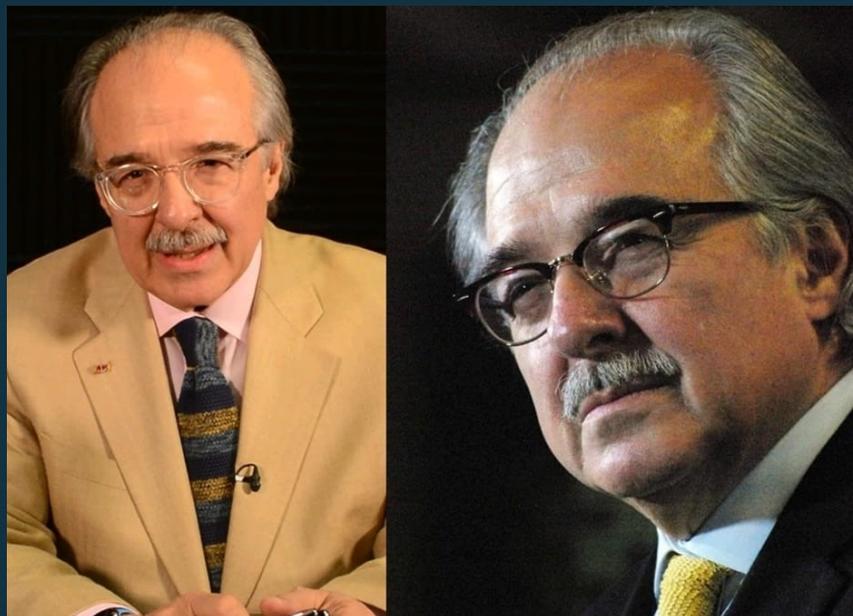


EL CONTROL JUDICIAL DE LA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA

JUDICIAL CONTROL OF THE INTER-AMERICAN DEMOCRATIC CHARTER

Asdrúbal Aguiar Aranguren¹



Obrigado Sr. Presidente:

Agradeço suas palavras introdutórias. Desejo expressar a minha igual gratidão aos organizadores deste Congresso Internacional de Direito Processual Constitucional, cuja excelência é altamente reconhecida a nível ibero-americano. Fico feliz que este encontro acadêmico seja sediado no Brasil, um país com o qual tenho laços intelectuais e amizade. Meu primeiro livreto publicado, por volta de 1973, intitulava-se Análise Política e Econômica do Grande Brasil, e em 1981 recebi de vocês a Ordem do Rio Branco em sua primeira turma, que guardo como uma honra especial. Falarei em minha língua nativa, o espanhol, esperando que os ilustres juristas e acadêmicos que nos acompanham esta tarde possam me entender. Falarei sobre Controle de Convencionalidade, como pude aprendê-lo em minhas atividades como juiz da Corte Interamericana, mas o farei com ênfase no que considero novo, atual e de vital importância: o controle de convencionalidade da experiência de democracia, muito enfraquecida na atualidade e, ao que parece, exigiu talvez sua reinvenção sem perda de seus bens fundamentais, a validade do Estado de direito e a proteção efetiva dos direitos humanos. É um aspecto em que os juízes têm uma palavra preferencial à dos políticos e uma responsabilidade intransferível.

Thank you Mr. President:

Thank you for your introductory words. I wish to express my equal gratitude to the organizers of this International Congress on Constitutional Procedural Law, whose excellence is highly recognized at the Ibero-American level. I am happy that this academic meeting is based in Brazil, a country with which I have intellectual ties and friendship. My first booklet published, around 1973, was entitled Political and Economic Analysis of Greater Brazil, and in 1981 I received from you the Order of Rio Branco in its first class, which I keep as a special honor. I will speak in my native language, Spanish, hoping that the

¹ Ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya y de la Real Academia Hispanoamericana de Ciencias, Artes y Letras de España. Secretario General de Iniciativa Democrática de España y las Américas (IDEA).

distinguished jurists and academics who accompany us this afternoon can understand me. I will talk about Control of Conventionality, as I learned it in my activities as a judge of the Inter-American Court, but I will do so with an emphasis on what I consider new, current and vitally important: the control of conventionality in the experience of democracy, which has been greatly weakened today and , it seems, perhaps demanded its reinvention without losing its fundamental goods, the validity of the rule of law and the effective protection of human rights. It is an aspect in which judges have a preferential word than politicians and a non-transferable responsibility.

INTRODUÇÃO

En mi libro sobre *Calidad de la democracia y expansión de los derechos humanos*, publicado en 2018, refiero que más allá del accionar político que sigue en pie para el sostenimiento de la libertad, la vigencia del Estado de Derecho, y la garantía de los derechos fundamentales de la persona humana, la reinención judicial de la democracia es el verdadero desafío.

Me he preguntado si acaso ¿se trata lo anterior de un planteamiento que, de entrada, no descarta, sino que obliga a poner sobre la mesa de la crítica judicial abierta al dogma de las formas y contenidos de la democracia, tal y como se las entiende a lo largo de la modernidad? O, cuando menos, igualmente me pregunto si ¿importa verificarlos o no en sus consistencias con las realidades distintas, sobrevenidas, que muestra el siglo en curso y son propias a lo inevitable, productos estas de las tercera y cuarta revoluciones industriales en curso?

No dudo en señalar que, a través del llamado diálogo jurisprudencial que en doble vía auspicia y es a la vez el fruto del control de convencionalidad – el que realiza la justicia internacional interamericana vs. el que deben realizar los tribunales nacionales en aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos – la actividad judicial, guiándose por los principios hermenéuticos de progresividad e inherencia, puede encontrar respuestas adecuadas a lo anterior. En efecto, atrayendo al bloque convencional y por mandato de sus normas interpretativas a la Carta Democrática Interamericana, el escrutinio normativo democrático, como presupuesto en los casos de violaciones de derechos humanos, permite la aplicación cabal de las normas esta por los jueces y el desarrollo de sus núcleos pétreos. La jurisprudencia sobre la democracia emanada de la Corte Interamericana ya muestra más de 600 enseñanzas sobre la materia, tal y como lo constato en mi *Digesto sobre la democracia* que cubre los años 1987 hasta 2014.

Dos vías particulares y a la vez estrechamente vinculadas son susceptibles de hacer caminos y realizar el propósito anterior: una es el control de convencionalidad de la democracia, la otra el control de convencionalidad democrática.

1 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

Dejo atrás los elementos conceptuales sobre el control de convencionalidad y el llamado diálogo entre las jurisdicciones interamericana y las constitucionales de los Estados, como el que igualmente ocurre entre estas.

Me limito a señalar, brevemente, que la idea del control de convencionalidad viene desde los orígenes de la Corte Interamericana. Se la debemos a

los trabajos pioneros de los jueces Rodolfo Piza Escalante, al empeñarse en explicar la naturaleza de la jurisdicción interamericana en el Caso seminal de *Viviana Gallardo vs. Costa Rica*, de 1981, y Sergio García Ramírez, quien, en 2006, en el Caso de los *Trabajadores Peruanos*, coteja la función de la Corte con la que cumplen las cortes constitucionales dentro de los Estados.

Distintos aspectos destacan en el desarrollo teórico práctico de la cuestión, que son *abordados in extensu* por el jurista venezolano Carlos Ayala Corao, en libro que escribe al efecto. Es de recordar que dicha técnica de control de convencionalidad es la que concreta el cumplimiento por los Estados de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y a la luz de la Convención Americana.

Obligados como están los Estados no sólo a desaplicar las leyes contrarias a la Convención, adecuar dentro de plazo razonable la legislación interna necesaria a sus prescripciones, sino y por encima de todo a interpretar sus propias normas internas en conformidad con los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte de San José, el control de convencionalidad como garantía hermenéutica de las obligaciones interamericanas sobre derechos humanos y la democracia tiene un propósito concreto: la forja de un *ius constitutionale commune* en las Américas.

La Corte no impone un modelo concreto para dicho control de convencionalidad, acaso por el mismo sentido del diálogo jurisprudencial; quizás por entender de necesarias a las jurisdicciones constitucionales domésticas para hacer valer el cumplimiento de sus propias sentencias contenciosas y el seguimiento de sus enseñanzas consultivas, a través de un baremo de compatibilidad; bien por lo que dicta la experiencia, a saber, que los jueces constitucionales domésticos al aplicar dentro de su foro las normas de la Convención Americana y sus interpretaciones por la Corte, lo hacen como verdaderos jueces interamericanos. Rigen, al efecto y para dar lugar a lo anterior, los principios de complementariedad orgánica convencional y de desdoblamiento funcional a objeto de que puedan alcanzarse y concretarse el objeto y finalidad de dicha Convención.

A la luz de una actuación judicial concordante y no meramente comparativa entre jueces domésticos o de derecho interno, es que puede ocurrir, justamente, la verdadera forja de ese Derecho común universal que, en tiempos de globalización como los actuales, salve la primacía ontológica de la dignidad de la persona humana, dentro de un contexto democrático que le es correlativo como lo es, además, el del Estado de Derecho.

2 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA DEMOCRACIA

En cuanto a lo que denomino «control de convencionalidad de la democracia», destaca como novedad la aplicación que de los términos de la Carta Democrática Interamericana ya viene haciendo la Corte Interamericana en distintos casos sometidos a su conocimiento. Ello ocurre en paralelo a la manifiesta parálisis de dictados en aplicación de la Carta por parte de los órganos políticos de la Organización de los Estados Americanos (OEA), excepción hecha de su actual Secretaría General.

La Corte, así, concreta el contenido del ordinal d) del artículo 29 de la Convención, a cuyo tenor “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: ... excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”, como lo es la señalada Carta Democrática.

Atiende también, de tal modo, al carácter imperativo de distintas previsiones contenidas en la Convención Americana. Esta, de modo preciso establece en su Preámbulo que los derechos humanos valen y tienen entidad más allá de los Estados parte y sus gobiernos y que su respeto y garantía sólo es posible dentro del cuadro de las instituciones democráticas. Y sus artículos 29.c y 32.2 disponen que los derechos humanos han de interpretarse –al momento de tutelárselos y de determinar sus núcleos pétreos y posibles límites o deberes– a la luz de lo que es inherente a la forma democrática representativa de gobierno y conforme a las justas exigencias del bien común en una democracia.

De tal modo, de acuerdo a sus disposiciones convencionales y mediante el asentimiento soberano de los Estados parte en la Convención, éstos de suyo le confían a los órganos convencionales de interpretación y aplicación – la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos – la competencia de velar, subsidiariamente, por el derecho a la democracia: léase, *in totus*, el derecho a los derechos humanos y a sus garantías democráticas; derecho a la democracia que es de los pueblos y han de garantizarlo sus gobiernos, conforme al artículo 1 de la Carta Democrática Interamericana.

La Carta Democrática Interamericana, adoptada como resolución y mediante consenso por los Estados miembros de la OEA en 2001; preterida por los gobiernos quienes ahora la incumplen o la desconocen, pero que la usan para sancionar a sus “enemigos ideológicos”; es la obra de una larga maduración sobre los predicados de la misma democracia a la luz del entendimiento que de ella tienen la doctrina política y judicial regional más autorizadas. Se trata, como lo precisan las reglas del Derecho y la jurisprudencia internacionales constantes, de un instrumento

jurídicamente vinculante, no solo por invocarlo la Convención Americana, sino por ser interpretación auténtica tanto de la Carta de la misma OEA o Pacto de Bogotá, como de la misma Convención.

La Carta en cuestión, no muy distante del ideal democrático que prende durante la empresa constitucional pionera y de emancipación americanas, mirándose en su precedente – la citada Declaración de Santiago de Chile de 1959 – discierne entre la democracia de origen, atada a elementos esenciales, y la democracia de ejercicio, que predica la efectividad de su ejercicio y como derecho humano de las personas y los pueblos.

Es un dato de la realidad que, a lo largo de la última década del siglo pasado y las casi dos décadas del corriente, la democracia vive otra crisis profunda – se afirma que acaece dentro de la democracia y no en pugna con ella – y parece reclamar de otras expresiones institucionales o “normas internacionales y constitucionales” más propias al momento de la globalización.

No por azar, el citado jurista mexicano, García Ramírez, hoy ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso *Escher y otros* de 2009 previene sobre lo que observa preocupado y a la espera de que lleguen a consolidarse pronto los paradigmas constitucionales y democráticos del porvenir. Habla sobre las nuevas formas de autoritarismo presentes en la región. Dice que “para favorecer sus excesos, las tiranías clásicas que abrumaron a muchos países de nuestro hemisferio invocaron motivos de seguridad nacional, soberanía, paz pública. Con ese razonamiento escribieron su capítulo en la historia... Otras formas de autoritarismo, más de esta hora, invocan la seguridad pública, la lucha contra la delincuencia (o la solución de la pobreza, cabe añadirlo), para imponer restricciones a los derechos y justificar el menoscabo de la libertad. Con un discurso sesgado, atribuyen la inseguridad a las garantías constitucionales y, en suma, al propio Estado de Derecho, a la democracia y a la libertad”.

Pues bien, a partir de 2008 hasta el presente, en ejercicio de su control de convencionalidad y atendiendo a la democracia y sus instituciones, en casos emblemáticos – *Anzaldo Castro* de 2009, *Manuel Cepeda Vargas* de 2010, y *Gelman* de 2011 – los jueces de la Corte Interamericana se expresan alrededor de los derechos propios al juego democrático que no pueden enervar los Estados parte ni sus correspondientes órganos de Justicia.

Citan, al efecto, que ante los derechos políticos, la libertad de expresión y el derecho de asociación, se “hace necesario analizarlos en su conjunto”; observan que “la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo «susceptible

de ser decidido» por parte de las mayorías en instancias democráticas".

En cuanto a las nuevas formas de autoritarismo y el sobreviniente "derecho penal del enemigo", a lo ya dicho supra por el juez García Ramírez añade que este – de espaldas a la democracia – se ha estado construyendo en América Latina "para sancionar, con disposiciones especiales, a los adversarios". Analizan, seguidamente, el rol de la oposición democrática, advirtiendo que sin ella "no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad" libre y por ende "debe ser garantizada por los Estados".

El principio democrático de la división de poderes, en lo particular el de la independencia de la judicatura, son abordados por la Corte a partir de 1997. Al primero le sitúan como característica del Estado democrático, y a la segunda, como uno de los objetivos de la referida separación o especialización en las funciones del Estado y como garantía que beneficia a la persona humana y sus derechos.

Seguidamente, ajustan los jueces de la Corte Interamericana lo esencial en cuanto a lo último, a saber, que "el ejercicio autónomo [de los jueces, como parte del derecho al debido proceso] debe ser garantizado por el Estado, sea en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, sea en conexión con su vertiente individual, cabe decir, con relación a la persona del juez", tal y como lo prescriben en el Caso *Reverón Trujillo* de 2009.

A partir de los Casos de *la Corte Suprema de Justicia* y el *Tribunal Constitucional* vs. Ecuador, ambos de 2013, precisa la Corte que "el cese masivo de jueces, particularmente de Altas Cortes" constituye no solo "un atentado contra la independencia judicial sino también contra el orden democrático", provocando su "desestabilización". Ello se repite, recién y como experiencia antidemocrática, en El Salvador.

De modo innovador tales predicados, contenidos en la jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, le dan carácter operativo y vinculante a la Carta Democrática Interamericana. Entiende, por lo mismo y en aplicación de esta, que al violarse determinados derechos humanos, de ordinario puede haber lugar a una "violación multi frontal" de la Convención Americana; sea a las normas que consagran derechos, sea al contexto democrático que las encierra, tal y como lo precisa el voto concurrente del juez Eduardo Ferrer McGregor P.

La enseñanza no se hace esperar.

Al tratarse del control de convencionalidad que ejercen los jueces nacionales, en suma, parece llegada la hora de que al balancear la aplicación de sus leyes y hacer valer los contenidos de la Convención Americana, en los supuestos en que proceda, asuman la

obligación de invocar, interpretar y aplicar con criterio de progresividad las normas de la Carta Democrática Interamericana, por fundada en el emergente derecho humano a la democracia. Han de proveer a su desarrollo doctrinario por vía del mismo diálogo jurisprudencial, y de constatar su eventual violación por los demás órganos del Estado sobre cuyos actos o comportamientos se pronuncien, han de extraer las consecuencias en los supuestos concretos de violación de los derechos que consagra la Convención Americana.

Es esto lo que, de conjunto, cabe describir apropiadamente como el control de convencionalidad de la democracia. No por azar, el antes citado juez Ferrer McGregor afirma en el Caso *de Cabrera García y Montiel Flores* vs. México de 2010, que: "en definitiva, la trascendencia de la nueva doctrina sobre el «control difuso de convencionalidad» es de tal magnitud, que probablemente en ella descansa el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos".

Según él, "contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un auténtico "diálogo jurisprudencial" – entre los jueces nacionales y los interamericanos – seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas", sostiene.

3 CONTROL DEMOCRÁTICO DE CONVENCIONALIDAD

En el mismo sentido, como reverso, sin incurrir en una perogrullada adquiere pertinencia institucional, seguidamente el «control democrático de convencionalidad», sea por la Corte o sea por los jueces nacionales, como una suerte de mandato que se deriva de la misma Convención y, aquí sí, de forma directa.

La cuestión la plantea, por vez primera, el Juez *De Rouaix Rengifo*, en 1999, a propósito del Caso *Castillo Petruzzi* y a fin de destacar que "el tema de la vinculación de la protección de los derechos humanos a un contexto político e institucional democrático tendría... que ser objeto de desarrollo jurisprudencial antes de que pudieran emitirse condenas específicas de violación de la Convención Americana".

Para ello, De Rouaix se funda en las citadas previsiones convencionales que atan a toda la Convención desde su Preámbulo, fijan el marco para su interpretación, y marcan el contenido y límite de los derechos humanos reconocidos y mudados en deberes, remitiendo, exactamente, a las justas exigencias del Bien Común en una democracia.

Este asunto o cuestión que hoy interpela, a modo de conclusión, no es sólo el deber que invoca el

juez mencionado refiriéndose a quienes tienen la obligación de realizar el control de convencionalidad, sea en el ámbito interamericano, sea en el doméstico. Antes bien, es la significación que tiene dicho ejercicio de constatación fáctica y hermenéutica por sus consecuencias directas en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado. Ello es así tanto para el desarrollo de una doctrina más actual sobre la cuestión de la tríada: Democracia/Estado de Derecho/ Derechos Humanos, como en el ámbito específico de la señalada responsabilidad de los Estados y de las obligaciones que pesan sobre la comunidad internacional en su conjunto.

Como lo sabemos, el artículo 63 de la Convención dispone que: "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte – léase también el juez nacional – dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados". En la práctica esto demandaría no sólo la restitución formal del derecho enervado por parte del Estado concernido y declarado responsable, sino, a la luz de la reflexión anterior, la creación por éste y como exigencia jurisdiccional de un contexto democrático e institucional apropiado que haga posible tal restitución, por ser el reflejo de la dignidad humana vulnerada.

Además, como la norma convencional mencionada, de seguidas prevé que ha de disponerse "asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada", viene de suyo que tales consecuencias e indemnizaciones pueden agravarse si las violaciones constatadas son la obra de los comportamientos claramente antidemocráticos del Estado parte responsable, entre otros, a manera de ejemplo, dadas sus violaciones sistemáticas o generalizadas de derechos humanos como política oficial.

La anterior premisa, en modo alguno permite colegir, sin más, que a un Estado con reconocidos estándares de experiencia democrática se le ha de presumir como que respeta y garantiza adecuadamente los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción. La Corte Interamericana aclara, por ende, que tales parámetros – Democracia, Derechos Humanos, Estado de Derecho – se retroalimentan, incluso como límites al poder de las mayorías en la democracia. Ya lo hemos mencionado.

Concluyo este apartado, entonces, haciendo presente una consideración pertinente de Laurence Whitehead, autor de la obra *Democratización*, publicada en 2013, que comparto a cabalidad y sirve para el ejercicio del control judicial democrático en materia de derechos humanos:

"La democratización debe entenderse como un proceso de final abierto. La democracia es

«esencialmente discutible» no sólo porque nuestros valores puedan diferir, o porque nuestros conceptos políticos puedan carecer de validación lógica o empírica final, sino también porque nuestra cognición política es en sí misma crítica y reflexiva".

García Ramírez nos recuerda, en suma, que "conviene redefinir el quehacer de los Estados en esta hora que es tiempo de tensiones; redefinir para progresar, no para regresar. Cabría reflexionar sobre su estrategia en el proceso, si se conviene en que el gran propósito del Estado democrático es la protección de los derechos humanos", expresa en su voto con motivo de la Opinión Consultiva OC-20/2009 de la Corte.

4 TEORÍA DE LA COHERENCIA FUNCIONAL

La cuestión del diálogo jurisprudencial en doble vía y entre jurisdicciones como la interamericana y la de los Estados parte en la Convención Americana, puede sugerir, a primera vista, que dicha técnica hermenéutica y garantista, en la práctica, reinstala la añeja tesis dualista sobre las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno del Estado, o deja sin basamento a la prédica del monismo con primacía del Derecho internacional. Creo, sin lugar a duda, que se trata de una consideración desfasada e inadecuada en el campo de la protección convencional de derechos humanos.

Si damos cuenta de la actual estructura funcional del sistema internacional, la Convención Americana – de la misma forma en que se lo plantea el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional – apela al criterio de la subsidiariedad de la jurisdicción internacional de derechos humanos con relación a los ordenamientos nacionales; de donde la retroalimentación en doble vía que sugiere el diálogo jurisprudencial entre jurisdicciones tiene un límite, a saber, el adecuado cumplimiento o no por el Estado parte de sus obligaciones convencionales y su valoración a la luz del principio *pro homine et libertatis*.

Cabe observar, a todo evento, que al afirmarse la primacía de los tratados de derechos humanos o al hablarse, mejor aún, de "la intersección del derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos" y de "una articulación de tal binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad", una lectura apresurada de esos términos, así como los refiere el constitucionalista argentino Víctor Bazán, podría sugerir equivocadamente una suerte de resurrección, para los fines del diálogo jurisprudencial en cuestión, de las viejas tesis que demandan la coordinación o concertación entre ambas esferas del Derecho.

Si nos seguimos por lo que también plantea la Corte Interamericana al referirse al diálogo jurisprudencial, en cuanto al deber por parte del juez nacional de realizar los términos de la Convención a la

luz de su "corpus iuris" y de las interpretaciones auténticas que hace la primera – como lo confirma ella en el Caso *Almonacid Arellano* – puede reducirse el planteamiento a la mera reafirmación de la tesis monista con primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno de los Estados, tal y como lo confirma la propia Corte en el Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua de 2018.

La evolución de la comunidad internacional actual marca, antes bien, una tendencia irrefrenable hacia el solapamiento de ambas realidades: la interna y la internacional, confundiendo sus espacios sin perjuicio del criterio –todavía en vigor– que predica el carácter meramente fáctico acusado por el Derecho interno en su evaluación y control desde el ángulo del Derecho internacional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho, es verdad, que las circunstancias del Derecho interno representan para el Derecho internacional de los Derechos Humanos meros hechos o supuestos fácticos, sujetos a su ponderación o significación jurídica por la norma internacional correspondiente, como lo indica en su Opinión Consultiva OC-13. En extremos opuestos, ora reenvía no pocas veces al propio Derecho interno del Estado para alcanzar la efectividad de sus mandatos judiciales interamericanos, así en el Caso *El Caracazo* de 2002, ora, excepcionalmente, se ha atrevido a pronunciarse sobre la nulidad de actos del Derecho interno, como el Caso *Castillo Petruzzi* de 1999.

Pero la realidad constitucional comparada demuestra que, si bien la tendencia doctrinal y la práctica contemporáneas dominantes son contestes y predicen el indicado principio de primacía del Derecho internacional, no por ello los Estados han dejado de condicionar la efectividad de sus relaciones jurídicas dentro de la comunidad internacional a ciertas exigencias que han impuesto, en suma, una relación "funcional" y coherente (*principio de la coherencia funcional*) entre ambos ordenamientos. Ello puede dar lugar a distintas soluciones o alternativas.

Así como la tesis dualista y monista fueron el producto necesario de una conciliación histórica y son propias a su tiempo, e igualmente, tanto como la tesis pragmática o ecléctica advierte la necesidad de promover la primacía del Derecho internacional asegurándole a los Estados un espacio de maniobra y reclamando de éstos, en contraprestación, coherencia en la actividad jurídica y en sus comportamientos, no parece exagerado postular la insuficiencia de tales tesis para la adecuada comprensión de la realidad internacional hoy en curso – Globalización sin gobernabilidad vs. ingobernabilidad y crisis del Estado-Nación – y menos para la interpretación de las descripciones normativas sobre derechos humanos en su relación con la democracia.

Lo único cierto es que más allá del Estado y de su acusado avance hacia la "desestructuración", sean cuales fueren las falencias de la emergente tendencia hacia lo mundial global, lo constante sigue siendo la presencia del hombre como fin y sujeto del orden internacional y el constitucional; el reclamo del respeto a su dignidad como tal; la diversificación racional de las formas sociales subsidiarias que este crea y recrea como Ser uno y único para su encuentro con los otros en el ámbito de las carencias; y su final fusión en la idea del género humano o la Humanidad.

Traducido o descrito este paradigma en términos normativos, significa no otra cosa que la cristalización – incluso amenazada por la gobernanza de las plataformas digitales y de la inteligencia artificial como de las cosmovisiones panteístas en boga – del principio ordenador *pro homine et libertatis* mencionado. De modo que, sometidas a tensión las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno del Estado a un proceso de reconstrucción por obra del tiempo nuevo y con vistas a las tareas del control judicial – convencional y constitucional – de la democracia, la coherencia funcional como principio ha de significar, cuando menos y en un primer trazado, el reconocimiento de ciertos datos objetivos. En mi texto de enseñanza, Código de Derecho Internacional, señalo así y como proposiciones teóricas las siguientes:

- 1) La norma internacional nace de un acto concursal de voluntades soberanas, tanto como la norma nacional deriva de un acto de soberanía; de donde, siendo el Estado autor y descriptor de ambos repartos de conducta, su comportamiento ha de ser congruente en una y otra esfera de la actividad normativa.
- 2) La insuficiencia institucional del orden internacional contemporáneo impone su desdoblamiento funcional a manos del Estado y sus órganos, vale decir, el reenvío necesario de las normas de aquel hacia las normas del Derecho interno para que las primeras puedan realizarse a cabalidad.
- 3) Dado el papel funcional y estratégico del orden del Estado para los fines internacionales, el orden internacional ha de operar con relación al mismo según el criterio de la subsidiariedad, y cuando se le sobrepone por razones atinentes al orden público internacional debe preservarlo de los riesgos de su vaciamiento.
- 4) La validez e imperio del orden público internacional reclama de su delimitación estricta y de su realización por el Estado conforme a los medios de que éste dispone.
- 5) El Estado, en su labor exegética y operacional para la integración, relación, coordinación o sincronía entre las normas internacionales e internas ha de guiarse por la regla de la buena fe (*pacta sunt servanda*), mediante un traslado de conceptos desde el orden internacional hacia el orden interno en el que medie la sana crítica

con vistas al objeto cierto de las normas relacionadas (*Effet utile*).

6) En todo caso, ante situaciones de duda provocadas por la relación necesaria entre las normas internacionales y los predicados del Derecho interno, como de la eventual oposición – tratándose de la protección y garantía supranacional de los derechos humanos – entre derechos que merecen igual tuición, de manera razonada el juez nacional ha de apelar al método del *balancing test*: optando por la solución que menos afecte el núcleo pético de ambos derechos en oposición aparente, en hipótesis concretas, atendiendo a la justas exigencias del bien común en una sociedad democrática, y con vistas, por encima de todo, al principio ordenador *pro homine et libertatis*.

Condado de Broward, 9 de junio de 2021.