷, podemos decir que los principales objetivos del constitucionalismo internacional son:

7 Sobre las posibles categorías del discurso constitucional internacional cfr., entre muchos otros, KRISCH, N. "Postnational Constitutionalism? Draft for discussion, August 2008", en [www.iilj.org/courses]; SCHWÖBEL, CH. "The Appeal of the Project of Global Constitutionalism

a) el reconocimiento de unos valores fundamentales que se conjugan para servir como cimiento y como norte del derecho internacional –democracia, legalidad, paz, dignidad humana, solidaridad, etc.–, y b) la construcción de un marco normativo, así como de un andamiaje institucional apto para la limitación del poder y la salvaguarda de dichos valores. Si atendemos a esta idea, podríamos decir que el proceso de interacción que da lugar a la red judicial interamericana, así como sus resultados, pueden ser entendidos como prueba del proceso de constitucionalización desde una doble perspectiva.

Por una parte, desde el punto de vista sustancial, este proceso ayuda a reivindicar la existencia de ciertos valores de la comunidad internacional; por la otra, desde la perspectiva formal, su aporte radica en la articulación de normas, procedimientos y estructuras para lograr la protección de dichos valores esenciales tanto a nivel nacional cuanto internacional. Veamos esto con un poco de detenimiento.

La existencia del diálogo y, con él, la posibilidad misma de articulación en torno a la red parte del reconocimiento de que existen unos valores comunes a los ordenamientos de la región –lo derechos humanos–, así como de la idea de que hay un objetivo mancomunado de salvaguarda⁸. En este contexto, el diálogo interjudicial confirma que hay una comunidad regional legal, o al menos una comunidad regional de derechos humanos. Es sobre esta comunidad sobre la que se erige el proceso de constitucionalización.

Ahora bien, no solo el diálogo aparece como prueba de la existencia de dicha comunidad. Sus resultados, en particular la conformación del *ius commune* interamericano, reafirman el reconocimiento de dichos valores comunes, así como la necesidad de protegerlos. Es así como dicho *corpus iuris* regional se erige como la herramienta para reivindicar la salvaguarda de los intereses de la comunidad, al mismo tiempo que como norte a seguir en términos de protección por parte del proceso constitucional.

De esa manera, el contenido del *ius commune* obliga a todos los poderes públicos tanto a nivel nacional como internacional, y en particular supone límites a la capacidad normativa de los Estados, es decir que se trata de normas vinculantes y no meramente programáticas; así mismo, gracias a la articulación de la red, esas normas constitucionales cuentan con una garantía jurisdiccional en virtud de la cual se deben descartar todas aquellas normas que las contravengan; igualmente, la red permite evidenciar –y cumplir con– la

to Public International Lawyers”, en *German Law Journal*, vol. 13 n° 1; FASSBENDER, B. “The United Nations Charter as constitution of international community”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, 529, 1998, pp. 528-619.

8 En este sentido, si tal como lo afirma DE WET el surgimiento de un sistema de valores es prueba de la constitucionalización, el trabajo adelantado en el seno de la red y sus resultados confirman la realidad de dicho proceso constitucional: cfr. DE WET, E. “The emerging international constitutional order: The implications of hierarchy in international law for the coherence and legitimacy of international decision-making”, *PER/PELJ*, vol. 2, 2007, p. 5.

obligación de hacer una interpretación conforme, al mismo tiempo que pone de presente la influencia de ese *ius commune* regional sobre la vida jurídica y política de la región.

Además de esta contribución al componente sustancial del proceso constitucional, en términos formales podemos decir que la interacción de la que venimos hablando da cuenta de la existencia de unas normas, unos procedimientos y de una estructura dedicada a la consecución de objetivos constitucionales.

En efecto, como decíamos arriba, una de las manifestaciones del proceso constitucional es la configuración de un andamiaje útil al ejercicio de funciones constitucionales, esto es, al desarrollo de labores que permitan alcanzar los objetivos del discurso constitucional, cuales son el reconocimiento y la protección de ciertos valores, así como la articulación de normas y procedimientos que permitan organizar y limitar el poder con base en ellos.

Tal como acabamos de explicar, el trabajo adelantado en el seno de la red judicial de protección da cuenta de la existencia de una comunidad regional legal, y con ello reivindica a los derechos humanos como fundamento y derrotero tanto del derecho nacional cuanto del derecho internacional. Ahora bien, además de esta importante tarea de reconocimiento, no podemos olvidar que lo realmente relevante es que la red existe justamente para perfeccionar la efectividad de las normas y los mecanismos de tutela de los derechos humanos; y es justamente en este contexto en el que debemos reconocer que tanto las normas como los agentes que interactúan para la construcción de la red, bien sean estos de carácter nacional o internacional, cumplen la importante función constitucional protección.

En efecto, el diálogo interjudicial, como herramienta para la articulación de dicho andamiaje, potencia la efectividad de la protección ofrecida tanto por el escenario internacional cuanto por el nacional. En este orden de ideas, la interacción resulta útil no solo para reivindicar la existencia de unos valores comunes sino, sobre todo, para protegerlos. Así pues, podríamos decir que, en el marco de la red judicial, resulta evidente que tanto las normas cuanto los jueces internacionales cumplen la importante función constitucional de salvaguarda de ciertos principios y valores constitucionales.

Por otra parte, la red es un andamiaje articulado que permite la suma de normas y procedimientos que —a la par que logran la protección de dichos valores constitucionales— ayudan a organizar y controlar el ejercicio del poder⁹.

9 En este sentido, la red resulta ser prueba de que, tal como lo señala NOLLKAEMPER, “*International and national legal orders complement each other in the protection of the rule of law*”: *National Courts and the international rule of law*, cit., p. 13. Al respecto debemos decir que nuestra red resulta ser prueba fehaciente de la teoría de este autor respecto del importante papel que juegan los jueces nacionales a la hora de asegurar ‘*the international and national rule of law*’. Tal como lo podemos apreciar en el primer capítulo de este trabajo, las condiciones bajo las que el juez nacional puede resolver cuestiones que involucren normas internacionales, la forma como ello ocurre y algunas de sus consecuencias coinciden exactamente con las ideas del profesor holandés.

Al respecto, hay que distinguir los alcances de la red a dos niveles diferentes. Por una parte, los efectos sobre la organización y control del ejercicio del poder *ad intra* del Estado y, por la otra, las consecuencias sobre dicha organización y control *ad extra* del mismo.

Resulta fácil comprender que la articulación de los sistemas –nacionales y regional– de protección dé lugar a una mejor organización y un mejor control del ejercicio del poder por parte del Estado, toda vez que su objetivo último es, precisamente, ajustar la infraestructura y el comportamiento estatal para asegurar la tutela del individuo. En este sentido, mayor y mejor protección suelen significar un mejor control del poder y viceversa; se trata pues de una estrategia “acción-reacción”, en el entendido de que gracias a la red se potencia tanto la protección como la efectividad de “*the rule of law*”, y con ello, de los derechos humanos, a nivel nacional.

No obstante, los efectos de la protección ofrecida por la red no se limitan al escenario nacional. Su capacidad para moldear el ejercicio del poder se extiende al escenario internacional desde dos perspectivas diferentes. Por una parte, al moldear el poder del Estado (y sus agentes) en su comportamiento como sujeto –principal– del derecho internacional, y por la otra, al ayudar a irradiar el control sobre el comportamiento de otros sujetos internacionales.

En primer lugar, gracias a los alcances de la red, los derechos humanos determinan la conducta del Estado como principal sujeto del derecho internacional. Piénsese por ejemplo en las obligaciones que los Estados decidan adquirir respecto de asuntos tan variados como el libre comercio o la seguridad. En ese evento, todas las normas que se creen y sus procesos de implementación podrán ser objeto de control por parte de los jueces de protección a la luz del estándar mínimo de tutela resultado de la armonización de los regímenes constitucionales y los instrumentos interamericanos.

En segundo lugar, este mismo control se puede aplicar a otros actores internacionales. Así por ejemplo, si una organización regional llegase a expedir una norma internacional que contraviniese el mínimo común de protección,

Así por ejemplo, la red es prueba de que la responsabilidad primaria respecto de la protección de los derechos humanos (y con ello, de la eficacia del DIDH) está en cabeza del juez nacional y que tanto el propio derecho internacional cuanto el derecho nacional así lo determinan. Ello abre las puertas a que el juez nacional juegue un importante papel en la garantía de ‘*the international rule of law*’, al mismo tiempo que ayuda a asegurar ‘*the national rule of law*’. Igualmente, la red da cuenta de la forma como los jueces nacionales usan el derecho internacional y de las herramientas de las que se sirven para tal efecto, mostrando que, tal como lo señala NOLLKAEMPER, la interpretación conforme, el efecto útil y los principios de reparación, entre otros, juegan un importante papel en este escenario. Además, la red judicial permite evidenciar cuándo y por qué el juez internacional toma en consideración las decisiones de los jueces nacionales, el peso que les da y los alcances que les concede, por lo que ayuda a ver los efectos que el trabajo judicial nacional tiene sobre el derecho internacional. En este mismo sentido, la red permite comprender el papel del juez nacional a la hora de desarrollar una perspectiva integral de la aplicación del principio de supremacía del derecho internacional al momento de buscar la eficacia de ‘*the rule of law*’.

tanto el juez nacional cuanto el juez regional podrían justificar el ejercicio de un control de legalidad, e incluso llegar a justificar su incumplimiento en la necesidad de salvaguardar la protección de los intereses comunes cuya manifestación principal es, precisamente, el *ius commune*¹⁰.

En suma, podríamos decir que la red es prueba de que ciertas normas y agentes internacionales cumplen funciones constitucionales (de fundamentación, organización, limitación y articulación del poder, así como de protección). Ahora bien, desde nuestro punto de vista la red no solo da cuenta del proceso constitucional en términos generales, justamente siguiendo el modelo de protección multinivel podemos decir que ella es expresión de una particular forma de constitucionalización: la multinivel. Veamos esto con más detalle.

3. Constitucionalismo multinivel y pluralismo jurídico

Atendiendo a la graduación del proceso de constitucionalización del derecho internacional y dadas las particularidades que caracterizan al escenario global debido a la actual forma en la que se ejerce el poder público (especialmente a la creciente interacción entre los diversos ordenamientos jurídicos), creemos que una constitucionalización multinivel –esto es, un proceso escalonado que articule diversos niveles (vertical, horizontal y funcional)– que dé lugar a un sistema de redes constitucionales antes que a un régimen constitucional único, no solo es la más realista sino la más viable posible y es, en efecto, la que se está adelantando¹¹.

En este contexto, el constitucionalismo multinivel nos permite asumir (1) que cada uno de los ordenamientos jurídicos hoy estrechamente interdependientes

10 Así, tal como ocurrió en Europa, por ejemplo, con ocasión del caso *Kadi* y en relación con el control de los actos del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el *ius commune* interamericano también puede servir de estándar mínimo de salvaguarda y los jueces de protección habrán de erigirse como guardianes del mismo. En este sentido, tal como lo señala NOLLKAEMPER, el principio de supremacía y la presunción de validez del derecho internacional pueden llegar a desvirtuarse en el escenario judicial siempre que el control que se ejerza pretenda lograr la salvaguarda de ciertos principios fundamentales: cfr. NOLLKAEMPER, ob. cit., pp. 280 y ss.

11 Entre muchos otros, CAROZZA defiende esta idea cuando señala: “la soberanía ha sido fragmentada para articularse en un orden policéntrico y multinivel donde las relaciones entre los niveles son mucho más decisivas y cruciales que la forma constitucional del todo o de los niveles, incluyendo el nivel estatal. [En este contexto] la dimensión nacional de la *polis* y su forma constitucional se insertan en un complejo sistema multinivel de gobierno, o en un constitucionalismo multinivel cuya característica definitoria es precisamente la falta de un mecanismo que permita la *reductio ad unitatem*”. En este orden de ideas, y en vista de que ninguno de los niveles puede asumir de forma integral la tarea de ordenar y unificar la multiplicidad de sistemas legales de forma jerárquica, el constitucionalismo multinivel resulta ser la respuesta más adecuada. En este escenario, en el que los Estados seguirían siendo las unidades básicas del sistema, la clave estaría en las competencias, toda vez que no habría relación jerárquica sino de mutua demarcación de las competencias: cfr. CAROZZA, P. “Constitutionalism’s Post-Moders Opening”, en *The paradox of constitutionalism constituent power and constitutional form*, LOUGHLIN, MARTIN (coord.), London, Oxford University Press, 2007, p. 169.

experimentan diversos grados de constitucionalización –lo que no resulta ser un defecto sino una característica propia del proceso–, y (2) que es la suma de todos ellos lo que nos permite pensar en un proyecto constitucional global cuya concreción, no obstante, no aspira a la conformación de un régimen constitucional único sino a la articulación de los diversos espacios jurídicos con miras a la consecución de objetivos constitucionales. En otras palabras, la constitucionalización disímil del ordenamiento internacional, sumada a su creciente articulación con los espacios constitucionales nacionales, nos permite hablar del constitucionalismo multinivel como única opción viable para lograr los cometidos constitucionales en el actual escenario global¹².

En este orden de ideas, el constitucionalismo que defendemos –y con él, la constitucionalización que creemos se está llevando a cabo– no pretende el establecimiento de un Estado mundial o de una estructura única¹³; por el

12 En palabras de PETERS, “*All in all, considering both international and national law together, we can discern fragmentary constitutional law elements at various levels of governance, in part relating only to specific sectors (e.g. human rights law or trade law). We might visualize these elements as situated both ‘horizontally’ (sectorally) and ‘vertically’ (encompassing both the international and the national level). The constitutional elements at the various levels and in the various sectors may complement and support each other. I call this criss-cross a ‘constitutional network’. The term ‘network’, which is currently in vogue in various disciplines, is used here to describe relationships and interaction of norms and of their users. The network picture graphically describes relationships on an ideal scale between a horizontal/loose/market-like structure and a hierarchical/institutionalized/state-like one. The construction of a transnational constitutional network, in which the relevant norms cannot be aligned in an abstract hierarchy, has at least one important legal consequence: the resolution of eventual conflicts between international and national constitutional law requires a balancing of interests in concrete cases*”: PETERS, A. “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”, en *Leiden Journal of International Law*, 19 (2006), p. 579-610. PETERS: no es un deseo, es una realidad gracias a la cual la suma de todos los niveles proveen una protección total (p. 4). En este sentido, CANANEIA habla de un “sistema constitucional compuesto”: CANANEIA, GIACINTO. “Is european constitutionalism really “multilevel”?”, *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2010; y PERNICE, a su turno, se refiere a capas constitucionales complementarias, a un sistema multinivel en el que los agentes nacionales actúan como agentes de los diversos niveles: cfr. PERNICE, I. “The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action”, en 15 *Colum. J. Eur. L.* 349 2008-2009. Al respecto, COTTIER señala: “*The crucial point is to conceive international, regional, and domestic levels as a single and ideally coherent regulatory architecture of multilayered governance. Multilayered governance proposes a process and direction. It does not stand for the idea of world government or a comprehensive world legislature, but it builds upon the interaction and interdependence of the domestic and international spheres [...]. Multilayered governance thus relies upon a common and shared body of underlying constitutional values and legal principles, which penetrate all layers of governance alike. Today, these foundations exist in positive international law and are formally shared by the constitutions of a large number of states*”: COTTIER, TH. “Multilayered Governance, Pluralism, and Moral Conflict”, en 16 *Ind. J. Global Legal Stud.* 647 2009, pp. 656 y 657.

13 “*Together with most international constitutionalists I neither search for the constitution of a World state, nor try to introduce the complete tradition of western constitutionalism to international law: the international community has no constitution in the emphatic sense of Art. 16 of the French Declaration of human rights*”: BRYDE, B. “International Democratic Constitutiona-

contrario, el discurso constitucional que nos ocupa parte del supuesto de que existen varios niveles (funcionales y territoriales¹⁴) que se articulan para el ejercicio de funciones constitucionales¹⁵, gracias a la presencia de herramientas de gobernanza multinivel¹⁶ tales como el principio complementariedad, la subsidiariedad, la “cláusula Solange” o el margen de apreciación, entre otros¹⁷.

lism”, en *Towards world constitutionalism. Issues in the legal ordering of the world community*, MACDONALD, RONALD St. J. (ed.), La Haya, MARTINUS NIJHOFF, 2005, p. 105; “*Constitutionalism does not require the framework of a State to be meaningful*”: KUMM, M. “The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between national constitutional law and constitutionalism beyond the state”, en *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Government*, DUNOFF & TRACHTMAN (eds.), Cambridge University Press, 2009, p. 263.

14 “*The present global basic structure is thus not a set of sovereign states. Rather, it is a system of ‘multilevel governance’ where states and other actors enjoy several forms of decision-making. ‘Multilevel’ has many different meanings; here it refers to the vertical dispersal of political authority from the state upward to the supranational level and downward to subnational levels with complex forms of interplay. Multilevel also refers to the horizontal dispersal of authority whereby non-state actors participate in rule formulation and implementation*”: FOLLESDAL, A. “When Common Interests Are Not Common: Why the Global Basic Structure should be Democratic”, en *16 Ind. J. Global Legal Stud.*, 585, 2009, p. 588.

15 “*A single, uniform, consented constitutionalist approach does not exist. The constitutionalist reading, as suggested here, in no way implies the quest for a world state [...]. The idea is not to create a global, centralized government, but to constitutionalize global (poly-archic and multi-level) governance, as defined above. Ultimately, the constitutionalist reconstruction of international law may help to promote a multi-level, genuinely global constitutionalism, which may compensate for national constitutions’ growing deficiencies*”: PETERS, *Compensatory Constitutionalism*, cit., p. 610. “*Global constitutional pluralism is thus associated with the emergence of different constitutional sites and processes that are configured in a horizontal, rather than a hierarchical and vertical, pattern*”: MILEWICZ. *Emerging Patterns of Global Constitutionalization*, cit., p. 425; MARTINELLI reconoce la poliarquía pero también la necesidad de articularse, es decir que hay múltiples fuentes de poder y por eso tiene que haber múltiples régimen constitucionales que deben articularse: cfr. MARTINELLI, A. “From World system to world society”, en *Journal of World System Research*, vol XI, n° 2, diciembre de 2005. En palabras de SHAW: se entrecruzan varias esferas normativas sin que se privilegie ninguna de ellas: cfr. SHAW, J. “Postnational constitutionalism in the European Union”, en *Journal of European Public Policy* 6:4, Special Issue 1999: 579D 97. Este tipo de constitucionalismo, tal como lo señala KOTZUR, permite responder eficazmente a los problemas globales mediante la articulación de medidas nacionales, regionales y universales, lográndose así el equilibrio entre las necesidades locales y las universales: cfr. KOTZUR, M. “Universality – A Principle of European and Global Constitutionalism”, en *Historia Constitucional* (revista electrónica), n° 6, 2005, disponible en [<http://hc.rediris.es/06/index.html>]. Al respecto, PETERS señala: “Solo varios niveles de gobernanza, unidos, pueden proveer un completa protección constitucional”: *Compensatory Constitutionalism*, cit., p. 580.

16 “*The crucial point is to conceive international, regional, and domestic levels as a single and ideally coherent regulatory architecture of multilayered governance. Multilayered governance proposes a process and direction. It does not stand for the idea of world government or a comprehensive world legislature, but it builds upon the interaction and interdependence of the domestic and international spheres*”: COTTIER, TH. “The Multilayered Governance, Pluralism, and Moral Conflict”, en *16 Ind. J. Global Legal Stud.*, 647, 2009, p. 656.

17 “*The three forms of interplay, i.e. coordination, cooperation and normative strategies, are to be understood in all their dimensions: among states, among legal systems, and among actors, taking advantage of the opportunities offered by the global landscape. The coordinated, joint*

Así, partiendo de una interpretación propia de las diferentes propuestas de constitucionalismo multinivel (HABERMAS¹⁸, PERNICE¹⁹, PETERS²⁰, COTTIER²¹, WALKER²², *inter alia*) nuestro trabajo aboga por el reconocimiento de unos valores comunes cuya protección se consigue a través de la coordinación de un andamiaje de diversos niveles, gracias al cual, además, se logra organizar el ejercicio de la autoridad pública internacional.

and orderly action by several actors through the mechanisms available under several interacting legal systems is essential for the protection of common legal interests and values of a global entity (GLGS)”: CARRILLO, N. “Enhanced multilevel protection of human dignity in a globalized context through humanitarian global legal goods”, Working paper n° 2/2011. Global legal goods project DER2009/11436, UAM, [<http://globallegalgoods.net/>], p. 36; “*This empowerment of common institutions at the European level is often understood as a loss of autonomy and sovereignty for the state, as well as a threat to democracy and the rights of individuals. However, one must remember that the principle of subsidiarity, in a larger meaning, governs not only the attribution of these powers to the Union, but it governs particularly their exercise by its institutions. This means that European powers are limited to what the Member States cannot effectively achieve individually. Thus, the creation of European institutions to implement such policies results not in a loss of sovereignty for a Member State’s citizens, but rather in a gain in the form of new opportunities available to promote their interests. Yet this is not national sovereignty in the traditional sense, but another kind of sovereignty. It is not so much autonomy or autarchy (which, thanks to globalization pressures and dependencies, does not exist anymore), but rather the capacity to participate in trans-governmental networks of all types [...] sovereignty as participation*”: PERNICE, I. “The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism In Action”, en 15 *Colum. J. Eur. L.*, 349, 2008-2009, p. 37; “*The prospects of multi-layered governance therefore depend upon the level of shared procedural avenues established at and among different layers of governance*”: COTTIER, TH. “Multilayered Governance, Pluralism, and Moral Conflict”, en 16 *Ind. J. Global Legal Stud.*, 647, 2009, pp. 648, 662.

18 HABERMAS, J. *El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional*, Katz, Madrid, 2003; HABERMAS, J. *El Occidente escindido*, Trotta, Madrid, 2006.

19 PERNICE se ha encargado especialmente de construir la teoría del constitucionalismo multinivel desde su escenario original, esto es, el europeo: “*It explains what multilevel constitutionalism means as a theoretical approach to conceptualize the constitution European system as an interactive process of establishing, dividing, organizing, and limiting powers, involving national constitutions and the supranational constitutional framework, considered as two interdependent components of a legal system governed by constitutional pluralism instead of hierarchies*”: *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in action*, cit., p. 349.

20 PETERS. *Compensatory Constitutionalism*, cit., p. 580: “*Overall, state constitutions are no longer ‘total constitutions’. In consequence, we should ask for compensatory constitutionalization on the international plane. Only the various levels of governance, taken together, can provide full constitutional protection*”.

21 “*Contemporary and future challenges of globalization therefore call for an intellectual framework that allows the classical division to be overcome and brings about a more coherent and rational interaction of different regulatory layers, including international law and global relations. This is essentially what the doctrines of multilayered governance and constitutionalization of international law seek to bring about*”: COTTIER, TH. “Multilayered Governance, Pluralism, and Moral Conflict”, en 16 *Ind. J. Global Legal Stud.*, 647, 2009, p. 648.

22 WALKER, N. “The idea of constitutional pluralism”, en *The Modern Law Review*, vol. 65, n° 3, 2002, pp. 317-359.

Este constitucionalismo multinivel y la idea de red constitucional vienen de la mano con el pluralismo constitucional²³, esto es, con el reconocimiento de que existen diferentes escenarios y autoridades constitucionales que se relacionan de forma ‘heterárquica’ y complementaria antes que siguiendo reglas de jerarquía²⁴. En este contexto, la relación entre los diferentes ordenamientos –nacional e internacional– no se concibe en términos de jerarquía sino de heterarquía²⁵. En palabras de WALKER:

23 En palabras de HALBERSTAM, este da cuenta de “*the idea of competing claims of constitutional authority within a single system of governance*”: HALBERSTAM, D. “Constitutional Hierarchy the centrality of conflict in the European Union and the United States”, en *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*, DUNOFF & TRACHTMAN (eds.), Cambridge, 2009, p 327; “*constitutional pluralism identifies the phenomenon of a plurality of constitutional conflicts between different constitutional orders to be solved in a non-hierarchical manner*”: MADURO, M. “Courts and Pluralism. Essay on a theory of judicial adjudication in the context of legal and constitutional pluralism”, en *Ruling the world?*, cit., p. 356; “*As I understand it, constitutional pluralism obtains when various constitutional authorities compete over the same territory and the same legal relationships*”: KOMAREK, J. “Institutional dimension of constitutional pluralism”, en ERIC STEIN Working Paper n° 3/2010, p. 5, [http://www.ericsteinpapers.eu]. Sobre este asunto, cfr., entre otros: MAC AMHLAIGH, C. “Questioning Constitutional Pluralism”, en University of Edinburgh School of Law, Working Paper Series n° 2011/17; BUSTOS GISBERG, R. “Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: la protección supranacional de los derechos en Europa”, en [www.juridicas.unam.mx]; BURKE-WHITE, W. “International legal pluralism”, en *Michigan Journal of International Law*, vol. 25:963, 2004; KLEINLEIN, TH. “On Holism, Pluralism, and Democracy: Approaches to Constitutionalism beyond the State”, en *The European Journal of International Law*, vol. 21, n° 4, EJIL, 2011; KRISCH, N. “The Case for Pluralism in Postnational Law”, en LSE Law, Society and Economy Working Papers 12/2009; KRISCH, N. “The Pluralism of Global Administrative Law”, en *The European Journal of International Law*, vol. 17, n° 1, 2006, pp. 247-278; STONE SWEET, A. “Constitutionalism, legal pluralism and international regimes”, en 16 *Ind. J. Global Legal Stud.*, 621, 2009; WALKER, N. “The idea of constitutional pluralism”, en *The Modern Law Review*, vol. 65, n° 3, 2002, pp. 317-359; AA.VV. *Four Visions of Constitutional Pluralism*, MATEJ AVBELJ y JAN KOMÁREK (eds.), European University Institute Department of Law, EUI Working Paper LAW n° 2008/21.

24 “*Global constitutional pluralism is thus associated with the emergence of different constitutional sites and processes that are configured in a horizontal, rather than a hierarchical and vertical, pattern*”: MILEWICKS. *Emerging Patterns of Global Constitutionalization*, cit., p. 425. MADURO se refiere al pluralismo constitucional y a sus diversas manifestaciones en los siguientes términos: “*Constitutional pluralism [...] refers to a pluralism of constitutional jurisdictions. Those equally valid normative constitutional claims are now supported or developed by different jurisdictions. That is a new dimension of the constitutional pluralism which, however, is inherent in constitutionalism itself. [Nowadays, there are five expressions of the new constitutional pluralism]: The first one is a plurality of constitutional sources [...] the second one is a pluralism of jurisdictions or of different constitutional sites [...] the third one is an interpretative pluralism if you want. It is a pluralism which is based not only on different sources but on competing interpretations of the same source by institutions that are not organized in a hierarchical manner. [...] [T]he fourth expression of pluralism is a pluralism of powers. We increasingly have new forms of public and private power that challenge traditional legal dogmatic categories and raise constitutional questions because they affect the mechanisms of accountability linked to those legal categories. [...] and the fifth pluralism is a pluralism of politics*”: MADURO, en *Four Visions of Constitutional Pluralism*, cit., p. 5.

25 La heterarquía constitucional, en palabras de HALBERSTAM, es un principio de organi-

*Constitutional pluralism recognises that in the post-Westphalian world there exists a range of different constitutional sites and processes configured in a heterarchical rather than a hierarchical pattern, and seeks to develop a number of empirical indices and normative criteria which allow us to understand this emerging configuration and assess the legitimacy of its development*²⁶.

Así pues, en el marco del constitucionalismo multinivel y, por lo tanto, del pluralismo constitucional, las relaciones entre los diferentes niveles se regulan atendiendo a los principios y objetivos constitucionales comunes, no según una norma última, bien sea esta del derecho nacional, regional o universal²⁷. Según KUMM, “la coherencia o unidad de la práctica constitucional se garan-

zación que se hace necesario ante la pluralidad de normas, actores, instituciones, autoridades e interpretaciones: cfr. HALBERSTAM, D. *Constitutional Heterarchy the centrality of conflict in the European Union and the United States*. En *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*. DUNOFF & TRACHTMAN Eds. Cambridge, 2009, p. 355. Al respecto KOMAREK señala: “*MacCormick’s suggestion: ‘the most appropriate analysis of the relations of [the European and national] legal systems is pluralistic rather than monistic, and interactive rather than hierarchical’*. Having constitutional authority, European law would therefore compete with national constitutions on equal terms – none of them would have prima facie claim to primacy in case of conflict, since both were ‘constitutional’ properly speaking””: KOMAREK, J. “The legal world beyond the state: constitutional and pluralist?”, en [www.cosmopolis.wzb.eu]. Hay quienes, por su parte, se refieren a poliarquía: SABEL, C. y GERSTENBERG, O. “Constitutionalising an Overlapping Consensus: The ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order”, 16(5) *European Law Journal*, 2010, pp. 511-550.

26 WALKER, N. “The idea of constitutional pluralism”, en *The Modern Law Review*, vol. 65, n° 3, 2002. Según HALBERSTAM: “*We find in both systems a habit of deference and accommodation that enables each system to function as a stable and predictable system of constitutional governance. Let us call this kind of constitutional order, in the absences or hierarchy, constitutional heterarchy. Constitutional heterarchy is a system of spontaneous, decentralized ordering among the various actors within a system. But it is more than that. Constitutional heterarchy is not merely conflict and accommodation based on raw power differentials or random fortuity of positions of relative advantage. Instead, constitutional heterarchy reflects the idea that the coordination among the various actors is based in constitutional considerations, that is, in the values of constitutionalism itself. Because conflict and accommodation are ordered in this way, constitutional heterarchy helps crystallize what these values are. Actors will base their respective claim of superior authority in their relative ability to vindicate the values of constitutionalism. And even when actors make what appears to be a naked bid of power, they will phrase their claim in terms of constitutional principle. Put another way, those normative and interpretative conflicts are carried out in what Neil Walker has called a “constitutional register”*”: HALBERSTAM, D. “Constitutional Heterarchy the centrality of conflict in the European Union and the United States”, en *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*, DUNOFF Y TRACHTMAN (eds.), Cambridge, 2009, p. 337.

27 KUMM se refiere a principios de jurisdicción, principios procesales y principios sustanciales; Halberstam los llama valores y se refiere al valor de participación (*voice*), al de experticia (*expertise*) y al de derechos (*rights*); MADURO, por su parte, alude a *contrapunctual law*, y con ello se refiere a la necesidad de que los jueces suscriban la idea del pluralismo, busquen consistencia y coherencia vertical y horizontal, y desarrollen su razonamiento en términos universales. Cfr. los textos de estos autores en *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*. DUNOFF & TRACHTMAN Eds. Cambridge, 2009.

tizan no con un texto, ni con el poder constituyente, ni con un árbitro final, sino con la deferencia mutua y el compromiso institucional, atados todos con principios comunes”²⁸. O, en palabras de PERNICE: “*Instead of monism as for Kelsen and Schmidt there is constitutional pluralism; instead of hierarchy and supremacy of federal law, there is functional primacy based upon mutual consideration, recognition, and cooperation*”²⁹.

En consecuencia, en el constitucionalismo multinivel lo que realmente importa es cumplir los objetivos constitucionales, y por lo tanto lo que cuenta es la aptitud de la autoridad/herramienta/procedimiento para lograr ese cometido³⁰.

En este contexto, podría decirse que el constitucionalismo multinivel es la propuesta erigida ante la nueva realidad internacional en la que el pluralismo constitucional enmarca el ejercicio de la autoridad pública y la consecución de los cometidos constitucionales. En dicho escenario, la red constitucional es la forma a través de la cual se consolida el proceso de constitucionalización y el diálogo entre los diferentes niveles (bajo presupuestos de complementariedad, subsidiariedad, margen de apreciación y cláusula Solange, entre otros), es la herramienta para su concreción.

Como hemos podido comprobar, en el marco de la red de protección interamericana el nivel nacional y el nivel regional se complementan mutuamente, a través de la interacción de sus normas y sus actores (en este caso los jueces de protección), para la consecución de objetivos constitucionales³¹. Así, nuestra red de protección resulta ser la manifestación de una pluralidad de sistemas legales que, no obstante, representan una identidad colectiva gracias a la cual se puede coordinar la tarea de protección a la par que se crea conjuntamente un estándar mínimo común de salvaguarda que, además, sirve para orientar el ejercicio de la autoridad pública nacional e internacional³².

28 KUMM, M. “The best of times and the worst of times. Between constitutional Triumphalism and nostalgia”, en *The Twilight of constitutionalism? Oxford constitutional theory*, LOUGHLIN, M., McCORMICK, J. y WALKER, N., 2010, p. 204.

29 PERNICE. *The Treaty of Lisbon*, cit., p. 384.

30 “*Constitutional pluralism, which challenge the hierarchical ordering imposed by the principle of primacy, opens doors to an examination of whether the institution which takes a particular decision is in the best position to adopt it and whether the effects of its decision should persist beyond the context of that particular situation*”: KOMÁREK, J. “Institutional dimension of Constitutional Pluralism”, en ERIC STEIN Working Paper n° 3/2010, [<http://www.ericsteinpapers.eu>], p. 2.

31 En este sentido, tal como lo afirma BIAGGINI, el derecho nacional ayuda a que el derecho internacional cumpla funciones constitucionales a la par que este ayuda a aquel a cumplir con sus cometidos constitucionales: cfr. BIAGGINI, G. “La idea de Constitución: ¿nueva orientación en la Época de la Globalización?”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n° 7, 2003, pp. 53, 66 y ss.

32 La red interamericana de protección resulta ser prueba fehaciente de la idea de ERIKA DE WET según la cual “*through the inter-action of the different regimes, glued together by the international value system, the fundamental legal framework of the international legal order containing (inter alia) the outer limits for the exercise of public power emerges*”: WET, E. *The*

CONCLUSIONES

Como se observa, nuestra propuesta coincide con la del profesor URUEÑA en la medida en que reconocemos la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos (nacional y regional) que se articulan para lograr un objetivo común (la protección de los derechos humanos). Sin embargo, desde nuestro punto de vista, dicha articulación no se erige como un mero ejercicio de gobernanza multinivel sino que se desarrolla en el marco de un proceso de constitucionalización del escenario regional. En este orden de ideas, más que de gobernanza multinivel hablamos de constitucionalismo multinivel.

Según esto, podría decirse que nuestra propuesta reconoce la existencia de un modelo multinivel de protección cuya construcción se enmarca en un escenario de constitucionalismo interamericano como el propuesto por el profesor URUEÑA. Sin embargo, el modelo constitucional acá esbozado difiere del señalado por el citado autor en varios aspectos.

En efecto, siguiendo una particular escuela del constitucionalismo internacional, el profesor URUEÑA concibe un escenario monista en el que el DIDH es jerárquicamente superior a los ordenamientos constitucionales y, por lo tanto, la Convención Americana funge como documento constitucional y la CorteIDH como superior jerárquico de los tribunales nacionales. Por el contrario, nuestra propuesta da cuenta de un escenario de pluralismo constitucional cuya premisa de interacción es la heterarquía. En este sentido, pese a que reconocemos la naturaleza constitucional de las normas y del juez interamericano, no creemos estar en presencia de un único ordenamiento jurídico, no pensamos que la Convención sea la cúspide del ordenamiento ni vemos en el juez regional a un superior de los jueces nacionales.

Desde esta perspectiva podría decirse que nuestra propuesta encaja entonces en el modelo de pluralismo interamericano que señala el profesor URUEÑA, mas este tampoco es el caso. Aun cuando nos apartamos de la idea monista y asumimos la existencia de dos ordenamientos jurídicos diferentes, no creemos que la relación entre los mismos se adelante en un mero ejercicio de “derecho internacional comparado”. Por el contrario, consideramos que estos dos ordenamientos jurídicos, al estar inmersos en un escenario de constitucionalismo multinivel, interactúan siguiendo el modelo del pluralismo constitucional.

La alternativa del pluralismo constitucional puede matizar las preocupaciones esbozadas por el profesor URUEÑA al mismo tiempo que nos permite articular de forma coherente el modelo multinivel de protección que se ha construido en la región.

Así, el modelo del pluralismo constitucional nos permite reivindicar el protagonismo del juez nacional y el papel subsidiario del juez regional, y en

emerging international constitutional order: the implications of hierarchy in international law for the coherence and legitimacy of international decision-making, p. 5.

este sentido ayuda a evitar los riesgos de desplazar la protección desde lo local hacia lo internacional. Igualmente, este modelo nos ofrece herramientas para enfrentarnos al eventual supuesto de que los órganos internacionales se conviertan en causa de las violaciones mediante el uso de herramientas tales como la cláusula Solange. Finalmente, el pluralismo constitucional evita los riesgos que implican tanto una visión monista del actual escenario internacional (supremacía del DIDH y de los órganos internacionales) como una versión pluralista del mismo (fragmentación e incoherencia del escenario de protección).

Ahora bien, hemos de decir que si bien el pluralismo constitucional matiza las preocupaciones esbozadas por el profesor Uruëña, no las desvanece. Por ello, resulta imprescindible afinar el modelo de articulación de los diversos niveles de protección, buscando, por una parte, la mejor armonización de los ordenamientos, y por la otra, que no se desfiguren los demás escenarios y mecanismos de tutela.

REFERENCIAS

- BREWER CARÍAS, A. “Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos (Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano)”, *A. IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005.
- BRYDE, B. “International Democratic Constitutionalism”, en *Towards world constitutionalism. Issues in the legal ordering of the world community*, MACDONALD, RONALD ST. J. (ed.), La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 2005;
- CANANEA, GIACINTO. *Is european constitutionalism really ‘multilevel’?*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2010.
- CARROZZA, P. “Constitutionalism’s Post-Moders Opening”, en *The paradox of constitutionalism constituent power and constitutional form*, LOUGHLIN, MARTIN (coord.), London, Oxford University Press, 2007.
- COTTIER, TH. “Multilayered Governance, Pluralism, and Moral Conflict”, en 16 *Ind. J. Global Legal Stud.*, 647, 2009.
- FASSBENDER, B. “The United Nations Charter as constitution of international community”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, 529, 1998.
- FOLLESDAL, A. “When Common Interests Are Not Common: Why the Global Basic Structure Should Be Democratic”, en 16 *Ind. J. Global Legal Stud.*, 585, 2009.
- HABERMAS, J. *El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional*, Katz, Madrid, 2003.
- HABERMAS, J. *El Occidente escindido*, Trotta, Madrid, 2006.
- HALBERSTAM, D. “Constitutional Heterarchy the centrality of conflict in the European Union and the United States”, en *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*, DUNOFF Y TRACHTMAN (eds.), Cambridge, 2009.

- KRISCH, N. "Postnational Constitutionalism? Draft for discussion", August 2008, en [www.iilj.org/courses].
- KUMM, M. "The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between national constitutional law and constitutionalism beyond the state", en *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Government*, DUNOFF & TRACHTMAN (eds.), Cambridge University Press, 2009.
- MADURO, M. "Courts and Pluralism. Essay on a theory of judicial adjudication in the context of legal and constitutional pluralism", en *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*, DUNOFF & TRACHTMAN (eds.), Cambridge, 2009.
- PERNICE, I. "The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism In Action", en 15 *Colum. J. Eur. L.*, 349, 2008-2009.
- PETERS, A. "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures", en *Leiden Journal of International Law*, 19 (2006).
- SCHWÖBEL, CH. "The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers", en *German Law Journal*, vol. 13, n° 1.
- SHAW, J. "Postnational constitutionalism in the European Union", en *Journal of European Public Policy* 6:4, Special Issue, 1999.
- WALKER, N. "The idea of constitutional pluralism", en *The Modern Law Review*, vol. 65, n° 3, 2002.
- WET, E. "The emerging international constitutional order: the implications of hierarchy in international law for the coherence and legitimacy of international decision-making", PER/PELJ, vol. 2, 2007.