

LOS SILENCIOS EN LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS: ¿UN JUEGO DE *MATRIOHSKAS*?¹

SILENCES IN THE AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: A MATRIOHSKA GAME?

Por *Victorino Solá Torino* (*)

“(...) lo único que yo pretendía (...) era, precisamente, ir más allá del mundo, lo cual es lo mismo que ir más allá del lenguaje significativo. En tal caso, mi único propósito –y creo que el de todos aquellos que han tratado de escribir (...) es arremeter contra los límites del lenguaje. Este arremeter contra las paredes de nuestra jaula es perfecta y absolutamente desesperanzador”,
Ludwig J.J. Wittgenstein, *A Lecture on Ethics*, *Philosophical Occasions. 1912-1951*, Hackett Publishing, Indianapolis-Cambridge, 1993, p. 44.

“(...) Sócrates: Este es, mi querido Fedro, el inconveniente, así de la escritura como de la pintura; las producciones de este último arte parecen vivas, pero interrogadlas, y veréis que guardan un grave silencio. Lo mismo sucede con los discursos escritos; al oírlos o leerlos creéis que piensan; pero pedidles alguna explicación sobre el objeto que contienen y os responden siempre la misma cosa”,
Plato, *Phaedrus*, Cornell University Press, Nichols, J.H. –Trans.–, Ithaca – London, 1998, 275d, p. 86.

¹ Artículo recibido el 12 de marzo de 2019 y aprobado para su publicación el 23 de mayo de 2019.

El presente artículo se ajusta a la exposición brindada en el marco de la Jornada *Constitución, derechos humanos y democracia. A propósito del control de convencionalidad: tendencias y debates actuales*, coorganizadas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba (UCC), la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC) y la Legislatura de la Provincia de Córdoba, con fecha 18.08.2017, sin perjuicio que mereció posteriormente un tratamiento de mayor amplitud con motivo del acceso al acervo bibliográfico de la Biblioteca del Instituto de Estudios Constitucionales *Carlos Restrepo Piedrahita* de la Universidad Externado (UE, Colombia) como así también del debate en ocasión de la participación en el *I Seminario Argentino-Chileno de Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad. Una perspectiva comparada*, sustanciado con fecha 27.12.2018, en la Universidad Nacional Arturo Prat (UNAP, Chile), con intervención del Prof. Dr. Hans M. Assmussen.

(*) Abogado (UNC). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Universidad Católica de Córdoba - Profesor Titular de Derecho Procesal Constitucional y Convencional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Profesor Adjunto de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Miembro del Instituto de Derechos Humanos “Xabier Gorostiaga SJ” (UCC). Especialista en Justicia Constitucional y Tutela de los Derechos Fundamentales (UNIPISA). Secretario Legal y Técnico de la Facultad de Derecho de la UNC.

RESUMEN: Entre los sujetos que típicamente ejercen actividad interpretativa, resulta frecuente acudir al argumentario en virtud del cual se asevera que, pese a que algunos casos carecen de una solución normativa expresa, ella resulta sin embargo implícita. La distinción entre interpretación y construcción, sugerida por algunos expertos, bien puede contribuir no sólo a ponderar el modo en que funciona efectivamente, en el *corpus* de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cláusula de derechos no enumerados sino –además- a despejar la apariencia de que el catálogo de los derechos implícitos derivados por aquella se ciñe a encarnar estereotipos de mera interpretación convencional, pues remitiría –en puridad- al resultado de un supuesto de construcción convencional. La operación de construcción jurídica, en rigor, suplementaría –excediéndola- a la de estirpe interpretativa, en la medida que extendería la aplicación de la disposición normativa a la vida política, a la par de implementarla mediante su puesta en práctica.

PALABRAS CLAVES: Convención invisible - derechos implícitos – interpretación convencional – construcción convencional

ABSTRAC: Among the subjects who typically exercise interpretative activity, it's common to resort to argumentation by virtue of which it's asserted that, although some cases lack an express legal solution, it nevertheless remains implicit. The distinction between interpretation and construction, suggested by some experts, may well contribute not only to weighing the manner in which the unenumerated rights clause currently works, in the Inter-American Court of Human Rights's doctrine, but –also- to clear the appearance that the catalogue of the implicit rights is bound to embody stereotypes of mere conventional interpretation, since it would refer -strictly- to the result of a conventional construction assumption. The legal construction operation, clearly, would supplement -exceeding it- the interpretative task, as long as that it would extend the application of the legal provision to political life, meanwhile implementing it through its transposition.

KEY WORDS: Invisible Convention - implicit rights - conventional interpretation - conventional construction



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar.

© Universidad Católica de Córdoba

DOI [http://dx.doi.org/10.22529/cdp.2019\(7\)05](http://dx.doi.org/10.22529/cdp.2019(7)05)

I. Consideraciones preliminares. ¿Adiós a las palabras?

1. A pesar de la prevención *wittgensteiniana* sobre la importancia absoluta de guardar silencio², los expertos han advertido la existencia de distintas especies de comunicaciones fueray más allá de la palabra³; lo cierto, entonces, es que el silencio⁴ se erige en una problemática inherente –también– al *métier* de teóricos y filósofos jurídicos al tematizar en el terreno del razonamiento legal sobre sus distintas contingencias específicas.⁵

* La presente entrega se ajusta a la exposición brindada en el marco de la Jornada *Constitución, derechos humanos y democracia. A propósito del control de convencionalidad: tendencias y debates actuales*, coorganizadas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba (UCC), la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC) y la Legislatura de la Provincia de Córdoba, con fecha 18.08.2017, sin perjuicio que mereciera un tratamiento de mayor amplitud con motivo del acceso al acervo bibliográfico de la Biblioteca del Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita de la Universidad Externado (UE, Colombia) como así también del debate en ocasión de la participación en el I Seminario Argentino-Chileno de Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad. Una perspectiva comparada, sustanciado con fecha 27.12.2018, en la Universidad Nacional Arturo Prat (UNAP, Chile), con intervención del Prof. Dr. Hans M. Assmussen.

² En su *Tractatus Logico-Philosophicus*, Ludwig J.I. Wittgenstein se ocupa de exponer el imperativo del silencio en los siguientes términos: "(...) sobre lo que no se puede hablar, hay que callar" (T 7), sin perjuicio de ciertas reseñas insertadas en ocasión tanto del Prefacio –“(...) el sentido total de [este] libro se podría expresar mediante las palabras: todo cuanto puede, en general, ser dicho, puede ser dicho con claridad; y sobre aquello que no se puede hablar hay que guardar silencio”–, cuanto al término de la obra al allegar la siguiente conclusión: "(...) hay, en efecto, lo que no puede decirse" (T 6.522), vide in extenso Wittgenstein, L.J.I. (1922) *Tractatus Logico-Philosophicus. With an Introduction by Bertrand Russell*, Harcourt, Brace & Co. Inc. – Kegan Paul, Trench, Trübner & Co. Ltd., New York – London. En cualquier caso, algunos comentaristas críticos del *Tractatus* adjudican a la manda de marras no sólo una función *lógica* dentro del sistema perfeñado por el profesor del *Trinity College* de la Universidad de Cambridge –en la medida que las estructuras lingüísticas revelan los mismos límites que el mundo, donde finiquitan las primeras fenece el segundo; por consiguiente, tales fronteras no pueden ser transpuestas sin despeñar en el sinsentido y, a la par, abandonar la esfera limitada del lenguaje significativo–, sino además una de pedigree *moral* –al poner en evidencia una obligación ética consistente en contrarrestar la tendencia natural del hablante a pronunciarse sobre objetos que ignora, o bien, a expresarse en ocasión inoportuna y hasta de modo innecesario o superfluo, etc.–, vide in profundis Edwards, J.C. (1982) *Ethics Without Philosophy: Wittgenstein and the Moral Life*, University Press of Florida, Florida, pp. 85-86; Shields, P.S. (1993) *Logic and Sin in the Writings of Ludwig Wittgenstein*, University of Chicago Press, Chicago, pp. 10-30; et al

³ Steiner, G. – Adler, L. (2017) *Every Language Opens a Window Onto a New World ap. A Long Saturday: Conversations*, University of Chicago Press, Chicago – London, p. 54. En efecto, la gravitación del estudio y comprensión del silencio resultó consolidada a partir de los aportes de una línea de estudios lingüistas –particularmente en el último cuarto del siglo pasado– en la argucia que aquél no sólo estructuraba la comunicación sino –además– animaba la indagación de cómo los aspectos no verbales de la interacción resultan susceptibles de gestar una mayor relevancia a la labor de interpretación: *v.gr.*, Deborah Tannen abordó el silencio como una compleja entidad de naturaleza cultural, en lugar de su habitual percepción cual fenómeno de falta de conciencia –*awareness phenomenon*–, a través del análisis de las implicancias de la falta de comunicación –*miscommunication*– en la conversación, mientras que Ron Scollon y Suzie W. Scollon se abocaron a la pesquisa de los aspectos que abriga el silencio como espécimen de comunicación responsiva –*responsive communication*–, vide Tannen, D. (1985) *Silence Anything but ap. Tannen, D. & Saville-Troike, M. –Ed.– Perspectives on Silence*, Ablex, Norwood, pp. 93 y ss; Scollon, R. (1985) *The Machine Stops: Silence in the Metaphor of Malfunction ap. Tannen, D. & Saville-Troike, M. –Ed.– Perspectives on Silence*, Ablex, Norwood, pp. 21 y ss; Scollon, R. – Scollon, S.W. (1986) *Responsive Communication. Patterns for Making Sense*, Black Current Press, Haines; et al.

⁴ El Profesor de la Universidad de Melbourne, Ikuko Nakane, advierte que el silencio ha sido estudiado desde distintos enfoques: *v.gr.*, semióticos, socio-lingüísticos, pragmáticos, psicológicos, antropológicos, políticos, legales, etc., de tal modo que una nota común en la que convergen los resultados de las investigaciones de los académicos estriba en su carácter ambiguo y multifacético, vide Nakane, I. (2012) *Silence ap. Paulston, C.B. – Kiesling, S.F. – Rangel, E.S. –Ed.– Intercultural Discourse and Communication*, Wiley – Blackwell, Oxford, pp. 158 y ss.

⁵ En rigor, ya William Blackstone –durante la segundamitad del siglo XVIII– indicaba que en ocasiones el silencio mismo podía ser más expresivo que el discurso, *cf.* Blackstone, W. (1853) *Commentaries on the Laws of England*, William E. Dean, New York, V. II, L. IV, p. 57 [Título de la obra original *Commentaries on the Laws of*

Para su exposición bien puede acudirse –*avant la lettre*– a un sugestivo pasaje expuesto por Herbert L.A. Hart en ocasión de su obra *The Concept of Law*:

England, Clarendon Press, Oxford, 1765]. De allí que, *v.gr.*, mientras Emiliós A. Christodoulidis sugiere que será, en definitiva, el sistema jurídico el que determine las opciones en las cuales el silencio adquiera peso significativo en el proceso exegético, con miras, según lo previene el profesor de la Universidad de Edimburgo, a reducir el margen de apelación al método de interpretación finalista en aquellas hipótesis en las que ciertos hermeneutas arguyen que la doctrina de la intención del autor luce incompatible con el sistema jurídico, debido a la tendencia a revitalizar los presupuestos teóricos del interpretativismo originalista en supuestos de silencio, *cf.* Christodoulidis, E.A. (1998) *Law and Reflexive Politics*, Kluwer, Dordrecht, p. 112, en cambio, Chaïm Perelman –remontándose a la fórmula contenida en el art. 4 del *Code Civile Napoléonien* de 1804 [“(…) *le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*”]– observa que la obligación de adjudicación del magistrado judicial–aún en la coyuntura de silencio del legislador– luce conectada a su *poder de interpretación* con la finalidad de elaborar una decisión, cegar lagunas normativas, resolver antinomias, elegir alternativas interpretativas albergadas en un mismo texto normativo, etc., aunque con la siguiente aclaración: cuando la potencia interpretativa del juez no resulta consignada nitidamente –como acontece en la legislación civil antedicha–, resulta susceptible de incrementarse o recortarse según el exégeta acuda a la *mens legis* –interpretación extensiva– pretendida por el autor del precepto legal en oposición a su tenor literal –interpretación restrictiva– y viceversa, al propio tiempo que evidencia el notorio rol de los valores, del razonamiento sobre valores, del argumento consecuencialista, etc., máxime en aquellos sistemas jurídicos en los que el constituyente impone a los jueces la manda de justificar su razonamiento, incluso ante el silencio legal [“(…) *toda sentencia deberá ser motivada*”, con arreglo al art. 149 del texto constitucional belga de 1831, cuyo enunciado mantuviera la revisión constitucional de 2017]–, *cf.* Perelman, Ch. (2012) *Justice, Law, and Argument: Essays on Moral and Legal Reasoning*, Reidel, Dordrecht – Boston – London, pp. 123 y 154. A su turno, Dennis Kurzon ha revistado una saga de casos jurisprudenciales –fundamentalmente de cuño criminal– en los que el silencio es reputado un elemento significativo a través del examen del derecho al silencio –*right to silence*– y sus consecuencias en el proceso judicial, o bien, con motivo del fenómeno denominado *transitivización del silencio* –*transitivization of silence*–, *cf.* Kurzon, D. (1998) *Discourse of Silence*, John Benjamins Publishing Co., Amsterdam – Philadelphia, pp. 51-73, mientras que Fenella M.W. Billing ha hecho lo propio en el campo de los procedimientos penales internacionales, bajo una perspectiva de Derecho interno cuanto de Derecho internacional de los derechos humanos, *cf.* Billing, F.M.W. (2016) *The Right to Silence in Transnational Criminal Proceedings*, Springer, Switzerland, pp. 43 y ss., pp. 97 y ss. También ha sido frecuente la investigación sobre las virtualidades del silencio en el *iter* de formación del consentimiento contractual, *cf.* Stone, R. (2005) *The Modern Law of Contract*, Cavendish, London, pp. 46 y ss; Elliot, F.W. (1985) *Commentaries on the Law of Contracts*, Bobbs-Merrill Co., Indianapolis, V. I, pp. 62 y ss; *et al.*, sin perjuicio de que tempranamente despertara el empeño de los forjadores del *Jus Gentium* en orden a la valencia del silencio como método de resistencia contra la prescripción a favor de las naciones débiles reducidas por la fuerza u opresión de un príncipe, o bien, su operatividad como causal de pérdida del derecho de protección, como lo aseverara Emmerich de Vattel en 1758 en ocasión de su *Le Droit des Gens*, *cf.* Vattel, E. (1758) *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Droz, Neuchâtel - London, V. I, & 144-199. Incluso, Thomas Hobbes –a partir de la segunda mitad del siglo XVII– conectará el tópico de marras con los derechos, pues había advertido que algunas libertades dependían del silencio de la ley –*they depend on the silence of Law*–, en aquellos casos en los que el soberano no ha prescripto regla alguna, el sujeto resulta investido de la libertad de hacer, o de avanzar, con arreglo a su propia discreción, *cf.* Hobbes, T. (1968) *Leviathan*, Macpherson, Harmondsworth, p. 271 [Título de la obra original *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil*, Andrew Croke, London, 1651], de la misma manera que –más próximamente– Jeremy Waldron al problematizar en torno al principio de *no prohibición* –en virtud del cual aquella conducta no explícitamente prohibida debe reputarse permitida– observa que, con miras a calibrar la extensión de los derechos, sólo es menester conocer las prohibiciones impuestas legalmente –tanto en general como en relación a circunstancias subjetivas, temporales y espaciales en particular–, de tal modo que las *libertades entrañan un complemento de aquéllas*, *cf.* Waldron, J. (1993) *Homelessness and Freedom in Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 323-324. En rigor, una de las líneas interpretativas –cultivada en el siglo XIX, principalmente durante la era anterior a la decisión proferida por la Corte federal estadounidense en el caso *Griswold vs. Connecticut*, 381 US 479 (1965)– justificará el diseño por la ingeniería constitucional de la cláusula de derechos no previstos en el *Bill of Rights* a través del propósito, indudablemente sugerido por el razonamiento lógico, de prevenir la perversa y errónea aplicación –*perverse misapplication*– de la máxima en virtud de la cual la afirmación de casos particulares implica la negación de los restantes –o en sentido inverso, la negación en casos particulares supone la afirmación de los otros–, *cf.* Story, J. (1833) *Commentaries on the Constitution of the United States*, Hilliard, Gray & Co. – Brown, Shattuck & Co., Boston – Cambridge, V. III, pp. 751-752. Por lo restante, se discurre respecto del aseguramiento judicial de los derechos fundamentales sobre el carácter tácito de algunos modelos de justicia constitucional –*v.gr.*, la implícita revisión de constitucionalidad de las leyes por tribunales de justicia ordinarios en el formato original estadounidense que se propaga desde el siglo XIX–, *vide in extenso* Kischel, U. (2019) *Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, & 175.

“(…) la elaboración de una ley (…) presupone la existencia de ciertas reglas que rigen el proceso: hay palabras que proferidas o escritas por las personas calificadas por estas reglas, siguiendo el procedimiento especificado por ellas, crean obligaciones para todos aquellos que se encuentran dentro del ámbito explícita o implícitamente designado por dichas palabras (…) la sanción de una ley, al igual que el dar una orden, es un acto deliberado de origen cierto. Aquellos que toman parte en la legislación se valen conscientemente de un procedimiento para crear derecho, tal como el que da una orden usa conscientemente una forma de palabras para asegurar que sus intenciones sean reconocidas, y también acatadas.”⁶

Ahora bien, Marianne Constable ha despejado la imagen –tan propia del lenguaje de sociología y poder que cala en las mallas del Derecho moderno- en cuya virtud los juristas no reconocerían ninguna deuda con lo que no se puede afirmar *ad litteram* en una disposición normativa, pues de lo contrario –sugiere- los operadores del sistema jurídico resultarían inmersos en un fracaso que explicaría la particularidad del silencio patrocinado por los diseñadores del orden jurídico moderno: sería –en el parecer de la Profesora de la Universidad de Berkeley- un silencio en el que la justicia amenaza con desaparecer –*a silence in which justice threatens to disappear*⁷; en contraste, se sugiere que los sigilos y mutismos en los que incurrir los artífices de constituciones, tratados, leyes, etc., activan un denso *corpus* de argumentaciones, explicaciones y justificaciones por parte de los sujetos interpretativos que influyen en la atribución de significado al silencio producido, de modo que las disposiciones no sólo pueden albergar *distintos sentidos*, pues –igualmente- la práctica en mérito de la cual algo puede dejarse

⁶ Hart, H.L.A. (2012) *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 43-49, aunque advirtiendo que la concepción del Derecho como *órdenes coercitivas –coercitive orders-* [tesis según la cual donde existe Derecho tiene que haber alguna persona o personas soberanas cuyas órdenes generales, expresas o tácitas, y sólo ellas, son Derecho] enfrenta desde el comienzo mismo la objeción de que se verifican variedades de normas jurídicas que no responden a aquella descripción –puesto que, *v.gr.*, otras leyes difieren de las órdenes en que no requieren que las personas hagan algo, sino que pueden conferirles potestades, y hasta ofrecer facilidades para la libre creación de derechos subjetivos y deberes jurídicos dentro de la estructura coercitiva del Derecho-, o bien, se contraponen a la extensión de la noción de orden a partir de una expresión verbal hasta llegar a una *expresión tácita* de la voluntad –*tacit order-*, que consiste en la no interferencia con órdenes dadas por subordinados –*v.gr.*, algunas reglas de Derecho se originan en la costumbre, *customary rules*, y no deben su *status* jurídico a ningún acto consciente de creación de Derecho-; en definitiva, el esfuerzo para reducir la variedad de normas jurídicas a una única forma simple –concluye el filósofo oxoniense- termina por imponer sobre ellas una uniformidad espuria –*spurious uniformity-*. También Jeremy Waldron ha apuntado que la idea de legislación es la de *elaborar o modificar el Derecho explícitamente, a través de un proceso y de una institución pública dedicada específicamente a esta tarea*, aunque con la salvedad de que la legislación no es la única manera en la que el Derecho es creado o modificado, pues también ello resulta de las decisiones de los jueces que interpretan materiales legales existentes –incluso, las decisiones de otros jueces-; tal aspecto –estima el Profesor de la Universidad de Nueva York- es insoslayable y en algunos casos deseable, aunque exhibe graves inconvenientes: desde que las decisiones judiciales no se presentan en un proceso público como el de las legislaturas, junto a la impresión de la actuación de los jueces como artífices de las leyes –*lawmakers-* en lugar de sus aplicadores –*lawappliers-*, se socava el valor de sus resoluciones a los ojos de la ciudadanía. Las legislaturas, en cambio, existen con el propósito de sancionar leyes –*purpose of lawmaking-*, tal meta connota su “(…) *official raison d’être*”, *cf.* Waldron, J. (2016) *Political Political Theory: Essays on Institutions*, Harvard University Press, Cambridge, pp. 125 y ss.

⁷ Constable, M. (2005) *Just Silences: The Limits And Possibilities of Modern Law*, Princeton University Press, Princeton, p. 177. *Vide etiam* Ibídem., *Our Word Is Our Bondap*. Sarat, A. –Ed.- *Speech and Silence in American Law*, Cambridge University Press, New York, 2010, pp. 18 y ss. En torno a la conexión Derecho –Justicia mentada en el texto, *vide in extenso* Derrida, J. *Force of Law: The Mystical Foundation of Authority*, *Cardozo Law Review*, 11 (1989-1990) 920. Paralelamente Jeremy Waldron ha indagado en torno a qué es lo que el Derecho positivo puede añadir al Derecho natural al identificar asuntos en los que éste último ha guardado silencio pero en los que las sociedades humanas demandan reglas, *cf.* Waldron, J. (1999) *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 64.

sin decirse obedecería al entendimiento de que *se lo da por sentado*⁸, o –en seguimiento a la consideración austiniiana- la omisión bien podría responder al producto del *olvido*, al *desconocimiento*, al *error*, e, inclusive, a la *intención deliberada*.⁹

Tales hábitos argumentativos lucen, por cierto, muy próximos a los acuñados por ciertos lingüistas de la década del ochenta de la centuria pasada; así, *v.gr.*, Muriel Saville –Troike ha aseverado que el silencio atesoraría –paradójicamente- un contenido proposicional –*propositional content*-, el cual debe ser develado del *con-texto*, y equipado, entonces, con una fuerza ilocutiva –*illocutionary force*- a través de la cual emplearse sólo para negar, prohibir, obligar, etc., sino también para afirmar, permitir, habilitar, etc.¹⁰

2. Empero, tan pronto como se despeje este menú de *usos facilitativos del silencio* –*facilitative uses of silence*-¹¹ para la estrategia de de-velación textual, no podría el lector marginar que cuando –en especial- los filósofos políticos representan esferas públicas ideales o analizan el funcionamiento de sus muestras reales, se focalizan principalmente en los aspectos constitutivos de la enunciación y de la comunicación, no del silencio.¹²

⁸ Constable, M. (2005) *Just Silences: The Limits And Possibilities of Modern Law*, Princeton University Press, Princeton, pp. 5-6 y 12.

⁹ Austin, J.L. (1979) *A Plea For Excuses ap. Philosophical Papers*, Oxford University Press, Oxford, pp. 175 y ss. *Vide etiam* Tribe, L.H. (2018) *Soundings and Silences ap. Dixon, R. – Stone, A. –Eds.- The Invisible Constitution in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, New York, p. 27, presentando la proposición de que los silencios constitucionales, como cualquier otra gama de silencios normativos, no resultan únicamente de ocasionales lagunas o involuntarias omisiones en un sistema jurídico –que de otra manera exudaría un diseño impecable-, pues, además, sus operadores se enfrentan adrede con ellos en distintos ámbitos de su quehacer –al tiempo que los descubren con distintas variedades-, de forma que –justamente- Laurence H. Tribe ha intentado demostrar que hay tantas razones para guardar silencio como las hay, igualmente, para expresarse –sin que deje de sorprender tampoco la existencia de una diversidad de modos en razón de los cuales se confiere significación a los sonidos del silencio [*sounds of silence*]-; incluso –adenda el Profesor de la Universidad de Harvard- la relación de reciprocidad entre sonidos y silencios evoca el aforismo –habitual, por cierto en algunas galletas de la fortuna [*fortune cookies*] populares en Cambridge- endilgado a Martin L. King Jr. en orden a que *todo lo que vemos es una sombra proyectada de lo que no vemos* –[“(…) everything that we do not see is a shadow cast by that which we might have seen”, *cf.* King, M.L. Jr. (1959) *The Measure of a Man*, Christian Education Press, Philadelphia, p. 32], sin perjuicio de que puede reformularse en el sentido sugerido por el autor: *todo lo que no vemos es una sombra proyectada de lo que podríamos haber visto*.

¹⁰ Saville-Troike, M. (1985) *The Place of Silence in an Integrated Theory of Communication ap. Tannen, D. – Saville-Troike, M. –Ed.- Perspectives on Silence*, Ablex, Norwood, p. 11. En referencia a la contextualización del silencio como instrumental interpretativo, *vide* Kurzon, D. (1998) *Discourse of Silence*, John Benjamins Publishing Co., Amsterdam – Philadelphia, pp. 50 y ss. Huelga recordar que, con arreglo al ideario de John R. Searle, los *actos ilocutivos* –*illocutionary acts*- no se ciñen al simple acto de *decir* algo, pues entrañan –además- un acto de *hacer* algo –*v.gr.*, informar, ordenar, advertir, preguntar, indicar, deseando, prometiendo, etc.-; en el análisis del profesor de la Universidad de Berkeley, los actos de habla –*speech acts*-, en tanto módulos básicos de comunicación lingüística, exhiben la estructura *F (P)*, donde *F* representa la fuerza ilocutiva y *P* el contenido proposicional. Sentado ello, los componentes *F* y *P* estarían representados en la estructura sintáctica de una oración por unidades lingüísticas, que se denominan indicador proposicional –*i.e.*, contenido expresado- y fuerza ilocutiva –*i.e.*, sentido e intención de lo comunicado- respectivamente, mientras que con motivo de su taxonomía se allegan, al menos, 5 tipologías de actos ilocutivos: (i) asertivos, (ii) compromisorios, (iii) directivos, (iv) expresivos y (v) declarativos, *cf.* Searle, J.R. (1979) *Expression and Meaning: Studies in the Theory of Speech Acts*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 12 y ss.

¹¹ La expresión ha sido patrocinada por el socio-lingüista Adam Jaworski en la inteligencia de que el silencio –habitualmente- no suele resultar reconocido como un eventual medio de comunicación, devaluándose, así, la *chance* de que despliegue una trascendente función comunicativa, *cf.* Jaworski, A. (1993) *The Power of Silence. Social and Pragmatic Perspectives. Language and Language Behaviors*, V. I, Sage, London, pp. 7 y ss.

¹² Allen, D. (2010) *Anonymous: On Silence and the Public Sphere ap. Sarat, A. –Ed.- Speech and Silence in American Law*, Cambridge University Press, New York, p. 106. Al punto que algunos filósofos radicales ingleses del siglo XIX, como Jeremy Bentham, reducirán el silencio a un atributo adscrito a la estupidez –a diferencia de la evasión que consultaba, en su parecer, el resultado de un genuino arte-, más que un acto de desobediencia a la autoridad, *cf.*

De allí que—en este orden de ideas- cabe retener, *v.gr.*, la explicación brindada por Hannah Arendt sobre la operatividad de la política como un *dominio público de acción y habla-public sphere of action and speech*-en donde los espacios para la sordina o la afonía se disipan, pues el conocimiento de lo que es común a los miembros de una colectividad mana a través de la *expresión –i.e.*, un acto de revelación que torna a los objetos genuinamente intersubjetivos ante la diversidad de las individualidades humanas-.¹³

Igualmente cabría reparar en el interés por la investigación –incluso, desde sus primeras contribuciones- de Jürgen Habermas, al centrarse en las nociones de espacio público –*Öffentlichkeit*- y de opinión pública –*öffentliche Meinung*-, en donde la primera remite a un ámbito de la vida social en el que se puede construir –mediante la conversación- la opinión pública, cuyo acceso luce fundamentalmente abierto a todos los ciudadanos con el propósito de que se reúnan y concierten libremente, sin presiones y con la garantía de poder manifestar y publicar llanamente su opinión, sobre las oportunidades de actuar según intereses generales –con la salvedad de que en supuestos de un público amplio, la comunicación antedicha requiere medios precisos de transferencia e influencia-.En suma, en la propuesta habermasiana sólo cuando el ejercicio del dominio político se subordina efectivamente a la demanda pública

Bentham, J. (1840) *The Rationale of Judicial Evidence ap. The Works of Jeremy Bentham*, Simpkin, Marshall & Co., London, V. XIII, p. 28.

¹³ Arendt, H. (1958) *The Human Condition*, University of Chicago Press, Chicago, pp. 50 y ss., de modo que –concluye- lo que resulta silencioso deviene en incumbencia del ámbito privado –al punto que la sacralidad de la privacidad funcionaría, en su opinión, como la de lo oculto-, puesto que “(...) el poder sólo es realidad donde palabra y acto no se han separado, donde las palabras no están vacías y los hechos no son brutales, donde las palabras no se emplean para velar intenciones, sino para descubrir realidades, y los actos no se usan para violar y destruir, sino para establecer relaciones y crear nuevas realidades.” Bajo tales premisas, arguye la Profesora de la *New School for Social Research* de New York: “(...) lo que confiere poder a las instituciones y a las leyes de un país es el apoyo del pueblo, que, a su vez, es sólo la continuación de ese consenso originario que ha llamado a la vida instituciones y leyes (...) todas las instituciones políticas son manifestaciones y materializaciones de poder; se consolidan y se derrumban tan pronto como el poder vivo del pueblo no se encuentra tras ellas y las sostiene. Es lo que pensaba Madison, cuando decía que todos los gobiernos reposan en último término en la “opinión””, *cf.* Arendt, H. (1970) *Macht und Gewalt*, Piper, München, p. 42. En este punto, se impone hacer notar que –incluso- para la cultura logocéntrica cultivada por los griegos –al menos, desde las descripciones de las reuniones de los héroes que contienen los relatos épicos homéricos en el curso del siglo VIII a.C. hasta las referencias de los oradores en el Siglo XIV a.C. en relación al carácter vocal de sus audiencias-, la acción de escucha no resultaba necesariamente equivalente a una actividad silenciosa, pues algunos expertos infieren que el silencio importaba, en cierta forma, una vergüenza o embarazo tanto para el hablante como para su auditorio –más que el signo de la absorción de la audiencia por la locución del expositor-, *vide* Montiglio, S. (2010) *Silence in the Land of Logos*, Princeton University Press, Princeton, pp. 151-152. No obstante, John G. Zumbrennen ha explicado que si bien la tentación –en este tramo del esquema argumentativo- fincaría en visualizar el silencio de la masa ordinaria de ciudadanos como evidencia de la reducción de la política democrática a la interacción de las élites dominantes –y hasta al predominio de un grupo singular-, es posible rastrear recursos teóricos para cobijar conclusiones de tenor disímil: *v.gr.*, a través de la tesis del *tacit consent* o *consentimiento tácito* –un aspecto central de la teoría liberal, al menos, desde su exposición lockeana en ocasión del § 199 del capítulo VIII de *Two Treatises of Government*, editado en Londres por Awnsham Churchill en 1690 [“(...) convendrá considerar cuál deberá ser tenida por declaración suficiente del consentimiento de un hombre, para que a las leyes de algún gobierno se someta. Hay una distinción común en consentimiento tácito y expreso, que puede interesar al caso presente. Nadie duda que el consentimiento expreso de un hombre cualquiera al entrar en cualquier sociedad, le hace miembro perfecto de ella y súbdito de aquel gobierno. La dificultad consiste en lo que deba ser tomado por consentimiento tácito, y hasta qué punto obligue: esto es, hasta qué punto deba considerarse que uno consintiera, y por tanto se sometiera a un gobierno dado cuando no hizo expresión alguna de su determinación. Y aquí diré que todo hombre en posesión o goce de alguna parte de los dominios de un gobierno dado, otorga por ello consentimiento tácito, y en igual medida obligado se halla en la obediencia de las leyes de aquel gobierno, durante tal goce”]-, se sugiere la posibilidad de entender el silencio de la masa –*nonélites*- como indicador de apoyo o patrón de aquiescencia de las decisiones políticas o los arreglos institucionales pergeñados por grupos selectos o por el gobierno mismo, *cf.* Zumbrennen, J.G. (2008) *Silence and Democracy: Athenian Politics in Thucydides' History*, Pennsylvania State University Press, Pennsylvania, p. 9.

democrática, logra el espacio público político una influencia institucional en el gobierno por la vía del cuerpo legislativo.¹⁴

No menos crucial ha resultado la sugerencia rawlsiana –orientada a la recuperación, con insumos kantianos, del arquetipo normativo de publicidad- en orden al florecimiento de la idea de razón pública –*public reason*-, *i.e.*, la *razón de los ciudadanos libres e iguales que, como un cuerpo colectivo, ejercen el poder político final y coercitivo unos sobre otros*, tanto en la aplicación de las leyes como en la modificación de los acuerdos constitucionales en cuanto concepción ideal de un régimen constitucional democrático¹⁵, y cuyo contenido resulta discernido por los principios y valores de una *familia de concepciones políticas y liberales de justicia* -y no por una sola concepción en particular-¹⁶. En efecto, una sociedad bien ordenada –*well ordered society*- sólo resultaría posible –aduce John Rawls- si se afirma la existencia de un foro político público –*public political forum*- para la discusión y toma de decisiones sobre *cuestiones propiamente políticas* –desembarazando, así de su ámbito, el anidamiento de argumentos referidos a materias controvertidas o a reflexiones personales o asociativas-, con la meta de que se proporcione una respuesta pública razonable a *asuntos de esencias o fundamentos constitucionales* –estructura general del gobierno y del proceso político- como de *justicia básica* –derechos, libertades, oportunidades, etc.-.¹⁷

Buena parte de tales teorías han consistido también –no sin controversias, por cierto- en hacerse cargo del debate interpretativo en sede judicial: *v.gr.*, mientras el modelo constitucional arendtiano diferencia entre una función de *innovación* o capacidad de acción y

¹⁴ Habermas, J. *The Public Sphere*, New German Critique, Cornell University, 3 (1964) 45-48 [*Vide etiam* *Ibidem.*, *Kultur und Kritik*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1973, pp. 61 y ss.]. Incluso, si el espacio de opinión pública –el que no puede entenderse como institución y, ciertamente, tampoco como organización, menos aún como un entramado de normas con diferenciación de competencia y de roles- trasunta una *genuina red para la comunicación de contenidos y tomas de postura –opinions-*, el Profesor de la *Johann Wolfgang Goethe-Universität* de Frankfurt añade –con arreglo a los presupuestos empíricos y normativos del modelo de democracia deliberativa- que la soberanía popular –al menos, si su entendimiento se alienta a partir de la libre formación de la opinión y voluntad común- emplaza en un lugar central a los requisitos procedimentales que deben exigirse para la legitimación de las prácticas y las decisiones políticas: “(...) *los procedimientos democráticos estatuidos en términos de Estado de derecho (...) permiten esperar resultados racionales en la medida en que la formación de la opinión dentro de las instancias parlamentarias permanezca sensible a los resultados de una formación informal de la opinión en el entorno de esas instancias, formación que no puede brotar sino de espacios públicos autónomos*”, *vide in extenso* Habermas, J. (2009) *Between Facts and Norms*, Polity Press, Cambridge, p. 442.

¹⁵ Rawls, J. (2005) *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, pp. 212-214.

¹⁶ Rawls, J. *The Idea of Public Reason Revisited*, The University of Chicago Law Review, 64-3 (1997) 773 -776.

¹⁷ El campo de la razón pública –de estar a la iniciativa del profesor de la Universidad de Harvard- se integraría no sólo con *principios de justicia sustantiva* –en cuyo mérito se reconocen una lista de libertades básicas prioritarias y eficaces- y *valores sustanciales* que corresponden a tales principios –*v.gr.*, igualdad social, reciprocidad económica, bien común, etc., sin perjuicio de conformarse además con las condiciones para que éstos se realicen-, sino también con *principios de razonamiento y reglas de evidencia* –en virtud de los cuales los ciudadanos puedan emitir un juicio de decisión en torno a si aquéllos han sido aplicados correctamente- y *valores de la razón pública propiamente dicha* –*v.gr.*, civilidad, racionalidad, etc., en tanto contribuyan a que la discusión ciudadana sea pública y razonada-, *vide in extenso* Rawls, J. (2005) *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, pp. 223 y ss. No obstante, la delimitación de su radio de acción –con motivo de la taxonomía de *nonpublic reasons*- no ha resultado exenta de censuras: *v.gr.*, John M. Finnis ha objetado la exclusión de aquellos *principios morales* cognoscibles racionalmente en función de su derivación o inherencia en *concepciones comprehensivas controvertidas*, con sustento en la aseveración de que la posibilidad del desacuerdo más que envarar el descarte de tales asuntos respecto de la discusión pública debería, en puridad, propiciar la continuidad del debate en aras de la consecución de un acuerdo colectivo más profundo, *cf.* Finnis, J.M. *Public Reason, Abortion, and Cloning*, Valparaiso University Law Review, 32 (1998) 361-382, mientras que Jeremy Waldron ha reprochado la sustracción del dominio de la razón pública –no ya de principios morales que remiten a cuestiones controvertidas, dilemáticas o divisivas- sino de *principios de justicia diferentes a los principios liberales* y, particularmente, de los dos principios que conforman la *justicia como equidad*, *cf.* Waldron, J. (1999) *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, pp. 153 y ss.

cambios políticos discernida al pueblo y una de *conservación jurídica* concedida a los tribunales de justicia –en particular, a la Suprema Corte-, a partir de la distinción entre *sede del poder* –*seat of power*- materializada en el pueblo, la *fuerza del Derecho* –*source of Law*- figurado por la Constitución y, finalmente, el asiento de la autoridad en torno a la interpretación endilgada al máximo órgano judicial en su labor de revisión constitucional –*Supreme Court*-¹⁸; en cambio, las reflexiones habermasianas –en el entendimiento de que sólo en el lenguaje del Derecho pueden circular a lo ancho de toda la sociedad mensajes de contenido normativo¹⁹- han propiciado no sólo el carácter público de las sesiones de los tribunales de justicia²⁰ sino también la proyección de una *ética discursiva*²¹ en la arena de la justicia constitucional a través de *discursos de aplicación*

¹⁸ Arendt, H. (2009) *Sobre la revolución*, Alianza, Madrid, pp. 213-226 [Título de la obra original *On Revolution*, Viking Press, New York, 1963], aunque no es ocioso aclarar que –en su parecer- el cometido de la Corte Suprema, la interpretación de la Constitución, es concreto y limitado pero al mismo tiempo ineludible, de tal modo que bien pueden verificarse hipótesis de *pérdida de autoridad* por exceso de sus límites funcionales cuanto por la omisión de su ejercicio o inhibición del encargo de enjuiciamiento constitucional, *vide* *Ibidem.*, *Crisis de la República*, Taurus, Madrid, 1973, pp. 11-55, 98 [Título de la obra original *Crisis of the Republic*, Harcourt, New York, 1972]. En consecuencia, la *judicial review of legislation* –según la autora- consulta una opción *republicana* –inclusive, teniendo en claro su carácter no democrático- en la que el respeto y la fidelidad al texto constitucional son ineludibles para el *poder* –popular cuanto gubernamental-, cuyas decisiones y actos *ultra vires* resultan, así, susceptibles de ponerse de manifiesto por la *autoridad* –detentada por la instancia jurisdiccional emplazada en el ápex de cada sistema institucional-, *cf.* *Ibidem.*, *Sobre la revolución*, Alianza, Madrid, 2009, p. 315. En definitiva, el objeto constitucional –llamado a durar en el tiempo- es de donde deriva la *auctoritas* de la *Supreme Court*, que lo preserva y tutela mediante actos interpretativos que componen su actividad de fiscalización de leyes y prácticas para ajustarlas al espíritu originario, *cf.* *Ibidem.*, *Responsabilidad y Juicio*, Paidós, Barcelona, 2007, p. 187 [Título de la obra original *Responsibility and Judgment*, Schocken, New York, 2003]. Téngase presente que –en el centro de su categorizaciones teóricas- la Constitución no sólo conllevaría la alusión a un acto constituyente –*act of constituting*-, a una acción política del pueblo en cuanto fuente de poder –la Constitución como *praxis*-, pues referiría, además, al documento escrito que condesa directivas sobre el gobierno –*rules of Government*-, a un *Derecho objetivo* creado por el pueblo mediante su accionar y que se erige –a partir de entonces- en fuente del Derecho –la Constitución como objeto o *poiesis*-, perfilándose entonces la frontera entre poder y Derecho, *cf.* *Ibidem.*, *Sobre la revolución*, Alianza, Madrid, 2009, p. 194.

¹⁹ Habermas, J. (2009) *Between Facts and Norms*, Polity Press, Cambridge, p. 56.

²⁰ Al Tribunal Constitucional –se agrega en la matriz habermasiana- las razones legitimadoras que ha de extraer de la Constitución, le vienen dadas desde la perspectiva de la *aplicación* del Derecho, y no desde el enfoque de un legislador que ha de *desarrollar y dar forma* al sistema de los derechos al perseguir sus propias políticas –implicando éste último un discurso de *fundamentación* normativa-, *cf.* Habermas, J. (2009) *Between Facts and Norms*, Polity Press, Cambridge, p. 262.

²¹ A mérito de la cual una norma [*Normen*] únicamente puede aspirar a tener validez cuando todas las personas a las que afecta consiguen ponerse de acuerdo en cuanto participantes de un discurso práctico –o pueden ponerse de acuerdo- en que dicha norma es válida, *cf.* Habermas, J. (2007) *Moral Consciousness and Communicative Action*, Polity Press, Cambridge, p. 66, en lugar de la apelación –para la resolución de disputas jurídicas- a un orden material, objetivo y concreto de valores –en el que se insertan como normas abiertas, en su formato de principios [*Normen-Prinzipien*], los derechos fundamentales una vez despojados de su canónica modelación liberal como derechos de libertad-, el que oficiaría de soporte y fundamento jurídico último de toda instancia de producción, ejecución y aplicación de disposiciones jurídicas –en especial, de reglas jurídicas [*Normen-Regeln*]- cuanto de parámetro de fiscalización de actos y prácticas de poderes públicos y ciudadanos –en particular, de las decisiones políticas sentadas por el legislador-, como lo sugirieran ciertos teóricos alemanes –en especial, a partir del desarrollo jurisprudencial impreso por el Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe desde la segunda mitad del siglo XX-, *vide in profundis* Düring, G. *Der Grundrechtsatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertesystem der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes*, Archiv für öffentlichen Rechts, 81 (1956) 117-157; Bachof, O. (1962) *Richter und Verfassung ap. Mosler, H. –Hrsg.-Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, Köln, Berlin; et al. Las censuras teóricas a tal iniciativa se deberán principalmente a los trabajos de Ernst Forstthoff* –aseverando que dar cabida a ese orden de valores conllevaría un fenómeno de desjuridificación refractario a postulados propios del sistema jurídico, como los de coherencia y completitud, al margen de que la tarea interpretativa se tomaría discutible en un escenario donde aquello que debe interpretarse es más bien un valor y no una regla jurídica- y Ernst-Wolfgang Böckenförde –alentando la idea de que los valores como fundamento mismo del Derecho determinarían, en la tarea de definición del contenido material del Derecho, la apertura a opiniones y valoraciones subjetivas de los operadores jurídicos- *cf.* Forstthoff, E. (1973) *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffrè, Milano, p. 224; Böckenförde, E.W. (1991) *Recht, Staat, Freiheit*, Suhrkamp, Frankfurt, pp. 82 y ss. *Ciertamente una de*

normativa en la tarea de asignación de sentido a estipulaciones fundamentales –particularmente en hipótesis de su vulneración por la rama legislativa y ejecutiva del gobierno–, con arreglo a una idea *procedimentalista* de la Constitución²² y de conformidad con la imagen del Tribunal Constitucional como *custodio* de que el proceso de producción normológica se efectúe de conformidad con las condiciones de política deliberativa²³, *i.e.*, tanto el espacio de la opinión pública política como el contexto cultural de éste y su base social. Un primer ámbito de protección consiste en la *inclusión*, en el proceso político, de aquellos *grupos sociales minoritarios o no dominantes* que han estado ausentes o resultado sistemáticamente excluidos, marginados y hasta reprimidos por la auto-comprensión mayoritaria en escenarios regidos por una ética juridificada²⁴, mientras que un segundo terreno tutelar se extiende a la *salvaguarda del modelo deliberativo*, en especial los derechos de libre participación y comunicación en el espacio público, frente al influjo de grupos de intereses que se movilizan políticamente en aras de la imposición de sus objetivos privados sobre el aparato estatal a costa de los intereses generales.²⁵

*las más decisivas aportaciones de la matriz habermasiana estriba en la distinción entre valores –Werte- y principios –Prinzipien-: mientras los primeros son expresión de una elección realizada por una colectividad en orden a preferir determinados bienes en un momento histórico específico, los segundos importan genuinas normas jurídicas –Normen- en tanto que obligan a practicar un comportamiento determinado, de modo que una decisión que tome en consideración un valor –al expedirse sobre qué comportamiento es mejor y más recomendable- asumirá diversa catadura a la que se abastezca de un principio –al decidir qué es obligatorio hacer-, cfr. Habermas, J. (2009) *Between Facts and Norms*, Polity Press, Cambridge, pp. 253 y ss.*

²² En la inteligencia de que la función constitucional estriba en la fijación de “(...) *procedimientos políticos conforme a los que los ciudadanos, ejercitando su derecho de autodeterminación, pueden perseguir cooperativamente y con perspectivas de éxito el proyecto de establecer formas justas de vida*”, cfr. Habermas, J. (2009) *Between Facts and Norms*, Polity Press, Cambridge, p. 263.

²³ *Vide in profundis* Habermas, J. (2009) *Between Facts and Norms*, Polity Press, Cambridge, pp. 280 y ss. No es necesario destacar que este asunto ha sido abordado *in extenso* por Ely, J.H. (2002) *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge, pp. 135 y ss., debido a su seductora teorización de la *footnote 4* que legara –en 1938- el célebre precedente *United States vs. Carolene Products Co.*, 304 US 144 (1938): “(...) *there may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth (...)* it is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation (...) nor need we inquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious (...) or nations (...) or racial minorities (...) whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry.”

²⁴ El intento más claro de presentar los ordenamientos jurídicos como ámbitos éticamente impregnados se atisba en el entendimiento habermasiano de la *cristalización de la cultura política de cada comunidad en su Constitución*, de modo que en aquellos se *interpreta, en cada caso de modo diferente, el contenido universalista de los mismos principios constitucionales, i.e.*, lo hacen en el *contexto* de las experiencias de una historia nacional y a la luz de una tradición, cultura y forma de vida socialmente dominante, cfr. Habermas, J. (2005) *Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*, Polity Press, Cambridge, pp. 117 y ss.

²⁵ Habermas, J. (2009) *Between Facts and Norms*, Polity Press, Cambridge, p. 276. Sin perjuicio de que la introducción de la preocupación reseñada en el texto se anticipa en la discusión presentada por James Madison –en oportunidad del N° X de *The Federalist Papers*–: “(...) *por facción entiendo cierto número de ciudadanos, estén en mayoría o en minoría, que actúan movidos por el impulso de una pasión común, o por un interés adverso a los derechos de los demás ciudadanos o a los intereses permanentes de la comunidad considerada en conjunto*”, patrocinando la impresión de que la más común y duradera de las fuentes del comportamiento faccioso fincaba en “(...) *la variada y desigual distribución de la propiedad. Quienes tienen y quienes no tienen siempre han formado intereses distintos en la sociedad*”, cfr. Hamilton, A. - Madison, J. - Jay, J. (2009) *The Federalist*, Harvard University Press, Cambridge - London, pp. 52-61, N° X [Madison, J., *The Same Subject Continued. The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection*. New York Packet. Friday, November 23, 1787], y hasta ha logrado extenderse en registros jurisprudenciales de la Corte Federal –*v.gr.*, el *Justice* John P. Stevens acudió al ideario

Tampoco el argumentario de John Rawls ha permanecido distante a la cuestión, pues ha destacado el rol de la razón pública en la función judicial al punto de calificarla de *exemplar of public reason* –por cierto, de modo más notable si de la argumentación de una Corte Suprema en una democracia constitucional equipada con el poder de revisión constitucional de las leyes se trata- en tanto los jueces deben explicar y justificar sus decisiones con sustento en la interpretación de la Constitución como de los estatutos y precedentes jurisprudenciales en su consecuencia.²⁶

3. A lo hasta aquí expuesto, se añada que las contribuciones de juristas y filósofos –a través de una labor conjunta- han sugerido que la teoría de la *argumentación*–y no sólo de la interpretación- puede enfocar –y hasta clarificar- distintos aspectos controvertidos que se desgajan de la naturaleza del razonamiento legal ante hipótesis de silencio; *v.gr.*, los jueces –observa Chaim Perelman- no podrían limitarse a *declarar* la existencia de una antinomia o de una laguna en el sistema jurídico en el que deben operar, ni podrían –como sí resultaría habilitado un matemático o un lógico formal- ceñirse a señalar que *su* sistema adolece de defectos de incoherencia o incompletitud, pues los juzgadores difícilmente logren evadir la disyuntiva resultante, consistente en resolver la antinomia o brindar cobertura al vacío normológico a través de un ejercicio de lógica jurídica basado en la argumentación –*only legal logic based on argumentation can accomplish*-.²⁷

¿Por qué, entonces, leer el silencio a través de las sentencias contenciosas y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vertidas en materia de derechos no textuales?

El atractivo de una respuesta favorable obedece a que en la vida cotidiana de un sistema jurídico no parece extraño que –al abordar los efectos del silencio- los académicos habitualmente pasen por alto las dificultades con las que tropieza la opción interpretativa –al menos, si el decisor únicamente pone en juego recurrentes *técnicas de interpretación*, *v.gr.*, el sentido común de las palabras, la intención de la autoridad normativa, el fin de la ley, el sistema del Derecho, la razonabilidad, etc.-, pues –además- también acontece que aquéllos –pesea la propuesta apadrinada por Paul W. Kahn- descuidan que las resoluciones judiciales son *performances retóricas* que toman a su cargo la tarea de *persuasión* en una comunidad democrática²⁸ –accesible, así, a cada uno de sus integrantes como agentes morales autónomos, libres y

madisoniano al aseverar, en el caso *California Democratic Party vs. Jones*, que las facciones “(...) *figuraban bien arriba en la lista de maldades que el diseño constitucional planeaba erradicar*”, 530 US 567, 592 (2000), mientras que el Justice Byron White, al expedirse en el asunto *Storer vs. Brown*, adujo que los Estados de la Unión –en el caso *sub lite*, el de California- compartían la creencia pergeñada por los *Founding Fathers* “(...) *respecto al daño que el partidismo y el faccionalismo pueden causar*”, 415 US 724, 736 (1974)- como en los estudios de la academia constitucional estadounidense –*v.gr.*, el atractivo de la tesitura pergeñada por Cass R. Sunstein radica en una lectura que impulsa la defensa de los cánones de democracia deliberativa ante aquellos grupos con poder fáctico que conquistan la agenda legislativa o administrativa, no sólo imponiendo a los ciudadanos sus particulares condiciones sino también desaguando en una genuina *captura del Estado* en la que la autoridad normativa se reduce a un mero instrumento de los primeros, *vide in extenso* Sunstein, C.R. (1990) *After the Rights Revolution*, Harvard University Press, Cambridge, p. 98.

²⁶ Rawls, J. (2005) *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, p. 216.

²⁷ Perelman, Ch. (2012) *The New Rhetoric and the Humanities: Essays on Rhetoric and its Applications*, Reidel, Dordrecht – Boston – London, pp. 34-35.

²⁸ Kahn, P.W. (2016) *Making The Case. The Art of the Judicial Opinion*, Yale University Press, New Haven, p. 178.

racionales a través de un ejercicio colectivo²⁹, cuya lectura dista de resultar definitiva: comportan, más bien, un *borrador* que invita a los ciudadanos a involucrarse –dilucidándolas y argumentando- en la empresa común de establecer significados del Derecho en cuanto manifestación de una *cultura viva* en la que no sólo se aprende a resolver problemas sobre aplicación formal de reglas y principios contenidos en documentos autoritativos sino –principalmente- se perfila una *conversación* sobre qué especie de comunidad se integra y cómo se aspira a perfeccionarla, se ofrece una *narrativa* en virtud de la cual cada miembro pueda reconocerse en el texto del decisorio como autor de la interpretación del mundo jurídico que patrocinan los tribunales de justicia.³⁰

De lo contrario, la ausencia –o insuficiencia también- de tal instancia dialógica y –principalmente- el uso indiscriminado –y hasta desmedido- del contenido obtenido del significado otorgado a la cláusula de derechos implícitos –en opinión de algunos estudiosos- podría afectar gravemente la *percepción que los ciudadanos abrigan de la rama judicial de gobierno*: si los jueces comienzan a ponderar las ventajas y desventajas de formular derechos no textuales sin considerar debidamente el enunciado aprobado por la autoridad normativa –y a la par dan la espalda al convite retórico mentando- bien cabría inquirirse ¿por qué los ciudadanos no podrían hacer lo mismo?, ¿acaso los ciudadanos, al momento de adoptar sus decisiones, no podrían evaluar también los costos y beneficios de obedecer al Derecho con independencia de la primacía del texto de la ley?, etc.³¹

Es que ínsito al núcleo conceptual del Estado de Derecho se encuentra la *relación de reciprocidad* entre quienes producen y aplican disposiciones normativas y quienes las obedecen: únicamente los jueces blandirían –a juicio de Lon Fuller- un título *moral* para exigir el cumplimiento del Derecho a sus conciudadanos, en la medida que ellos mismos –en cuanto integrantes del aparato estatal- se encuentren sujetos al mismo.³²

²⁹ Kahn, P.W. (2016) *Making The Case. The Art of the Judicial Opinion*, Yale University Press, New Haven, pp. 3 y 16, de tal modo que una controversia particular presente en la historia de las partes y en la del Derecho adquiere sentido comunitariamente.

³⁰ Kahn, P.W. (2016) *Making The Case. The Art of the Judicial Opinion*, Yale University Press, New Haven, pp. 24 y 51. Es atractivo, entonces, que los trabajos de Laurence H. Tribe revelen interés en identificar aquellos silencios que efectivamente conducen hacia una conversación constitucional –extensible al orden internacional de los derechos humanos- dejando un campo abierto de opciones para los sujetos que intervienen en aquélla, aún cuando se discriminan los silencios o gaps en la descripción de la estructura y funcionamiento orgánico –*structural silences*- de los que se incurren en la declaración de derechos –*silences about rights*-, cfr. Tribe, L.H. (2018) *Soundings and Silences* ap. Dixon, R. – Stone, A. –Eds.- *The Invisible Constitution in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, New York, pp. 42 y ss.

³¹ Solum, L.B. *The Supreme Court In Bondage: Constitutional Stare Decisis, Legal Formalism, and The Future of Unenumerated Rights*, University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, 9 (2006) 177. Un problema similar al planteado con este argumento es expuesto por Ronald M. Dworkin al reseñar que, si bien no es reducido el foro que aglutina a los estudiosos que –con habitualidad- evocan la distinción entre derechos explícitos y derechos imprevistos, todavía se debate con ahínco en torno a la inferencia o derivación de los últimos por las *cortes de justicia*: mientras algunos consienten que los jueces detentan el poder de hacer valer los derechos no enumerados por el constituyente, otros arguyen que carecen de la autoridad para agregarlos al *Bill of Rights* que ha guardado silencio sobre su regulación –en el criterio de que si se permite a los magistrados judiciales vagar, a su voluntad, más allá de los *cuatro rincones* de la Constitución [*four corners of the Constitution*], se abdicaría, así, de toda *chance* de limitar el accionar judicial en este asunto, tal como lo ha insinuado el Justice Byron White en el caso *Bowers vs. Hardwick*, 478 US 186 (1986): la elaboración de normas constitucionales por el juzgador resulta particularmente sospechosa cuando revela "(...) poca o ninguna raíz reconocible [*cognizable roots*] en el lenguaje o diseño de la Constitución"- , cfr. Dworkin, R.M. (1992) *Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled* ap. Stone, G.R. – Epstein, R.A. –Sunstein, C.R. –Eds.- *The Bill of Rights in the Modern State*, The University of Chicago Press, Chicago – London, pp. 386-387; *Ibidem.*, The University of Chicago Law Rev., 59 (1992) 381, 386-387.

³² Fuller, L. (1969) *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, p. 39.

A la par, no debería relegarse la *chance*—riesgosa, por cierto— de que el silencio convencional precipite hacia la incidencia desmedida de un *margen de discrecionalidad* por parte del operador jurídico, debido a que los expertos han alertado en torno a que los resultados decisionales se sustentan —con frecuencia— en *approachs* ideológicos, políticos, morales, etc. dirimientes que no se explicitan y se alojan en el *background* del fallo —oficiando, entonces, como una *premisa inarticulada*³³—. En efecto, a tenor de una enraizada insinuación dworkiniana, la *teoría del Derecho sólo entrañaría la parte general de la adjudicación*, pues el *silencio prologaría cualquier resolución jurídica*, en el sentido de que los pronunciamientos judiciales importan una *pieza de filosofía jurídica*, incluso cuando los componentes de ésta permanezcan *ocultos* y la argumentación ostensible fulgure dominada por la sola reseña y registro de aspectos fácticos.³⁴

II. ¿Para qué sirve distinguir los derechos escritos en blanco y negro de los derechos silenciosos? Un breviario de precisiones conceptuales: interpretación *vis à vis* construcción.

4. Un conciso fragmento del ensayo de Joseph Raz, intitulado *Dworkin: A New Link in the Chain*, acude como muestra de la gravitación de la problemática que se aborda en este segmento:

“(…) al referirse al derecho implícito uno tiene en mente el hecho familiar de que el derecho dice más de lo que explícitamente establece, que hay más en su contenido que aquello expresamente establecido en fuentes tales como la legislación y los precedentes judiciales. Esta idea debe ser evidente por sí misma para cualquiera que concibe el derecho como una creación de acciones humanas, y particularmente, como emergiendo de actos comunicativos tales como la promulgación de leyes o sentencias judiciales. Es un rasgo universal de la comunicación humana que aquello que se dice es más que lo que se estableció expresamente e incluye a lo que está implicado.”³⁵

³³ De estar a la expresión acuñada por Oliver Wendell Holmes en oportunidad de su célebre *The Path of Law*, *Harvard Law Review*, 10 (1897) 457.

³⁴ Dworkin, R.M. (1986) *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, p. 90. Igualmente Jens Zimmermann ha explicado que en la elaboración de sus juicios interpretativos, los juzgadores —en particular— materializan intuitivamente distintas preferencias y convicciones personales sobre lenguaje, conceptos jurídicos fundamentales, expectativas morales, tradición socio-cultural en la que se enlistan, etc., *cf.* Zimmermann, J. (2015) *Hermeneutics*, Oxford University Press, Oxford, p. 110. Una observación crítica a la aseveración de Ronald M. Dworkin puede consultarse en Raz, J. (2009) *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford, p. 49.

³⁵ Raz, J., *Dworkin: A New Link in the Chain*, *California Law Review*, 74 (1986) 1103-1119, 1106/07 [El extracto reproducido en el texto obedece a la recensión de la obra de Ronald M. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985, en particular con motivo de las observaciones a la *tesishíbrida -hybrid theory or approach-* de raigambre dworkiniana que postula un modelo comunicativo para fuentes legales —inherente a una perspectiva política conservadora del rol de los jueces— y un modelo de coherencia para el resto —determinado por la ideología dominante en la resolución de los casos difíciles, *hard cases*, que no pueden ser resueltos por el primero—], añadiendo el académico oxoniense que aquellos que consideran al Derecho como el producto de una *actividad comunicativa* en la legislación y la adjudicación, cuyo *significado* deriva del significado de los *actos que lo crearon*, consideran natural que resulte implícito en la legislación o en el precedente, aunque advirtiendo que el reconocimiento del significado implícito en la ley no habilita la aplicación a la interpretación jurídica de todas las características comunes de la interpretación en el discurso ordinario —desde que, de estar al razonamiento raziano, la atribución de implicaciones normativas es más circunscripta que su atribución en aquél—.

Por cierto, esta omnipresencia de la implicación en los actos de comunicación –a juicio del Profesor de la Universidad de Oxford en la reseña precedente- resulta dependiente de la inteligibilidad de lo que se afirma.

Pese a pensarse que la interpretación se encuentra tan profundamente arraigada en el Derecho que no existe razón –por lo menos de peso- para indagar en torno a *por qué resulta central en nuestras prácticas jurídicas*, se ha prevenido sobre la necesidad de considerar –incluso, de manera seria- tal interrogante y auspiciado que –en definitiva- *autoridad* y *continuidad* entrañan los factores que –sistemáticamente relacionados- explican las razones de su importancia: en la medida que el Derecho surge del respeto a la autoridad, legitima el razonamiento jurídico que tiene que instaurarlo como impuesto por la autoridad, a la vez que en tanto el Derecho mana de la necesidad de asegurar continuidad, el contenido de las decisiones jurídicas es establecido al interpretarlas como si fueran interpretadas cuando las razones para prestarles atención se basaran en el respeto hacia la autoridad que las pronunció.³⁶

Igualmente se ha advertido que en el lenguaje de los juristas el término *interpretación* padece de una *múltiple ambigüedad* y que –al menos, en lo que aquí atañe- puede a veces referirse a una *actividad* –i.e., un proceso mental-, y otras al resultado o producto de tal actividad –i.e., un discurso-, de allí que la interpretación, en cuanto *actividad destinada a adscribir un significado a un texto normativo* [bajo la formulación sugerida por Riccardo Guastini: “*El texto T tiene el significado S*”], puede versar sobre textos –interpretación en abstracto- o sobre hechos –interpretación en concreto-.³⁷ De tal modo, la interpretación *jurídica* –en el parecer del Profesor de la Universidad de Génova- un género de la interpretación de textos –abstracta-, en tanto los enunciados que subsumen hechos requieren previamente la interpretación de una disposición normativa. Sentado ello, si bien resultan variados los tipos de textos jurídicos sobre los que puede recaer la interpretación, se concluye que –en Derecho- *la interpretación es típicamente reformulación de textos normativos de las fuentes*.³⁸

5. La interpretación constituye, entonces, un *banco de pruebas* al precipitarse bajo el *dominio ordenador de la razón*: es –en la alusión de Pierluigi Chiassoni- el campo de los conceptos claros y

³⁶ Raz, J. (2009) *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford, pp. 223 y ss.

³⁷ Guastini, R. (1998) *Teoria e dogmatica*, Giuffrè, Milano, p. 8; *Vide etiam* *Ibidem.*, *Le Fonti del Diritto. Fondamenti Teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 324 y ss. Sin embargo, el propio autor consigna: “(...) *en la literatura se encuentra también un concepto más estricto de interpretación. Varios autores distinguen la interpretación propiamente dicha, entendida como solución de dudas sobre el significado, de la (mera) comprensión. Es decir, según esta definición, se interpreta sólo cuando no se comprende, y en cambio cuando se comprende no se interpreta (“in claris non fit interpretatio”). Cfr., e.g., Wróblewski, 1983 y 1989; Marmor, 1992; Diciotti, 1999; Lifante, 1999 y 2010. Esta manera de ver (comprometida con una teoría ingenua de la interpretación) suena problemática por varias razones. Entre otras, la siguiente: la comprensión inmediata de un texto parece ser nada más que una forma de interpretación –la interpretación prima facie– distinta, en cuanto tal, de otras formas (distinta, en particular, de la interpretación “all things considered”). Cfr. Diciotti, 1999, cap. IV.”; cfr. Guastini, R. *Interpretación y construcción jurídica*, Isonomía 43 (2015) 11-48, 12 nota (1).*

³⁸ Guastini, R. (2010) *Le fonti del Diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, p. 328. No deja de resultar sugestiva la idea que –descartando la concepción de la interpretación en abstracto o propiamente dicha como traducción intralingüística o reformulación de los textos normativos, en mérito del cual el intérprete no prescribe sino que reformula lo enunciado por el emisor o autoridad normativa, quien, en cambio, sí prescribe– alienta la consideración de una función prescriptiva, aunque indirecta, del lenguaje de los intérpretes debido a que a través de enunciados interpretativos decisorios se auspicia el entendimiento de la intención de aquéllos consistente en influenciar, dirigir, direccionar, etc. la decisión interpretativa de otros exégetas hacia el significado adscrito al texto normativo, de modo que tales enunciados interpretativos presentarían la idoneidad de servir –a otros hermeneutas, en especial a los jueces- como respuesta justificativa a la cuestión práctica que consiste en qué significado atribuir a un texto normativo, *vide in extenso* Guastini, R. (2019) *Nuevos estudios sobre la interpretación*, Universidad Externado, Bogotá.

distintos mediante los cuales un acervo de fenómenos con nombres elusivos e inciertos encuentra su explicación rigurosa, es el lugar de las técnicas y de las formas de argumentación desarticuladas y reconstruidas sobre la mesa del analista a beneficio de cuantos prefieren no improvisar.³⁹

De allí que entre los *sujetos* que típicamente ejercen *actividad interpretativa* —la de profesores o académicos formulada en sus obras y ensayos [interpretación *doctrinal*]; la de jueces en el despliegue de la función jurisdiccional [interpretación *judicial*]; y, a veces, el legislador mismo mediante una ley posterior, cuyo contenido consiste precisamente en determinar el significado de una legislación precedente [interpretación *auténtica*]-⁴⁰, deviene frecuente acudir al argumentario de que *algunos casos no tienen una solución legal expresa, pero sin embargo ella está implícita*.

Bien vale la cita —al respecto— del siguiente tramo de un novel trabajo de Riccardo Guastini:

“(…) son formuladas y emanadas o promulgadas pero en un sentido genérico y no técnico- las normas que, precisamente, encuentran enunciación o formulación expresa en alguna disposición normativa (o en un fragmento de una disposición normativa). Son inexpressas, por el contrario, las normas derivadas a partir de las normas formuladas (o de una combinación de normas formuladas, o de una combinación de fragmentos de normas formuladas) mediante procedimientos argumentativos de diferente naturaleza, bien lógicos (i.e., deductivos), bien pseudo-lógicos (por ejemplo, mediante la analogía). Toda norma inexpressa (...) es fruto —ya no de una promulgación o de una emanación— sino de un razonamiento constructivo de los intérpretes.”⁴¹

En rigor, un *derecho subjetivo* —en la matriz guastiniana⁴²— no es sino el *contenido de una norma*: la norma que lo confiere; un *derecho implícito* es, por tanto, el *contenido de una norma implícita*; una norma implícita es una norma no expresa, carente de formulación en los textos normativos —no pudiendo ser reconducidas a precisas disposiciones normativas en cuanto significados de éstas— y resultando, así, de una *construcción* jurídica —por tanto, de un razonamiento de los intérpretes-.⁴³

³⁹ Chiassoni, P. (2007) *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna, p. 12.

⁴⁰ Guastini, R. (2011) *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, pp. 75 y ss., con la aclaración de que la taxonomía de los agentes interpretativos propuesta en el texto evita el empleo de la denominada interpretación *oficial*, i.e., aquella llevada a cabo por cualquier poder público —aunque típicamente por un órgano de la Administración pública— en la inteligencia de que “(...) *este concepto abarca de hecho un conjunto de actividades no homogéneas, como por ejemplo: los dictámenes del Consejo de Estado en sede consultiva, las circulares administrativas, los reglamentos interpretativos de las leyes y otros. Se trata, en general, de interpretaciones en abstracto, cuya eficacia jurídica, sin embargo, es extremadamente variable*” [con cita en nota a pie (2) del amplio análisis sobre el tema de Modugno, F. (2009) *Interpretazione Giuridica*, CEDAM, Padova, pp. 256 y ss; Tarello, G. (1980) *L'Interpretazione della Legge*, Giuffrè, Milano, pp. 52 y ss.].

⁴¹ Guastini, R. (2016) *La sintaxis del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, pp. 61-62 [Título de la obra original *La sintassi del Diritto*, Giappichelli, Torino, 2014].

⁴² Guastini, R. (2011) *Derechos implícitos*, Observatorio de Argumentación Jurídica, Doxa, Universidad de Alicante, Alicante, p. 1.

⁴³ Guastini, R., *Ordenamiento jurídico*, Doxa, 27 (2004) 252, diferenciando cuatro tipos de normas implícitas, a cada uno de los cuales corresponde un tipo distinto de razonamiento: (i) en primer lugar, hay normas implícitas que se extraen a partir de normas expresas mediante *razonamientos lógicamente válidos* —i.e., deductivos—, en los que no figuran premisas que no sean normas expresas; (ii) en segundo lugar, hay normas implícitas que se extraen de normas expresas mediante razonamientos lógicamente válidos, en los que figuran premisas que no son precisamente normas

Entiéndase bien, que las normas implícitas sean normas no dictadas, no significa que sean también normas no formuladas: una *norma implícita* adquiere *existencia* cuando es *formulada* –no por las autoridades normativas del ordenamiento- sino por los *intérpretes*.⁴⁴

No es extraño, entonces, a los que cultivan tal línea iusfilosófica, la distinción tarelliana entre *texto* y *significado*: la noción de enunciado normativo es entendida como una *expresión lingüística* de forma completa, idónea para ser interpretada en sentido normativo, mientras que la de norma, como el *contenido significativo* normativo que, según determinada interpretación, es atribuible a un enunciado, de suerte que los primeros no admiten una única interpretación sino una *pluralidad de interpretaciones*.⁴⁵

Ahora bien, la difundida caracterización radbruchiana de la interpretación como una indisoluble mezcla de elementos teóricos y prácticos, cognoscitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos⁴⁶, no ha impedido advertir que –debido a otra dificultad de ambigüedad- con el término interpretación –según una exhortación kelseniana⁴⁷- se puede aludir a veces a un acto de *conocimiento* –en cuyo caso se califica a la interpretación como *cognitiva* pues consiste en identificar, en un texto normativo, los diversos posibles significados sin escoger ninguno-, en otras ocasiones a un acto de *decisión* –supuesto en el que la interpretación se adjetiva como *decisoria* en tanto conlleva escoger un significado determinado, que se pretende correcto, descartando los restantes-⁴⁸, y

expresas, sino que son *enunciados interpretativos* –*v.gr.*, definiciones de términos usados en la formulación de normas expresas-; (iii) en tercer lugar, existen normas implícitas que son fruto de razonamientos –a veces válidos, a veces inválidos- entre cuyas premisas figuran enunciados que no son precisamente normas expresas, sino que son más bien *tesis dogmáticas* construidas previamente e independientemente de la interpretación de cualquier específico enunciado normativo; (iv) en cuarto lugar, existen normas implícitas que se extraen, más o menos, persuasivamente a partir de normas expresas según esquemas de *razonamiento no deductivológicamente inválidos* –*v.gr.*, un entimema, una conjetura sobre la *ratio legis*, el argumento analógico, el argumento *a contrario*, etc.-. *Vide etiam*, *Ibidem*, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 104 y ss.

⁴⁴ Guastini, R. (1999) *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, p. 357 [Título de la obra original *Distinguiendo. Studi di teoria e metateoria del Diritto*, Giappichelli, Turín, 1996]. Sobre la categoría de *principios jurídicos implícitos*, la explicación teórica sobre el modo en que los juristas los manufacturan – como especificación de un principio jurídico explícito positivo más general y/o generalización a partir de un conjunto de disposiciones jurídicas positivas más específicas, descontando su justificación autónoma en virtud de la prescindencia de fuente normativa positiva alguna-, *vide in profundis* Guastini, R. (1990) *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, p. 122; Atienza, M. – Ruiz Manero, J. (1996) *Las Piezas del Derecho. Teoría de los Enunciados Jurídicos*, Ariel, Madrid, p. 13; Prieto Sanchís, L. (1992) *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 141; Alonso, J.P. *Principios jurídicos implícitos y coherencia*, *Doxa* 36 (2013) 357-385; *Ibidem*., *Principios jurídicos implícitos*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 223 y ss.

⁴⁵ Tarello, G. (1974) *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del Diritto*, Il Mulino, Bologna, pp. 135 y ss, 143 y ss, 176 y ss, 199 y ss. Vezio Crisafulli allega la diferenciación entre *disposición* y *norma* en sentido estricto, *vide in extenso* Crisafulli, V. (1964) *Disposizione (e norme)*, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Milano, V. III, pp. 195 y ss., de la misma forma que Riccardo Guastini contribuye sobre la temática, *cf.* Guastini, R. *Disposizione vs. norma*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 34 (1989) 3-14, dejando en claro que los *enunciados interpretativos* designan aquellos reconducibles de la fórmula estándar [*“El texto T tiene el significado S”*], en donde *T* –texto del discurso de las fuentes- es el enunciado *interpretado* y *S* –contenido del documento normativo o significado- es el enunciado *interpretante*, formando así –ambos- el enunciado *interpretativo*.

⁴⁶ Radbruch, G. (1970) *Rechtsphilosophie*, K.F. Koehler, Stuttgart, p. 211. Incluso, algunos teóricos han postulado que el poder de *interpretar* disposiciones –en especial, las previstas en documentos constitucionales- conlleva el poder de *crear* la Constitución misma y hasta de determinar su concepto en *sentido real-viviente*, *cf.* Ruggeri, A. – Spadaro, A. (1998) *Giustizia Costituzionale*, Giappichelli, Torino, p. 10.

⁴⁷ Kelsen, H. (1992) *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, p. 80.

⁴⁸ Guastini, R. (2011) *Rule-Scepticism Restated* ap. Green, L. – Leiter, B. –Ed.- *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 141, con la siguiente precisión: mientras la interpretación cognitiva arroja luz sobre la indeterminación del sistema jurídico, *i.e.*, la equivocidad de los textos normativos, en contraste, la interpretación decisoria la resuelve.

hasta en ciertas oportunidades denotar un acto de *creación* normativa –comportando, en rigor, un tipo de interpretación decisoria en la que la decisión interpretativa, a diferencia de la interpretación decisoria estándar, consiste en atribuir a un texto un *significado nuevo*, no comprendido entre aquellos identificables mediante interpretación cognitiva.⁴⁹

Sin embargo, se anota que la interpretación creativa –con el alcance precedente- es un fenómeno bastante anómalo, incluso en el grueso de los casos lo que intuitivamente se presenta como una interpretación *creativa* consiste –en realidad- en *obtener del texto normas implícitas* –no expresadas- principalmente a través de medios pseudológicos –razonamientos no deductivos que remiten, *v.gr.*, al argumento analógico, *a contrario* en su variante constructiva, *a fortiori*, etc., o bien, a la *concreción de principios* a través del uso de éstos como premisa, dentro de un razonamiento normalmente no deductivo, para la construcción de una regla implícita, ella sí apta para la solución de una controversia-; lo cierto es que tal operación no es –en sentido estricto- un acto de interpretación: se trata de un verdadero acto *nomopoiético*, *i.e.*, de *creación normativa*, cuyo *nomen* apropiado –de estar a la añeja expresión de Rudolf Von Jhering- es *construcción jurídica*.⁵⁰

En este plano se asienta otro defecto de ambigüedad –quizás el más importante en opinión de Riccardo Guastini- que aqueja a la palabra interpretación, pues es posible aludir a ésta última para referir la *atribución de significado a un texto*, y –en cambio- reservar la voz construcción jurídica con el propósito de indicar una vasta serie de *operaciones inferenciales* que –sin agotar un elenco completo de *técnicas de construcción*⁵¹- engloban, *v.gr.*, conjeturas sobre *ratio legis*, hipótesis contrafácticas sobre la intención del legislador, creación de jerarquías axiológicas entre normas, concretización de principios abstractos, *balancing test* –especialmente

⁴⁹ Se concluye, entonces, que la interpretación cognitiva es análoga a la definición informativa –reconocimiento de los usos lingüísticos efectivos-; la interpretación decisoria es análoga a la redefinición –selección de un significado determinado en el ámbito de los usos efectivos-; la interpretación creativa es análoga a la estipulación pura – introducción de un significado nuevo, inusual-, *vide in extenso* Guastini, R. (1997) *Interpretive Statements* ap. Garzón Valdés, E. - Krawietz, W. - Von Wright, G.H. - Zimmerling, R. –Ed.- *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*. Duncker & Humblot, Berlin, pp. 279 y ss. *Vide etiam* Ibídem., *A Sceptical View on Legal Interpretation* ap. Comanducci, P. – Guastini, R. –Ed.- *Analisi e Diritto*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 141.

⁵⁰ Guastini, R. (2011) *Rule-Scepticism Restated* ap. Green, L. – Leiter, B. –Ed.- *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 142. En orden a la reminiscencia jheringniana reténgase que –al menos, desde la publicación de *Nuestra tarea [Unsere Aufgabe]* en 1857, sin perjuicio del anticipo, en 1852, debido a las ideas desplegadas en el segundo tomo de *El espíritu del Derecho romano en sus diferentes etapas de desarrollo [Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung]*-, el entonces catedrático de la Universidad de Giessen distinguirá una jurisprudencia *inferior* –a la que le asignaba un cometido *receptivo*, debido a que la actividad fundamental consistía en la *interpretación de las fuentes*, a través no sólo de la exposición del contenido inmediato de la ley sino también la extracción del mediato a través de la deducción de principios a partir de decisiones particulares que están dadas en la ley y, a la inversa, el desarrollo de las consecuencias que derivan de los principios así obtenidos- y otra *superior* –singularizada por un carácter esencialmente *constructivo*, en la que la tarea se tipificaba por la *transformación* de esa materia bruta en conceptos en virtud de una labor negativa, despojándola de su forma inmediatamente práctica e imperativa, y otra de índole positiva, al darle a ésta la forma de un cuerpo jurídico-, de modo que el interés en la construcción jurídica –regida, en su opinión, por tres leyes: coincidencia de lo construido con el material positivo, ausencia de contradicción del primero y elegancia de la creación jurídica- no era solamente científico sino extremadamente práctico, *vide* Von Jhering, R. (1857) *Unsere Aufgabe* ap. *Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, G. Fischer, Jena, pp. 1-57. *Vide etiam* Triepel, H. (2002) *Law of the State and Politics* ap. Jacobson, A.J. – Schlink, B. –Ed.- *Weimar: a Jurisprudence of Crisis*, University of California Press, Berkeley – Los Angeles –London, p. 183, dando cuenta de la influencia de la filosofía hegeliana en la *jurisprudence of construction*.

⁵¹ *Vide in profundis* Guastini, R. (2011) *Rule-Scepticism Restated* ap. Green, L. – Leiter, B. –Eds.- *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 143.

constitucional-, construcción de lagunas –normativas y axiológicas-, construcción de normas implícitas, etc.⁵²

Entre las múltiples operaciones reseñadas anteriormente, adquiere un fuste especial la formulación de normas implícitas en la medida en que –no habiendo sido formuladas por autoridad normativa alguna- no pueden ser consideradas como significados –plausibles- o como implicaciones lógicas de ninguna disposición normativa determinada, de modo que cuando los intérpretes apelan a técnicas de construcción de normas implícitas llevan a cabo –en puridad- una actividad legislativa *disimulada*.⁵³

De allí que Randy E. Barnett ha alertado que –en años recientes, principalmente con motivo de la discusión en la arena hermenéutica entre los voceros del originalismo y sus detractores- los académicos han captado que mientras la interpretación es la actividad –empírica, no normativa- orientada a *identificar el significado lingüístico* o contenido semántico de un uso particular del lenguaje de un texto legal, la construcción, en cambio, supone la acción de poner en efecto ese significado a las circunstancias de hecho particulares en una controversia⁵⁴,

⁵² Dichas operaciones –se añade- están estrictamente conectadas entre sí y cada una con las otras: *v.gr.*, la construcción de excepciones implícitas sirve para crear lagunas normativas y axiológicas; la construcción de normas implícitas permite resolver lagunas axiológicas y normativas –así como concretar principios-; la construcción de jerarquías axiológicas es útil crear normas implícitas –y disipar conflictos entre principios-, *vide* *Ibidem.*, *Interpretación y construcción jurídica*, Isonomía, 43 (2015) 11-48, 20.

⁵³ Guastini, R. (2011) *Rule-Scepticism Restated* ap. Green, L. – Leiter, B. –Ed.- *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 143-144. Huelga recordar que a menudo –aunque no siempre- una norma implícita es la conclusión de un razonamiento que incluye premisas que son normas explícitas. En la mayoría de los casos, sin embargo, tales razonamientos, primero, no son lógicamente válidos –no son deductivos- y, segundo –y más importante-, incluyen también premisas que no son normas explícitas, sino esquemas conceptuales y teorías elaboradas arbitrariamente por la dogmática e impuestas por el intérprete, *cf.* Guastini, R. (2004) *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, p. 104.

⁵⁴ Barnett, R.E. *Interpretation and Construction*, Harvard Journal of Law & Public Policy, 34 (1) (2010) 65-73, 65, con la siguiente salvedad allegada por el Profesor de la Universidad de Georgetown: no todos los originalistas estarán de acuerdo en cómo participar de la operatoria de construcción en función de sus diferentes razones normativas para favorecer el modelo de interpretación originalista –*v.gr.*, aquellos que sustentan su compromiso con el originalismo en nociones de soberanía popular suelen favorecer los principios de construcción que reflejen este compromiso normativo, a diferencia de los que militan el originalismo como un medio para proteger los derechos de fondo retenidos por las personas, puesto que probablemente desplegarán las reglas de construcción que resguardan libertades-; en consecuencia, al igual que los originalistas demandan una teoría normativa para explicar por qué adherir al significado original de la Constitución, también necesitan –sin que medie escapatoria a tal dilema, en su parecer- una teoría normativa sobre cómo interpretar una Constitución cuando se agota su significado. En efecto, “(...) *si se cree que los tribunales deberían ceder ante la Legislatura cuando una cláusula particular es vaga, se necesita un argumento normativo para este principio de construcción. Lo mismo ocurre con la adopción de una "presunción de libertad" que impone al gobierno la carga de justificar sus restricciones a la libertad según sea necesario y adecuado. Esto también es una construcción constitucional.*” Por lo restante, se añade que igualmente los adherentes del no originalismo se enfrentan a las mismas inquietudes cuando afirman que debe seguirse el significado contemporáneo del texto, o las decisiones de la Corte Suprema que sustituyen al texto –tal como lo arguye David A. Strauss en ocasión de su obra *The Living Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 43 y ss.-, en virtud de que en la medida en que ofrecen un método de interpretación, realizan afirmaciones empíricas sobre el significado semántico del texto de la Constitución de hoy, o el significado semántico de lo que la Corte Suprema ha dicho en sus opiniones. Luego, necesitan una razón normativa para seguir este significado y emplearlo para decidir las controversias constitucionales, o ignorar el significado semántico en favor de otros –salvo, claro está, que cuando los *nonoriginalists* afirman que toda interpretación es una cuestión de elección normativa, en realidad están rechazando la información incrustada en el texto en favor de los significados totalmente proporcionados o contruidos por el intérprete. Para tales no originalistas, todo es construcción-. Con esta orientación, *vide in profundis* *Ibidem.*, *Restoring The Lost Constitution: The Presumption Of Liberty*, Princeton University Press, Princeton, 2013, pp. 89 y ss; Whittington, K.E. (1999) ***Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review***, University Press of Kansas, Lawrence, pp. 5 y ss; Balkin, J.M. (2011) *Constitutional Redemption. Political Faith in an Unjust World*, Harvard University Press, Cambridge, p. 232, refiriendo que el proceso de construcción constitucional es una muestra de constitucionalismo viviente –*living constitutionalism*- cuando las cortes de justicia desarrollan doctrinas e instituciones para cubrir *gaps* del sistema constitucional, diseñar nuevas capacidades o crear programas de gobierno y funciones, o

traduciendo el significado lingüístico o contenido semántico de un documento normativo en *directivas* para su resolución -paradigmáticamente en los casos en que el significado es vago-.⁵⁵

No pocos estudiosos han deseado introducir en este último supuesto una nota distintiva, en virtud de la cual se experimentaría un acto de *determinatio*-judicial- que permite la *implementación* de la regla legal al caso concreto⁵⁶, *i.e.*, un proceso por medio del cual el juez asigna un determinado sentido semántico a una disposición que debe aplicar y cuyo contenido es tan indeterminado normativamente -vaguedad- que solamente el texto y la aplicación de cánones ordinarios de interpretación no son capaces de resolver el asunto por sí mismos.⁵⁷ Claramente, entonces, lidiando con estándares de construcción jurídica es que las cortes judiciales dejan en claro que tal texto -de hecho- no resulta enteramente silencioso, aunque a favor de una precisa opción para su abordaje a través de una invitación abierta a conectar la ausencia de lenguaje expresivo o la insuficiencia de herramientas interpretativas con una decisión que formula una novel norma que se enjuicia implicada en el sistema jurídico -*door opening silence*-.⁵⁸

No podría prescindirse de la eventual hipótesis en la que, pese a la tentativa de construcción jurídica, persista la vaguedad de la disposición -ni el análisis de la intención de su autor oriente el proceso de formulación de la norma implícita-, en cuyo supuesto se apadrina -

bien, si aplican las disposiciones constitucionales a circunstancias *ex novo*, fuera de los estándares abstractos acuñados en el texto fundamental. *Vide etiam* Posner, R.A. (2008) *How Judges Think*, Harvard University Press, Harvard, pp. 201 y ss.

⁵⁵ Solum, L.B. *Incorporation and Originalist Theory*, *Journal of Contemporary Legal Studies*, 18 (2009) 409-446, 437, señalando que característicamente mientras la interpretación resuelve la *ambigüedad* -un término es ambiguo si y sólo si contempla más de un sentido o significado-, la construcción, en cambio, crea reglas subsidiarias que resuelven la *vaguedad* -un término es vago si y sólo si admite casos límites o inciertos-. Aunque Timothy A.O. Endicott identifica dos índices de vaguedad: al margen de los casos límite, reseña un principio de tolerancia en virtud del cual "(...) un pequeño cambio en un objeto en un aspecto relevante para la aplicación de la expresión no puede hacer la diferencia entre la aplicación de la expresión y su no aplicabilidad", *cfr.* Endicott, T.A.O. (2000) *Vagueness in Law*, Clarendon Press, Cambridge, pp. 31 y ss. Cabe hacer notar que el distingo hasta aquí anotado es morigerado por aquellos eruditos, como Jeffrey Goldsworthy, que estiman que -con arreglo al uso común y hasta profesional, aunque no académico- el término *interpretación* englobaría sendos procesos, *i.e.*, uno atiente a la actividad declarar y revelar los sentidos preexistentes -expresos e implícitos- de un texto legal -pese a que regularmente sea ineficaz para superar vaguedades o lagunas-, otro relativo a una labor de suplemento consistente en adicionar nuevos significados al mencionado texto que no resultan previamente poseídos por éste con la finalidad de conjurar sus indeterminaciones -*supplementing interpretation*- y hasta de modificar los sentidos preexistentes con miras a su *corrección* -*v.gr.*, errores de diseño, comprendiendo las inconsistencias internas; identificación de términos excesivamente amplios con el objetivo de evitar hipótesis de invalidez; ajustes incrementales a los significados de preceptos inhábiles para la consecución de los propósitos de sus artífices ante desarrollos sociales, económicos, tecnológicos, etc., no anticipados; implicación de términos dentro del documento normativo en aras de su eficacia; interpretación equitativa para neutralizar consecuencias imprevistas o no intencionales ante circunstancias inusuales o fenómenos imprevistos; etc.-, y hasta su *perfeccionamiento* -*rectifying interpretation*-; denominando, por tanto, el Profesor de la *Monash Law School* a la primera especie de interpretación con la etiqueta de interpretación clarificadora -*clarifying interpretation*-, mientras que a la segunda con el rótulo de interpretación creativa -*creative interpretation*-, *cfr.* Goldsworthy, J. (2018) *The Implicit and the Implied in a Written Constitution* *ap.* Dixon, R. - Stone, A. -Eds.- *The Invisible Constitution in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, New York, pp. 110-112.

⁵⁶ Finnis, J.M. (2011) *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, p. 284.

⁵⁷ Waldron, J. *Torture, Suicide and Determinatio*, *The American Journal of Jurisprudence*, 55 (1) (2010) 1-29, 6, aunque indicando que si bien es una labor normal del legislador -*lawmaking process*-, hay diversos agentes de determinación que pueden trabajar conjuntamente -*v.gr.*, legisladores y jueces-, con lo que -según el iusfilósofo neozelandés- el proceso de determinación asume un componente legislativo cuanto unode carácter judicial: "(...) *la determinación ocurre en etapas*" [*Determinatio happens in stages*].

⁵⁸ Tribe, L.H. (2018) *Soundings and Silences* *ap.* Dixon, R. - Stone, A. -Eds.- *The Invisible Constitution in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, New York, pp. 29 y ss. , descartando, así, un enfoque *door closing silence*.

de estar a la sugerencia de Lawrence B. Solum- la opción del sujeto interpretativo a favor de un criterio decisorio que minimice su discrecionalidad y maximice la estabilidad y predictibilidad demandadas por el Derecho.⁵⁹

Precisamente uno de los más importantes filósofos jurídicos contemporáneos ha prevenido en torno a la polémica suscitada entre dos perspectivas rivales en derredor la forma de entender el *constructo* conceptual de *Rule of Law*. Precisamente Ronald M. Dworkin explica que los partidarios de la *rule book conception* –enfoque sustentado en el cumplimiento del reglamento- postulan que el poder estatal nunca debe ejercerse contra los ciudadanos, salvo cuando en un reglamento público –*public rule book*-, al que todos pueden acceder, existan normas explícitas –*explicitly rules*- que indiquen lo contrario, de modo que los jueces –en un plano positivo- deben decidir procurando descubrir qué es lo que *realmente* dice la norma al respecto –*what is really in the rule book*-, sin que resulten habilitados para resolver sobre la base de sus propias convicciones –desde que, al menos en este aspecto negativo, una decisión política no es una determinación sobre lo que la norma dice, sino sobre lo que debería decir-; en contraste, los patrocinadores de la *rights conception* –orientación centrada en los derechos- parecerían abordar cuestiones de justicia sustancial a través de un modelo equipado con un grado mayor de complejidad –en la opinión del Profesor de la Universidad de Nueva York-:

“(...) cada ciudadano posee derechos y deberes morales [moral rights and duties] en relación con el resto de los ciudadanos y derechos políticos en relación con el Estado en su conjunto (...) esos derechos morales y políticos deben estar reconocidos en el derecho positivo, de modo tal que se los haga cumplir cuando así lo requieran los ciudadanos [enforced upon the demand of individual citizens] a través de los tribunales u otras instituciones judiciales similares, en la medida en que sea posible. El ideal del Estado de Derecho es, en este sentido, el ideal del imperio por medio de una concepción pública y precisa de los derechos individuales (...) en una democracia, los ciudadanos tienen, prima facie, como mínimo un derecho moral indiscutible, que es el de que la justicia vele por los derechos promulgados por los órganos legislativos representativos (...) pero, si bien el modelo de los derechos acepta que el reglamento es, en este sentido, fuente de derechos morales en los tribunales, niega que sea su única fuente [denies that the rule book is the exclusive source of such rights]. Por consiguiente, si surge algún caso sobre el que el reglamento nada dice [the rule book is silent], o si sus palabras son susceptibles de interpretaciones opuestas, lo correcto es preguntar cuál de las dos decisiones posibles se adecua mejor a los derechos morales de las partes [best fits the background moral rights of the parties]. Puesto que el ideal de la decisión judicial, en el modelo de los derechos, es que, en la medida de lo posible, al acudir a la justicia, los ciudadanos puedan disponer de manera efectiva de los derechos morales que gozan [should be available to them in courts].”⁶⁰

⁵⁹ Solum, L.B. *The Supreme Court In Bondage: Constitutional Stare Decisis, Legal Formalism, and The Future of Unenumerated Rights*, University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, 9 (2006) 155-208.

⁶⁰ Dworkin, R.M. (1985) *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, pp. 11-13, 16, con la siguiente aclaración: “(...) si está claro que el órgano legislativo los ha sancionado, entonces también está claro que los ciudadanos tienen un derecho moral a ejercerlos en los tribunales (Esta afirmación debe ser matizada en democracias cuya Constitución imponga límites al poder legislativo. Lo mismo sucede cuando se trata de aquellas cuyas leyes sean eminentemente injustas, aunque es complejo determinar cómo hacerlo).”

Por lo demás, el ensayo precedentemente glosado no ha impedido que Ronald M. Dworkin acepte el punto de vista que predica que el distingo entre el cuerpo de derechos legalmente manifiestos y el set de derechos no enumerados—en ocasiones controversiales—aunque judicialmente reconocidos, es —en su entender— una propuesta falaz, fruto de una mala filosofía como de una incompreensión de las restricciones semánticas—al punto, que sugiere la claudicación de su trascendencia como distinción estructural entre los teóricos constitucionales—, puesto que las cláusulas claves [*key clauses*] diseñadas en las declaraciones de derechos consisten —en la matriz dworkiniana— en un genuino reservorio de amplios *principios de moralidad política* [*broad principles of political morality*] que en su conjunto abarcan, en forma excepcionalmente abstracta, todas las dimensiones de un mínimo ético que, con arreglo a cánones de cultura política, resultan susceptibles de fundamentar y garantizar —traduciendo exigencias jurídicas objetivas— un derecho fundamental —como alternativa, entonces, el decisivo factor [*major drive*] radica en la aplicación de tales principios a controversias particulares, trasuntando así un problema de interpretación y no de mención o referencia por disposiciones positivadas—.⁶¹

III. La previsión del silencio en el Derecho internacional de los derechos humanos. A propósito del diseño de la cláusula de derechos implícitos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Un menú de dificultades teóricas y connotaciones prácticas. Condiciones de operatividad.

6. ¿Puede la Constitución —indaga Alec Stone Sweet— desplazarse más allá del Estado-Nación? Desde que la distinción entre sociedad internacional y doméstica —debida, en su mayor parte, a un abordaje dogmático por la teoría dominante— es relativa y no absoluta⁶², lo cierto es que en el dominio del constitucionalismo latinoamericano algunos estudiosos han registrado la frecuencia con la que los diseñadores constitucionales insertan —en documentos

⁶¹ Dworkin, R.M. (1992) *Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled*. Stone, G.R. – Epstein, R.A. – Sunstein, C.R. –Eds.- *The Bill of Rights in the Modern State*, The University of Chicago Press, Chicago – London, pp. 381 y ss.; *Ibidem.*, *The University of Chicago Law Rev.*, 59 (1992) 381, 387, a diferencia de aquellos doctrinarios que apelan retóricamente al argumento de que la diferenciación desnuda una importante cuestión constitucional [*important constitutional issue*]: la atinente a si los tribunales de justicia blanden autoridad para hacer cumplir derechos no enumerados actualmente en la Constitución como auténticos derechos constitucionales, incluso no sólo ignorando sino hasta modificando lo que dijeron los *Constitution's Framers*—descontando, indudablemente, que la taxonomía dworkiniana de las estipulaciones habidas en un *Bill of Rights* discrimina, con meridiana claridad, enunciados sumamente concretos [*v.gr.*, la prohibición prevista en la *Third Amendment* (1791) respecto del acuartelamiento de tropas en tiempos de paz], otros de abstracción media [*v.gr.*, de estar a las libertades de libre expresión, prensa y religión de la *First Amendment* (1791)] y hasta aquellos dotados de la mayor abstracción posible [*v.gr.*, con arreglo a las reseñas a la igual protección de las leyes y al debido proceso legal contempladas en la *Fourteenth Amendment* (1868)]. En orden a las concepciones que presentan a la Constitución como el reconocimiento de principios morales y abstractos, en lugar de la codificación de reglas o prácticas históricas, e indagan el modo en que la interpretación de aquellos principios demanda juicios normativos acerca de cómo deben entenderse —y no meramente la investigación histórica encaminada a descubrir significados originales relativamente específicos—, puede consultarse la sugerencia dworkiniana de *lectura moralde la Constitución* [Dworkin, R.M. (1996) *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, pp. 2 y ss], o bien, la iniciativa de *enfoque filosófico* apadrinada por Sotirios A. Barber y James E. Fleming [Barber, S.A. – Fleming, J.E. (2007) *Constitutional Interpretation: The Basic Questions*, Oxford University Press, New York, pp. XIII y ss., 155 y ss.].

⁶² Stone Sweet, A. *What is a Supranational Constitution? An Essay in International Relations Theory*, *Review of Politics*, 55 (1994) 441-474.

fundantes- estipulaciones etiquetadas de *apertura* o *estatalidad abierta*⁶³, de conformidad con las cuales se asigna un *locus* privilegiado a los *instrumentos supranacionales de derechos humanos* a través de la adjudicación de rango constitucional –*v.gr.*, arts. 75 inciso 22 de la Constitución de la Nación Argentina a partir de la reforma constitucional de 1994, 74.3 de la Constitución de República Dominicana de 2015, etc.-, de su equivalencia con enmiendas constitucionales –*v.gr.*, art. 5, LXXVIII N° 3 de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, a propósito de la reforma constitucional de 2004-, y hasta de su preeminencia normológica sobre el nivel normativo doméstico, sea en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables –*v.gr.*, art. 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999-, sea que se consagre directamente su prevalencia en el orden interno –*v.gr.*, arts. 46 de la Constitución de Guatemala de 1985, 93 de la Constitución Política de Colombia de 1991, 13.IV de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, etc.-.

Asimismo la taxonomía de tales cláusulas descubre una *vis expansiva*, si se retiene la asiduidad con la que los constituyentes inscriben estándares de *interpretación armonizante o conformadora* de la Constitución al albor del estatuto internacional de derechos humanos –*v.gr.*, arts. 1 & 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917–según la reforma constitucional de 2011-, 93 de la Constitución de Colombia de 1991, 13.IV de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, Disposición Transitoria IV de la Constitución Política del Perú de 1993, etc.-; de *aplicación directa e inmediata* de las normas constitucionales e internacionales que consagran derechos humanos –*v.gr.*, arts. 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, 74.4 de la Constitución de República Dominicana de 2015, etc.-; de *exigibilidad judicial y desarrollo progresivo* del contenido de los derechos –*v.gr.*, arts. 11, inciso 3, & 3, e inciso 8 de la ley constitucional ecuatoriana de 2008-; de *promoción, respeto y protección* de los derechos previstos en regulaciones constitucionales e internacionales –*v.gr.*, arts. 5.2 de la Constitución de Chile de 1980, 46 de la Constitución de Nicaragua con motivo de la enmienda constitucional de 2005, etc.-; de *admisión de un orden jurídico supranacional* que garantice la vigencia de los derechos humanos –*v.gr.*, art. 145 de la Constitución de Paraguay de 1992-; de aplicación principiología de directrices hermenéuticas *pro ser humano*, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta –*v.gr.*, art. 417 de la carta constitucional ecuatoriana de 2008-, o bien, del criterio exegético *más favorable* a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, la procura de armonización con los bienes e intereses protegidos por la Constitución –art. 74.4 del instrumento constitucional dominicano de 2015-; de solidaridad, de afianzamiento de la paz y la democracia universales, de *inviolabilidad de la dignidad humana* –arts. 15 y 59 de la Constitución de Honduras de 1982, en razón de la reforma constitucional de

⁶³ Von Bogdandy, A. (2013) *Jus Constitutionale Commune Latinoamericanum ap.* Von Bogdandy, A. – Morales Antoniazzi, M. – Ferrer Mac-Gregor, E. –Coords.- *Jus Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*, Porrúa, México, pp. 19-20. De allí que bien puede retenerse la crítica waldroniana hacia los argumentos del atomismo individual –defendido por los partisanos de una comunidad en reducida escala-: si, como los teóricos comunitaristas insisten, existe una deuda de procedencia con las estructuras sociales que han formado a sus integrantes, debería –por tanto- reconocerse igualmente un débito con la *comunidad global* –de la misma manera en que se resulta deudor de un particular Estado, nación, región, etc.-, pues las estructuras de acción e interacción, de dependencia e interdependencia, trascienden –sin esfuerzo- las fronteras nacionales y étnicas, y hasta habilitan la oportunidad de perseguir comunes y trascendentes proyectos bajo condiciones de benevolencia, cooperación e intercambio –conllevando, así, una moderna realización del pensamiento aristotélico: iguales que se orientan asimismo en común para la búsqueda de la virtud-, *cf.* Waldron, J. (1995) *Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative* ap. Kymlicka, W. –Ed.- *The rights of Minority Cultures*, Oxford University Press, Oxford, p. 102-105.

1994-; de *proscripción de celebración y ratificación de tratados que lesionen o menoscaben derechos y garantías fundamentales* de la persona humana –art. 146 de la Constitución de la República de El Salvador de 1983-; etc.⁶⁴

Deconstruyendo, de esta forma, el orden piramidal de las normas –como representación estructural alentada por el discurso de un positivismo legalista o kelsenismo, sobre las relaciones entre los sistemas normativos estatales e internacionales- en razón de la internacionalización del Derecho constitucional⁶⁵, debido a su impotencia para explicar –descriptiva y prescriptivamente- la diversidad dentro del ámbito jurídico en general, como los vínculos entre las Constituciones y los fenómenos jurídicos internacionales, los teóricos pluralistas –*pluralist setting*- conciben una estrategia conceptual que estiman de mayor provecho:

“(…) el concepto de pluralismo jurídico no implica una estricta separación entre regímenes jurídicos; por el contrario, promueve la idea de que existe una interacción entre los distintos ordenamientos jurídicos. Este concepto conlleva además importantes consecuencias para la concepción del Derecho constitucional: ninguna Constitución es ya un universo en sí mismo, sino más bien un elemento de un “pluriverso normativo” (...) en este contexto, un concepto que podría resultar útil para explicar las relaciones normativas sería el de *acoplamiento* entre ordenamientos jurídicos.”⁶⁶

⁶⁴ Las variantes expuestas en el texto no agotan, por supuesto, el repertorio normativo: *v.gr.*, si bien el art. 105 del texto constitucional costarricense de 1949 deja en claro que la potestad legislativa no podrá ser renunciada ni sujeta a limitaciones mediante ningún convenio o contrato, ni directa ni indirectamente, *salvo el caso de los tratados de conformidad con los principios del Derecho internacional*–según la factura brindada en ocasión de la reforma constitucional de 2002-, persiste la fórmula vigente del art. 7 –pergeñada en 1968- en orden a que los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán –desde su promulgación o desde la fecha que ellos designen- *autoridad superior a las leyes*. Asimismo conviene tener presente que el art. 17 del documento constitucional hondureño de 1982 consigna que un tratado internacional que afecte una disposición constitucional, debe ser aprobado por el procedimiento que rige la *reforma de la Constitución*, de igual manera el precepto constitucional afectado debe ser modificado por el mismo procedimiento, antes de ser ratificado el tratado por el Poder Ejecutivo –a tenor de la modificación introducida en 2003-, de modo que en la hipótesis de conflicto entre el tratado o convención y la ley prevalecerá el primero –art. 18-. En referencia a las diferentes opciones del poder constituyente al otorgar graduación supraconstitucional, constitucional, suprallegal y legal, *vide in extenso* Carnota, W.F. (2011) *Marco teórico-conceptual de los tratados internacionales* ap. Carnota, W.F. –Dir.- *Tratado de los Tratados Internacionales*, La Ley, Buenos Aires, V. I, p. 6. *Vide etiam* Ayala Corao, C. (2002) *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias* ap. Méndez Silva, R. –Coord.- *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho constitucional*, UNAM, México, pp. 37-90.

⁶⁵ I-CON's Fifth-Anniversary Conference, *Rethinking Constitutionalism in an Era of Globalization and Privatization*, Sorbonne, Paris, 25-26.10.2007.

⁶⁶ Von Bogdandy, A. *Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship Between International and Domestic Constitutional Law*, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press, VI (2008) 397-413, 401, con la aclaración –por parte del Director del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law- en orden a que la respuesta a la tesis de la deconstrucción no es absoluta sino relativa, ella debe buscarse dentro del proceso constitucional interno, de acuerdo con las experiencias, expectativas y convicciones de las diversas y heterogéneas comunidades constitucionales; aunque –igualmente se contraponen- que –desde que tal postura afecta la naturaleza retórica de las argumentaciones- reviste un importancia práctica muy secundaria, de hecho, que los razonamientos de los operadores del Derecho vengan a ser, acaso, presentados –o así aparezcan calificados metadogmáticamente- ya sea como pirámide o como red, pues “(...) *las cámaras de torturas interpretativas que fuere se pueden acomodar a cualquiera de aquellos dos modelos, llegado el caso, tanto si el intérprete tiene conciencia teórica de tal alternativa como si no la tiene*”, *cfr.* Haba, E.P. *Puntualizaciones realistas sobre la concepción: «redes» del Derecho. Realidades, silencios y fantasías que se conjugan al postularla como «paradigma» renovador del pensamiento jurídico*, *Doxa*, 41 (2018) 316. La censura anotada en modo alguno descuida el análisis del denominado *síndrome normativista* –como de sus principales técnicas discursivas-, *vide etiam* Ibídem., *Metodología jurídica irreverente*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 262 y ss. Tampoco la reticencia de ciertos teóricos a un planteo binario que solamente desague en la dicotomía *constitucionalismo-pluralismo*–en términos tanto teóricos como empíricos-, en la inteligencia que la construcción de la noción de *pluralismo constitucional* supone especificar qué

Los estudiosos alineados con esta propuesta son proclives a la incorporación de una singular trama discursiva que reseña –a título de *key-concepts* de una concepción posmoderna del Derecho- desde la emergencia de una intersección de una pluralidad de diferentes órdenes legales –*interlegalidad*⁶⁷, pasando por la hechura de un código jurídico universal –*universal code of legality*- que erosiona la fuerza persuasiva del ideal de plenitud del sistema jurídico⁶⁸ o la modelación de un avatar –de proyección regional- consistente en un *Jus Constitutionale Commune Latinoamericanum*⁶⁹, hasta el desplazamiento conceptual de la capital noción de supremacía – inherente a un único centro de imputación de validez normativa, ante la que se acude, con

es –a la vez- constitucional y pluralista acerca de la estructura de un sistema jurídico: al considerar la interfaz entre los regímenes internacionales y nacionales, los académicos generalmente identifican como andamiaje normativo básico a la Constitución, las directrices de *jus cogens*, los derechos fundamentales, etc., componentes que encuentran su expresión en tratados internacionales –multilaterales y regionales- firmemente respaldados por la *opinio juris*, sin perjuicio que lo que hace que el sistema sea constitucional estriba en que presenta una *estructura normativa general* conformada por el estatuto de los derechos que los jueces –y otros funcionarios- tienen el deber legal de hacer cumplir y un conjunto de técnicas compartidas que éstos han desarrollado para adjudicarlos en los diálogos que protagonizan. Al mismo tiempo, la distribución de la autoridad propuesta es pluralista, puesto que el espacio se compone de jerarquías discretas, nacionales y basadas en instrumentos internacionales, cada una de las cuales ostentan una *pretensión o afirmación autónoma de legitimidad*, de modo que la agencia de mando para hacer cumplir los derechos fundamentales adquiere notas descentralizadas –en el sentido de que no existiría, en su opinión, una regla final de clausura de conflictos o una autoridad última para resolver colisiones normativas-, *cf.* Stone Sweet, A. *The Structure of Constitutional Pluralism*, *International Journal of Constitutional Law*, 11 (2)(2013) 491–500.

⁶⁷ Además de ser ordenadas por un singular orden legal, las sociedades modernas –escribe Boaventura de Sousa Santos- están reguladas por una *pluralidad de órdenes legales*, interrelacionados y socialmente distribuidos en diferentes formas, gestantes, así, de una porosidad legal –*legal porosity*- que articula múltiples redes que obligan a transiciones constantes y *trespassings*, *cf.* de Sousa Santos, B. (1995) *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, New York, pp. 114, 473. Descartándose, así, una legalidad estatalmente centrada, la que cede su paso a un fenómeno de legalidad no estatal que transforma el problema de determinación de límites por uno de superposición, intersección y otras formas de coordinación y participación entre diferentes órdenes jurídicos –*non state legality*-, *cf.* Culver, K.C. – Giudice, M. (2010) *Legality's Borders. An Essay in General Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, pp. 143 y ss. *Vide etiam* Serna de la Garza, J.M. (2017) *El concepto de Jus Constitutionale Commune en derechos humanos: elementos para una agenda de investigación ap.* Von Bogdandy, A. – Morales Antoniazzi, M. – Ferrer Mac-Gregor, E. –Coords.- *Jus Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro – Max Planck Institute, 2017, pp. 193-194.

⁶⁸ Günther, K. (2008) *Legal Pluralism Or Uniform Concept Of Law? Globalisation As A Problem Of Legal Theory. No Foundations*, *Journal of Extreme Legal Positivism*, Helsinki, 5 (2008), 5-21, 16, en virtud de que no debiera sorprender –en el argumentario pluralista- que se asevere que los agentes involucrados en las varias y multinivel redes de interlegalidad se comunican a través de un concepto uniforme de Derecho –*uniform concept of Law*- que se traduce en un *metalenguaje* que contiene referentes conceptuales atinentes a derechos, procedimientos ecuanímenes, sanción, incumbencia, etc.

⁶⁹ Tal lexicografía ha puesto de relieve –a través del intercambio académico entre el Instituto Max Planck de Derecho público comparado y Derecho internacional público y expertos latinoamericanos- la configuración de un *Derecho común* en tanto estrategia para otorgar respuesta al interrogante sobre *cómo entender las estructuras fundamentales del Derecho público a la luz de los procesos de apertura y globalización*, teniendo en cuenta su caracterización producto del *entrelazamiento* de los órdenes normativos supranacional y nacional de protección de los derechos humanos propios del siglo XXI; surge, por tanto, para tales doctrinantes la necesidad de *repensar definiciones jurídicas clásicas*, utilizando como herramientas básicas la interdisciplinariedad y el Derecho comparado, tomando en cuenta la visión de los diversos actores y protagonistas de los cambios de paradigma, en un escenario de *pluralismo normativo*, *cf.* Von Bogdandy, A. – Morales Antoniazzi, M. – Ferrer Mac-Gregor, E. (2013) *Nota preliminar ap.* Von Bogdandy, A. – Morales Antoniazzi, M. – Ferrer Mac-Gregor, E. –Coords.- *Jus Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*, Porrúa, México, pp. XIII-XIV, donde consideran que “(...) en un mundo cada vez más interrelacionado, los Estados latinoamericanos enfrentan retos importantes para articular respuestas jurídicas acordes con los fenómenos de la humanización del derecho, en el sentido de la incorporación progresiva de los tratados de derechos humanos con rango constitucional, proceso además inspirado en principios y valores compartidos en la región.”

miras a la resolución de conflictos entre disposiciones y autoridades, al rango diferenciado de un intérprete último que se expide *uppermost* sobre un escalonamiento rígido de fuentes del Derecho- por la de *heterarquía*⁷⁰, en tanto ésta última condensaría, en contrapunto, la *unidad de relaciones interdependientes*, verticales y horizontales, entre *órdenes múltiples* –y sus actores- en redes caracterizadas por *acoplamientos normativos no jerárquicos* y una concepción *no centralizada* de la *autoridad normativa* sino más bien compartida –peculiar, entonces, al funcionamiento de un aglomerado *dinámico y flexible* de fuentes jurígenas⁷¹, etc.

7. Descontando los registros en el panorama constitucional comparado⁷², lo cierto es que dentro del espectro de los instrumentos internacionales de derechos humanos granjeados con

⁷⁰ Con la pretensión de describir –a través de estereotipo conceptual- la existencia de una creciente y densa *red de instituciones de gobernanza global*, creada y mantenida por *actores públicos y privados*, y –a la par- orientada a la *gestión colectiva* –basada en reglas- de los problemas transoberanos a través de una *coordinación y cooperación horizontal*, donde diferentes grupos de agentes –*v.gr.*, Estados, organizaciones intergubernamentales, organizaciones de la sociedad civil, etc.- son sensibles a los valores e intereses de cada uno y dependen entre sí para la consecución de objetivos comunes, descartándose así la implementación de disposiciones ligadas a un proceso político que sólo opere verticalmente entre las diferentes cotas o estamentos –sea *top down*, sea *bottom up*-, *vide* Rittberger, V. (2008) *Global Governance: From 'Exclusive' Executive Multilateralism To Inclusive, Multipartite Institutions*, *Tübinger Arbeitspapiere zur Internationalen Politik und Friedensforschung*, 52 (2008) 1-28, 16. ¿Qué habría de decirse de la plausibilidad de esta iniciativa –observa el Profesor de la Universidad de Frankfurt, Klaus Günther- si la figura de un sólo legislador legítimo por medio de un ordenamiento jurídico general y coherente, como así también la de una adjudicación legal basada en la interpretación –también coherente- de disposiciones y precedentes judiciales, tributaria de una unidad sistémica –propia de un modelo estatalmente centrado [*State centredness*]-, procura ser reemplazada por la vertiginosa imagen de *áreas fragmentadas de autorregulación normativa*, practicadas por sujetos de producción jurídica que no sólo parecen haberse empoderado a sí mismos, pues –además- generan enunciados normativos con diferentes grados de generalidad y alcance a través de deslindes competenciales con distintas gradas de simetría y asimetría?, *cf.* Günther, K. (2008) *Legal Pluralism Or Uniform Concept Of Law? Globalisation As a Problem of Legal Theory. No Foundations*, *Journal of Extreme Legal Positivism*, Helsinki, 5 (2008), 5-21, 7.

⁷¹ Von Bernstorff, J. (2004) *The Structural Limitations of Network Governance. ICANN as a Case in Point* *ap.* Joerges, C. – Sand, I.J. – Teubner, G. –Ed.- *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart Publishing, Oxford, pp. 257 y ss.

⁷² Al menos, si se retiene que el uso argumentativo en virtud del cual los derechos imprevistos blanden la misma protección jurídica que cualquier derecho textual descubre implicaciones necesarias –tanto sustantivas cuanto fundantes- para la teoría constitucional, *cf.* Sager, L.G. *You Can Raise the First, Hide Behind the Fourth, and Plead the Fifth. But What on Earth Can You Do with the Ninth Amendment?*, *Chi.-Kent. Law Rev.*, 64 (1988) 239, si se apunta desde la saga de críticas lanzadas al originalismo en la arena hermenéutica, *cf.* Levinson, S. *Constitutional Rhetoric and the Ninth Amendment*, *Chi.-Kent Law Rev.*, 64 (1988) 131, hasta la discusión suscitada con motivo de la polémica invocación –sugerida por Akhil R. Amar- de un derecho –primero, inalienable e indiscutible, a más de no positivizado- de la mayoría del pueblo a alterar legítimamente la norma de base o modificar su gobierno constitucional sin recurrir –pese a la contemplación expresa de mecanismos de revisión en disposiciones jurídicas autorreferentes, como la *Amendment Clause* consignada en el art. V de la *Federal Constitution*(1787)- al *iter* de su ratificación por Legislaturas o Convenciones estatales sino a través de una Convención Nacional o –fundamentalmente- por intermedio de un *referéndum* popular –desactivando, así, el *Philadelphia style proposition convention*-, *cf.* Amar, A.R. *Philadelphia Revisited*, *Chi. Law Rev.*, 55 (1988) 1056-57 [sin perjuicio de que en un trabajo postrero, el Profesor de la Universidad de Yale, con apoyatura en requerimientos de democracia deliberativa, patrocina la obligación congresional de convocar a una Convención Constituyente si una mayoría de ciudadanos así lo petitiona, como así también la legitimidad de la ratificación de la enmienda así pergeñada, y hasta de una nueva Constitución, por decisión mayoritaria del electorado, en la comprensión de que si la versión americana de la cláusula de derechos imprevistos enfatiza –en definitiva- la teoría revolucionaria de la soberanía popular, la participación y el sufragio en un *referéndum* nacional denota la más directa expresión de la voluntad del pueblo, *cf.* Amar, A.R. *Consent of the Governed*, *Colum. Law Rev.*, 94 (1994) 459]. Ahora bien, desde el enclave del estereotipo norteamericano de los derechos no enumerados [*unenumerated rights*] resulta frecuente la glosa del posicionamiento de aquellos eruditos estadounidenses que postulan que la *Founding generation* de los americanos del Norte alentaba la idea de un gobierno constitucional no sólo limitado por los términos de una Constitución escrita [*paper Constitution*], sino también por principios derivados de los conceptos de derechos naturales, justicia, y hasta de la misma *British Constitution*, etc., de tal modo que el principal propósito de la *Ninth Amendment* (1791) –pues, algunos académicos añaden el influjo de la coetánea cláusula de poderes reservados [*Reserved Powers Clause*] consagrada por la *Tenth Amendment* [siquiera, desde que Laurence H. Tribe la adjetivara como la imagen reflejada (*mirror image*) de la directiva hermenéutica encarnada en la Novena Enmienda, *cf.* Tribe, L.H. (2018) *Soundings and Silences* *ap.* Dixon, R. – Stone, A. –Eds.- *The*

cotización constitucional por la Ley Mayor –art. 75 inciso 22 CN-, algunos acogen *cláusulas de escrutinio de derechos imprevistos* –despejando, así, la idea de que éstos solamente exhiben la vitalidad de una curiosidad jurídica⁷³. Tal estado del arte se verifica en los siguientes

Invisible Constitution in Comparative Perspective, Cambridge University Press, New York, p. 50],e, inclusive, de la de debido proceso [*Due Process Clause*] prevista en la *Fourteenth Amendment* (1868)- finca, según tal parecer, en asegurar derechos innominados en el texto constitucional –cuyas cláusulas abiertas, a diferencia de las específicas, gestan atractivos problemas en la aplicación depositados interpretativistas o textualistas en razón de las dificultades para determinar su contenido por sola referencia al documento elaborado por los constituyentes, al propósito por ellos perseguido o a su historial-, evitando, así, que el *Bill of Rights* se comprenda en el sentido de agotar [*exhaust*] el espectro posible de derechos básicos y fundamentales –arguyendo, de esta manera, tal adjudicación al entendimiento mayoritario de los miembros de la *Constitutional Convention*-, vide in extenso Barnett, R.E. (2013) *Restoring The Lost Constitution: The Presumption Of Liberty*, Princeton University Press, Princeton, pp. 53 y ss, 226 y ss; Massey, C.R. (1995) *Silent Rights: The Ninth Amendment and the Constitution's Unenumerated Rights*, Temple University Press, Philadelphia; Ibidem., *Antifederalism and the Ninth Amendment*, Chi.-Kent Law Rev., 64 (1988) 987; Tribe, L.H. *Contrasting Constitutional Visions: Of Real and Unreal Differences*, Harv. C.R. – C.L. Law Rev., 22 (1987) 85; Grey, T.C. *Do We Have an Unwritten Constitution?*, Stan. Law Rev., 27 (1975) 702; Sherry, S. *The Founders' Unwritten Constitution*, University of Chicago Law Rev., 54 (1987) 1127; Ibidem., *The Ninth Amendment: Righting an Unwritten Constitution*, Chi.-Kent Law Rev., 64 (1988) 1001; Perry, M.J. *Noninterpretive Review in Human Rights Cases: A Functional Justification*, N.Y.U. Law Rev., 56 (1981) 278; et al. Aunque también se ha prevenido que el despliegue de un constitucionalismo no escrito -*unwritten constitutionalism*- distaba en mucho de prevalecer –con el alcance mentado- en la intención original de los *Founding Fathers*, de tal suerte que –en la sugerencia de Robert H. Bork- los jueces deben apearse –en virtud de la exigencia de una derivación neutral de principios constitucionales- a la materialidad textual de las disposiciones jurídicas, a su historia y eventualmente sólo a las implicancias claras –*fair implications*-, disuadiendo la construcción de normas implícitas que adscriban derechos nuevos, cfr. Bork, R.H. *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, Indiana Law Journal, 47 (1) (1971) 7-8; McAfee, T.B. *The Original Meaning of the Ninth Amendment*, Columbia Law Rev., 90 (1990) 1215; Ibidem., *The Federal System as Bill of Rights: Original Understandings, Modern Misreadings*, Vill. Law Rev. 43 (1998) 17; Ibidem., Frost, N.N. – Klein Levine, R.B. - McAfee, T.B. *Courts Over Constitutions Revisited: Unwritten Constitutionalism in the States*, Utah Law Rev., (2004) 333; Hamburger, P.A. *Natural Rights, Natural Law, and American Constitutions*, Yale Law Journal, 102 (1993) 907; et al. De allí que Michel Rosenfeld refiere que –con miras a detectar una atrayente muestra para comprender cómo una *diversidad de tradiciones constitucionales* interactúan- luce provechoso focalizarse en el análisis de la elaboración de la doctrina que, a través de la interpretación constitucional, le confiere tratamiento a los derechos no explícitos en el documento fundante –debido a que exhibiéndose como los más desatados y abiertos jurídicamente suscitan una mayor necesidad de anclaje y vinculación dentro de los confines de una *identidad* constitucional a través de enlaces que tallen en la propia Ley mayor, con la advertencia de que usualmente las mentadas tradiciones son inventadas, y hasta reinventadas, más que descubiertas en la historia y cultura de la comunidad política-, cfr. Rosenfeld, M. (2010) *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, Routledge, London – New York, pp. 73 y ss. A la par, se ha apuntado no sólo su carácter *controversial* en virtud de la diversidad y mutabilidad de los resultados interpretativos judiciales que se ensayan sobre las estipulaciones constitucionales que se blanden para el anidamiento de derechos tácitos o sobrentendidos en la textura escrituraria de una Carta política, cfr. Doyle, M.B. (2005) *Unenumerated rights ap.* Schultz, D. –Ed.- *Encyclopedia of the Supreme Court*, FOF, New York, pp. 474-475, sino también la regularidad de las fluctuaciones en el menú de los derechos no enumerados debidas –en gran parte- a un enfoque ascendente [*bottom-up approach*] consistente en la acción de los partidos políticos y movimientos sociales, en virtud del cual éstos movilizan a la mayoría de los ciudadanos en orden a la convicción de que el resguardo de ciertos derechos asume, en un determinado período o coyuntura socio-económica, especial trascendencia y condicionan –mediante su presión- la actividad hermenéutica de los tribunales de justicia en aras de su reconocimiento por normas implícitas –pese a que generaciones posteriores no se sintieran particularmente amenazadas al respecto o conmovidas por su ausencia de tutela-, lo que decanta no sólo en una concepción dinámica de las declaraciones de derechos [*dynamic conception of declaratory rights*] que se nutre de insumos históricos y tradicionales como una poderosa justificación retórica –de estar a la opinión del *Knight Professor of Constitutional Law and the First Amendment* de la Universidad de Yale- sino también en la necesidad de una constante vigilancia en el proceso político para su salvaguarda, cfr. Balkin, J.M. (2011) *Living Originalism*, Belknap Press, Cambridge, pp. 210 y ss. Entre nosotros, vide in profundis Carnota, W.F. *Los derechos implícitos y las tradiciones jurídicas (a propósito del bicentenario del "Bill of Rights" norteamericano)*, JA, 1990-II-765.

⁷³ *Mutatis mutandis*, Levy, L.W. (1999) *Seasoned Judgments*, Transaction, New Brunswick – London, p. 267; Ibidem., *Original Intent and the Framers' Constitution*, Reed, Chicago, 1988, p. 267. Vide etiam Lash, K.T. *The Lost Jurisprudence of the Ninth Amendment*, Tex. Law Rev., 83 (2005) 597, Ibidem., *The Lost History of the Ninth Amendment*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 1 y ss., revistando los argumentos del Justice Arthur J. Goldberg –a propósito de su *separate opinion* en el asunto *Grissold vs. Connecticut*, 381 US 479 (1965)- en orden a la

repertorios trasnacionales: *v.gr.*, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966⁷⁴, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966⁷⁵, Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969⁷⁶, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979⁷⁷, Convención sobre los Derechos del Niño de 1989⁷⁸, Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006⁷⁹, etc.

En cada uno de los cuerpos normativos citados se revela la inteligencia de que los textos internacionales de derechos humanos reconocen un plexo de derechos que no debe interpretarse como un régimen cerrado, limitativo o exhaustivo *-numerum clausus-*; por el contrario, la previsión de una estipulación normativa de derechos innominados señalaría –en la comprensión regular de los adeptos a la argumentación convencionalista– un espacio abierto al fenómeno de *optimización* y *maximización* del sistema de derechos *in totum* que, sin incurrir en *exageraciones inflacionarias*, les confiere *progresividad histórica*.⁸⁰ Incluso, es con tal perfil que aquéllos

necesidad de resucitar la enigmática –aunque moribunda– estipulación de reconocimiento de derechos implícitos mediante la explicación del especial rol que debe cumplimentar en los anales jurisprudenciales.

⁷⁴ El que dispone en su art. 5.2: “(...) *No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto que el presente pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.*”

⁷⁵ El enunciado contemplado en el art. 5.2 refiere: “(...) *No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.*”

⁷⁶ En su art. 29, inciso c) establece como *norma de interpretación*: “(...) *Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de (...) c)excluirotros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que derivan de la forma democrática representativa de gobierno.*”

⁷⁷ En efecto, la regla referenciada en el art. 23 reseña: “(...) *Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda formar de: a. La legislación de un Estado Parte; b. Cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado.*”

⁷⁸ El dispositivo previsto en el art. 41 reza: “(...) *Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El Derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.*”

⁷⁹ El precepto consignado en el art. 4, inciso 4 consigna: “(...) *Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan figurar en la legislación de un Estado Parte o en el Derecho internacional en vigor en dicho Estado. No se restringirán ni derogarán ninguno de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos o existentes en los Estados Partes en la presente Convención de conformidad con la ley, las convenciones y los convenios, los reglamentos o la costumbre con el pretexto de que en la presente Convención no se reconocen esos derechos o libertades o se reconocen en menor medida.*”

⁸⁰ La tendencia expansiva del retículo de derechos se halla íntimamente vinculada con el *carácter histórico* asignado a la noción de derechos humanos, el que exige la atención a nacientesituaciones y demandas socio-políticas, para generar nóveles derechos capaces de satisfacer necesidades impensadas o conferir beneficios imprevistos, *cf.* Peces-Barba, G. (2000) *Ética, poder y Derecho*, Fontamara, Buenos Aires, p. 84, allegando la imagen de los derechos humanos cual valores o paradigmas de *Derecho futuro*. En este orden de ideas, no puede marginarse que para la CortelDH los “(...) *tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales*”, *cf.* Corte IDH, caso *Barrios Altos*, Sent. Serie C/ 75, de fecha 14.03.2001, párrafos 41-44; *Ibidem.*, caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sent. Serie C/79, de fecha 31.08.2001, párrafos 146-148; *Ibidem.*, caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sent. Serie C/125, de fecha 17.05.2005, párrafo 125; *Ibidem.*, caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sent. Serie C/134, de fecha 15.09.2005, párrafo 187. Incluso, la propia Corte Internacional de Justicia ha compelido a que “(...) *un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación*”, *vide* CII, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinión, I.C.J. Reports 1971, pp. 16-31. Así con motivo de la OC N° 16/99, *El derecho a la información sobre la asistencia consular*

encomian su función de incorporación de *nuevos* derechos que, por omisión histórica, impericia, carencia de consenso y hasta silencio voluntario⁸¹, no se consignan en el inventario de los declarados expresamente.

en el marco de las garantías del debido proceso legal. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 01.10.1999, párrafo 114, se recuerda: "(...) *esta orientación adquiere particular relevancia en el Derecho internacional de los derechos humanos, que ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagrados en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte, en la [décima] Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1989), como la Corte Europea de Derechos Humanos, en los casos Tyrer versus Reino Unido (1978), Marckx versus Bélgica (1979), Loizidou versus Turquía (1995), entre otros, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.*"

⁸¹ De allí que se reconozca que la Constitución [al igual, que la Convención], como obra humana, no resulta perfecta, ni completa. En efecto, algunos sectores de la vida estatal [como supraestatal] están ordenados mediante disposiciones de mayor o menor amplitud e indeterminación, y algunos, ni siquiera han sido regulados, ya que la Constitución dista mucho de ser un sistema cerrado, ni menos aún omnicompreensivo, pues –concluye Konrad Hesse–: "(...) *una Constitución no codifica sino únicamente –y muchas veces sólo de forma puntual y a grandes rasgos– aquello que parece importante y que necesita de determinación; todo lo demás se da por supuesto tácitamente, o bien se confía al resto del ordenamiento jurídico su conformación y concretización. De ahí que de antemano la Constitución no pretenda carecer de lagunas ni ser tan siquiera un sistema cerrado*", *cf.* Hesse, K. (2012) *Concepto y cualidad de la Constitución ap. Escritos de Derecho constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo – Centro de Estudio Políticos y Constitucionales, p. 45. Existe, en consecuencia, un inescindible ligamen entre derechos implícitos e imprevisión constitucional, entre transhistoricidad, progresividad y futuridad de los derechos fundamentales y la imprevisión constitucional. En efecto, Herbert L.A. Hart al desarrollar la tesis de textura abierta del Derecho –*open texture*–, señala que los legisladores humanos no pueden tener el conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar, *cf.* Hart, H.L.A. (2012) *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 127-128. Entre los estudios de la dogmática constitucional, Néstor P. Sagüés enseña que los derechos implícitos resultan ser, así, una *técnica o método de cegado* de la *imprevisión constitucional* que se realiza en el seno de la *interpretación dinámica y evolutiva* de la Constitución, aquella que contribuye a su desarrollo y desenvolvimiento como instrumento constante de gobierno. Con esta tipificación de derechos *im-previstos*, pasa revista a una diversidad de recursos interpretativos, a saber: (i) *interpretación dinámica de la Constitución*: (i.i) *exégesis evolutiva y progresista de enunciados constitucionales*: Ronald M. Dworkin ha ensayado una distinción –calificada de crucial en el marco de la adjudicación constitucional– entre *conceptos* –*concepts*– y *concepciones* –*conceptions*– en las estipulaciones fundamentales; una Constitución resulta destinada a proteger a los ciudadanos, sea mediante *cláusulas precisas*, o bien a través empleo de estándares vagos –*v.gr.*, igualdad, debido proceso, justicia, etc.– en el enunciado de derechos –*cláusulas abiertas*–, esta última puede resultar intencional por parte del constituyente, razón por la cual puede el mismo valerle no sólo de conceptos, *i.e.*, significado teórico y general de un término, ideas indeterminadas cuya concreción se libra a futuros operadores de la Constitución, etc., sino también de *concepciones*, *i.e.*, la forma de llevar a la práctica un concepto, estándares concretados de modo indudable en el texto constitucional. En suma, la apelación a un concepto conllevará el planteo de un problema, mientras que la formulación de una concepción entrañará su resolución, *cf.* Dworkin, R.M. (2013) *Taking Rights Seriously*, Bloomsbury Academic, London – New York, pp. 163 y ss; (i.ii) *doctrina de la Constitución en el tiempo*: el cambio de la realidad histórica conlleva el cambio de la norma, de modo que la continuidad de la ley constitucional pende de la modalidad de abordaje de aquél: "(...) *si la Constitución quiere hacer posible la resolución de múltiples situaciones críticas históricamente cambiantes su contenido habrá de permanecer necesariamente "abierto al tiempo"*", *cf.* Hesse, K., *op. cit.*, p. 46; (i.iii) postura de la Constitución como *instrumento constante de gobierno*, expuesta por el Justice Harlan F. Stone *in re United States vs. Classic*, 313 US 299 (1941), en la consideración del texto constitucional como revelación de grandes propósitos, en lugar de su visión como una ley común; (ii) *posiciones hiperevolutivas*: corrientes hermenéuticas en las que el intérprete elabora la respuesta constitucional para la solución del vacío –sin resultar determinado por la otorgada por el constituyente histórico–, sea según las creencias y valoraciones inmersas en la sociedad –*tesitura* de Constitución viviente, *living Constitution*–, sea añadiendo o detrayendo contenidos del documento constitucional –*posicionamiento de interpretación mutativa*–; (iii) *recurso al intérprete extranjero o al Derecho internacional*: la cobertura de la laguna constitucional resulta cubierta por disposiciones de un documento fundamental foráneo –y sus interpretaciones–, o bien, por un tratado internacional –con o sin rango constitucional–; (iv) *integración*: construcción de la norma faltante por cauce de *autointegración* –reenvío al orden jurídico interno por intermedio de analogía, principios generales del Derecho doméstico, creencias y valores del medio local, etc.–, o bien, por *andariuel* de *heterointegración* –*remisión exógena a valores y principios generales del Derecho, al Derecho extranjero valioso, etc.*–, etc. *Vide in extenso*, Sagüés, N.P. (2011) *Reflexiones sobre la imprevisión constitucional ap. Interpretación jurídica. Modelos históricos y realidades*, UNAM, México, pp. 97 y ss., 163 y ss.

En definitiva, comportan genuinas disposiciones positivas sobre la aplicación del Derecho que pretenden limitar la discreción judicial consagrando enunciados normativos sobre técnicas interpretativas y constructivas que pueden y/o deben ser empleadas por los jueces -y por restantes órganos de aplicación-⁸²; en el supuesto de métodos constructivos, si bien se ha auspiciado su entendimiento como *autodeclaraciones de completitud*⁸³, otros expertos postulan que – en rigor- parece más plausible concebirlas como autorizaciones –tácitas- a los sujetos de interpretación para resolver las lagunas –cuando de hecho aparecen- mediante *legislación intersticial, i.e.*, mediante Derecho jurisprudencial.⁸⁴

8. La inserción de la cláusula en el Proyecto de Convención Americana sobre Derechos Humanos, presentado por Uruguay en la Conferencia Interamericana Extraordinaria de Río de Janeiro de 1965, obedeció a la sugerencia del jurista oriental Alberto R. Real –propriadamente en oportunidad del Simposio, organizado en 1959, por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República con la meta de estudiar el Proyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos adoptado en Santiago de Chile ese mismo año-.⁸⁵

Tal propuesta evocaba el precepto constitucional uruguayo de 1918⁸⁶ –dando cuenta, entonces, de la incidencia del Derecho constitucional respecto del Derecho internacional, en

⁸² Desde que la interpretación en sentido estricto es una actividad mental, no susceptible, en cuanto tal, de reglamentación, se sigue que, pese a las apariencias, las disposiciones positivas que pretenden regularla no son, en efecto, reglas sobre la interpretación, sino más bien reglas sobre la *argumentación* de la interpretación elegida, con independencia del proceso mental mediante el cual el intérprete ha llegado a aquella conclusión, *cf.* Guastini, R. *Interpretación y construcción jurídica*, Isonomía, 43 (2015) 11-48, 40.

⁸³ Bobbio, N. (1960) *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, p. 129.

⁸⁴ Guastini, R. *Interpretación y construcción jurídica*, Isonomía, 43 (2015) 11-48, 42, pese a que –se añaden algunos diseños positivos incluso equivale a otorgar expresamente al juez un poder genuinamente normativo –a pesar del principio de separación de los poderes– y una discreción prácticamente total; empero, también se observa que tal autorización irroga más bien un efecto psicológico –paradójicamente- inhibitorio sobre los juzgadores, que normalmente no desean asumir una responsabilidad tan grande como la de crear lagunas y resolverlas *actuando como legisladores*, *cf.* Kelsen, H. (1966) *Dottrina Pura del Diritto*, Einaudi, Torino, p. 279.

⁸⁵ Simposio sobre el Proyecto de Convención de Derechos Humanos de Santiago de Chile, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República, Montevideo, 1959, p. 165. *Vide etiam* Gros Espiell, H., *Le Système Interaméricain comme Régime Régional de Protection Internationale des Droits de l'Homme*, RCADI, 145 (1975) 1-55.

⁸⁶ *Vide in extenso* Real, R.A. (1974) *Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguayana ap. Estado de Derecho y humanismo personalista*, FCU, Montevideo, pp. 5 y ss. El art. 172 del ensayo constitucional oriental de 1918 consignaba que la enumeración de derechos y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son “(...) inherentes a la personalidad humana o que se derivan de la forma republicana de gobierno”; más tarde, en 1934, el constituyente uruguayo agregó al enunciado “(...) derechos y garantías” la voz “(...) deberes”, arribando –con tal lexicografía- al actualmente vigente art. 72 del documento constitucional de 1967 –mantenido por la enmienda constitucional de 1997-. No es ocioso destacar que en el Informe de la Comisión de Constitución –redactado por su miembro informante, Washington Beltrán- se justifica la norma propuesta en la IX Enmienda y en el art. 33 de los textos constitucionales norteamericano y argentino respectivamente –inclusive, con cita de Alexander Hamilton– principalmente el *Number LXXXIV*, elaborado en 1788- en su célebre *The Federalist Papers* como de los argumentos expuestos en 1860 en la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución Federal-, *cf. Diario de Sesiones de la H. Convención Nacional Constituyente de la República Oriental del Uruguay (1916-1917)*, Imprenta Nacional, Montevideo, 1918, T. IV, p. 492, & 1. En puridad, la iniciativa en materia de derechos imprevistos estuvo presente –en el seno de la Convención Nacional Constituyente- a través de diversos proyectos, así, *v.gr.*, de la Corporación de Constituyentes Nacionalistas –art. 166-, de Alfredo Vázquez Acevedo –art. 149-, de Enrique Azarola, aunque presentado por Antonio M. Rodríguez, –art. 224- y de Horacio Jiménez de Aréchaga –art. 211-, de tal manera que resultó una obra de transacción política, *cf.* Beltrán, W. (1918) *En la Constituyente (Discursos e Informes)*, Talleres Gráficos A. Barreiro y Ramos, Montevideo, pp. 123-126, pp. 173-191.

opinión de Héctor Gros Espiell⁸⁷-, aunque –con ajustes parciales- se irradiará luego en el Proyecto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con la numeración 27 inciso c), de estar al Documento N° 5 de la Conferencia de San José, fechado el 22 de septiembre de 1969, para –finalmente- decantar en la versión final del texto del art. 29 inciso c) -con la eliminación del término *republicana* y la referencia, en cambio, a la *forma democrática representativa de gobierno*- incluido en la Convención adoptada el 22 de noviembre de 1969⁸⁸: “(...) Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) c) *excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.*”

A pesar de alertarse que la interpretación en el mundo –afirma Sujit Choudhry- ha adquirido un carácter cada vez más cosmopolita⁸⁹, se previene que en la mayoría de los instrumentos internacionales *no se estipula* una cláusula de derechos no enunciados -tal escenario acontece, *v.gr.*, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, o bien, en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981-⁹⁰, a la vez de endilgarse -en el perímetro interamericano- al art. 29 inciso c) de la Convención una *virtual inoperancia práctica*.⁹¹

Cualquiera sea el modo de pensar que ha tenido circulación entre los comentaristas, lo cierto es que su contenido plantea al intérprete atractivos escollos teóricos e insinuaciones prácticas.⁹²

En cuanto a los *obstáculos teóricos*, el más evidente estriba en determinar cuáles son los contenidos significativos encuadrables en el enunciado normativo interamericano “(...) *derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que derivan de la forma democrática representativa de gobierno*”, lo que impone analizar las *condiciones de operatividad* del precepto convencional bajo las que se confiere albergue a un reducto de derechos que no resultan enumerados en el documento internacional pero que surgen de una fuente ajena a él.

También conlleva una problematización aguda la atinente a si los derechos enumerados que protege la Convención responden únicamente a aquellos que retienen los ciudadanos de

⁸⁷ Gros Espiell, H. (2000) *Los Derechos Humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N° IV, Madrid, p. 169.

⁸⁸ *Vide in extenso* Martins, D.H. (1997) *La participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la redacción del Proyecto de Convención (Pacto de San José de Costa Rica). Las sugerencias de la C.I.D.H. en la protección de los Derechos y Libertades no reconocidos expresamente en la Convención ap. Héctor Gros Espiell. Amicorum Liber. Human Person and International Law*, Bruylant, Bruxelles, V. I, p. 800.

⁸⁹ Choudhry, S. *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, Indiana Law Journal, 74 (1999) 820.

⁹⁰ Gros Espiell, H. (2000) *Los Derechos Humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N° IV, Madrid, p. 168. Al respecto la Corte Interamericana ha puntualizado: “(...) *la Convención Europea no contiene ninguna provisión comparable con el artículo 29 de la Americana, que dispone reglas para interpretar sus disposiciones y prohíbe que la interpretación pueda “excluir otros derechos y garantías... que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”*”, *cfr.* CortelDH, OC N° 5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, de fecha 13.11.1985, párrafo 44.

⁹¹ Carpio, M., *El significado de la cláusula de derechos no enumerados*, Revista Mexicana de Derecho constitucional, III (2002) 5.

⁹² Contreras, P. (2011) *¿Derechos Implícitos? Notas sobre identificación de normas de derecho fundamental ap. Nuevas perspectivas en Derecho Público*, Librotecnia, Santiago de Chile, p. 166.

un Estado parte que los ha vulnerado o, por el contrario, constituyen derechos que blanden todos los habitantes en los distintos Estados Partes de la Convención. Frente a ello, el Preámbulo de la CADH revela sobre el punto que “(...) *los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana*”⁹³, nota en la que –precisamente– se sustenta la justificación de “(...) *una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el Derecho interno de los Estados americanos.*”

Es el reconocimiento de la *condición de ser humano* como sujeto de derecho lo que se erige en la *piedra basal* de cualquier desarrollo apto de estas prerrogativas⁹⁴ y el que requiere una interpretación de las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos que pondere la *naturaleza esencialmente objetiva* de las obligaciones asumidas por los Estados Partes: dichas obligaciones buscan la *protección de los derechos humanos* y no el establecimiento de derechos subjetivos y recíprocos para los Estados Partes.⁹⁵ No cabe marginar, así, que la Convención es un

⁹³ De ahí que se aduzca que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los *derechos fundamentales de los seres humanos*, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción, *cf.* CortelDH, OC N° 2/82, de fecha 24.09.1982, *El Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, párrafo 29.

⁹⁴ Piza Escalante, R. (1980) *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Secretaría General de la OEA, Washington, p. 198. La unidad de naturaleza del ser humano y el carácter universal de los derechos y libertades que merecen garantía –ha prevenido el Tribunal cimero del orden interamericano– están en la base de todo régimen de protección internacional, anotando que “(...) *el Preámbulo del Pacto de San José recoge inequívocamente esta idea cuando reconoce que los derechos esenciales del hombre "tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional"*, *cf.* CortelDH, OC N° 01/81, de fecha 24.09.1982, “*Otros Tratados*” Objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Solicitada por Perú, párrafo 24. Incluso, la Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que al interpretar el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 debe tenerse en cuenta su *carácter específico* de tratado que *instrumenta una garantía colectiva para el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, *vide* CorteEDH, caso *Soering*, AA N° 14038/88, 07.07.1989, párrafo 87. A tenor del diálogo interjurisdiccional, la propia CortelDH ha tenido presente: “(...) *el carácter especial de estos tratados ha sido reconocido, entre otros, por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando declaró que las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención (Europea) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes ("Austria vs. Italy", Application No. 788/60, European Yearbook of Human Rights, (1961), vol. 4, pág. 140). La Comisión Europea, basándose en el Preámbulo de la Convención Europea, enfatizó, además, que el propósito de las Altas Partes Contratantes al aprobar la Convención no fue conceder derechos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino realizar los fines e ideales del Consejo de Europa... y establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de derecho (Ibid., pág. 138) (...) Ideas similares acerca de la naturaleza de los tratados humanitarios modernos han sido sustentados por la Corte Internacional de Justicia en su Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1951 I.C.J. 15); también están contenidas en la propia Convención de Viena, particularmente en el artículo 60.5. (Ver en general E. Schwelb, "The Law of Treaties and Human Rights", 16 *Archiv des Völkerrechts* (1973), pág. 1, reproducido en *Toward World Order and Human Dignity* (W.M. Reisman & B. Weston, eds. 1976, pág. 262)”, *cf.* CortelDH, OC N° 2/82, de fecha 24.09.1982, *El Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*. Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafos 29-30.*

⁹⁵ *Voto Razonado*, Juez Cançado Trindade, A.A., CortelDH, caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, Sent. Serie C/123, de fecha 11.03.2005, puntualizando que –de lo expuesto– se deriva el especial énfasis en el elemento del objeto y fin de los tratados de derechos humanos, de lo cual la jurisprudencia de los dos Tribunales regionales de derechos humanos –interamericano y europeo– ofrecen un testimonio elocuente. En efecto, la interpretación y aplicación de los tratados de derechos humanos ha sido guiada por las consideraciones de un interés general superior u *ordre public* que trasciende los intereses individuales de las Partes contratantes. Tal como ha sido indicado por tal *jurisprudencia constante*, tales tratados son diferentes a los tratados clásicos, incluyendo concesiones y compromisos recíprocamente restrictivos; los tratados de

documento de protección específica de los derechos humanos al servicio de la persona concreta –art. 1.2 CADH-, individualizable o detectable.⁹⁶

Tampoco es menor la problemática que se suscita en aquellos Estados cuya Ley Fundamental carece de una cláusula de derechos innominados, cuando éstos han ratificado un tratado como la Convención: ¿disponen de un catálogo abierto de derechos fundamentales, por lo menos, en el plano internacional? De estar al bagaje normativo revistado con antelación, se auspicia disipar toda interpretación reduccionista en el entendimiento de que cualquier Estado que es parte de un tratado que contiene una estipulación de afirmación de derechos no enumerados, *tiene* que integrar su plexo con derechos no enunciados *en medida equivalente a la de la referida disposición internacional* –que, por cierto, lo obliga en virtud del instrumento internacional que el Estado en cuestión ha ratificado internacionalmente.⁹⁷ Sucede que con la desmitificación de los postulados del positivismo voluntarista –explica Antonio Cançado Trindade⁹⁸– se tornó evidente que sólo se puede encontrar una respuesta al problema de los fundamentos y de la validez del Derecho internacional en la *conciencia jurídica universal*, a partir de la aserción de la idea de una *justicia objetiva*. Como una manifestación de esta última, se han afirmado los *derechos del ser humano*, emanados directamente del régimen supranacional, *y no sometidos*, por lo tanto, a las *vicisitudes del orden jurídico interno*.

Incluso, cuando una Constitución carece de una cláusula de derechos innominados pero contiene otra que expresamente prescribe que las *normas sobre derechos humanos se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos*⁹⁹, el reenvío –por vía de interpretación conforme– hacia la fuente internacional capta los derechos implícitos susceptibles de derivarse de aquellas y los incrusta en el sistema global de derechos.¹⁰⁰

derechos humanos prescriben obligaciones de una naturaleza esencialmente objetiva, implementadas de manera colectiva por medios de supervisión propios, *cf.* Cançado Trindade, A.A. (1996) *The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts*. *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence* (Procedimientos de la III Conferencia Conjunta ASIL/Asser Instituut, La Haya, julio 1995), La Haya, Asser Instituut, pp. 157-162 y 166-167.

⁹⁶ Hitters, J.C. (1991) *Derecho internacional de los derechos humanos*, EDIAR, Buenos Aires, T. II, p. 100.

⁹⁷ Bidart Campos, G.J. (2002) *Los derechos no enumerados en su relación con el Derecho constitucional y el Derecho internacional* ap. Méndez Silva, R. –Coord.– *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho constitucional*, UNAM, México, p. 108, de modo que “(...) *la ausencia en la Constitución de una norma sobre derechos no enumerados es susceptible de suplirse acudiendo al Derecho internacional que ese Estado debe tomar como parámetro de interpretación en su sistema de derechos.*”

⁹⁸ *Voto Concurrente*, Juez Cançado Trindade, A.A., *CorteIDH*, OC N° 16/99, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 01.10.1999, párrafo 14.

⁹⁹ Tal como se constata, *v.gr.*, en la reforma constitucional mexicana de 2011, en cuanto su art. 1 & 2 consagra: “(...) *las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*” Criterio similar se sigue del art. 10.2 de la Constitución Española de 1978: “(...) *las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”, de mayor irradiación que el inscripto por el constituyente portugués de 1976 en el art. 16.2. Las consecuencias de la técnica interpretativa no son de entidad menor, en la medida que las diferencias de comprensión que se avizoren en enunciados constitucionales deben resolverse a favor de la interpretación que suministren los tratados, convenios y pactos internacionales, conllevando la posibilidad de invocarla ante la jurisdicción interna, sin perjuicio de que las leyes que vulneren exégesis de derechos humanos podrán ser tachadas inconstitucionales, *cf.* García de Enterría, E. (1989) *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, pp. 180-181.

¹⁰⁰ Incluso, Bidart Campos, G.J., *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Revista IIDH, 19 (1994) 28, estima que en la hipótesis de constituciones que no poseen *explícitamente* enunciados interpretativos –y/o

En el sector de las *implicancias prácticas*, los teóricos usualmente descuidan examinar si cabe la responsabilidad internacional de un Estado Parte en los supuestos de transgresión de un derecho no enunciado en la Convención, de modo que se imponga la elaboración de un *test* de *compatibilidad* entre los principios de interpretación convencional y los derechos que se estimen vulnerados a los efectos de despejar el compromiso internacional de los Estados que la han ratificado.

Por último, una escueta paráfrasis sobre un precepto usualmente olvidado en este *métier*: se trata del art. 31 del instrumento regional que –bajo el rótulo de *reconocimiento de otros derechos*- dispone la *inclusión* en el régimen de protección de la Convención de “(...) *otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77*”; sin perjuicio de que el primero de ellos alude a la tramitación de enmiendas, cabe destacar –en lo que aquí interesa- que el segundo refiere a la chance de celebración de *protocolos adicionales* al texto convencional –aplicables sólo entre los Estados Partes en el mismo- con la finalidad de encuadrar progresivamente en el esquema tutelar de aquél otros derechos.

¿Qué significado adquiere –inquire Héctor Gros Espiell- la posibilidad de insertar expresamente, por vía de tales protocolos, otros derechos a los que resulte aplicable el orden de custodia de la Convención, ante lo precavido por el propio art. 29 inciso c)? Una interpretación sistemática –según el ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- desagua en que el posible reconocimiento *manifiesto*, por protocolos adicionales, de otros derechos a efectos de su inserción en la estructura protectoria prevista convencionalmente –art. 31- no excluye la eventual aceptación de existencia de otros derechos no dictados por autoridades con poderes normativos, que asimismo gozarán del sistema convencional de salvaguardia siempre que –a juicio de los órganos de vigilancia del cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes, *i.e.*, la Comisión y la Corte- resulten satisfechas las condiciones de aplicación del art. 29 inciso c): inherencia al *ser humano* y derivación de la *forma democrática representativa de gobierno*. Esto último –por cierto- no inhibe la deseable aplicación de la regulación involucrada en el art. 77 con miras al anidamiento –de modo evidente, indiscutible, preciso y claro— de uno o más nuevos derechos, no enunciados en la Convención, en la programación normativa de amparo que ésta establece.¹⁰¹

constructivos-de derechos humanos, merecen entenderse como si las contuvieran *implícitamente* en virtud de la pretensión de legitimidad democrática: toda Constitución se apoya en un plexo de derechos inspirado en un contenido axiológico similar al del Derecho internacional de los Derechos Humanos, *i.e.*, *personalismo humanista*. Y ello sin perjuicio –añade el autor- de que el ingreso a un sistema universal o regional de derechos humanos se compone de manera unitaria por intermedio de un sistema con dos fuentes afines: la Constitución y el Derecho internacional. En contraste, otros expertos arguyen que las cláusulas que albergan métodos interpretativos –y/o constructivos- de derechos humanos deben figurar expresamente en el texto constitucional, en la medida que conforma una labor constituyente la inclusión de esta especie de mandato hermenéutico, *cfr.* Vanossi, J.R. (2013) *La operatividad de las normas internacionales. Cuestiones de orden constitucional ap. Teoría Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, T. I, pp. 1793 y ss.

¹⁰¹ Gros Espiell, H. (2000) *Los Derechos Humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N° IV, Madrid, p. 171. Una observación crítica a la respuesta patrocinada en el texto reprocha que la misma ampliaría radicalmente el campo de la jurisdicción *ratione materiae* de la Corte Interamericana, cuyos límites, si es que existiesen en este contexto, serían extremadamente difusos, al propio tiempo de señalar que “(...) *el artículo 29 letra c) de la Convención no debe ser leído como una habilitación tácita (implied power) en favor de la CIADH para incorporar todo tipo de derechos en la Convención. Dicha interpretación sería imposible a la luz de lo prescrito por los artículos 76 y 77. En efecto, estas normas gozarían de preferencia en su aplicabilidad debido a su especialidad. Así, mientras el artículo 29 letra c) busca dar orientaciones al juez respecto a la interpretación de la Convención, el artículo 76 tiene por objeto definir ciertas reglas relativas a la incorporación de derechos al texto de la Convención*”, *cfr.* Candia Falcón, G. *Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: una reflexión a la luz de la noción de Estado de Derecho*, RDC, 42 (3) (2015) 894.

9. Ahora bien, con sujeción a la redacción impresa al inciso c) de la cláusula convencional, se apunta que este tipo de custodia supraestatal resulta vinculada con la *democracia representativa* como sistema de gobierno, ya que los *derechos resguardados deben verse con el color de esa lente*, que también tonaliza las limitaciones al ejercicio de las prerrogativas reconocidas por este documento trasnacional.¹⁰² Es que –en el argumentario de los especialistas¹⁰³– la especificidad del Derecho internacional de derechos humanos encuentra su expresión no sólo en la interpretación de los tratados de derechos humanos en general sino también en la exégesis de sus disposiciones específicas.

De allí que se arguya que democracia y respeto por los derechos humanos constituyen una dupla –a la manera de una *cabeza de Jano*¹⁰⁴–, a la vez de retenerse que la Carta de la Organización de Estados Americanos de 1948 –en su art. 3.d– reafirma el principio de “(...) *solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen*”, bajo el requerimiento de que se articule “(...) *la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa.*” A la par, en el Preámbulo de la Convención se invoca el “(...) *propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.*”¹⁰⁵ Tales instrumentos articulan el ámbito normativo de aplicación de la directriz contenida en el art. 29 inciso c) de la Convención, la que carecería de aplicabilidad *donde no impera la democracia.*¹⁰⁶

Sentado ello, el orden público –de estar a la inteligencia mentada por la Corte regional– comporta un elemento integrante del *Estado democrático*:

“(...) *cuyo fin principal es "la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad"* ("*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*" (en adelante "*Declaración Americana*"), Considerandos, párr. 1)” (...) [la Convención] *tiene una concepción propia según la cual los Estados americanos "requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa"* (Carta de

¹⁰² Hitters, J.C., *op. cit.*, T. II, p. 99. El art. 30 del instrumento convencional precisa: “(...) *las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.*” Sobre el punto, Germán J. Bidart Campos postula: “(...) *tratemos de consignar los derechos del mejor modo posible para promover su funcionalidad efectiva, pero a la vez reivindicamos con ahínco el principio elemental que reconoce y admite derechos innominados (...) hay derechos con y sin normas porque los derechos no se agotan en el catálogo escrito. Fuera de él (...) les depara hospedaje en la medida que su sistema axiológico sea democráticamente generoso*”, *cf.* Bidart Campos, G.J. (2002) *Los derechos no enumerados en su relación con el Derecho constitucional y el Derecho internacional ap.* Méndez Silva, R. –Coord.– *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho constitucional*, UNAM, México, p. 104.

¹⁰³ *Voto Razonado*, Juez Cançado Trindade, A.A., Corte IDH, caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, Sent. Serie C/123, de fecha 11.03.2005, párrafo 14.

¹⁰⁴ Hitters, J.C., *op. cit.*, pp. 56 y ss., T. I. *Vide in extenso*, Hitters, J.C. *Democracia y derechos humanos*, JA, 1989-IV-861.

¹⁰⁵ En este sentido, la CortelDH se ha auxiliado con el art. 29 inciso c) de la CADH en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Sent. Serie C/72, de fecha 02.02.2001, párrafo 105.

¹⁰⁶ Hitters, J.C. (1991) *Derecho internacional de los derechos humanos*, EDIAR, Buenos Aires, T. I, p. 58. Incluso, reténgase que ha caracterizado a la Carta Democrática Interamericana de 2001 cual “(...) *norma de interpretación auténtica de los tratados a que se refiere, pues recoge la interpretación que los propios Estados miembros de la OEA, incluyendo a los Estados parte en la Convención, hacen de las normas atinentes a la democracia tanto de la Carta de la OEA como de ésta*”, *cf.* CortelDH, caso *San Miguel de Sosa y otras vs. Venezuela*, Sent. Serie C/Nº 348, de fecha 08.02.2018, párrafo 114.

la OEA, art. 3.d); y los derechos del hombre, que "tienen como fundamento los atributos de la persona humana", deben ser objeto de protección internacional (Declaración Americana, Considerandos, párr. 2; Convención Americana, Preámbulo, párr. 2)".¹⁰⁷

Huelga recordar que, inclusive, en dicha oportunidad el Tribunal cimero del orden interamericano enfatizó:

“(...) la ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido y está dirigida a una finalidad(...) la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte, y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al "ejercicio efectivo de la democracia representativa", que se traduce, inter alia, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común (...) La Declaración de México ha afirmado que el "fin del Estado es la felicidad del hombre dentro de la sociedad. Deben armonizarse los intereses de la colectividad con los derechos del individuo. El hombre americano no concibe vivir sin justicia. Tampoco concibe vivir sin libertad" ("Declaración de México" del 6 de marzo de 1945, inciso 12. Conferencias Internacionales Americanas, Segundo Suplemento, 1945-1954. Washington, D.C.: Unión Panamericana, Departamento Jurídico, 1956, pág. 25).¹⁰⁸

Por lo demás, los intérpretes del Pacto no sólo han prolijado el modelo de democracia *representativa* al talante de un elemento conformador del *pluralismo político* que recorre transversalmente el sistema interamericano de protección de derechos humanos¹⁰⁹ -entre cuyos elementos esenciales, se enlista el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo, el régimen plural de partidos y organizaciones políticas y la separación e independencia de los poderes públicos-¹¹⁰ sino también la promoción de formatos de democracia *participativa* conducentes a su consolidación¹¹¹ en los que:

¹⁰⁷ CorteIDH, OC N° 6/86, de fecha 09.05.1986, *La expresión Leyes en el artículo 30 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*. Solicitada por el Gobierno de la República Oriental de Uruguay, párrafos 29-30.

¹⁰⁸ CorteIDH, *Ibidem.*, párrafos 32-33.

¹⁰⁹ CorteIDH, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, Sent. Serie C/N° 151, de fecha 19.09.2006, párrafo 84; *Ibidem.*, caso *Castañeda Gutman vs. México*, Sent. Serie C/N° 184, de fecha 6.08.2008, párrafo 141.

¹¹⁰ CorteIDH, caso *Yatama vs. Nicaragua*, Sent. Serie C/N° 127, de fecha 23.06.2005, párrafo 193, descontando -por supuesto- que se han compendiado otros componentes fundamentales del *ejercicio* de la democracia: *v.gr.*, "(...) la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales", *cf.* CorteIDH, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sent. Serie C/N° 107, de fecha 2.07.2004, párrafo 115. *Vide etiam.*, *Ibidem.*, caso *Comunidad campesina de Santa Bárbara vs. Perú*, Sent. Serie C/N° 299, de fecha 1.09.2015, párrafo 266.

¹¹¹ CorteIDH, caso *Yatama vs. Nicaragua*, Sent. Serie C/N° 127, de fecha 23.06.2005, párrafo 207. La participación política -añade en el caso *López Lone y otros vs. Honduras*- puede incluir amplias y diversas actividades

“(…) *“la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad” y “es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia”, por lo cual “la eliminación de toda forma de discriminación [...] y de las diversas formas de intolerancia [...] contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana”*”¹¹².

Incluso, tampoco los anales jurisprudenciales interamericanos han dejado -en el curso de este registro exegético- de propiciar perfiles *deliberativos* en los arreglos institucionales del sistema democrático, en el entendimiento de que si éstos resultan neutralizados o insuficientemente previstos “(…) *no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad*”, puntualizando al efecto:

“(…) *la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales.*”¹¹³

que las personas realizan individualmente u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa, en general, para involucrarse en asuntos de interés público, como por ejemplo la defensa de la democracia, *cfr.* CortelDH, caso *López Lone y otros vs. Honduras*, Sent. Serie C/Nº 302, de fecha 5.10.2015, párrafo 163.

¹¹² CortelDH, caso *San Miguel de Sosa y otras vs. Venezuela*, Sent. Serie C/Nº 348, de fecha 08.02.2018, párrafo 115, con sustento en los arts. 6 y 9 de la Carta Democrática Interamericana de 2001. Incluso también se ha parapetado en la jurisprudencia constitucional de los Estados Partes de la Convención con la finalidad de develar contenidos esenciales de democracia participativa: *v.gr.*, a través de la reseña a la Sent. C-169/01 de la Corte Constitucional de Colombia ha dejado en claro que el pluralismo supone el establecimiento de “(…) *condiciones para que los contenidos axiológicos de la democracia constitucional tengan lugar y fundamento democrático. Dicho sintéticamente, la opción popular y libre por los mejores valores, está justificada formalmente por la posibilidad de escoger sin restricción otros valores, y materialmente por la realidad de una ética superior*” (sentencia C-089/94, *ibídem*). En la misma oportunidad, se señaló que la democratización del Estado y de la sociedad que prescribe la Constitución, se encuentra ligada a un esfuerzo progresivo de construcción histórica, durante el cual es indispensable que la esfera de lo público, y con ella el sistema político, estén abiertos al reconocimiento constante de nuevos actores sociales. En consecuencia, sólo puede hablarse de una verdadera democracia, representativa y participativa, allí donde la composición formal y material del sistema guarda una correspondencia adecuada con las diversas fuerzas que conforman la sociedad, y les permite, a todas ellas, participar en la adopción de las decisiones que les conciernen. Ello es especialmente importante en un Estado Social de Derecho, que se caracteriza por presuponer la existencia de una profunda interrelación entre los espacios, tradicionalmente separados, del “Estado” y la “Sociedad Civil”, y que pretende superar la concepción tradicional de la democracia, vista simplemente como el gobierno formal de las mayorías, para acoplarse mejor a la realidad e incluir dentro del debate público, en tanto sujetos activos, a los distintos grupos sociales, minoritarios o en proceso de consolidación, fomentando así su participación en los procesos de toma de decisiones a todo nivel”, *cfr.* CortelDH, caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Sent. Serie C/245, de fecha 27.06.2012, párrafo 159, nota 177. De allí que el Profesor de la *Universität Greifswald*, Uwe Kischel, ha remarcado que el mantenimiento y la profundización de fundamentales valores democráticos en un mundo pacífico remite –en definitiva– al principal objetivo del Derecho comparado, *cfr.* Kischel, U. (2019) *Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, & 79.

¹¹³ CortelDH, caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, Sent. Serie C/Nº 213, de fecha 26.05.2010, párrafo 173, con remisión –en la nota 254– al Derecho judicial de la Corte Europea de Derechos Humanos: “[T]he fact that (...) a political project is considered incompatible with the current principles and structures of [a] State does not mean that it infringes democratic rules. It is of the essence of democracy to allow diverse political projects to be proposed and debated, even those that call into question the way a State is currently organized, provided that they do not harm democracy itself”. *Case of Freedom And Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey (Application no. 23885/94) 8 December 1999, párr. 41; Case of Socialist Party and others v. Turkey (20/1997/804/1007) 25 May 1998, párr. 47.* Vide etiam

Evidentemente que, al servirse de un concepto de democracia en términos interpretativos –según lo sentenciado en el caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*-, la Corte ha denotado que las justas exigencias de la democracia se emplean como parámetro hermenéutico con miras a “(...)orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas.”¹¹⁴

IV. La elocuencia del silencio convencional en los repertorios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: en torno a una revista de registros jurisprudenciales sobre derechos no textuales. ¿Un concepto claramente definido?

10. En la hipótesis de los derechos no enunciados conviene hacer presente el decisivo *influjo* que aquellos descubren en la faena del contralor de convencionalidad desplegado por el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos, cuya competencia *ratione materiae* engloba todos aquellos “(...) casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención” –art. 62.1 CADH-, en cuyo ejercicio -si constata “(...) violación de un derecho o libertad protegido en esta Convención”- dispondrá que se garantice al lesionado su goce -art. 63 CADH-. Empero, en su *corpus* jurisprudencial la Corte regional exuda un esquema argumentativo que la conduce – primeramente- a asumir que la Convención está compuesta no sólo por derechos *expresos* en sus disposiciones a través de la interpretación textual desplegada por aquélla, sino también por *derechos implícitos, im-previstos o no textuales* que incumbe a ésta -en su alegada calidad de intérprete último- *explicitar*.

Pareciera que –al igual que acontece con los textos constitucionales- la idea de completitud no acarrea más que una gran ilusión –*grand illusion*-, empero no resulta una obviedad la aceptación de la existencia de una *Convención invisible*, al igual que para los constitucionalistas no devino corriente la admisión de una Constitución invisible –*invisible Constitution*- de la misma forma en que percibían a la visible¹¹⁵; máxime cuando tal Constitución no escrita –*unwritten*

CorteIDH, caso *Yatama vs. Nicaragua*, Sent. Serie C/Nº 127, de fecha 23.06.2005, párrafo 201; *Ibidem.*, OC Nº 17/02, de fecha 28.08.2002, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párrafo 46; *et al.*

¹¹⁴ CorteIDH, caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*. Sent. Serie C/Nº 182, de fecha 05.08.2008, párrafo 222.

¹¹⁵ Tribe, L.H. (2008) *The Invisible Constitution*, Oxford University Press, Oxford, pp. 7, 80-81, precisamente –dice el Profesor de la *Harvard Law School*- es la Constitución invisible la que indica cuál es el texto que debe aceptarse de la Constitución visible a través de una regla de construcción metaconstitucional –*metaconstitutional rule of construction*-, de una directriz de lectura holística –*holistic reading rule*- que oficia de prueba textual de la Constitución extratextual –*textual proof of an extratextual Constitution*-. En este sentido, el Profesor de la Universidad de Helsinki, Jan Klabbbers, ha sufragado la idea de una *Constitución invisible de la comunidad internacional*, *cf.* Klabbbers, J. (2009) *Setting the Scene* ap. Klabbbers, J. – Peters, A. – Ulfstein, G. –Ed.- *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 11, de la misma manera que algunos doctrinantes han relevado casos jurisprudenciales de la Corte Constitucional de Hungría en los que se ha realizado un enjundioso esfuerzo por explicar –en particular, a instancia de las opiniones vertidas por el Juez László Sólyom- las bases teóricas de la Constitución y de los derechos en ella previstos, en el sentido de que conformarían junto a las decisiones de la magistratura constitucional, un sistema –con pretensión de coherencia- que configura una *Constitución invisible* que provee los estándares de constitucionalidad más allá del texto formal de la Ley Mayor, *cf.* Galbor, H. (2002) *The Hungarian Approach to Constitutional Review: The End of Activism? The First Decade of the Hungarian Constitutional Court*. Sadurski, W. –Ed.- *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, Kluwer, The Hague – London – New York, pp. 201 y ss; Paczolay, P. (1993) *The New Hungarian Constitutional State: Challenges and Perspectives* ap. Howard, D.A.E. –Ed.- *Constitution Making in Eastern Europe*, Woodrow Wilson Center Press, Washington, p. 45; *Körösényi, A.* (1999) *Government and Politics in Hungary*, CEU Press, Budapest – New York, p. 264. Sobre las proyecciones de tal *constructo* conceptual en el rol que, en la historia hermenéutica, adquiere la interpretación constitucional, *vide* Bodenhamer, D.J.

Constitution- englobaría, según Akhil R. Amar, no sólo directivas que especifican contenidos materiales de orden fundamental sino también aquellas que clarifican métodos de determinación del significado del documento normativo¹¹⁶, al punto que –en la opinión del *Sterling Professor of Law and Political Science* de la Universidad de Yale- la Constitución no escrita *sustenta y suplementa* a la escrita aunque *sin suplantarla*, pues confluyen –ambas- a conformar un único sistema constitucional: así como el texto constitucional no podría operar sin la incidencia de prácticas extratextuales –*extratextual practices*- que colman sus lagunas y, justamente, lo estabilizan, la Constitución no escrita difícilmente ignore las disposiciones de aquél en tanto importan parte integral de la experiencia jurídica.

De tal suerte que al patrón del material normativo controlante a través de la interpretación textual que de las disposiciones de la Convención realice la Corte, se añade un cometido de *hiperinterpretación* o sobreinterpretación –*overinterpretation*- del instrumento convencional en virtud de la cual el Tribunal Interamericano no se limita a llevar a cabo una explicación *ad litteram* del significado normativo sino que adopta una hermenéutica *extensiva* en virtud de la cual las disposiciones del documento regional de derechos humanos deban ser interpretadas de modo tal que se obtenga de aquellas principios y no simples reglas de conducta¹¹⁷, con sustento en la matriz de derechos *im-previstos* pero *inherentes* al ser humano o *derivados* de la forma de gobierno representativa democrática –según el apartado c) del art. 29- y con apoyatura en las directrices exegéticas *in favor persona*, progresividad, contenido esencial de derechos, etc. –que hasta se juzgan derivaciones de las normas de interpretación sentadas en el mismo precepto-, evitando con ello la existencia de la lagunosidad de la *Convención explícita*, o bien, de *espacios vacíos*¹¹⁸, *i.e.*, libres de *Jus Constitutionale Commune Latinoamericanum*.

Y ello sin descontar que también impulsa el *evolucionismo interpretativo* de la Convención, prohibiendo estándares hermenéuticos *dinámicos* que acompañen las mutables condiciones

(2012) *The Revolutionary Constitution*, Oxford University Press, Oxford, &9, particularmente en la discusión sobre si los textos normativos –en especial, los de índole constitucional e internacional- lucen dotados de propósitos objetivos [*objective purposes*] de la comunidad que son independientes de los de cuño subjetivo [*subjective purposes*] que movilizaron a los artífices de sus preceptos y que consisten en objetivos, valores y principios que el documento normativo está diseñado para conseguir en una moderna democracia al tiempo de su interpretación –de tal modo que, en tal ocasión, se alimente un entendimiento público de las posiciones normativas básicas de una sociedad-, *cf.* Barak, A. (2005) *Purposive Interpretation in Law*, Princeton University Press, Princeton, pp. 148, 152-155, 190, de tal forma que se problematice si los tribunales de justicia puedan legítimamente adscribir a estipulaciones constitucionales –o transnacionales- valores o propósitos contemporáneos que sus autores no hayan asegurado mediante aquéllas, *cf.* Dixon, R. *The Functional Constitution: Re-reading the 2014 High Court Constitutional Term*, 43 (2015) 455, 465; *Ibidem.*, *Response to Commentators*, *Federal Law Rev.*, 43 (2015) 517, 518; Goldsworthy, J. (2018) *Constitutional Functions, Purposes and Values* ap. Dixon, R. –Ed.- *Australian Constitutional Values*, Hart Publishing, Oxford, pp. 43 y ss; Solum, L.B. (2018) *Originalism and the Invisible Constitution* ap. Dixon, R. – Stone, A. –Eds.- *The Invisible Constitution in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, New York, pp. 62 y ss. Tales pasajes son ampliamente significativos para comprender el modo en que algunos teóricos distinguen el silencio en la Constitución misma del silencio en que se incurre en los enunciados interpretativos sobre aquélla, *cf.* Tribe, L.H. (2018) *Soundings and Silences* ap. Dixon, R. – Stone, A. –Eds.- *The Invisible Constitution in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, New York, pp. 51 y ss. Con la significación de que las prácticas culturales resultan menos visibles que las de índole organizacional pero igualmente constitutivas del orden político, *vide in extenso* Wiener, A. (2008) *The Invisible Constitution of Politics: Contested Norms and International Encounters*, Cambridge University Press, New York.

¹¹⁶ Amar, A.R. (2012) *America's Unwritten Constitution*, Basic Books, New York, pp. IX y ss., al argüir que desde que la Constitución no es habitualmente acompañada de un completo set de instrucciones sobre el sentido en el que debe ser comprendida, es preciso indagar más allá de sus estipulaciones textuales para determinar su significado.

¹¹⁷ Bin, R. (1992) *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, pp. 4 y ss.

¹¹⁸ Guastini, R. (2001) *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, pp. 159-160.

sociales, políticas, económicas y culturales, de la que también se nutre la maximización y optimización del estatuto de derechos humanos. Así la Corte Interamericana arrima un ejemplo ilustrativo:

“(…) el Preámbulo de la Convención reafirma el propósito de los Estados americanos de “consolidar en [el] Continente [americano], dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. Asimismo, el artículo 29.c de la Convención señala que ninguna disposición de este tratado puede ser interpretada en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.¹¹⁹”

Tales consideraciones no resultan de entidad menor si se atisba que, con arreglo a los registros de la jurisprudencia interamericana en el caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*, el incumplimiento de los principios de interpretación que se derivan del art. 29, literal c) de la Convención produce la violación del derecho que haya sido *indebidamente interpretado* a la luz de aquellos¹²⁰, y la consecuente generación de *responsabilidad internacional*.

Luego, en el escrutinio de derechos innominados –además- se impone destacar que tanto los judicantes domésticos como los de la Corte IDH deben modular la *compatibilidad* entre normas locales y supranacionales, dentro de las cuales la referencia parece no limitarse –en el discurso autoral- a la misma Convención como a la jurisprudencia del Máximo Tribunal interamericano sino también a otros documentos internacionales ratificados por los Estados Partes y al *ius cogens*.¹²¹

11. A semejanza de lo acontecido en ciertas áreas de la jurisprudencia constitucional, se observa que desde una perspectiva modesta –y hasta austera- en el empleo de la cláusula de derechos implícitos, los operadores jurídicos se han adentrado –*in progressum*- en un profundo y anchuroso piélagos de potenciales nuevos derechos.¹²²

No son pocos los casos asentados en los anales del Derecho judicial interamericano que problematizan el develamiento de derechos, reglas y principios imprevistos. Así, *v.gr.*, en los

¹¹⁹ CortelIDH, caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Sent. Serie C/72, de fecha 02.02.2001, párrafo 105. *Vide etiam* Ibídem., caso del *Tribunal Constitucional*, Sent. Serie C/ 74, de fecha 31.01.2001, párrafo 111.

¹²⁰ CortelIDH, caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*. Sent. Serie C/Nº 182, de fecha 05.08.2008, párrafo 221.

¹²¹ Hitters, J.C. (2009) *Control de constitucionalidad y de convencionalidad. Comparación. Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Revista de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Año VII, Nº II, p. 120, en la argucia de que la alusión a las normas internacionales envarra la cita, *v.gr.*, del Protocolo de San Salvador de 1988, Adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales; Protocolo a la CADH relativo a la Abolición de la Pena de Muerte de 1990; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1995 –Convención de *Belém do Pará*-; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994; etc., en la medida que se juzga su integración al *corpus juris* convencional de los derechos humanos.

¹²² Tribe, L.H. (2018) *Soundings and Silences ap. Dixon, R. – Stone, A. –Eds.- The Invisible Constitution in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, New York, p. 48 –de la misma manera que se corrobora en la justicia constitucional norteamericana de orden federal, principalmente a partir de la segunda mitad de la centuria pasada-.

casos *Gelman vs. Uruguay*¹²³ y *Contreras y otros vs. El Salvador*¹²⁴, la propia Corte ha acudido al *corpus juris* del Derecho internacional de los derechos humanos para extraer –con carácter autónomo– el *derecho a la identidad* de la literalidad –art. 8.1– de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, presentándolo como un *núcleo central* de elementos claramente identificables que incluyen el derecho *al nombre*, el derecho *a la nacionalidad* y el derecho a las *relaciones familiares*.

Asimismo se ha parapetado, con motivo de la decisión vertida en el caso *Blake vs. Guatemala*, en el art. 1.2 de la Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 1992 –Res. AG UN N° 47/133– con miras a reputar a los *familiares* de las víctimas de desapariciones forzadas en la categoría de *víctimas*:

“(…) Este Tribunal considera que el artículo 8.1 de la Convención debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu, y debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29, inciso c) de la Convención, según el cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno.”¹²⁵

Y hasta ha inferido los derechos titularizados por aquellas –en la investigación por desaparición forzada de personas– al *acceso al expediente* como a *solicitar y obtener copias del mismo*.¹²⁶

En esta compleja operatoria, el Tribunal Interamericano hace gala de la directiva de progresividad de los derechos humanos –en cuanto proscripción de reducir la protección más amplia que les puedan deparar las normas internas o internacionales¹²⁷– y también se auxilia con los repertorios constitucionales, legislativos y jurisprudenciales vernáculos, como acaeció en el precedente *Gelman vs. Uruguay* al apuntalar su resultado interpretativo en la previsión “(…) de las legislaciones nacionales de varios Estados de las Américas” y entablar un *diálogo jurisprudencial* con la Corte Constitucional Colombiana y el Tribunal Constitucional de Perú¹²⁸, o bien al admitir en

¹²³ CortelIDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, Sent. Serie C/221, de fecha 24.02.2011, párrafo 122.

¹²⁴ CortelIDH, caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, Sent. Serie C/232, de fecha 31.08.2011, párrafo 112.

¹²⁵ CortelIDH, caso *Blake vs. Guatemala*. Sent. Serie C/36, de fecha 24.01.1998, párrafos 96–97.

¹²⁶ CortelIDH, caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sent. Serie C/209, de fecha 23.11.2009, párrafo 258.

¹²⁷ En puridad, la *efectividad mínima* supone un piso de marcha del modelo de control de convencionalidad en función de que el art. 29 de la Convención señala que si en el ámbito interno surge una protección mayor, *i.e.*, *más eficaz*, debe ponerse en juego el esquema local y no el internacional, *cfr.* Hitters, J.C., *Un avance en el control de convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana*, Pensamiento Constitucional, 18 (2013) 315–329.

¹²⁸ CortelIDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, Sent. Serie C/221, de fecha 24.02.2011, párrafo 122, nota 132: “(…) el derecho a la identidad está previsto en las legislaciones nacionales de varios Estados de las Américas, como por ejemplo en el Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay que establece el derecho a la identidad como uno de los derechos esenciales de los niños”, a la para que toma nota de la jurisprudencia interna de algunos Estados al glosar los casos de “(…) la Corte Constitucional Colombiana, en el sentido que la “identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos [...] y que] supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad” (al respecto, ver la sentencia de tutela T-477/1995, de 23 de octubre de 1995)” como del “(…) Tribunal Constitucional de Perú, que señaló que “toda persona tiene derecho a la identidad, derecho que comprende tanto al derecho a un nombre –conocer a sus padres y conservar sus apellidos–, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica” (al respecto, ver, Segunda Sala, sentencia de recurso de agravio constitucional de 25 de julio de 2005).”

la OC-23/17 el *derecho a un medio ambiente sano* con apoyatura en los órdenes constitucionales internos de diversos Estados de la región¹²⁹; conversación que incide en la debida articulación y creación de *estándares interpretativos en materia de protección de derechos humanos* en el continente americano, de modo que el Derecho internacional de los derechos humanos se conjuga con el Derecho constitucional o -si se prefiere- se enlazan el Derecho constitucional internacional y el Derecho internacional de los derechos humanos.¹³⁰

En oportunidad de expedirse en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* ha abrevado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 –art. XIII-, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 –art. 15.b- y en la Declaración sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en Interés de la Paz y en Beneficio de la Humanidad -proclamada por Res. AG UN N° 3384 (XXX) de 1975- para extender el reconocimiento del *derecho al goce del progreso científico* y de sus aplicaciones.¹³¹

Bajo el principio de no discriminación, establecido en el art. 1.1 de la Convención, el reconocimiento del *derecho a la identidad cultural* es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y por los ordenamientos jurídicos internos.¹³²

Inclusive, se anotan lecturas del art. 29, apartado c) de la Convención en las que la Corte asienta su actividad interpretativa, para desplegar idóneamente contenidos innominados del ordenamiento convencional, en el catálogo jurisprudencial de la Corte Europea de Derechos Humanos¹³³, al sentenciar una comprensión del principio de *legalidad* -consagrado en el art. 9 de

¹²⁹ Corte IDH, OC-23/17, **Medio ambiente y derechos humanos, Res. de fecha 15.11.2017, párrafo 58, consultando las leyes constitucionales de la Nación Argentina –art. 41-, del Estado Plurinacional de Bolivia –art. 33-, de la República Federativa del Brasil –art. 225-, de la República de Chile –art. 19-, de Colombia –art. 79-, de los Estados Unidos Mexicanos –art. 4-, del Perú –art. 2-, entre muchas otras.**

¹³⁰ *Voto Razonado*, Juez Ferrer Mac-Gregor, E., CortelDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sent. Serie C/220, de fecha 26.11.2010, párrafo 41.

¹³¹ CortelDH, caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, Sent. Serie C/257, de fecha 28.11.2012, párrafo 157, puntualizando: “(...) *del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.*”

¹³² CortelDH, caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Sent. Serie C/245, de fecha 27.06.2012, párrafo 213.

¹³³ CortelDH, caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Sent. Serie C/72, de fecha 02.02.2001, párrafos 105-106, en el temperamento de que “(...) *es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.*” Tal inteligencia repara -en la nota (54) del párrafo 1006- en los registros “(...) *inter alia*, Eur. Court H.R. *Ezilin judgment of 26 April 1991, Series A no. 202, para. 45*; y Eur. Court H.R. *Müller and Others judgment of 24 May 1988, Serie A no. 133, para. 29.*”

la CADH- que no se ha ceñido a la referencia explícita de la materia penal para, luego, extenderla a la no evidente de los procesos administrativo-sancionadores.

Lo mismo en referencia al derecho a la identidad recogido por diversos precedentes judiciales del Tribunal de Estrasburgo, de estar al pronunciamiento recaído *Contreras y otros vs. El Salvador*¹³⁴, o bien, al coincidir con su par europeo en cuanto a que sería una distinción artificial afirmar que una pareja del mismo sexo no puede gozar de un vínculo familiar como lo podría hacer una pareja heterosexual a efectos de su reconocimiento y protección convencional.¹³⁵

Igualmente en el asunto *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, con mientes en las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el art. 1.1 de la Convención, los criterios de interpretación fijados en el art. 29 de la misma, las estipulaciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA¹³⁶, los patrones establecidos por la judicatura europea de derechos humanos¹³⁷ y los organismos de Naciones Unidas¹³⁸, la Corte de la región ha dejado establecido que la *orientación*

¹³⁴ CortelDH, caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, Sent. Serie C/232, de fecha 31.08.2011, párrafo 112: "(...) en el marco europeo de protección de derechos humanos no existe una disposición que expresamente reconozca un derecho a la identidad en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Sin embargo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado en forma constante que el artículo 8 del Convenio europeo "protege un derecho a la identidad y al desarrollo personal, y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior". Así, la vida privada incluye aspectos de la "identidad social y física del individuo". La vida privada, además, protege "la identificación de género, nombre, identidad sexual y vida sexual [...] el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior". Eur. Court HR, Case of *Bensaid v. The United Kingdom* (Application no. 44599/98). Judgment of 6 February 2001, párr. 47; Eur. Court HR, Case of *Pretty v. The United Kingdom* (Application no. 2346/02). Judgment of 29 April 2002, párr. 61, y Eur. Court HR, Case of *Peck v. United Kingdom* (Application no. 44647/98). Judgment of 28 January 2003, párr. 57. La jurisprudencia de esa Corte recoge en abundancia el derecho a la identidad, de la cual una parte significativa se refiere al derecho a la información sobre la verdad biológica. Al respecto, ha indicado que de una amplia interpretación del alcance de la noción de vida privada también se reconoce el derecho de toda persona a "conocer sus orígenes". Sobre este aspecto, el Tribunal europeo ha señalado que las personas "tienen un interés vital, protegido por la Convención, en recibir la información necesaria para saber y comprender su niñez y desarrollo temprano". Eur. Court HR, Case of *Odièvre v. France* (Application no. 42326/98). Judgment of 13 February 2003, párrs. 42 y 44. Véase también Eur. Court HR, Case of *Mikulic v. Croatia* (Application no. 53176/99). Judgment of 7 February 2002, párrs. 57 y 64."

¹³⁵ Corte IDH, OC-24/17, **Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo**, Res. de fecha 24.11.2017, párrafo 192, con la siguiente cita: "(...) TEDH, **Caso Schalk y Kopf vs. Austria, No. 30141/04, Sentencia de 24 de junio de 2010, párr. 94, y Caso Vallianatos y otros vs. Grecia, Nos. 29381/09 y 32684/09, Sentencia de 7 de noviembre de 2013, párr. 73.**"

¹³⁶ CortelDH, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sent. Serie C/239, de fecha 24.02.2012, párrafo 86, *v.gr.*, AG/RES. 2653 (XLI-O/11) de 2011, AG/RES. 2600 (XL-O/10), AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), etc.

¹³⁷ CortelDH, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sent. Serie C/239, de fecha 24.02.2012, párrafo 87: "(...) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la orientación sexuales "otra condición" mencionada en el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante "Convenio Europeo"), el cual prohíbe tratos discriminatorios. En particular, en el caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, el Tribunal Europeo concluyó que la orientación sexual es un concepto que se encuentra cubierto por el artículo 14 del Convenio Europeo. Además, reiteró que el listado de categorías que se realiza en dicho artículo es ilustrativo y no exhaustivo. Asimismo, en el caso *Clift vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo reiteró que la orientación sexual, como una de las categorías que puede ser incluida bajo "otra condición", es otro ejemplo específico de los que se encuentran en dicho listado, que son consideradas como características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona."

¹³⁸ CortelDH, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sent. Serie C/239, de fecha 24.02.2012, párrafo 88: "(...) en el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han calificado la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al respecto, el Comité de Derechos

sexual y la identidad de género de las personas deben reputarse *categorías protegidas* por el ordenamiento convencional –pese no resultar enunciadas específicamente dentro de los motivos vedados de discriminación–, derivando la proscripción de cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona.¹³⁹

En efecto, a través de una directriz de hermenéutica *evolutiva* –consecuente con la regla general interpretativa del art. 29 de la Convención¹⁴⁰–, que contempla a los tratados de derechos humanos como *instrumentos vivos*, cuya exégesis tiene que acompañar la *evolución de los tiempos y las condiciones de vida actual*¹⁴¹, al interpretar la expresión “(...) *cualquier otra condición social*” prevista en el art. 1.1 de la Convención, prohija la opción por la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado:¹⁴²

“(…) *los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas.*”¹⁴³

En este orden de ideas, resulta habitual el argumentario de que sin perjuicio de que en el caso particular de la Convención Americana el objeto y fin del tratado es “(...) *la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*”¹⁴⁴, a propósito de lo cual fue diseñada para la tutela de la persona humana independientemente de su nacionalidad, frente a su propio Estado o a cualquier otro¹⁴⁵, se aduce que es fundamental tener presente la especificidad de los tratados de

Humanos indicó en el caso Toonen vs. Australia que la referencia a la categoría “sexo” incluiría la orientación sexual de las personas.”

¹³⁹ CortelDH, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sent. Serie C/239, de fecha 24.02.2012, párrafo 91.

¹⁴⁰ CortelDH, caso *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Sent. Serie C/63, de fecha 19.11.1999, párrafo 193; *Ibidem.*, caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sent. Serie C/79, de fecha 31.08.2001, párrafo 193; *Ibidem.*, caso *de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sent. Serie C/110, de fecha 08.07.2044, párrafo 165; *Ibidem.*, caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sent. Serie C/134, de fecha 15.09.2005, párrafo 106; *Ibidem.*, caso *Masacre de Ituango vs. Colombia*, Sent. Serie C/148, de fecha 01.07.2006, párrafo 155. *Vide etiam* CortelDH, OC-22/16, **Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos, Res. de fecha 26.02.2016, párrafo 49**; CortelDH, OC N° 5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, de fecha 13.11.1985, párrafo 52.

¹⁴¹ CortelDH, OC N° 16/99, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 01.10.1999, párrafo 114; ECHR, *Tyrer vs. United Kingdom*, 5856/72, 25.04.1978, p. 31.

¹⁴² CortelDH, OC N° 5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, de fecha 13.11.1985, párrafo 52.

¹⁴³ CortelDH, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sent. Serie C/239, de fecha 24.02.2012, párrafo 85. *Vide etiam*, CortelDH, OC N° 16/99, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 01.10.1999, párrafo 115.

¹⁴⁴ CortelDH, OC N° 2/82, de fecha 24.09.1982, *El Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, párrafo 29; *Ibidem.*, OC-21/14, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Res. de fecha 19.08.2014, párrafo 53.

¹⁴⁵ CortelDH, OC N° 2/82, de fecha 24.09.1982, *El Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, párrafo 33; *Ibidem.*, OC-21/14, *Derechos y garantías de*

derechos humanos, los cuales crean un orden legal en el cual los Estados asumen obligaciones hacia los individuos bajo su jurisdicción¹⁴⁶ y cuyas violaciones pueden ser reclamadas por éstos y por la comunidad de Estados Partes de la Convención a través de la acción de la Comisión – arts. 43 y 44 CADH- e incluso ante la Corte –art. 61, CADH-.¹⁴⁷

En tiempos más recientes, incluso, ha inferido de los términos del enunciado normativo previsto en el art. 26 de la Convención, la fuerza vinculante de los *derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*, como la consecuente imposición de obligaciones estatales específicas a su respecto:

*“(...) resulta claro interpretar que la Convención Americana incorporó en su catálogo de derechos protegidos los denominados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), a través de una derivación de las normas reconocidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), así como de las normas de interpretación dispuestas en el propio artículo 29 de la Convención; particularmente, que impide limitar o excluir el goce de los derechos establecidos en la Declaración Americana e inclusive los reconocidos en materia interna. Asimismo, de conformidad con una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva, la Corte ha recurrido al corpus iuris internacional y nacional en la materia para dar contenido específico al alcance de los derechos tutelados por la Convención, a fin de derivar el alcance de las obligaciones específicas de cada derecho.”*¹⁴⁸

Sobre el particular, ha abordado –en el asunto *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, además de reiterar su concepción en pos de la *justiciabilidad* de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y en favor del paradigma de la *interdependencia* e *indivisibilidad* del estatuto de los derechos humanos¹⁴⁹–el alcance que cabe endilgar al *derecho a la salud*,

niñas y niños en el contexto de la migración v/o en necesidad de protección internacional. Res. de fecha 19.08.2014, párrafo 53; *Ibidem.*, OC-23/17, **Medio ambiente y derechos humanos**, Res. de fecha 15.11.2017, párrafo 41.

¹⁴⁶ CortelIDH, OC N° 2/82, de fecha 24.09.1982, *El Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, párrafo 29; *Ibidem.*, OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración v/o en necesidad de protección internacional*, Res. de fecha 19.08.2014, párrafo 53; *Ibidem.*, OC-23/17, **Medio ambiente y derechos humanos**, Res. de fecha 15.11.2017, párrafo 41.

¹⁴⁷ CortelIDH, caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, Sent. Serie C/205, de fecha 16.11.2009, párrafo 33; *Ibidem.*, CortelIDH, OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración v/o en necesidad de protección internacional*, Res. de fecha 19.08.2014, párrafo 53; *Ibidem.*, OC-23/17, **Medio ambiente y derechos humanos**, Res. de fecha 15.11.2017, párrafo 41.

¹⁴⁸ CortelIDH, caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, Sent. Serie C/349, de fecha 08.03.2018, párrafo 103.

¹⁴⁹ CortelIDH, caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, Sent. Serie C/359, de fecha 23.08.2018, párrafo 78, al evocar el recurso a la interpretación literal: “(...) el sentido corriente que ha de atribuirse a la norma prevista en el artículo 26 de la Convención es que los Estados se comprometieron a hacer efectivos “derechos” que derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante “la Carta de la OEA”). En ese sentido, este Tribunal advierte que si bien la Carta de la OEA consagra “principios” y “metas” tendientes al desarrollo integral, también se refiere a ciertos “derechos”, tanto de manera explícita como implícita. De esta forma, de una interpretación literal del texto del artículo 26 es posible afirmar que se refiere precisamente al deber de los Estados de lograr la efectividad de los “derechos” que sea posible derivar de la Carta de la OEA”, de modo que se propende sistemáticamente a la veda –de estar al párrafo 86– de “(...) cualquier separación, categorización o jerarquía entre derechos para efectos de su respeto, protección y garantía. Esta condición atañe no sólo al reconocimiento de los DESCAs como derechos humanos protegidos por el artículo 26, sino también a los aspectos de competencia de este Tribunal para conocer sobre violaciones a los mismos sobre la base de dicho artículo.” En rigor, ya en los anales del Tribunal interamericano se había advertido que el hecho de que los derechos derivados del mentado art. 26 luzcan sujetos a las obligaciones generales dimanantes de la Convención no sólo es resultado de cuestiones formales, sino –más bien– de la interdependencia e indivisibilidad recíproca existente

fomentando su entendimiento como un derecho *autónomo y justiciable* albergado en el art. 26 del instrumento interamericano—superando, así, la tesis de *conexidad* con algún derecho civil o político—¹⁵⁰

entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales, culturales y ambientales, patrocinándose la consideración de que ambas categorías de derechos deben ser *entendidas integralmente* y de *forma conglobada* como derechos humanos, *sin jerarquía entre sí y exigibles* en todos los casos ante autoridades competentes —al menos, si se retiene que las menciones consignadas tanto en el Preámbulo del mismo Pacto como del Protocolo de San Salvador de 1988, al igual que en las diversas cláusulas de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, oficiarían como muestras significativas en orden a que los derechos civiles y políticos, como los DESCAs, fueron reconocidos por los Estados de la región como derechos esenciales de la persona humana—, *cf.* CortelIDH, caso *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, Sent. Serie C/198, de fecha 01.07.2009, párrafo 10; *Ibidem.*, caso ***Poblete Vilches y otros vs. Chile***, Sent. Serie C/349, de fecha **08.03.2018, párrafo 100**; *Ibidem.*, caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, Sent. Serie C/261, de fecha 21.05.2013, párrafo 131; *Ibidem.*, caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, Sent. Serie C/298, de fecha 01.09.2015, párrafo 172; *et al.* De allí que —adicionando al arsenal hermenéutico expuesto un insumo interpretativo *teleológico*, dado por el objeto y fin del tratado consistente en la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, que abastece la virtualidad del principio *pro persona*—, se ha concluido que el art. 26 de la Convención protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, cuyos alcances “(...) *deben ser entendidos en relación con el resto de las demás cláusulas de la Convención Americana, por lo que están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención y pueden ser sujetos de supervisión por parte de este Tribunal en términos de los artículos 62 y 63 del mismo instrumento*”, sin perjuicio de que corresponda —en cada caso concreto— a través de un “(...) *análisis de DESCAs, determinar si de la Carta de la OEA se deriva explícita o implícitamente un derecho humano protegido por el artículo 26 de la Convención Americana, así como los alcances de dicha protección*”, *cf.* CortelIDH, caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, Sent. Serie C/359, de fecha 23.08.2018, párrafos 92 y 97.

¹⁵⁰ *Vide in extenso* CortelIDH, caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, Sent. Serie C/171, de fecha 22.11.2007, párrafo 117; *Ibidem.*, caso *Vera Vera y otra vs. Ecuador*, Sent. Serie C/226, de fecha 19.05.2011, párrafo 43; *Ibidem.*, caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, Sent. Serie C/261, de fecha 21.05.2013, párrafo 130; *Ibidem.*, caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, Sent. Serie C/298, de fecha 01.09.2015, párrafo 171; *et al.* En puridad, el temperamento en virtud del cual la apreciación del derecho a la salud en su *interfaz* con el derecho a la integridad personal y a la vida, *i.e.*, como *antecedente necesario* para el pleno cumplimiento de las obligaciones correspondientes a éstos, conllevaría una desvirtuación de su naturaleza autónoma, devino prohibida —en el caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*— por el Juez Roberto F. Caldas: “(...) *más que un indicativo de respeto a los derechos a la vida y a la integridad personal, el derecho a la salud es un derecho autónomo (...) más que simplemente reiterar la protección a la salud por la refleja vía de los derechos a la vida e integridad personal, la tutela jurisdiccional del derecho puede y debe ser más explícita y directa. El debate sobre la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) no es nuevo, y hace muchos años la Corte viene caminando hacia la justiciabilidad integral. Desde el final de los años noventa, con el emblemático Caso Baena Ricardo y Otros vs. Panamá, venimos construyendo formas de protección de los DESC, aunque inicialmente por la vía indirecta (...) la presente Sentencia reproduce ese entendimiento, integrándose sin sobresalir a esa tradición. El derecho a la salud es efectivamente tutelado, aunque como elemento integrante de los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención, pero la Sentencia deja de condenar al Estado por su quiebra, aunque esté previsto en el artículo 26 del mismo instrumento (...) la posibilidad jurídica y doctrinal de proteger la salud, aunque vinculada a los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención habla muy elocuentemente de la real interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. La demora en dar más este paso, el de reconocer el derecho a la salud directamente violado, fragiliza hasta el propio discurso de que este es un sistema de integral protección a los derechos humanos, una vez que la protección jurisdiccional interamericana solamente es brindada a determinados derechos humanos y negada a otros tantos*”, *cf.* *Voto Razonado*, Juez Caldas, R.F., Corte IDH, caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*, Sent. Serie C/312, de fecha 29.02.2016, punto II. Igualmente —en esta línea de razonamiento se inscribe el parecer del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor—: “(...) *el tradicional análisis que realiza la Corte IDH, a la luz del derecho a la vida y a la integridad personal, resulta limitado en el presente caso, dado que estos dos derechos no incorporan debidamente cierto tipo de obligaciones asociadas específicamente con el “derecho a la salud”, a saber: la accesibilidad, la disponibilidad, la calidad y la aceptabilidad, o bien, la de adopción de ajustes razonables para garantizar el disfrute del derecho a la salud en el caso de las personas con discapacidad (...) en la Sentencia se reconoce que “[la] salud debe entenderse como una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los derechos a la vida e integridad personal.” La Corte IDH, sin embargo, omite la mención expresa al “derecho a la salud”, vinculando, tanto la atención médica, como los servicios de salud, directamente a las afectaciones al derecho a la vida y a la integridad personal. El criterio mayoritario se refiere a que las afectaciones se relacionan con la protección a la salud (expresión que se utiliza en toda la Sentencia en lugar del “derecho a la salud”). Sobre este punto, debemos entender que la expresión “protección a la salud” es una de las facetas del “derecho a la salud. Además, es de recordar que sin importar la denominación que se le otorgue al derecho a la salud, esta literalidad no anula su contenido”, *cf.* *Voto Concurrente*, Juez Ferrer Mac-Gregor, E., Corte IDH, caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*, Sent. Serie C/312, de fecha 29.02.2016, párrafos 6-7.*

“(…)de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA se deriva el derecho a la salud. La Corte reitera la naturaleza y alcance de las obligaciones que derivan de la protección de este derecho, tanto en lo que respecta a aquellos aspectos que tienen una exigibilidad inmediata, como aquellos que tienen un carácter progresivo (...) en relación con las primeras (obligaciones de exigibilidad inmediata), los Estados deberán adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para el derecho a la salud. Respecto a las segundas (obligaciones de carácter progresivo), la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”¹⁵¹

En efecto, por derivación de los arts. 34 incisos i¹⁵² y l¹⁵³ y 45 inciso h de la Carta de la OEA, la Corte regional no sólo colige la existencia de una *interrelación* entre el compromiso de los Estados de garantizar una política eficiente de seguridad social y su deber de resguardar la atención de la salud –principalmente en el contexto de las enfermedades endémicas, según lo previsto en la Obsv. Gen. N° 19, *El derecho a la seguridad social (artículo 9)*, de fecha 23.11.2007, UN, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 13-, pues –además- ha

¹⁵¹ CorteIDH, caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, Sent. Serie C/359, de fecha 23.08.2018, párrafo 98, con remisión a la doctrina sentada por el propio Alto Tribunal al zanjar el caso ***Poblete Vilches y otros vs. Chile, Sent. Serie C/349, de fecha 08.03.2018, párrafo 104 y 106, como así también a la pergeñada por el*** Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de UN, *vide in profundis Obsv. Gen. N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, de fecha 14.11.1990, UN, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 3; Obsv. Gen. N° 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, de fecha 11.08.2000, UN, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 30; Obsv. Gen. N° 19, *El derecho a la seguridad social (artículo 9)*, de fecha 23.11.2007, UN, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 13; *et al.* Por lo restante, huelga recordar que ya la Corte Interamericana –en el precedente glosado con antelación, en particular en su párrafo 118- había reconocido a la salud como un *derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos*, al propio tiempo de precisar que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud no sólo como la *ausencia de afecciones o enfermedades*, sino también como *un estado completo de bienestar físico, mental y social*, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral, de forma que la obligación general de protección a la salud se traduce en el *deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población*. En el mismo sentido, el referido Tribunal igualmente había establecido –al expedirse en el caso *Suarez Peralta vs. Ecuador*- que la operatividad de dicha obligación comienza con el deber de *regulación*, por lo que ha indicado que los Estados son responsables de regular con carácter permanente la *prestación de servicios* –tanto públicos como privados- y *la ejecución de programas nacionales* relativos al logro de una prestación de servicios de calidad, *cfr.* caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, Sent. Serie C/261, de fecha 21.05.2013, párrafo 134.

¹⁵² En tanto establece: “(…) *los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: [...] i) Defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica.*”

¹⁵³ Al consignar: “(…) *los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: [...] l) Condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna.*”

enfaticado que media “(...) una referencia con el suficiente grado de especificidad para derivar la existencia del derecho a la salud reconocido implícitamente por la Carta de la OEA.”¹⁵⁴

Por lo restante, cabe retener que –en ejercicio de su *competencia consultiva*- las opiniones de la Corte regional de derechos humanos gozan de gran *autoridad* y se les adscribe una importante función como *medio de protección* de los derechos humanos, en especial si se tienen en cuenta las dificultades con que ha tropezado el ejercicio de su jurisdicción contenciosa.¹⁵⁵

De allí que por este cauce se han albergado diversos derechos implícitos en la textura del Pacto de San José de Costa Rica: *v.gr.*, con motivo de la Opinión Consultiva N° 24/17 se ha reiterado que de conformidad con las obligaciones generales de respeto y de garantía - establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el art. 29 del Pacto, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, y los organismos de Naciones Unidas- la *orientación sexual* y la *identidad de género* así como la *expresión de género* son categorías protegidas por la Convención –de modo que ninguna norma, decisión o práctica de Derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de forma alguna, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género-, a la par de señalarse que el derecho a la identidad, y en particular la manifestación de esta, también se encuentra protegido por el art. 13 de la Convención que reconoce el derecho a la *libertad de expresión* –desde esta óptica, interferir arbitrariamente en la expresión de los distintos atributos de la identidad puede implicar una vulneración a ese derecho, sin perjuicio de que la falta de reconocimiento de la identidad de género o sexual podría desaguar en una *censura indirecta* a las expresiones de género que se aparten de los estándares cisonormativos o heteronormativos en virtud de los cuales se envía un mensaje generalizado no contarán con la protección legal y el reconocimiento de sus derechos en igualdad de condiciones respecto de aquellas personas que no diverjan de los mismos-, o bien de que refleja un indudable *valor instrumental* para el ejercicio de determinados derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, de tal manera que su plena vigencia fortalece la democracia y el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales –al menos, en una sociedad comprometida con el goce efectivo de la ciudadanía y los valores de la democracia representativa, facilitando así la inclusión social, la participación ciudadana y la igualdad de oportunidades-.¹⁵⁶

A su turno, en la Opinión Consultiva N° 23/17 señaló –al reconocer la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental afecta el goce efectivo de aquellos- en el sistema interamericano de derechos humanos el *derecho a un medio ambiente sano* merece tutela convencional no sólo en razón de su consagración expresa en el art. 11 del Protocolo de San

¹⁵⁴ CortelDH, caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, Sent. Serie C/359, de fecha 23.08.2018, párrafo 99, desbrozando en paralelo –a partir del párrafo 103 al 107- que su contenido –en función de los arts. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, 10 del Protocolo de San Salvador de 1988, etc.- se extiende a la atención de salud oportuna y apropiada conforme a los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, sin descuidar glosar –a la vez- que en el cumplimiento de la obligación estatal de respetar y garantizar el derecho de maras se deberá conferir “(...) *especial cuidado a los grupos vulnerables y marginados, y deberá realizarse de conformidad con los recursos disponibles de manera progresiva y de la legislación nacional aplicable.*”

¹⁵⁵ Buergethal, T. - Grossman, C. - Nikken, P. (1990) *Derechos Humanos*, Jurídica de Venezuela, Caracas, p. 112.

¹⁵⁶ Corte IDH, OC-24/17, **Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo**, Res. de fecha 24.11.2017, párrafos 61-116.

Salvador de 1988 sino también en razón de que adicionalmente debe considerarse incluido implícitamente entre los *derechos económicos, sociales y culturales* protegidos por el art. 26 de la Convención Americana, máxime cuando se lo adjetiva de derecho autónomo y distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, tales como el derecho a la vida o a la integridad personal¹⁵⁷:

*“(…) bajo dicha norma [art. 26 CADH] se encuentran protegidos aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (en la medida en que ésta última “contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere”) y los que se deriven de una interpretación de la Convención acorde con los criterios establecidos en el artículo 29 de la misma. La Corte reitera la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.”*¹⁵⁸

¹⁵⁷ Corte IDH, OC-23/17, **Medio ambiente y derechos humanos, Res. de fecha 15.11.2017, párrafos 44-45, 47, 56, con la siguiente aclaración:** *“(…) la presente Opinión Consultiva tiene como objeto interpretar el efecto de las obligaciones derivadas del derecho ambiental en relación con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana. Existe un extenso corpus iuris de derecho ambiental internacional. Conforme a la interpretación sistemática contemplada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen”. Este Tribunal estima que, en aplicación de estas normas, debe tomar en consideración la normativa internacional de protección ambiental al momento de especificar el contenido y alcance de las obligaciones asumidas por los Estados bajo la Convención Americana, en particular al precisar las medidas que deben adoptar los Estados. En el marco de la presente Opinión Consultiva, la Corte desea subrayar que, aunque no le corresponde emitir una interpretación directa de los distintos instrumentos de Derecho ambiental, indudablemente los principios, derechos y obligaciones allí contenidos contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de la Convención Americana. En virtud de la materia sometida a consulta, la Corte tendrá en consideración, como fuentes de Derecho internacional adicionales, otras convenciones relevantes a fin de efectuar una interpretación armónica de las obligaciones internacionales en los términos de la disposición citada. En adición, la Corte considerará las obligaciones aplicables y la jurisprudencia y decisiones al respecto, así como las resoluciones, pronunciamientos y declaraciones referentes al tema que hubieren sido adoptados a nivel internacional. En suma, al dar respuesta a la presente consulta, la Corte actúa en su condición de tribunal de derechos humanos, guiada por las normas que gobiernan su competencia consultiva y procede al análisis estrictamente jurídico de las cuestiones planteadas ante ella, conforme al Derecho internacional de los derechos humanos teniendo en cuenta las fuentes de Derecho internacional relevantes. Al respecto, corresponde precisar que el corpus iuris del Derecho internacional de los derechos humanos se compone de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales o recogidas en el Derecho internacional consuetudinario como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, así como de los principios generales de derecho y de un conjunto de normas de carácter general o de soft law, que sirven como guía de interpretación de las primeras, pues dotan de mayor precisión a los contenidos mínimos fijados convencionalmente. Asimismo, la Corte se basará en su propia jurisprudencia.”*

¹⁵⁸ Corte IDH, OC-23/17, **Medio ambiente y derechos humanos, Res. de fecha 15.11.2017, párrafo 56, evocando que al sentenciar el caso Lagos del Campo vs. Perú**, estableció que el art. 26 de la CADH, como los otros derechos consagrados en dicho instrumento, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los arts. 1.1 y 2 señalados en el Capítulo I -titulado “Enumeración de Deberes”- de la Convención, así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el Capítulo II -rotulado “Derechos Civiles y Políticos”-, y protege los derechos que se derivan de la Carta de la OEA, la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre y los que se derivan de “(…) otros actos internacionales de la misma naturaleza”, en virtud del art. 29.d de la Convención, *vide in extenso* Corte IDH, caso *Lagos del Campo vs. Perú*, Sent. Serie C/340, de fecha 31.08.2017, párrafos 142-144; *Ibidem.*, caso *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, Serie C/198, de fecha 01.07.2009, párrafo 100.

Todavía ha develado la nota de *inherencia e inalienabilidad de los derechos humanos*, i.e., su conexión inescindible con la naturaleza del ser humano como sujeto de derechos, no sólo con apoyatura en medios complementarios de interpretación –principalmente trabajos preparatorios del art. 1.2 de la CADH- y en postulados preambulares tanto de la misma CADH como de la DADDH –en cuanto aluden como fundamento a los “(...) *atributos de la persona humana*”, sino también en el derecho a la integridad personal –art. 5 CADH- como en el canon exegético previsto en el art. 29.c del Pacto:

“(...) este Tribunal resalta la existencia de ciertos derechos que son inherentes y exclusivos al ser humano, de manera que su ejercicio sólo se puede realizar de forma personal, lo cual los excluiría de un potencial análisis en el marco de un caso en el que se alegue la violación de derechos cuya titularidad reside igualmente en las personas físicas pero el ejercicio de los cuales se hiciera a través de una persona jurídica (...) esta afirmación encuentra su fundamento en diferentes postulados de la Convención Americana, los cuales plantean el sentido fundamental de esa inmanencia. Así, mientras el artículo 5 de la Convención menciona la importancia de entender la dignidad humana como un elemento intrínseco del ser humano, el artículo 29 del mismo instrumento predica que “[n]inguna disposición de la [...] Convención puede ser interpretada en el sentido de [...] c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano”.”¹⁵⁹

Paralelamente su *corpus* jurisprudencial de tinte consultivo ha reconocido que las *comunidades indígenas* y los *pueblos tribales* son *titulares de derechos protegidos por el sistema interamericano* y, por consiguiente, gozan del *derecho de acceso* ante este en defensa de sus derechos y los de sus miembros, abasteciendo tal razonamiento no sólo con insumos jurisprudenciales del propio Tribunal sino también con referencia a otras fuentes de Derecho internacional –v.gr., arts. 1 PIDCP; 1 y 15.1.a del PIDESC; O.G. N° 21 de 2009, *Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Comité DESC, p. 9; Convenio N° 169 de OIT; Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígena de 2007; etc- e interno -a través de constituciones, legislación y jurisprudencia de Estados de la región- en la materia que estimó coadyuvaban a su construcción jurisprudencial. A la vez, ha reconocido la titularidad de derechos por parte de *organizaciones sindicales* –v.gr., sindicatos, federaciones y confederaciones-, lo cual les permite

¹⁵⁹ CorteIDH, OC-22/16, **Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos**, Res. de fecha 26.02.2016, párrafo 108. **Interesa hacer notar que en relación a los insumos provenientes del sistemas regionales y universales de protección de derechos humanos concluyó –en su párrafo 62–: “(...) en la mayoría de los sistemas analizados no se les reconocen derechos a las personas jurídicas, salvo en el sistema europeo y en el marco del CERD. Asimismo, este Tribunal resalta que los tratados de derechos humanos que han sido estudiados no cuentan con una norma que defina cómo se debe entender el término “persona”, por lo que el artículo 1.2 de la Convención Americana es una particularidad del sistema interamericano. Teniendo en cuenta esto, la Corte estima que actualmente en el Derecho internacional de los derechos humanos no existe una tendencia clara, interesada en otorgar derechos a las personas jurídicas o en permitirles acceder como víctimas a los procesos de peticiones individuales que establezcan los tratados”,** mientras que en conexión a las referencias de Derecho interno consideró –a propósito de u párrafo 67–: “(...) a pesar de que pareciera que existe una disposición en los países de la región para reconocer la titularidad de derechos a las personas jurídicas y otorgarles recursos para hacerlos efectivos, lo cierto es que estos antecedentes no son suficientes, por cuanto no todos los Estados realizan el reconocimiento de la misma forma y el mismo grado. Adicionalmente, este Tribunal nota que ésta es la posición que los Estados ostentan en su Derecho interno, razón por la cual no es posible modificar el alcance del artículo 1.2 de la Convención Americana a partir de este método interpretativo.”

presentarse ante el sistema interamericano en protección de sus propios derechos, con sujeción al art. 8.1 del Protocolo de San Salvador de 1988¹⁶⁰, incluso –en este último caso- con la siguiente precisión en su párrafo 95:

“(...) la Corte reitera que el Protocolo de San Salvador es parte de la Convención Americana y el principio pro persona se encuentra contenido en la misma. En este orden de ideas, el Tribunal recuerda que de acuerdo a dicho principio, al interpretarse el artículo 8.1.a del Protocolo debe optarse por la interpretación que sea más garantista y que, por tanto, no excluya o limite el efecto que pueden tener otros instrumentos como la Carta de la OEA. De acuerdo a lo sostenido previamente, el artículo 45.c de este instrumento reconoce derechos a las asociaciones de empleadores y a las de trabajadores. Asimismo, el artículo 10 de la Carta Democrática [Interamericana] propende, a través de su remisión a la Declaración de la OIT [relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998], por el respeto de la libertad sindical, la cual abarca no solamente el derecho de los trabajadores a asociarse sino asimismo el derecho de las asociaciones por ellos constituidas de funcionar libremente.”

Inclusive, a través de una interpretación armónica de la normativa interna e internacional que informa de forma convergente y complementaria el contenido del derecho de asilo previsto en los arts. 22.7 de la CADH y XXVII de la DADDH, como así también con sujeción a las pautas específicas de interpretación contenidas en el art. 29 de la Convención, la Corte ha sido del temperamento –con motivo de su OC-21/14- que el *derecho a buscar y recibir asilo* -superando el entendimiento histórico de esta institución como una mera prerrogativa estatal- incluye entre sus *titulares a niñas y niños*, y que -en el marco del sistema interamericano, donde ha invocado la virtualidad de una genuina *tradición latinoamericana del asilo*- se encuentra configurado como un derecho humano individual a buscar y recibir *protección internacional en territorio extranjero*, incluyendo con esta expresión el estatuto de *refugiado* según los instrumentos pertinentes de Naciones Unidas –a partir de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967-, las correspondientes leyes nacionales, y el *asilo* conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia.¹⁶¹ Inclusive, expuso una matriz de *garantías de debido proceso* aplicables en procesos migratorios que involucran a niñas y niños –*v.gr.*, el derecho a ser notificado, oído y a participar en diferentes etapas procesales, a la intervención de un juez o funcionario especializado, acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular, etc.- y hasta un inventario de principios con gravitación al respecto –*v.gr.*, de *ultima ratio* de la privación de libertad de niñas y niños, de motivación de implementación excepcional de medidas privativas de libertad de carácter cautelar por infracciones a la ley migratoria, de no devolución –*non refoulement*-, etc. Inclusive, en relación a esta última directriz ha apuntado:

“(...) el principio de no devolución es consustancial a estas diferentes ramas del Derecho internacional en que se ha desarrollado y codificado el mismo. No obstante, en cada una de

¹⁶⁰ CortelIDH, OC-22/16, **Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos**, Res. de fecha 26.02.2016, párrafos 71 y ss., 85 y ss.

¹⁶¹ CortelIDH OC-21/14. **Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional**, Res. de fecha 19.08.2014, párrafos 72-74 y 78. *Vide etiam* Corte IDH, caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, Sent. Serie C/272, de fecha 25.11.2013, párrafo 129.

*estos contextos, el contenido del principio de no devolución reconoce un ámbito de aplicación personal y material particular y obligaciones correlativas específicas, las que deben entenderse como de naturaleza complementaria, en los términos del artículo 29 de la Convención Americana y el principio pro persona. Ello implica, en definitiva, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, aplicando aquella norma que otorgue mayor protección al ser humano.*¹⁶²

Por lo restante, no sólo ha patrocinado la recepción por el Pacto de un *concepto amplio y flexible de familia*, en la consideración de que la riqueza y diversidad de la región han dado cuenta de las diversas configuraciones familiares que pueden ser protegidas –incluyendo, así, a las familias poligámicas¹⁶³, puesto que –además– el Tribunal interamericano al examinar la práctica internacional relevante para asegurar los derechos derivados del vínculo familiar entre parejas del mismo sexo –a través del reconocimiento tanto de la unión civil o unión de hecho, como el matrimonio igualitario–, ha ponderado *in profundis* medidas de orden legislativo, judicial y administrativo emprendidas por distintos Estados miembros.¹⁶⁴

¹⁶² CortelIDH OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Res. de fecha 19.08.2014, párrafo 234.

¹⁶³ Corte IDH, OC-24/17, **Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo**, Res. de fecha 24.11.2017, párrafo 190. *Vide etiam* CortelIDH, caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Sent. Serie C/63, de fecha 19.11.1999, párrafo 68; *Ibidem.*, caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala, Sent. Serie C/76, de fecha 25.05.2001, párrafo 86; *Ibidem.*, caso Loayza Tamayo vs. Perú, Sent. Serie C/42, de fecha 27.11.1998, párrafo 92; *Ibidem.*, caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam, Sent. Serie C/15, de fecha 10.09.1993, párrafo 62.

¹⁶⁴ Corte IDH, OC-24/17, **Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo**, Res. de fecha 24.11.2017, párrafo 200, aludiendo, *v.gr.*, al pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México al declarar en 2015: “(...) **la ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad de[] [matrimonio] es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional(...)** ninguna norma, decisión o práctica de Derecho interno, tanto por parte de autoridades estatales como de particulares, pueden disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”, *cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, I Sala, de fecha 19.06.2015, 1a./J.43/2015, como así también al fallo proferido por el Supremo Tribunal Federal de Brasil que garantizó a parejas del mismo sexo idénticos derechos que los titularizados por parejas heterosexuales, *cfr.* Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) No. 4277, 05.05.2011, o bien, la decisión de la Corte Constitucional de Colombia que reconociera el matrimonio entre personas del mismo sexo, al descartar un motivo constitucionalmente atendible que justifique desconocer al compañero o compañera del mismo sexo que sobrevive al causante el derecho a recoger la herencia de la persona con quien conformó una familia, menos aún si, con el propósito protector que inspira la regulación superior de la familia, ese derecho ya ha sido reconocido al compañero o compañera permanente que sobrevive tratándose de la unión de hecho integrada por heterosexuales, también reconocida como familia y, por este aspecto, equiparable a la unión de hecho entre personas del mismo sexo, *cfr.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C238-12, *Ibidem.*, Sentencia SU-214/16, descartando –en esta muestra emergente de circulación jurídica– que el Tribunal Interamericano, incluso, ha evocado la resolución de la Corte federal estadounidense en el caso *Obergefell vs. Hodges* que indicara que el derecho al casarse le asistía también a las parejas del mismo sexo, *Obergefell vs. Hodges*, 576 U.S. __ (2015) y el Derecho judicial de Estados canadienses –con la siguiente remisión en la nota 402: “(...) **Ontario. Corte de apelaciones. Halpern Vs. Canada, 10 de junio de 2003; Columbia Británica. Corte de apelaciones. Barbeau Vs. British Columbia, 8 de julio de 2003; Quebec. Corte de apelaciones. Catholic Civil Rights League Vs. Hendricks, 19 de marzo de 2004; Yukon. Suprema Corte del territorio del Yukon. Dunbar & Edge Vs. Yukon, 14 de julio de 2004; Manitoba. Corte del Banco de la Reina. Vogel et al. Vs. Attorney General of Canada, 16 de septiembre de 2004; Suprema Corte de Nueva Escocia. Boutilier Vs. Nova Scotia, 24 de septiembre de 2004; Saskatchewan. Corte del Banco de la Reina (División de Derecho de Familia).**”

12. Lo interesante es que al avivar una interpretación *progresiva* –en los supuestos antedichos- la Corte no sólo ha considerado el *corpus juris* del Derecho internacional de los derechos humanos -formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados [tratados, convenios, resoluciones y declaraciones]- en el marco del progreso de los derechos fundamentales de la persona humana,¹⁶⁵ pues –además- ha otorgado especial relevancia al *Derecho Comparado*, razón por la cual ha utilizado *normativa nacional* o *jurisprudencia de tribunales internos* al analizar controversias específicas en los casos contenciosos.¹⁶⁶

Máxime cuando –invocando una exégesis sistemática- se aduce que, en puridad, es a través del art. 29 de la Convención considerado *in totum* –por intermedio de sus apartados a, b, c y d- que el instrumento convencional funciona adicionando a la tabulación de derechos otros no previstos por cauce de un *arsenal proveniente de otras fuentes* y al que se le confiere *recepción complementaria*, de modo que más allá de la lexicografía empleada por la norma internacional en ella descansa un *plexo de derechos imprevistos*.¹⁶⁷

En definitiva, el precepto convencional de marras edicta –además- que ninguna disposición de la misma puede *interpretarse* en el sentido de *limitar* el disfrute de derechos *reconocidos* por *legislaciones nacionales* o por otros *convenios internacionales en que sea parte uno de los Estados*¹⁶⁸, ni *excluir*

***N.W. Vs. Canada, 5 de noviembre de 2004; Terranova y Labrador. Corte Suprema. Pottle et al. Vs. Atornille General of Canada et al, 21 de diciembre de 2004; Nuevo Brunswick. Corte del Banco de la Reina. Harrison Vs. Canada, 23 de junio de 2005.*” A la par, se ha parapetado en normativa doméstica a través de la reseña, entre otras, tanto de la legislación mexicana de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal -2006-, argentina de Matrimonio Igualitario N° 26618 -2010-, uruguaya de Matrimonio de Personas del mismo sexo N° 19075 -2013-, chilena N° 20.830 de acuerdo de Unión civil y de los convivientes civiles -2015-, etc., descontando la referencia de la *Canada Civil Marriage Act -2005-*, cuanto de resoluciones administrativas, principalmente, *v.gr.*, de la Administración Nacional de la Seguridad Social de Argentina –Res. N° 671/2008-, del Superintendencia Nacional de Previsión Social de Brasil –Portaria N° 941-, de la Caja Costarricense de Seguro Social –Acuerdo N° 47069/2014 y 59994/2016-, etc.**

¹⁶⁵ CortelDH, caso *Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay*, Sent. Serie C/125, de fecha 17.05.2005, párrafo 128.

¹⁶⁶ CortelDH, caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, Sent. Serie C/257, de fecha 28.11.2012, párrafo 245, consignando: “(...) en el caso *Kawas Fernández vs. Honduras*, la Corte tuvo en cuenta para su análisis que: se advierte que un número considerable de Estados Partes de la Convención Americana ha adoptado disposiciones constitucionales reconociendo expresamente el derecho a un medio ambiente sano (...) en los casos *Heliodoro Portugal vs. Panamá* y *Tiu Tojín Vs. Guatemala*, la Corte tuvo en cuenta sentencias de tribunales internos de Bolivia, Colombia, México, Panamá, Perú, y Venezuela sobre la imprescriptibilidad de delitos permanentes como la desaparición forzada. Además, en el caso *Anzualdo Castro Vs. Perú*, la Corte utilizó pronunciamientos de tribunales constitucionales de países americanos para apoyar la delimitación que ha realizado al concepto de desaparición forzada. Otros ejemplos son los casos *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* y el caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*.”

¹⁶⁷ Bidart Campos, G.J. (2002) *Los derechos no enumerados en su relación con el Derecho constitucional y el Derecho internacional* ap. Méndez Silva, R. –Coord.- *Derecho internacional de los derechos humanos*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho constitucional, UNAM, México, p. 107.

¹⁶⁸ La cláusula convencional del art. 29 estatuye en este tramo: “(...) Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de (...) b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”. Con motivo de la OC 6-86, de fecha 09.05.1986, *La expresión Leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Solicitada por el Gobierno de la República Oriental de Uruguay, el Tribunal regional precisó: “(...) La Corte entra ahora a analizar la disyuntiva de si “la expresión *leyes utilizada por la disposición transcrita...se refiere a leyes en sentido formal –norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución-*” o si en cambio se la usa “en sentido material, como sinónimo de ordenamiento jurídico, prescindiendo del procedimiento de elaboración y del rango normativo que le pudiera corresponder en la escala jerárquica del respectivo orden jurídico (...) El significado del vocablo *leyes* ha de buscarse como término incluido en un tratado internacional. No se trata, en

los que se *citan* en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de igual año¹⁶⁹, y en otros documentos de similar *pedigree*, sin perjuicio de *repeler* eliminaciones o recortes –que exorbiten, según el rango convencionalmente autorizado, los *necesarios en una sociedad democrática*¹⁷⁰ - por los Estados Partes de los derechos reconocidos en ella.¹⁷¹

Es en este sentido, con motivo de su jurisprudencia no contenciosa también ha puntualizado que el texto convencional prevé expresamente determinadas pautas de

consecuencia, de determinar la acepción del sustantivo leyes el Derecho interno de un Estado Parte(...) En este sentido, la Corte tiene en cuenta el hecho de que los sistemas jurídicos de los Estados Partes en la Convención se derivan de tradiciones diferentes. Algunos se inscriben en el sistema del "common law" y otros siguen la tradición romanista. Sus regímenes constitucionales muestran particularidades vinculadas con su desarrollo jurídico y político. El concepto de leyes no puede interpretarse en abstracto y, en consecuencia, no debe divorciarse del contexto del orden jurídico que le presta sentido e incide en su aplicación (Cfr. Eur. Court H.R., The Sunday Timescase, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. 47) (...) El sentido de la palabra leyes dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal". Por aplicación de este apartado del precepto convencional bajo análisis se ha consagrado la inclusión del *derecho a la propiedad comunal* de las comunidades indígenas o tribales dentro del derecho a la propiedad privada del art. 21 de la Convención, *vide in extenso* CortelDH caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sent. Serie C/79, de fecha 31.08.2001, párrafos 147-148.; *Ibidem.*, caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sent. Serie C/125, de fecha 17.05.2005, párrafos 124-125; *Ibidem.*, caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sent. Serie C/146, de fecha 29.03.2006, párrafos 117-118; *Ibidem.*, caso *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, Sent. Serie C/172, de fecha 28.11.2007, párrafos 92-93. Asimismo, resalta la interpretación de la Corte según la cual el art. 22 de la Convención comprende el *derecho a no ser desplazado forzosamente*, *vide Ibidem.*, caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sent. Serie C/134, de fecha 15.09.2005, párrafo 188; o bien, la interpretación del *derecho de los niños a no ser reclutados en fuerzas o grupos armados* como comprendido dentro del art. 19 de la Convención, disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 44 de la Constitución Política de la República de Colombia, *vide Ibidem.*, caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sent. Serie C/134, de fecha 15.09.2005, párr. 153. Específicamente *a la luz del Derecho interno* ha permitido la inclusión del *derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión* en el art. 21 convencional, *vide* CortelDH, caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, Sent. Serie C/98, de fecha 28.02.2003, párrafos 101-103, como así también la exigencia de una *protección específica de los derechos políticos para los miembros de comunidades indígenas y étnicas*, *vide* CortelDH, caso *Yatama vs. Nicaragua*, Sent. Serie C/127, de fecha 23.06.2005, párrafos 203-205.

¹⁶⁹ En su segmento d) el art. 29 de la Convención reza: "(...) Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de (...) d) 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." Incluso, en la jurisprudencia interamericana se precisa que la primera ha sido "(...) reconocida como parte del sistema normativo por los Estados Miembros de la OEA en el artículo 1.2 del Estatuto de la Comisión", sin perjuicio de apuntar que "(...) en cuanto a interpretación de tratados, puede sentarse el criterio de que las reglas de un tratado o convención deben interpretarse en relación con las disposiciones que aparezcan en otros tratados que versen sobre la misma materia. También puede definirse el criterio de que las normas de un tratado regional, deben interpretarse a la luz de la doctrina y disposiciones de los instrumentos de carácter universal (...) es útil (...) comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, pero tal método no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier otro tratado internacional", *cf.* CortelDH, OC-5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, de fecha 13.11.1985, párrafos 44 y 51.

¹⁷⁰ CortelDH, OC-5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, de fecha 13.11.1985, párrafos 41-44.

¹⁷¹ En la porción a) del art. 29 de la Convención se afirma: "(...) Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de (...) a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella."

interpretación en su art. 29, consistentes con las alojadas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969¹⁷², entre las que alberga el principio *pro persona* y que implican que:

*“(…) ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”*¹⁷³

Inclusive, en este punto la especificidad de los tratados de derechos humanos, junto a la catadura de las pautas interpretativas expresamente determinadas por el art. 29 del Pacto, reconocen como efecto que la interpretación de las normas deba desarrollarse también a partir de un *modelo basado en valores* que el sistema interamericano pretende resguardar desde el “(…) *mejor ángulo*” para la protección de la persona.¹⁷⁴

De allí que la *solución interpretativa global* de la Corte –como lo hiciera notar en oportunidad de fallar el caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) *vs. Venezuela*- impone tener presente:

*“(…) la Corte ha invocado las "Normas de Interpretación" del artículo 29 para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la Convención. El literal a) ha sido utilizado para delimitar el alcance de las restricciones a las garantías establecidas en la Convención. De la misma forma, utilizando el literal b) de dicho artículo, la Corte ha interpretado las garantías de la Convención a la luz de estándares establecidos en otros instrumentos internacionales y en normas de Derecho interno. Asimismo, se ha utilizado el literal c) para interpretar los derechos convencionales a la luz de los derechos que derivan de la forma democrática representativa de gobierno.”*¹⁷⁵

¹⁷² Su artículo 31 –bajo el epígrafe Regla general de interpretación- reza: “(…) 1. *Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.* 2. *Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.* 3. *Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda norma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.* 4. *Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.*

¹⁷³ Corte IDH, OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración v/o en necesidad de protección internacional*, Res. de fecha 19.08.2014, párrafos 54-55; *Ibidem.*, OC-22/16, **Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos**, Res. de fecha 26.02.2016, párrafo 42; *Ibidem.*, OC-23/17, **Medio ambiente y derechos humanos**, Res. de fecha 15.11.2017, párrafo 42; *Ibidem.*, OC-24/17, **Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo**, Res. de fecha 24.11.2017, párrafo 57; entre muchas otras.

¹⁷⁴ Corte IDH, OC-24/17, **Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo**, Res. de fecha 24.11.2017, párrafos 41-56.

¹⁷⁵ Corte IDH, caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) *vs. Venezuela*. Sent. Serie C/Nº 182, de fecha 05.08.2008, párrafo 217.

Con este talante, también ha argüido que el artículo 29 -así comprendido- obliga no solamente a los Estados que han ratificado al Pacto sino –incluso- a la propia Corte al ejercer su competencia y atribución de interpretación de la Convención:

“(…) en tal sentido, tanto en su función contenciosa como en la consultiva, en varias ocasiones el Tribunal se ha remitido a esa disposición a efecto de interpretar la Convención Americana, en tres ámbitos: 1) para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la Convención; 2) para fijar criterios de interpretación, tales como el principio de “interpretación evolutiva” de los tratados de derechos humanos, el principio de “aplicación de la norma más favorable a la tutela de los derechos humanos” y la prohibición de privar a los derechos de su contenido esencial, y 3) para determinar el alcance de su competencia consultiva.”¹⁷⁶

Tales criterios se reeditan en ocasión de proferir la OC-23/17, pues no sólo reputa entre los derechos particularmente vulnerables a afectaciones ambientales aquellos que lucen consiguando explícitamente –*v.gr.*, derecho a la vida, a la integridad personal, a la propiedad, etc.- sino también otros derechos, de acuerdo al artículo 29 incisos b, c y d de la Convención, cuya violación también afecta los derechos a la vida, libertad y seguridad de la personas e infringe el deber de conducirse fraternalmente entre las personas humanas: *v.gr.*, el *derecho a la paz*, puesto que los desplazamientos causados por el deterioro del medio ambiente con frecuencia desatan conflictos violentos entre la población desplazada y la instalada en el territorio al que se desplaza, algunos de los cuales -por su masividad- asumen carácter de máxima gravedad.¹⁷⁷

13. Tras la cartografía jurisprudencial interamericana revistada en materia de derechos no textuales, esta categoría descubre –además- una precisa dificultad *epistemológica*, suscitada –principalmente- por la tendencia a emplear un concepto *radialo maximal* de derechos no expresados en disposiciones convencionales.

¿Media aquí un diáfano referente empírico a través de una precisa descripción de las propiedades asignables –intensión- a la noción conceptual de derechos imprevistos que ofrezca una elucidación adecuada?, ¿acaso la Corte regional entiende que aquella hace referencia a un universo de candidatos –extensión- limitado a los formulados únicamente a partir del criterio sentado en el inciso c) del art. 29 del Pacto?, ¿qué queda de la propuesta argumentativa originaria que la relegaba al perímetro de casos que carecen de una solución legal expresa?, ¿la situación contrapuesta a tal iniciativa no desagua en una colección de postulantes conceptuales espaciosa en demasía al punto de obstar su aplicabilidad de modo suficientemente inequívoco?,

¹⁷⁶ CortelIDH, *Voto Concurrente*, Jueces Diego García-Sayán, Leonardo A. Franco, Manuel Ventura Robles, Margarete May Macaulay y Rhadys Abreu Blondet, caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, Resolución de Medidas Provisionales respecto de Colombia, de fecha 30.11.2011, párrafo 16; *Ibidem.*, *Voto Concurrente*, Jueces Diego García-Sayán, Leonardo A. Franco, Manuel Ventura Robles, Margarete May Macaulay y Rhadys Abreu Blondet, caso *Rosendo Cantú y otra*, Resolución de Medidas Provisionales respecto de los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 01.11.2011, párrafo 16; *Ibidem.*, *Voto Concurrente*, Jueces Diego García-Sayán, Leonardo A. Franco, Manuel Ventura Robles, Margarete May Macaulay y Rhadys Abreu Blondet, caso *Kawas Fernández vs. Honduras*, Resolución de Medidas Provisionales respecto de Honduras, de fecha 05.07.2011, párrafo 16; *Ibidem.*, caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Sent. Serie C/Nº 182, de fecha 05.08.2008, párrafos 217-219; *et al.*

¹⁷⁷ Corte IDH, OC-23/17, **Medio ambiente y derechos humanos, Res. de fecha 15.11.2017, párrafo 66.**

etc. Las respuestas distan de lucir inocentes, dependen –indudablemente- de la estrategia que imprima al respecto el Tribunal regional de derechos humanos –entreviendo, por supuesto, que si la extensión de un concepto, según la fórmula kantiana, resulta inversamente proporcional a su intensión, una intensión amplia del mismo [*broad intension*] debería proyectar una extensión limitada [*narrow extension*]-.¹⁷⁸

Evidentemente la exposición del teórico que se limitara a describir –*au dessus de la mêlée*- la dogmática existente desde el punto de vista externo, *i.e.*, la actividad de interpretación, manipulación y sistematización del discurso en torno a las imprevisiones normativas en el estatuto convencional de los derechos humanos, únicamente arrojando luz sobre sus aspectos prácticos –lo que resulta propio de un estilo *descriptivo*-, descuidaría la labor *constructiva* de quienes proponen *redefiniciones de los conceptos jurídicos* destinadas inevitablemente a incidir en la interpretación de los documentos normativos –incluso, hasta excediendo el giro hermenéutico-.¹⁷⁹ Es que –como lo insinuara Gottlob Frege tras una larga reflexión sobre el punto- un concepto que no está claramente definido es equívocadamente denominado un concepto.¹⁸⁰

Esta última forma de pensar tiene el evidente efecto de enderezar una reflexión *crítica* en torno a los pasajes jurisprudenciales del Tribunal cimero de orden regional sobre el tópico y así permitiría clarificar –con un sentido *especulativo* y en respuesta a la petición carnapiana¹⁸¹- que la noción de derechos implícitos acuñada en el foro jurisprudencial interamericano refiere a aquellos derechos que sin pertenencia al sistema jurídico de la Convención –del que no *forman* parte en razón de no haber sido reconocidos por normas *dictadas* por las *autoridades normativas*, *i.e.*, normas *explícitamente puestas*-, resultan –sin embargo- jurídicamente *vinculantes* al devenir *formuladas* –*constructio iuris*- por los *intérpretes*, *adoptadas* por jueces -y otros órganos de adjudicación- para la justificación de sus decisiones institucionales. Y en esta práctica judicial – como se previniera precedentemente- la identificación de las normas implícitas en el texto formal de la Convención no sólo comprende las que lucen *inherentes al ser humano* o *derivadas de la forma democrática representativa de gobierno* –de estar al art. 29 inciso c)- sino también las *reconocidas* por las *leyes nacionales* o por otros *convenios internacionales* –con arreglo al art. 29 apartado b)-, asimismo las previstas por la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza* –de conformidad con el art. 29 literal d)-, y hasta las *surtidas* indispensablemente por el régimen de una *sociedad democrática* –por despliegue jurisprudencial del art. 29 punto a)-.

¹⁷⁸ Kant, I. (2004) *The Jäsche-Logik ap. Lectures on Logic*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 593. *Vide etiam* Whitehead, A.N. - Russell, B. (1997) *Principia Mathematica*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 69; Weingartner, P. (1982) *A New Theory of Intension ap. Agassi, J. - Cohen, R.S. -Ed.- Scientific Philosophy Today: Essays in Honor of Mario Bunge*, Reidel, Dordrecht - New York - London, pp. 439 y ss.

¹⁷⁹ Guastini, R. (1999) *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, pp. 27-28 [Título de la obra original *Distinguiendo. Studi di teoria e metateoria del Diritto*, Giappichelli, Turín, 1996].

¹⁸⁰ Frege, G. (1893) *Grundgesetze der Arithmetik*, H. Pole, Jena, V. II, § 56.

¹⁸¹ El desarrollo de la ciencia –en la propuesta de Rudolf Carnap- estriba en ofrecer precisos *explicata* de los conceptos usuales a diario, *cf.* Carnap, R. (1950) *Logical Foundations of Probability*, University of Chicago Press, Chicago, p. 3, mientras que –en la iniciativa de Peter F. Strawson- finca en establecer conexiones entre las principales características estructurales o elementos de un esquema conceptual, con la meta de exhibirlo, no como un sistema ridículamente deducible, sino como un todo coherente cuyas partes se apoyan mutuamente y son recíprocamente dependientes, entrelazándose de una manera inteligible, *cf.* Strawson, P.F. (1985) *Skepticism And Naturalism: Some Varieties*, Methuen & Co., London, p. 23.

Ahora bien, descontando que lo que encierra a todos los miembros de una colección no debe él mismo ser un miembro de una colección¹⁸², lo cierto es que –en gran medida– tal ingeniería conceptual difiere de la adoptada por aquellos *especialistas* que cultivan una noción más estrecha al constreñir su conceptualización a las *normas referentes a los derechos humanos no enunciados expresamente* en el documento convencional pero calibrados como incluidos en la medida de su inherencia a la *naturaleza humana* o su derivación de la *forma democrática de gobierno*¹⁸³ –en consonancia con la tesis, prohibida por ciertos constitucionalistas y teóricos jurídicos¹⁸⁴, que

¹⁸² En torno a la paradoja de Russell –*Russell's paradox*–, vide Russell, B. (1959) *My Philosophy Development*, George Allen & Unwin Ltd., London, pp. 75 y ss. Durante un extenso período de tiempo la pertenencia a un conjunto –*class* [class] en la nomenclatura del autor reseñado– solamente parecía desatar una cuestión trivial, empero hacia 1901 la circunstancia de que un conjunto pudiera albergar como miembros a conjuntos suscitó –en el Profesor del *Trinity College* de la Universidad de Cambridge– una atrayente aproximación al problema en torno a si podía un conjunto –*class*– contenerse a sí mismo: poniendo en crisis los avances de Georg Cantor sobre la tesis de inexistencia de un número cardinal máximo, aseverará que la propiedad principal de los conjuntos que se etiquetan *normales* es que no se contienen a sí mismos, a diferencia de los conjuntos rotulados *singulares* que sí lo hacen, de modo que –en la medida que o se contiene a sí mismo o no se contiene, descartando así un *medius terminus*– el conjunto *formará parte de sí mismo sólo si no forma parte de sí mismo* –i.e., $M = \{x : x \notin x\}$, en donde M es el conjunto de todos los conjuntos que no se contienen a sí mismos como miembros–. Se presentaba, así, como una *antinomía* que irrogaba un serio compromiso al principio de comprensión –de cuya representación simbólica (NC) $\exists A \forall x (x \in A \Rightarrow \varphi)$, se sigue que hay un conjunto A tal que para cualquier objeto x , x es un elemento de A si y sólo si la condición expresada por φ se cumple–, cfr. Quine, W.V. (1966) *The Ways of Paradox and Other Essays*, Random House, New York, p. 11. Sentado ello, un examen en mayor detalle del conjunto –*clase-derechos no reconocidos por normas dictadas por la autoridad normativa* en el sistema interamericano de protección de derechos humanos –según los patrones jurisprudenciales del Tribunal regional hasta aquí recolectados– contendría los siguientes miembros: *v.gr.*, aquellos reconocidos por las leyes de cualquiera de los Estados Partes o por una Convención en que sea parte uno de dichos Estados, aquellos enunciados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en otros actos internacionales de la misma naturaleza, aquellos inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, aquellos formulados por desarrollo jurisprudencial de las exigencias de una sociedad democrática, etc., compendiándose así *derechos no reconocidos por normas dictadas por la autoridad normativa*. No obstante, el conjunto así compuesto no es ciertamente un derecho textual, reconocido por normas explícitamente puestas en el documento normativo del Pacto, de modo que *pertenece dentro de sí mismo* a derechos imprevistos en disposiciones de la misma Convención –en términos russellianos, se daría cuenta de una *contradicción* singular respecto de predicados que no pueden ser predicados de sí mismos, cfr. Whitehead, A.N. – Russell, B. (1903) *The Principles of Mathematics*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 101–. Promediando la finalización del primer cuarto del siglo XX, Ludwig J.I. Wittgenstein procuró zanjar la paradoja enunciada por el filósofo y lógico británico al señalar que “(...) una función no puede ser su propio argumento porque el signo para una función ya contiene el prototipo de su argumento y éste no puede contenerse a sí mismo. Supongamos por ejemplo que la función $F(fx)$ pudiera ser su propio argumento; entonces existiría una proposición “ $F(F(fx))$ ” y en ésta deberían tener diferente significado la función F exterior y la función F interior, puesto que la interior tiene la forma $O(f(x))$ y la exterior tiene la forma $\forall(O(fx))$. Sólo la letra “ F ” es común a las dos funciones, pero la letra por sí misma no significa nada. Esto se vuelve inmediatamente claro, cuando en lugar de “ $F(Fu)$ ” escribimos “(do) : $F(Ou)$. $Ou = Fu$.”, cfr. Wittgenstein, L.J.I. (1922) *Tractatus Logico-Philosophicus. With an Introduction by Bertrand Russell*, Harcourt, Brace & Co. Inc. – Kegan Paul, Trench, Trübner & Co. Ltd., New York – London, T 3.333.

¹⁸³ En este sentido, vide in extenso Gros Espiell, H. (2000) *Los Derechos Humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N° IV, Madrid, p. 170.

¹⁸⁴ Igualmente Riccardo Guastini expone –como modalidad argumental– la inferencia de un derecho implícito de otro derecho, expresamente conferido, que lo presupone: “(...) en general: dada una norma $N1$ que confiere el derecho $D1$, y supuesto que una ulterior norma $N2$ atributiva del derecho $D2$ sea condición necesaria para la eficacia de $N1$, se concluye la existencia en el sistema jurídico de la norma no expresa $N2$ (...) el derecho al secreto de la correspondencia presupone el derecho a intercambiar correspondencia libremente (...) es una idea generalizada en la cultura jurídica contemporánea que el sistema jurídico incluye no solamente los derechos expresamente conferidos, sino también aquellos derechos implícitos que son condición necesaria para el ejercicio de los primeros. De modo que los razonamientos que construyen derechos implícitos según este esquema inferencial, aunque no siempre sean lógicamente estrictos (no lo son cuando no hay conexión conceptual mutua entre los contenidos de los dos derechos en cuestión), son generalmente considerados persuasivos”, mientras que –en otra modalidad argumental, no susceptible de reducirse a un único esquema de razonamiento típico y recurrente– se infiere un derecho implícito de un principio expreso –o también de un principio en él mismo implícito– a través de un procedimiento de concretización del principio consistente en “(...) extraer de ellos normas relativamente circunstanciadas –«reglas» como se suele decir, recordando el léxico de los juristas anglo-americanos–, sin las cuales el principio no sería susceptible de aplicación jurisdiccional. Los principios, en efecto –a causa de su peculiar forma de indeterminación–, no son idóneos para funcionar como premisa

discrimina entre la categoría de derechos *no enumerados* y la concerniente a derechos *implícitos, inferidos o subderechos*.¹⁸⁵

Este último aspecto –al menos, desde la pretensión de una descripción sistemática de la estructura conceptual que detecte desfases en sus conexiones–*conceptual network*–no es simplemente una cuestión que remita a un inconveniente de índole *teórico-conceptual* –dado que pareciera que no será lo mismo la operación constructiva que, con miras a seleccionar aspirantes al concepto de derechos no formulados, se nutra, *v.gr.*, del insumo de la adscripción a la persona humana, que aquella que se equipe con el indicador de reconocimiento a partir de disposiciones previstas en el orden jurídico doméstico o en otros instrumentos trasnacionales¹⁸⁶; también refleja –*by ricochet*– una complicación de cuño *metodológico* –desde que bien pueden aventarse complejos conflictos de articulación si el operador jurídico pretende endilgarle, en la comprensión de que no todos se localizan en una interrelación paritativa, un peso diferente a los distintos estándares enunciados en cada uno de los mentados incisos del art. 29 de la Convención, en lugar de auspiciar la posibilidad de emplazarlos polivalentemente en el mismo sistema conceptual.¹⁸⁷

normativa en la así llamada justificación interna de una decisión jurisdiccional. Para ejemplificar: el principio de la tutela de la salud no dice nada en torno a la resarcibilidad del daño denominado «biológico»; el principio del derecho a la defensa no dice nada en torno a la presencia del abogado en el interrogatorio del imputado; el principio de la soberanía popular no dice nada en torno al derecho de voto de los inmigrantes en las elecciones locales; el principio de la igualdad «sustancial», es decir, social, no dice nada en torno a la admisibilidad de cuotas para las candidatas de sexo femenino en las listas electorales, etc”. *cf.* Guastini, R. (2011) *Derechos implícitos*, Observatorio de Argumentación Jurídica, Doxa, Universidad de Alicante, Alicante, pp. 2-3.

¹⁸⁵ Al focalizarse en el estudio de los conceptos compartidos por las distintas ramas del Derecho, los expertos reivindican la utilidad de evidenciar las relaciones que aquéllos pueden guardar entre sí, *cf.* Moreso, J.I. (2004) *Prólogo a Wittgenstein y la teoría del Derecho* ap.Narváez, M. *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, p. 15. En este orden de ideas, entre nosotros, *vide in profundis* Sagüés, N.P. *Los derechos no enumerados en la Constitución Nacional*, Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, XIV (1985/6) 103, quien desagrega los derechos *inferidos* o *subderechos*, *i.e.*, aquéllos que se extraen como consecuencia de los derechos explícitos, de los derechos *no enumerados* en tanto “(...) *los derechos del art. 33 son de Derecho natural y resultan constitucionalizados*”, *cf.* Sagüés, N.P. (2012) *Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, p. 541. Asimismo Carlos S. Nino diferencia entre las categorías de *derechos no enumerados* –correspondientes al art. 33 de la Ley Fundamental– y *derechos implícitos* –relativos a los demás artículos de la Constitución–, *cf.* Nino, C.S. (1992) *Fundamentos de Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, p. 223. En rigor, la Suprema Corte Federal estadounidense maximizó su documento constitucional –carente de un precepto equivalente al art. 19 de la norma de base argentina– a través de la teoría de derechos alojados en la *zona de penumbra* de otros derechos positivizados –*penumbra theory, penumbra protection*–, así, *v.gr.*, el Justice William O. Douglas –en ocasión de fallar en 1965 en el célebre caso *Griswold vs. Connecticut*– afirma: “(...) *las garantías específicas mencionadas en el Bill of Rights proyectan penumbras, formadas por emanaciones de aquellas garantías que ayudan a darles a ellas vida y sustancia (...) sin estos derechos periféricos, los derechos específicos estarían menos seguros*”, *cf.* *Griswold vs. Connecticut*, 381 US 479 (1965). *Vide etiam* Corwin, E. (1978) *The Constitution and What it Means Today*, Princeton University Press, Princeton, pp. 441-442.

¹⁸⁶ Pues de estar a las ejemplificaciones enlistadas en el Derecho judicial interamericano, la aprehensión de un concepto debe resultar capaz –en el parecer de ciertos teóricos– de identificar en la experiencia casos particulares *diferenciables y distinguibles* entre ellos como distintos, aunque se reconozca un parecido al precipitarse bajo el mismo marco, *cf.* Strawson, P.F. (1959) *Individuals. An Essay In Descriptive Metaphysics*, Routledge, London, p. 130, sin perjuicio de que emerjan casos híbridos o limítrofes, cuyo reconocimiento sirve para enfatizar la función de los conceptos como *principios de distinción* dentro de una misma gama, *vide etiam* *Ibidem*, *Subject And Predicate In Logic And Grammar*, Methuen & Co., London, 1974, pp. 17 y ss.

¹⁸⁷ Ciertamente mediante la comprensión de tales conexiones y su espacio en la red conceptual se facilita la determinación y el contenido de la función de cada uno de sus componentes, *vide in profundis* Strawson, P.F. (2011) *Philosophical Writings*, Oxford University Press, Oxford.

V. Ideas de cierre. Cuestiones y problemas. ¿Un cuento de hadas? El costo del silencio: límites a la retórica de una Convención invisible.

14. La obra de Herbert L.A. Hart tuvo el mérito de invitar –dentro de la densa trama de perplejidades de la teoría jurídica que anotara- a reconsiderar el punto de vista de que un orden jurídico en su totalidad –o aun principalmente- consiste en reglas:

“(…) No cabe duda de que los tribunales estructuran sus decisiones como para dar la impresión de que ellas son la consecuencia necesaria de reglas predeterminadas cuyo significado es fijo y claro. En casos muy simples esto puede ser así; pero en la amplia mayoría de los casos que se ventilan ante los tribunales, ni las leyes ni los precedentes en los que, según se pretende, están contenidas las reglas, permiten un único resultado. En los casos más importantes hay siempre una elección. El juez tiene que optar entre posibles significados alternativos de las palabras de una ley, o entre interpretaciones discrepantes de qué es lo que "expresa" un precedente. Únicamente la tradición de que los jueces "hallan" y no "crean" el derecho oculta esto, y presenta sus fallos como si fueran deducciones fácilmente hechas a partir de reglas claras preexistentes, sin que intervenga la elección del juez. Las reglas jurídicas pueden tener un núcleo central de significado indiscutido, y en algunos casos puede ser difícil imaginar un debate acerca del significado de la regla (...) sin embargo todas las reglas poseen una penumbra de incertidumbre donde el juez tiene que elegir entre alternativas.”¹⁸⁸

Si puede aparecer –añadía el filósofo oxoniense- tanta incertidumbre en humildes esferas del Derecho privado, ¿cuánta más se encontraría en las grandilocuentes frases de una Constitución?¹⁸⁹ A lo que cabe aditar –en vista de todo el asunto que hasta aquí ha convocado la atención del lector- la discusión en torno a si la concepción de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* que sólo vislumbra en ella derechos adscritos explícitamente por disposiciones no es acaso –como también lo sugiriera el pensamiento hartiano- una *exageración grosera*, debido a que –al adentrarse en el análisis de la variedad de tipos diferentes de normas jurídicas que aparecen en un sistema moderno- recordaba que *es patente que no todas las normas jurídicas son legisladas, ni todas son la expresión del deseo de alguien como lo son las órdenes generales.*¹⁹⁰

Aharon Barak se enlista también en la tesitura de quienes despejan la figura de *black holes* en el temperamento de que en el reino del Derecho las musas no deben callar¹⁹¹, y hasta

¹⁸⁸ Hart, H.L.A. (2012) *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 12 y ss.

¹⁸⁹ Hart, H.L.A. (2012) *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 13.

¹⁹⁰ Hart, H.L.A. (2012) *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 26.

¹⁹¹ Pese a que –observa Joseph Raz- las lagunas normativas no son sólo posibles sino –más bien- inevitables; se presentan cuando la ley se expide con una voz incierta a través de la vaguedad de ciertos términos –*simple indeterminacy*- o, al contrario, si lo hace con muchas voces generando conflictos no resueltos entre razones para la acción –*unresolved conflicts*-; empero, añade que –en contra del imaginario popular- las lagunas no emergen cuando la ley guarda silencio, pues en tales hipótesis las reglas de clausura –*closure rules*- que entrañan verdades analíticas y no reglas jurídicas positivas, operan y previenen la posibilidad de lagunas –*gaps*-. *cf.* Raz, J. (2009) *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, pp. 76-77. Sentado ello, con arreglo a la matriz raziana no cabría predicar la existencia de lagunas jurídicas originadas en el silencio del Derecho, en la inteligencia de que las mentadas lagunas presuponen una situación en la que no hay razones para realizar una acción y tampoco hay un permiso concluyente para omitirla –en suma, la pretensión del análisis del profesor oxoniense estriba en que una situación tal conduce a contradicción y, por lo tanto, es imposible, desaguando, entonces, en la conclusión de que todos los sistemas jurídicos serían necesariamente completos-. En rigor, en ocasión de su trabajo *Practical Reason and Norms* refiere que “(...) un sistema normativo regula todos los actos regulados por sus normas. Esto significa que un sistema

ha sufragado la idea de que –siempre, en su opinión– lucen disponibles para la actividad interpretativa un arsenal de reglas y principios –de estirpe doméstica o de linaje internacional– con arreglo a los cuales los Estados deben actuar.¹⁹²

Sin embargo, es bien sabido que los *silencios* normativos no pueden resultar significativamente evaluados sin compararlos con el *background* de los *sonidos* que aquéllos interrumpen o reemplazan –de modo que, en opinión de Laurence H. Tribe, la cuestión central remite, en definitiva, a la respuesta que se brinde en torno a la siguiente indagación: *¿silencio comparado con qué?*–.¹⁹³

Y al ensayar su conteste seguramente el lector precipitará aquí con un problema recurrente: a veces un término puede proporcionar un explícito *mapping* que torne inequívoca la adjudicación de un derecho –en cuanto muestra emergente de la potencia modeladora del lenguaje del Derecho–, pero en otras ocasiones el operador jurídico bien puede despeñarse en el *lado oscuro del silencio convencional*: allí no sólo se enfrentará–despejado los casos típicos o

normativo regula todos los actos permitidos por las normas del sistema que otorgan permisos excluyentes. Pero un sistema no regula los actos que están permitidos en el sentido meramente débil, esto es, los actos permitidos meramente por la ausencia de una norma que exija su omisión”, cfr. Raz, J. (1975) Practical Reason and Norms, Hutchinson, London, p. 150, postulando que un acto es permitido en sentido débil si el sistema no contiene una norma que lo prohíba, mientras que está permitido en sentido fuerte si el sistema contiene una norma que lo permita, cfr. Raz, J. (2009) The Authority of Law: Essays on Law and Morality, Oxford University Press, Oxford, p. 117. En un célebre contrapunto, Eugenio Bulygin ha objetado el argumento raziano hasta aquí expuesto en la consideración de que: (i) presupone lo que pretende probar, de tal modo que la regla de clausura raziana sólo comporta una mera tautología; (ii) descuida que el concepto de permiso concluyente es inadecuado para caracterizar la completitud y, por ende, las lagunas, y debe ser sustituido por un concepto más fuerte –categoría que, en rasgos generales, coincide con lo que Joseph Raz nomina como permiso explícito–; y (iii) margina que las lagunas jurídicas debidas a la ausencia de regulaciones jurídicas son posibles y, por lo tanto, el problema de la completitud de sistemas jurídicos es una cuestión empírica que no puede ser resuelta por la lógica, y contingente, cuya verdad depende del contenido de cada sistema, vide in profundis Bulygin, E. (2003) On Legal Gapsap.Comanducci, P. - Guastini, R. –Ed.- Analisi e Diritto, Giappichelli, Turin, pp. 21-28.

¹⁹² Barak, A. (2006) *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, Princeton, pp. 287 y ss. Igualmente Aleksander Peczenik estima que –en rigor– es el imperativo de *certeza jurídica* el que implica –entre otras derivaciones– la proscripción de las autoridades judiciales a rehusarse a la elaboración y adopción de una decisión, pues la *denegatio iustitiae* no luce *moralmente aceptable* –máxime ante la expectativa ciudadana de acceso a la justicia–, de tal modo la demanda de interpretación jurídica promueve *valores* de seguridad, previsibilidad y certeza del Derecho; en definitiva, es el resultado de que las decisiones legales se sigan de un razonable compromiso entre predictibilidad y otras consideraciones morales, en base a la conexión de los siguientes elementos: (i) el carácter *práctico* de la interpretación jurídica, en cuya virtud no tiene por objeto obtener y comunicar información –como la interpretación *teórica*– sino influir en las conductas intersubjetivas, afectando importantes decisiones y gestando la pretensión natural de los destinatarios de las disposiciones de que no sólo repare en la letra de la ley sino también en consideraciones morales; (ii) el vínculo íntimo de la interpretación jurídica con el ejercicio de poderes oficiales, pues se desentraña –con distinto carácter autoritativo– el sentido de textos creados por instituciones dotadas de competencias de producción jurídica, incluso el intérprete es un componente de la cadena de instituciones de ejercicio de poder, cfr. Peczenik, A. (1989) *On Law and Reason*, Springer, Dordrecht, pp. 34-35.

¹⁹³ Tribe, L.H. (2018) *Soundings and Silences ap. Dixon, R. – Stone, A. –Eds.- The Invisible Constitution in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, New York, p. 60. Como ilustración de un contexto de reflexión semejante, el Profesor de Derecho Público de la *London School of Economics & Political Science*, Martin Loughlin, ensaya diferentes iniciativas para brindar cobertura a los silencios y vacíos habidos en los textos constitucionales a través del cotejo de tres concepciones diferentes sobre la Constitución, a saber: (i) cual *marco de negociación política* [*framework for continuing political negotiation*], (ii) como *orden de valores* [*order of values*], y –finalmente– (iii) en tanto facilitadora de un *orden administrativo en evolución* [*evolving administrative order*]; la primera destaca la importancia de las prácticas políticas y, en particular, el papel deliberativo de la Legislatura, a diferencia de la segunda que acentúa la dimensión moral de las Constituciones y promueve la función de la rama judicial del gobierno como guardiana de los valores constitucionales, y la tercera que enfatiza la eficacia técnica y el papel clave del departamento ejecutivo en la promoción de una agenda gubernamental, cfr. Loughlin, M. *The Silences of Constitutions*, ICON, 16 (3) (2008) 922-935.

centrales de la aplicación de la disposición- a la *fenomenología de zonas de penumbra* o *casos atípicos*¹⁹⁴, pues además -en lugar de la producción de invisibilidades, ausencias, marginaciones, etc. en el estatuto convencional de los derechos- asistirá al espectáculo de un *bestiario de derechos implícitos* engrosado *ad continuum* por la *construcción convencional*-habitualmente adherida a la alegación de cánones *hermenéuticos* extensivos, evolutivos y metatextuales- del *Tribunal regional de derechos humanos* que, además de hallarse revestida de *autoridad*, se equipa con las propiedades de *definitividad* y *vinculatoriedad* -arts. 67 y 68.1 CADH-.¹⁹⁵

Lo atractivo de tal recorrido jurisprudencial finca en la intuición de que brindar una panorámica propositiva y enciclopédica del cupo de derechos adscritos por normas implícitas por parte de la *práctica creativa*¹⁹⁶ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dista de

¹⁹⁴ Carrió, G. (1994) *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 33.

¹⁹⁵ No obstante -al expedirse en el caso *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informes*- el parecer por sus fundamentos del Ministro Horacio Rosatti reivindicó la operatividad de un *margen de apreciación nacional* de la Suprema Corte Federal en la aplicación de las decisiones internacionales -con base en los arts. 27 y 75 inc. 22 de la Ley Mayor-, añadiendo que en un contexto de *diálogo jurisprudencial* que maximice la vigencia de los derechos en juego sin afectar la institucionalidad y procure mantener la convergencia decisional entre los órganos con competencia para dirimir conflictos en los ámbitos internos y transnacional -en donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la *máxima intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, mientras la Corte Suprema de Justicia de la Nación es la *máxima intérprete de la Constitución Nacional*-, es menester que sus criterios -en cada caso concreto- se *complementen y no colisionen*. De allí que en el pronunciamiento por sus fundamentos apuntara: "(...) *el constituyente ha consagrado en el citado art. 27 una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por "los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional", a los cuales los tratados internacionales -y con mayor razón aun la interpretación que de tales tratados se realice- deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad. A partir de esta cláusula no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el Derecho internacional -sea de fuente normativa o jurisprudencial- sobre el ordenamiento constitucional. Esta interpretación es reflejo de una fuerte tradición en la práctica constitucional argentina, tal como supo exponerlo Joaquín V. González: "un tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional, cambiar la forma de gobierno, suprimir una provincia o incorporar otras nuevas, limitar atribuciones expresamente conferidas a los poderes de gobierno, desintegrar social o políticamente al territorio; restringir los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la Constitución a los habitantes del país, ni las prerrogativas acordadas a los extranjeros ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos...En cuanto la Constitución Nacional sea lo que es, el art. 27 tiene para la Nación significado singular en el Derecho internacional" (Joaquín V. González, Senado de la Nación, Diario de Sesiones, sesión del 26 de agosto de 1909, volumen IX, pág. 52).*", cfr. CSJN, Fallos 340:47. Del voto por sus fundamentos del Ministro Horacio Rosatti. Sobre la respuesta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *vide in extenso* CortelDH, caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, de fecha 18.10.2017, pp. 12 y ss. Empero, en 2004 -al expedirse en el caso *Arancibia Clavel, E.L.*- el voto en disidencia del Ministro Carlos S. Fayt anticipaba: "(...) *el art. 27 de la Constitución Nacional impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto el principio de legalidad que consagra el nullum crimen nulla poena sine lege praevia es innegablemente uno de los principios más valiosos de derecho público de nuestra Ley Fundamental. Es este margen nacional de apreciación el que determina que la garantía mencionada, consagrada a quienes son juzgados por tribunales argentinos, deba ser respetada estrictamente incluso tratándose de los denominados crímenes de lesa humanidad, cuando éstos se juzguen en el país*", cfr. CSJN, Fallos 327:3312. Del voto en disidencia del Dr. Carlos S. Fayt.

¹⁹⁶ El reconocimiento de derechos no enumerados en la Convención -en opinión de Laurence Burgogues-Larsen- desnuda una actuación destinada a la *creación de nuevos derechos* a través de una *estrategia particularmente astuta* al vincular *sistémicamente* estos nuevos derechos a uno o más fundamentos jurídicos preexistentes en el seno del propio Pacto, cfr. Burgogues-Larsen, L. *El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos*, Estudios Constitucionales, 12 (1) (2014) 125. Una muestra de tal uso argumentativo se corrobora en el trance de la OC-24/17, pues -con cita de la Corte Internacional de Justicia al abordar el asunto *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica vs. Nicaragua)*, Sent. 13.07.2009, pág. 213, pp. 64 y 66- se ha expresado: "(...) *en determinados tratados internacionales, la intención de los Estados parte es precisamente utilizar un lenguaje cuyo significado no sea fijo, sino que sea capaz de evolucionar para permitir el desarrollo en el Derecho internacional. En tales circunstancias, justamente para respetar la intención inicial de los Estados, es necesario realizar una interpretación evolutiva. Todo ello se encuentra fundado en la premisa que, cuando los Estados han utilizado términos genéricos en un tratado, indefectiblemente tendrían que haber sido conscientes que el significado de éstos cambiaría con el tiempo (...) como regla general, se debe presumir que la intención de los Estados contratantes es que los referidos términos genéricos tienen y tendrán un significado que evolucionará*", cfr.

desaguar en una *descripción densa y clausurada*, pues parecería que –más bien- aquella se encuentra *abierta, sin sujeción a una teoría única*¹⁹⁷, en la que la formulación de derechos imprevistos, silenciosos o tácitos se asemeja al juego de las muñecas rusas –*matrioskas*, [Матрёшка]-en el que siempre que se destapa o franquea una imagen se descubre otra en su interior albergada –y esta, a su vez, otra, en una secuencia variable-.¹⁹⁸

Con tal enclave, el efecto configurador del Derecho ya no sólo atesoraría el poder de nombrar y de hacer reconocer su autoridad –tan patrocinado por Pierre Bourdieu¹⁹⁹-, pues desbordaría hacia una *alquimia jurídica* en los que se descifra lo que el Derecho hace cuando no nombra-y no sólo cuando nombra-a través de un actividad *productiva* del hermeneuta –no meramente *descriptiva*-, sublimando así derechos implícitos en el texto convencional cual cuerpos inflamables en estado gaseoso. En rigor, el intento de presentar a la cláusula de derechos implícitos acuñada en la Convención Americana a semejanza de un *cuerno de la abundancia*[*cornu copiae*]²⁰⁰, susceptible así de envarar la creación judicial de derechos superprotegidos –*superprotected rights*-²⁰¹, produce tantas reacciones en su responde como puntos de vistas despliegan los doctrinantes.

Es que en este punto adquiere catadura la ya anticipada distinción–crítica a juicio de ciertos expertos- entre interpretación y construcción jurídicas: mientras la primera supondría *discernir* el contenido semántico del texto debido a su defecto de *ambigüedad* –dada por la *multiplicidad* de significaciones endilgables- a través de la *indicación* por el juzgador de cuál es el sentido que se adecúa más al dispositivo textual y a su espíritu, la segunda implicaría *determinar* tal texto mediante un juicio de concreción –no solamente interpretativo- que trasunta un acto de *especificación de un mandato* que enderece la resolución del caso concreto, al resultar aquejada la disposición por un déficit de *vaguedad* –y no de ambigüedad, pues media aquí un significado que admite casos límite [*borderline cases*] que no pueden ser descartados definitivamente dentro o fuera de su descripción, de modo que el enunciado normativo luce insuficiente *per se*, y hasta incapacitante, con miras a que el decisor trace una directiva que lo oriente-.²⁰²

Corte IDH, OC-24/17, **Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, Res. de fecha 24.11.2017, párrafo 188.**

¹⁹⁷ Kahn, P.W. (2016) *Making The Case. The Art of the Judicial Opinion*, Yale University Press, New Haven, p. 133.

¹⁹⁸ Kahn, P.W. (2016) *Making The Case. The Art of the Judicial Opinion*, Yale University Press, New Haven, p. 87, sugiriendo que lo mismo acontece en relación con la lectura de sentencias: “(...) *cada vez que hemos creído entender “Marbury”, este elude nuestro entendimiento, llevándonos atrás en la lectura hacia algo más.*”

¹⁹⁹ Bourdieu, P. *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*, *Hastings Law Review*, 38 (1987) 805.

²⁰⁰ Levy, L.W. (1999) *Origins of the Bill of Rights*, Yale University Press, New Haven, p. 242.

²⁰¹ Ely, J.H. *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe vs. Wade*, *Yale Law Journal*, 82 (1973) 920, máxime si su derivación –según lo apuntaba el ex Decano de la *Stanford Law School*- no puede remontarse a elementos del texto, de su historia y hasta provenientes de los valores generales deducibles diáfananamente de las previsiones insertas en aquél.

²⁰² En este sentido es hartó regular el distingo en la academia anglosajona, *vide* Barnett, R.E. *Interpretation and Construction*, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 34 (1) (2010) 65-73; Finnis, J.M. (2011) *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, pp. 284 y ss; Solum, L.B. *The Interpretation-Construction Distinction*, *Constitutional Commentary*, 27 (2010) 95-118; *Ibidem.*, *The Supreme Court In Bondage: Constitutional Stare Decisis, Legal Formalism, and The Future of Unenumerated Rights*, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 9 (2006) 155-208; *et al.* Y ello al punto que el Profesor de la Universidad de Yale, Jack M. Balkin, sugiere que –debido a que las demandas socio-políticas en pos del reconocimiento judicial de los derechos no enumerados aparecen y desaparecen a lo largo de extensos y fluctuantes períodos de tiempo, a diferencia de los derechos textualmente especificados que únicamente se añaden o remueven por cauce de procesos institucionalizados de modificación de disposiciones de la Constitución-el espectro de los derechos implícitos depende sustancialmente de operaciones de

De ello se sigue que el aprehender la conexión de este tándem – *Interpretation/Construction Distinction*-bien podría contribuir no sólo a ponderar la forma en que *funciona efectivamente* en la decisión de la Corte Interamericana la estipulación de derechos no textuales sino –además- a *despejar la cortina de humo*²⁰³ que proyecta la apariencia de que los

construcción jurídica, *cf.* Balkin, J.M. (2011) *Living Originalism*, Belknap Press, Cambridge, p. 211. Asimismo también ha sido sufragada por estudiosos latinoamericanos, *vide in profundis* Candia Falcón, G. *Analizando la tesis de los derechos implícitos: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el requerimiento de inaplicabilidad rol N° 2.408-2013 de 6 de marzo de 2014*, RD UCN, 21 (1) (2014) 497-521, en la consideración de que los derechos imprevistos no merecen tal adjetivación en el sentido que los jueces descubren algo *necesario* que subsiste detrás de la norma, sino que representa una instancia judicial creativa en el ámbito de lo *posible*, *Ibidem.*, *Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: una reflexión a la luz de la noción de Estado de Derecho*, RDC, 42 (3) (2015) 873-902; Aldunate Lizana, E. (1998) *Derechos Fundamentales*, Legal Publishing, Santiago de Chile, p. 346; *et al.* Tales exposiciones suponen otra diferencia tocante a dos problemas de determinación del significado lingüístico, pues –según reseña Allan Farnsworth: “(...) *la ambigüedad, correctamente definida, es un concepto totalmente distinto del de la vaguedad. Una palabra que puede o no ser aplicable a objetos marginales es vaga. Pero una palabra también puede tener dos connotaciones completamente diferentes para que se pueda aplicar a un objeto y, al mismo tiempo, sea tanto apropiada como inapropiada (...) tal palabra es ambigua*”, *cf.* Farnsworth, A. “*Meaning*” in the *Law of Contracts*, Yale Law Journal, 76 (1967) 953.

²⁰³ McCrudden, C. *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, The European Journal of International Law, 19 (4) (2008) 721, quien ha empleado la hipérbole del texto para aludir a la regular utilización del concepto de dignidad humana por los magistrados judiciales con la meta de imponer al legislador sus propias preferencias en materia de políticas públicas sin articular suficientemente la sustancia de sus decisiones. De la misma manera –aunque a un nivel de teorización constitucional- algunos doctrinantes inquieren en torno a cómo ha de aventarse una lectura de la Constitución con el propósito de discernir derechos no enumerados sin que el intérprete imponga *sus* teorías políticas, sociales, económicas, etc. en el texto –condensando, así, el interrogante en torno a si el documento normativo básico canaliza *value choices*, de tal modo que aun cuando se consienta que la actividad interpretativa se enfrenta con *desacuerdos sustanciales* –los que condicionan, de manera significativa, los resultados a los que arriba- es menester *desmitificar el proceso de interpretación* presentándolo como una labor comprometida con valores, pero al mismo tiempo, orientada por una serie de pautas y principios que restringen las posibilidades de un subjetivismo moral irracional, *cf.* Tribe, L.H. – Dorf, M.C. (2009) *On Reading the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, pp. 66 y ss. Si bien Robert H. Bork había postulado que la elección de valores fundamentales por las cortes judiciales carecía de justificación en aquellos supuestos en los que los materiales constitucionales no especifican con claridad la alternativa axiológica que ha de preferirse por el intérprete –pues, en su parecer, no media en tales casos un modo coherente para sobreponer y reivindicar un opción valorativa en detrimento de otra-, *cf.* Bork, R.H. *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, Indiana Law Journal, 47 (1) (1971) 7-8, *Ibidem.*, *The Constitution, Original Intent, and Economic Rights*, San Diego L. Rev. 23 (1986) 823, cabe retener que si media consenso en orden a que la propia legítima teoría de la adjudicación constitucional ha de *principiar* con la premisa de que la Constitución es Derecho, *cf.* Tribe, L.H. *The Holy Grail of Original Intent*, Humanities, 7 (1) (1986) 23-25; Bork, R.H. *Original Intent and the Constitution*, Humanities, 7 (1) (1986) 22; Rehnquist, W. *The Notion of a Living Constitution*, Tex. Law Rev., 54 (1976) 693; *et al.* Lo expuesto no ha impedido –en función de que el legislador no puede predecir el avance o regular adecuadamente la totalidad de casos que pueden emerger en el futuro en la práctica- que se ligue la teoría de la interpretación con los valores a través de su lectura en casos concretos –no en abstracto-, de modo que –estima Aleksander Peczenik- la evolución histórica del método de razonamiento legal se ha adaptado al propósito de equilibrar y balancear la letra de la ley con demandas morales –incluso, los jueces, añade el Profesor de la Universidad de Lund, han acumulado una cuantiosa experiencia en la praxis, mayor que la que cualquier otra agencia legislativa podría reivindicar-, *cf.* Peczenik, A. (1989) *On Law and Reason*, Springer, Dordrecht, p. 35. Tampoco que la propia Corte Interamericana se resguarde de tal acuse con arreglo a las siguientes premisas argumentativas: “(...) *en ocasiones, la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas. El Tribunal reconoce el importante rol que juegan dichas convicciones en la vida y en la dignidad de las personas que la profesan; no obstante, éstas no pueden ser utilizadas como parámetro de convencionalidad puesto que la Corte estaría impedida de utilizarlos como una guía interpretativa para determinar los derechos de seres humanos (...) tales convicciones no pueden condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación basada en orientación sexual. Es así como en sociedades democráticas debe existir coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados y de esta Corte, es reconocer la esfera en la cual cada uno de éstos habita, y en ningún caso forzar uno en la esfera de otro*”, *cf.* Corte IDH, OC-24/17, **Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, Res. de fecha 24.11.2017, párrafo 223 –haciendo suya la doctrina de la Corte Constitucional de Sudáfrica al sentenciar el caso Minister of Home Affairs and Another vs. Fourie and Another (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC), Sentencia de 1 de diciembre de 2005-**

derechos implícitos derivados por aquélla se ciñen a encarnar estereotipos de *interpretación* convencional²⁰⁴, pues –en la opinión de los académicos referidos- aquéllos remitirían –en puridad- a un espécimen de *construcción*–convencional²⁰⁵ en casos respecto de los cuales el concepto abstracto de uso general aludido en la disposición puede o no ser aplicable –vaguez que atañe a términos, *v.gr.*, como *igualdad, libertad, expresión, debido proceso*, etc.-; la construcción, en rigor, *suplementaria*-excediéndola- la interpretación al extender la aplicación del texto legal a la vida política e implementarlo mediante su puesta en práctica.²⁰⁶

De allí que se asevere que los resultados de los juicios de concreción –*determinatio*- que formulan derechos im-previstos lejos están de figurar cual simples desarrollos jurisprudenciales de preceptos previamente existentes cuyo sentido se ha mantenido constante a lo largo del tiempo, pues suponer aquello –concluye John M. Finnis- no representa más que un cuento de hadas –*fairy tale*-.²⁰⁷

15. ¿Hacia dónde, entonces, acarrea al lector el silencio convencional? Hay, por supuesto, una meta patrocinada por el argumento convencionalista: la tan ansiada *expresión práctica de coincidencia de propósitos* entre las órbitas normativas estatal y transnacional²⁰⁸, sin perjuicio de que –en esta trayectoria- la expectativa waldroniana de que la legislación se emplace en el centro de la tradición jurídica²⁰⁹ anima una viva discusión entre férreos polemistas.

Seguramente la crítica de un textualista alertaría en torno a la emergencia de *riesgos* propios de una teoría pluralista en materia de fuentes de cognición, en especial al conducir hacia el reconocimiento de una *variedad indeterminada de fuentes*, dominadas –peligrosamente- por

²⁰⁴ La operación de imputación de derechos tácitos en el cuerpo textual de la Convención supone –no sólo en la carga argumentativa de la Corte IDH, pues también un entendimiento similar ha sido impulsado por un sector de doctrinantes- una actividad *interpretativa*“(…) amplía” de sus enunciados normativos, “(…) de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu, y debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29, inciso c) de la Convención”, *cf.* Corte IDH, caso *Blake vs. Guatemala*. Sent. Serie C/36, de fecha 24.01.1998, párrafos 96-97. *Vide etiam* Gros Espiell, H. (2000) *Los Derechos Humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N° IV, Madrid, p. 168; Nogueira Alcalá, H. *Los derechos humanos contenidos en tratados de derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: la sentencia rol N° 786-2007 del Tribunal Constitucional*, Estudios Constitucionales, 5 (2) (2007) 457-466.

²⁰⁵ Apreciado el asunto desde esta perspectiva, Jeffrey Goldsworthy ha alertado que en supuestos que invariablemente desaguan en la *creación* judicial de derechos, es usual que los juzgadores evadan el empleo de tal terminología mediante la argucia de que sólo ejecutan una *tarea de descubrimiento* de tales derechos en el texto legal sin agregar nada al mismo –sin perjuicio de que tal proceder importa, a juicio del Profesor de la Universidad de Monash, un índice preciso de que los jueces comprenden que ellos carecen de una autoridad específica para *cambiar* el documento normativo-, *vide* Goldsworthy, J. (2011) *The Case for Originalism* *ap.* Huscroft, G. - Miller, B.W. –Eds.- *The Challenge of Originalism. Theories of Constitutional Interpretation*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 56.

²⁰⁶ Whittington, K. (2011) *On pluralism within originalism* *ap.* Huscroft, G. - Miller, B.W. –Eds.- *The Challenge of Originalism. Theories of Constitutional Interpretation*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 70 y ss; *Ibidem.*, *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent and Judicial Review*, Kansas University Press, Lawrence, 1999, p. 11, advirtiendo el Profesor de la Universidad de Princeton que –desde que la construcción no aspira únicamente a discernir el significado de una disposición abierta sino a *crear reglas que permitan la aplicación de aquella a asuntos específicos*- conlleva una actuación esencialmente de índole política, una práctica principalmente legislativa –aun cuando, bajo ciertas circunstancias, tomen parte en ella doctrinantes y jueces-.

²⁰⁷ Finnis, J.M. (2011) *Adjudication and Legal Change* *ap.* Finnis, J.M. *Philosophy of Law: Collected Essays*. Oxford University Press, Oxford, V. IV, p. 399.

²⁰⁸ Cançado Trindade, A.A. (1995) *El futuro del sistema interamericano de protección de derechos humanos: algunas reflexiones*, Revista de Estudios Internacionales, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, V. 28, N° 109, p. 5.

²⁰⁹ Waldron, J. (1999) *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 16.

un principio anarquizante; tal, *v.gr.*, la prevención formulada, entre nosotros, por Sebastián Soler:

“(…) *Indeterminada, fluctuante e inasible. Nunca se sabe bien dónde está ni en qué consiste (...) desde luego que es posible, y aun ocurre con frecuencia que una solución de derecho positivo sea insatisfactoria; en ese caso, sin embargo, subsiste todavía la necesidad de distinguir la solución dada por el derecho vigente de cualquier otra. En el fondo, el rechazo que hacemos de las doctrinas supralegalistas o extralegalistas, no se funda en una particular devoción de la ley ni en el repudio de toda postulación de derecho nuevo. Se funda simplemente en la necesidad de distinguir el derecho que es del derecho que deseamos (...) cuando se borra esa distinción, volvemos a caer en el arbitrio y en la inseguridad.*”

En contraste, Luigi Ferrajoli refiere que la complejidad de la pluralidad de patrones normativos –indudablemente- descubre tensiones con la respuesta extendida sobre la concepción formal de la legalidad, máxime cuando la alteración del sistema tradicional de fuentes obedece al ingreso de disposiciones de carácter supranacional al orden jurídico interno.²¹⁰ El escenario descrito puede visualizarse, como consecuencia de una tesitura orientada a conmovir –no sin reparos- las modalidades de argumentación discursivo-retóricas del pensamiento de la posmodernidad jurídica²¹¹, a través de una distintiva representación de

²¹⁰ Ferrajoli, L. *El Derecho como sistema de garantías*, Revista JP5, Año III/5 (1994) 9-17. En ocasión más próxima, el Profesor de la Universidad de Roma III advierte que –en rigor- existen diversas concepciones del constitucionalismo –y con él, de la Constitución-, aunque en todas ellas pueda encontrarse el *rasgo común* de la idea de subordinación de los poderes públicos a una serie de normas superiores –que son las que en las actuales constituciones establecen los derechos fundamentales-, *cf.* Ferrajoli, L. (2014) *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, pp. 17 y ss. [Título de la obra original *Lademocrazia attraverso i diritti*, Laterza, Roma, 2013]; *Ibidem.*, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista* ap. Ferrajoli, L. *Un debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 11 [En puridad, la obra condensa una saga de comentarios críticos a la tesis ferrajoliana por parte de destacados iusfilósofos –*v.gr.*, de la academia española, *v.gr.*, Manuel Atienza, Luis Prieto Sanchís, Alfonso Ruíz Miguel, Francisco Laporta, Juan José Moreso, Alfonso García Figueroa; italiana, *v.gr.*, Paolo Comanducci, Pierluigi Chiassoni, Giorgio Pino, etc.; latinoamericana, *v.gr.*, María C. Redondo-, que se divulgaran –en el año 2011- a través del número 34 de *la Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía*, Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Y se corona con la réplica de Luigi Ferrajoli, intitulada *El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo*, pp. 309 y ss.]. En rigor, el autor despliega su tesis de la democracia constitucional desarrollada con motivo de *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruíz Miguel, Trotta, Madrid, 2011, V. II, pp. 9 y ss. [Título de la obra original *Principia Iuris. Teoría del Diritto e della democrazia*, Laterza, Roma, 2007]. En lo que aquí interesa, sugiere además la diferencia entre el constitucionalismo *argumentativo* o *principialista* –caracterizado por la configuración de los derechos fundamentales como valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas, en cuanto dotados de una normatividad más débil, confiada no a la subsunción, sino, más bien, a la ponderación legislativa y judicial- y el constitucionalismo *normativo* o *garantista* –singularizado por una normatividad fuerte, de tipo regulativo, *i.e.*, por la tesis de que la mayor parte de (si no todos) los principios constitucionales, y, en particular, los derechos fundamentales se comportan como reglas, pues implica la existencia o imponen la introducción de reglas consistentes en las prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que son sus respectivas garantías-. En esta categorización, el constitucionalismo se concreta en un sistema jurídico y/o una Teoría del Derecho que establecen –en garantía de lo que viene estipulado constitucionalmente como vinculante e inderogable- la sujeción de la legislación a normas sobre la producción no sólo *formales* –relativas a la forma, *i.e.*, el *quién* y el *cómo*- sino también *sustanciales* –atinentes a los contenidos de las normas producidas, *i.e.*, *qué* se debe o no se debe decir- cuya violación genera antinomias por acción o lagunas por omisión, *cf.* Ferrajoli, L. (2014) *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político*, Trotta, Madrid, pp. 16-17.

²¹¹ De allí que, *v.gr.*, si bien el jurista belga **Francois Ost** asevera que el Derecho posmoderno –o Derecho de Hermes en su estereotipo de decisor judicial-, supone “(...) *una estructura en red que se traduce en infinitas informaciones disponibles instantáneamente y, al mismo tiempo, difícilmente matizables*”, descubriendo así “(...) *un campo jurídico que se analiza como una combinación infinita de poderes, tan pronto separados como confundidos, a menudo intercambiables (...) una multiplicación de los actores, una diversificación de los roles (...) Tal circulación de*

una protección multinivel –con sustento en un modelo teórico *en red* o *unión* [*Verbund*]- de *derechos humanos* como ruta de *interacción* entre las diversas instancias de producción y aplicación normativa, internas y transnacionales, en la que permeen *influencias* y *condicionamientos mutuos* por cauce de la gradual constitucionalización de un orden legal cosmopolita –*cosmopolitan legal order*-²¹²

Para que la exposición –hasta aquí- del tópico de los derechos implícitos no sea tan cómoda, el cuadro se tornaría más complejo si se alimenta, en cierta medida, de las apreciaciones de Jerome Frank en torno al *mito básico del Derecho* –*basic legal myth*- sobre la completa certidumbre jurídica²¹³, que lo reviste, en el infantilismo –*childish*- del operador jurídico, de un absurdo patrón de exactitud jurídica, inmóvil –*unwavering*-, fijo –*fixed*- y determinado –*settled*-²¹⁴, dado que lejos de presentarse en forma aproximadamente estacionaria y cierta, es, tal como se descubre, incierto, indefinido, ampliamente variable.²¹⁵

significados e informaciones no se deja ya contener en un código (...) se esfuerza por integrar, en la construcción del sentido jurídico, las creaciones normativas que emanan de otras fuentes como la jurisprudencia, las costumbres, las convenciones internacionales, los principios generales del Derecho, la doctrina”, de tal suerte que la teoría del Derecho ha de “(...) centrarse en la circulación del sentido”, *cf.* Ost, F. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*, Doxa, 14 (1993) 172-181, también se ha objetado que esta técnica discursiva –ajena a la doctrina tradicional de rasgo piramidal sobre fuentes del Derecho- representa, más bien, una *falacia intelectualista* al postular, a título de nuevo paradigma, un hermeneuta todopoderoso, sin que impida que permanezcan “(...) relegados tras bambalinas los ingredientes relativamente voluntaristas de los conflictos de interpretaciones (con sus estratagemas retóricas) en los tribunales y en la doctrina jurídica, como asimismo se hace abstracción de los múltiples desfases entre *law in books* y *law in action*”, *cf.* Haba, E.P.

Puntualizaciones realistas sobre la conceptualización: «redes» del Derecho. Realidades, silencios y fantasías que se conjugan al postularla como «paradigma» renovador del pensamiento jurídico, Doxa, 41 (2018) 297-317.

²¹² Según la etiqueta acuñada por Alec Stone Sweet y Claire Ryan, comprensiva de los siguientes aspectos: (i) un sistema legal metanacional en el que los individuos titularizan derechos justiciables; (ii) la obligación en cabeza de todo poder público estatal de cumplir con los derechos fundamentales de las personas que se encuentre en su jurisdicción, independientemente de su nacionalidad; (iii) la supervisión a cargo de magistrados judiciales –tanto nacionales como internacionales- con miras a fiscalizar cómo actúan aquéllos, *vide* Stone Sweet, A. – Ryan, C. (2018) *A Cosmopolitan Legal Order Kant, Constitutional Justice, And The European Convention On Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, pp. 1 y ss. El pluralismo ha ganado, en los últimos años, mucho terreno –como herramienta analítica cuanto visión normativa- en el sector del Derecho internacional de los derechos humanos, a través de una narrativa que –en el parecer de sus adalides- presentaría ventajas significativas sobre el que promueve la clásica imagen de órdenes constitucionales construidos jerárquicamente, especialmente en la estructura política y social altamente diversa y disputada del espacio posnacional, *cf.* Krisch, N. *Constitutionalism and Pluralism: A Reply To Alec Stone Sweet*, *International Journal of Constitutional Law*, 11 (2) (2013) 501–505, sin perjuicio de que en el pregón de un orden constitucional global se deja en claro –según ciertos juristas- quién puede emitir disposiciones y estándares, qué clases de tales mandatos producirá y hasta cuál será su efecto, *cf.* Klabbbers, J. (2009) *Setting the Scene* ap. Klabbbers, J. – Peters, A. – Ulfstein, G. –Ed.- *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 1 y ss. *Vide etiam* Krisch, N. *Who is Afraid of Radical Pluralism? Legal Order and Political Stability in the Postnational Space*, *Ratio Juris*, 24 (2011) 386.

²¹³ Es necesario –dice el Profesor de la Yale Law School- abandonar la fabricación de mitos y mentiras paternales: esa historia de *Santa Claus* de completa certidumbre jurídica, el cuento de hadas de una marmita de áureo Derecho que ya está ahí, la fantasía de un sistema estéticamente satisfactorio y armonioso, consistente y uniforme, que brotará cuando hallemos la varita mágica de un principio racionalizador, *cf.* Frank, J. (1970) *Law and the Modern Mind*, Smith, Gloucester, Massachusetts, p. 260.

²¹⁴ Frank, J., *op. cit.*, pp. 11 y 21.

²¹⁵ Frank, J. *op. cit.*, p. 5. Ricardo A. Guibourg apunta: “(...) hay, pues, un aspecto técnico que el discurso jurídico, la creación legislativa y hasta la propia argumentación judicial no deberían menospreciar: el ideal de un sistema de derecho, como instrumento de política con la que haya de dársele contenido, es un conjunto de normas que todos conozcan y sean capaces de aplicar a sus relaciones interpersonales aun con independencia de sus propios intereses; de tal suerte que los casos de incumplimiento sean pocos y claros y el recurso a los jueces resulte rápido, certero y previsible. Es claro que pretender todo esto sería utópico: las normas siempre tienen un margen de indeterminación y las sentencias judiciales no salen de la boca de la ley sino de la elaboración consciente a cargo de seres humanos. Pero, además, de utópico, ¿sería indeseable? Muchos pueden sentir un estremecimiento frente a

¿Puede, aun así, suponerse que los jueces detentan un poder de *construcción convencional* sin límites, *desbocado* de toda tipología de restricciones pese a que la especificación de enunciados convencionales textualmente vagos y abiertos conllevaría un acto normativo –en principio, dominio habitual de agentes típicos de un proceso de elaboración y redacción de disposiciones jurídicas [*law-making, writing or crafting process*]-?

Gran parte de las reflexiones auspiciadas por los académicos que postulan la distinción entre interpretación y construcción –reseñadas en el punto anterior– también alojan la idea de *limitaciones* a la construcción de los derechos implícitos²¹⁶ –radicando aquí su principal atractivo para el debate–: así, *v.gr.*, los especialistas anotan desde ejemplos obvios de limitantes institucionales –*v.gr.*, contenidos del Estado de Derecho²¹⁷–, trasuntando topes procedimentales *v.gr.*, corrección funcional en el reparto o distribución competencial, observancia de mecanismos específicos de reforma, etc.–, descontando impedimentos sustantivos –*v.gr.*, la tradición²¹⁸, los derechos fundamentales expresamente declarados en el texto, etc.–.²¹⁹ Joseph

aquella formulación; pero, si se examina el punto con atención, se advierte que esta aprensión se funda invariablemente en la exigencia de que el derecho sea justo y adaptado a las "circunstancias del caso", cfr. Guibourg, R.A. Autoaplicación del Derecho, LL 2009-D-1345.

²¹⁶ De allí se auspicia que cualquiera sea la extensión de la jurisdicción asignada a una corte internacional de derechos humanos, "(...) siempre deben fijarse límites a aquella", *cfr.* Heydon, D. (2011) *What do we mean by the Rule of Law?* ap. Ekins, R. –Ed.– *Modern Challenges To The Rule of Law*, LexisNexis, Wellington, p. 28, pues de lo contrario "(...) aumenta el campo para la arbitrariedad, disminuye la posibilidad de que los jueces sean sujetos a control por otros órganos (...) y disminuye las posibilidades de que los jueces traten casos similares de forma parecida", *cfr.* Burgorgue-Larsen, L. – Úbeda De Torres, A. (2011) *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Oxford University Press, Oxford, p. 67.

²¹⁷ Waldron, J. *The Rule of International Law*, Harvard Journal of Law & Public Policy, 30 (1) (2006) 15-30, 21, previniendo que los principios que caracterizan el Estado de Derecho también demandan que los Estados Nación sean respetuosos del Derecho, aun cuando se trate de actuaciones de los mismos en la esfera internacional. De allí que se ha identificado un menú de condiciones bajo las cuales un sistema legal es capaz de funcionar adecuada y decentemente, a través de la exigencia que las disposiciones (a) no tengan carácter retroactivo; (b) sean susceptibles de ser cumplidas por sus destinatarios; (c) sean promulgadas públicamente; (d) sean claras; (e) sean coherentes las unas con las otras; (f) tengan la estabilidad suficiente para orientar a las personas en sus procesos de toma de decisiones; (g) sean originadas en procesos predeterminados que, a su vez, sean claros, estables y de aplicación general y, finalmente, (h) que las autoridades llamadas a legislar, administrar y aplicar el Derecho lo hagan de forma consistente y buscando siempre la congruencia entre el texto de la norma y la aplicación respectiva, *vide* Finnis, J.M. (2011) *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, pp. 270 y ss. *Vide etiam* Dicey, A.V. (1959) *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, p. 188. En este orden de ideas, el Profesor de la Universidad de Georgetown, Lawrence B. Solum, aduce que cuando el texto constitucional es vago e indeterminado normativamente, los jueces deben construir la norma de una forma *consistente* con el resto de las disposiciones constitucionales y la estructura propia de la Constitución, *cfr.* Solum, L.B. *The Supreme Court In Bondage: Constitutional Stare Decisis, Legal Formalism, and The Future of Unenumerated Rights*, University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, 9 (2006) 185. Un análisis crítico al argumento de que el Derecho legislado debe sujetar la actuación de los jueces en conformidad a los dictados del Estado de Derecho, a través de diferentes acepciones endilgables al mismo y atinentes –respectivamente– al modelo paleopositivista del Estado Legislativo de Derecho y modelo neopositivista del Estado Constitucional de Derecho, *vide in profundis* Ferrajoli, L. (2007) *Principia Iuris. Teoria del Diritto e della democrazia*, Laterza, Roma, V. II, pp. 29 y ss; *Ibidem.*, *Lo Stato di diritto fra passato e futuro* ap. Costa, P. Zolo, D. – Ed.– *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 349 y ss; *Ibidem.*, *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 100 y ss; Fioravanti, M. (2018) *La Costituzione democratica modelli e itinerari del Diritto pubblico del ventesimo secolo*, [Giuffrè](#), Milano; entre muchos otros.

²¹⁸ Tal condicionante surge con claridad, *v.gr.*, en la opinión que vertiera el *Chief Justice* William H. Rehnquist al expedirse en el caso *Washington vs. Glucksberg*, ocasión en la que repeliera el anidamiento en la XIV Enmienda del documento constitucional estadounidense del derecho implícito al suicidio; evocando criterios de decisión responsable que ponderara n primordialmente "(...) la historia de la nación, las tradicionales legales (del país) y las prácticas (constitucionales)", concluyó que "(...) por más de 700 años la tradición angloamericana del Common Law ha criminalizado o desaprobado tanto el suicidio como el auxilio al suicidio", de tal suerte que el derecho en trance *no* estaba *enraizado profundamente* en aquellas, ni *implicado* en la noción de *libertad ordenada*, *cfr.* 521 US 702, 711-721 (1997).

Raz ya ha ofrecido un análisis preliminar de lo que va implicado en tales barreras: incluso en los casos en los que los tribunales de justicia *crean* Derecho, éstos también aplican leyes que *restringen y guían sus procesos de producción normativa*, de tal modo que lucen circunscritos y condicionados por topes jurídicos.²²⁰

En puridad, tales aseveraciones no deberían sorprender si se retiene que –*per se*– las limitaciones jurídicas a la potestad legislativa –entiende Herbert L.A. Hart– entrañan una *noción perfectamente coherente*, tan pronto como se repare en que una Constitución –lo que igualmente cabría predicar de la misma Convención– puede restringir la competencia de la Legislatura no simplemente al especificar la forma y la manera de la legislación sino al excluir por completo ciertas materias del ámbito de su competencia legisferante.²²¹

16. En todo caso, queda en claro el esfuerzo que la dogmática –constitucional e internacional– procura realizar a través de una labor de sistematización de la cláusula de derechos innominados, con la prevención de que no existe una sola interpretación válida, ni un único modelo con el que el jurista aspire a presentar un cuerpo sistemático de directrices de formulación convencional de los *derechos implícitos*. Por el contrario, dependerá de su adscripción a una función *conservadora*, ceñida a la transmisión y descripción del sistema jurídico, o bien, a un rol *innovador*, cuya labor no se reduce a receptar y describir disposiciones sino que las integra, critica y propone cambios o ajustes en el sistema, incluso a través de una faena de construcción jurídica.²²² Tal desafío no es exclusivo de aquél, también se proyecta sobre el quehacer del *juzgador* que, con miras a la composición de la litis, asume el abordaje del estatuto de derechos, tropezándose con la *prevención dworkiniana* de que las *cláusulas abiertas* suelen decantar en el *activismo judicial*²²³ y con la implicancia, necesaria, de una capacitación y

²¹⁹ A tenor, *v.gr.*, de la taxonomía patrocinada por Candia Falcón, G. *Analizando la tesis de los derechos implícitos: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el requerimiento de inaplicabilidad rol N° 2.408-2013 de 6 de marzo de 2014*, RD UCN, 21 (1) (2014) 512-513.

²²⁰ Raz, J. (2009) *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, p. 195.

²²¹ Hart, H.L.A. (2012) *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 66 y ss., con la siguiente aclaración: las restricciones a la potestad legislativa no son meras cuestiones morales o convenciones, *sin relevancia para los jueces*, en tanto ellas son *parte de la regla que confiere autoridad para legislar* y tienen *vital interés* para las cortes de justicia, ya que éstos utilizan tal regla como *criterio para decidir acerca de la validez* de actos pretendidamente legislativos que llegan a su conocimiento.

²²² Bobbio, N. (1990) *Contribución a la Teoría del Derecho*, Debate, Madrid, pp. 219 y ss.

²²³ Dworkin, R.M. (2013) *Taking Rights Seriously*, Bloomsbury Academic, London – New York, pp. 170 y ss. En rigor, la inquietud anotada precedentemente reconoce los debates suscitados en torno a la interpretación de las cláusulas fundamentales y las prácticas de revisión constitucional de las leyes, inquiriendo el nexo entre las posturas *interpretativistas* –que propician una actitud deferente para con los órganos políticos resultantes de elección popular en el contralor de constitucionalidad, que a través de una directiva de *self-restraint* ciñe la interpretación al propio texto de la Constitución y a la intención original de los constituyentes– y las concepciones *no interpretativistas* –que respaldan un poder de inspección constitucional amplio, tanto en lo que respecta al tipo de cuestiones que es legítimo revisar como a la aplicación de métodos evolutivos y progresistas de hermenéutica constitucional; la que puede descansar en principios ajenos al texto, como la moral popular, el valor justicia o de Derecho natural–. La controversia no trasunta tanto la discusión respecto a si los jueces deberían interpretar la Constitución o cambiarla, sino –más bien– la atinente a *cómo deberían interpretarla, vide in extenso* Dworkin, R.M. (1996) *The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, pp. 4 y ss. *Vide etiam*, *Ibidem*. *The Forum of Principle*, N.Y.U. L. Rev. 56 (1981) 469. De allí que ejemplos ilustrativos de la polémica se detectan igualmente en los anales de la justicia internacional de los derechos humanos: *v.gr.*, al tiempo en que la opinión mayoritaria de la Corte Europea de Derechos Humanos admitió –al zanjar el caso *Golder vs. United Kingdom*– que el derecho de toda persona a ser *oída* en forma equitativa, pública y dentro de un plazo razonable por un tribunal establecido por la ley no impedía la admisión del derecho –implícito– de *acceso* de la justicia, sin perjuicio de que en la consideración disidente del juez Gerald Fitzmaurice se arguyera que la intención original de los redactores del convenio consistía –precisamente– en excluir

actualización permanente de los jueces nacionales sobre la dinámica de la jurisprudencia convencional.²²⁴

En suma, las generalizaciones –advierte Riccardo Guastini– son, naturalmente, *peligrosas*, aunque deba concederse –al menos, en una interpretación fáctica– que las normas implícitas adscriptivas de derechos subjetivos son *Derecho -jurisprudencial- vigente*. En cambio, cuando en lugar de formular el interrogante ¿existen –están vigentes– en el sistema normas implícitas adscriptivas de derechos?, se inquiere en torno a si ¿está justificada –o aprobada en sede ético-política– la jurisprudencia que construye derechos implícitos?, la respuesta –al menos, en una interpretación normativa– es *contingente* al depender del responde que se otorgue a los siguientes aspectos: (i) la circunstancia obvia de admitir que la *construcción* jurisprudencial de derechos implícitos equivale a la aprobación de un *desplazamiento de poderes normativos* de los órganos legislativos –representativos– hacia los jurisdiccionales –a los que cierta línea de pensamiento achaca un déficit de legitimación democrática–, gestando una dislocación de competencias normológicas discutible desde el punto de vista de la doctrina normativa de la democracia²²⁵;

cualquier reconocimiento de un derecho general de acceso a los tribunales de justicia, *vide* ECHR, *Golder vs. United Kingdom*, 4451/70, 21.02.1975, p. 50.

²²⁴ *Voto Razonado*, Juez Ferrer Mac-Gregor, E., CortelDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sent. Serie C/220, de fecha 26.11.2010, párrafo 41, al menos desde el argumentario alentado por ciertos doctrinantes que milita a favor de la idea en virtud de la cual la ausencia de oportunidades de aplicación judicial de los derechos fundamentales –y con ellas, de la implementación judicial de las garantías–, los torna –indefectiblemente– en letra muerta –*dead letters*–, *cf.* Kischel, U. (2019) *Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, & 174.

²²⁵ Descontando las censuras –más radicales, por cierto– que urgen el retorno a los mandatos del texto normativo –en especial, el de cuño constitucional– como única fuente de legitimación del poder de interpretación judicial, particularmente cuando éste se activa en oportunidad del mecanismo de revisión constitucional –observación extensiva, entonces, a la operatoria de fiscalización convencional– arguyendo que la responsabilidad judicial comienza y finiquita en la determinación del alcance y significado presente de una decisión que una comunidad –en tiempo más temprano– articuló y promulgó dentro de su documento normativo de base o fundamental, *cf.* Linde, H.A. *Judges, Critics, and the Realist Tradition*, Yale Law Journal, 82 (1972) 254, lo cierto es que se apunta que los procesos legislativos –según lo crónica Alec Stone Sweet– lucen, en un grado cada vez mayor, influenciados por los jueces constitucionales y sus prácticas discursivas de adjudicación, a la par que la rama judicial del gobierno ha estado forjando amplios poderes de revisión constitucional; sendos fenómenos –arguye el Profesor de la Universidad de Yale– se han combinado para socavar la soberanía parlamentaria y transformar la naturaleza misma del gobierno y la sociedad, *vide in extenso* Stone Sweet, A. (2004) *Governing With Judges: Constitutional Politics In Europe*, Oxford University Press, Oxford. Entre nosotros, en ocasión reciente, *v.gr.*, se ha estimado necesario recordar que “(...) *los espacios de decisión del político y del juez son distintos. El político -constituyente, legislador o administrador- tiene un amplio abanico de posibilidades para decidir conforme a un marco normativo general (que en ocasiones él mismo puede modificar), a su ideología y a su prudencia; el juez debe hacerlo dentro del estrecho límite de la Constitución y las normas dictadas en su consecuencia. Es tarea del político modificar las normas que puedan generar disconformidad en la sociedad, y es tarea del juez distinguir entre disconformidad e inconstitucionalidad; la primera es una sensación prudencial, típica de todo ser humano; la segunda es una comprobación técnica, confiada en nuestro sistema a un especialista (...)* si el juez intentara suplir al político, proyectando su forma de pensar (en suma, su disconformidad con una decisión política) en descalificación jurídica, estaría excediendo su competencia y violentando la división de poderes”, incluso con remisión al parecer del *Justice Felix Frankfurter* al expedirse en el asunto *Brinersville School District v. Gobitis*, 310 US 586, 598 (1940): “(...) *incluso si estuviéramos convencidos de la extrema insensatez de una medida, tal creencia no sería una prueba de su inconstitucionalidad -even were we convinced of the folly of such a measure, such belief would be no proof of its unconstitutionality-*”, *cf.* CSJN, CSJ 4851/2015/RH1, *Unión Cívica Radical de la Provincia de Santa Cruz y otros vs. Estado de la Provincia de Santa Cruz s/ amparo*, de fecha 11.12.2018, del voto del Ministro Horacio Rosatti, *Cons.* 14. Igualmente –al zanjar el asunto *García, M.I. vs. AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad-* el pronunciamiento en disidencia del Ministro Carlos F. Rosenkrantz advirtió: “(...) *el mero hecho de que consideremos que el Estado no ha hecho por los jubilados lo que cada uno de nosotros desearía no puede convertirse en un argumento para fulminar con la inconstitucionalidad un régimen que necesariamente depende de valoraciones, hechos, estrategias y criterios de oportunidad cuya articulación corresponde primariamente al Congreso de la Nación. No debemos olvidar que vivimos en una democracia y que las razones que nos convencen a cada uno de nosotros no se convierten, por ello, en derecho vigente (...)* si bien el Poder Judicial tiene la atribución constitucional de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas tributarias en casos concretos, no son los jueces quienes están llamados a concretar sus concepciones de justicia distributiva o social, por valiosas o defendibles que ellas fuesen, a través del

(ii) la *heterogeneidad* de clase de los derechos implícitos al comprender las *categorías hobfeldianas* de derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades²²⁶, de modo que no necesariamente la construcción, *v.gr.*, de una libertad o de una inmunidad implícitas merezca la misma aprobación política que la de una potestad o de un derecho subjetivo implícitos; (iii) el hecho de que los derechos implícitos no necesariamente tienen sólo efectos *verticales* -relaciones entre el Estado y los ciudadanos-, en función de que pueden también registrar *efectos horizontales* -relaciones interprivados-, generando problematizaciones desde el punto de vista de una filosofía política liberal -ningún liberal, probablemente, desaprobaba el enriquecimiento del patrimonio de derechos de los ciudadanos, pero no es en absoluto obvio que se haya de tolerar también el incremento de sus obligaciones, en tanto restricción de su libertad-; (iv) la tendencia -fatal en la opinión del Profesor de la Universidad de Génova- de los derechos implícitos al conflicto con los derechos expresamente adscritos, deviniendo posible que, en el balance necesario para resolver la tensión, un derecho implícito prevalezca sobre un derecho explícito, aunque no resulte en absoluto pacífico que un derecho explícito -un *derecho escrito en blanco y negro en una carta constitucional* [y convencional]- deba ceder frente a un derecho implícito de fuente jurisprudencial.²²⁷

De la contestación que brinde a estas consideraciones -quizás- estará el lector tentado a deducir que si las palabras de una Constitución, lo que bien vale para la Convención Americana sobre Derechos Humanos si se la blande al talante de un equivalente -*Analogon*- de una Constitución supranacional referente a derechos humanos²²⁸, han dado *vidaa un ser cuyo destinopudo serprevisto completamente* ni aún por sus creadores mejor dotados²²⁹, la cláusula de reconocimiento de derechos innominados no sólo fomenta -en el parecer de Antonio Cançado Trindade- una mayor *cohesión* en el ordenamiento jurídico sino que procura una superior *interacción* entre los sistemas jurídicos internacional y estatal en la *protección de los derechos humanos*; en este marco hasta podría reconocerse que, en el plano internacional propiamente dicho, *los tratados de derechos humanos tienen una dimensión constitucional*, y no sólo en sentido de su posición en la jerarquía de normas en la órbita interna -que de todos modos está rehén de lo que determinan las Constituciones nacionales proyectándose de ahí con variaciones al ámbito transnacional-, sino más bien en la percepción -por cierto, mucho más avanzada- de que *construyen, en el propio plano internacional unorden jurídico constitucional de respeto a los derechos humanos*.²³⁰

No deberían, entonces, desinterpretarse las propuestas de explicación y justificación teórica de la estipulación de derechos implícitos adjudicándole una pretensión más *robusta* -próxima a un catecismo convencional que sólo se entiende cuanto basta para la salvación de las

desarrollo interpretativo de principios o valores generales contenidos en las normas bajo análisis”, *cfr.* CSJN, FPA 7789/2015/CS1-CA1, *García, M.I. vs. AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad*, de fecha 26.03.2019, del voto del Ministro Carlos F. Rosenkrantz, *Cons.* 19-20.

²²⁶ Hohfeld, W.N. *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Yale Law Journal, 23 (1913) 16-59.

²²⁷ Guastini, R. (2011) *Derechos implícitos*, Observatorio de Argumentación Jurídica, Doxa, Universidad de Alicante, Alicante, pp. 4-5.

²²⁸ *Voto Razonado*, Juez De Figueiredo Caldas, R., CortelDH, caso *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, Sent. Serie C/219, de fecha 24.11.2010, párrafo 5.

²²⁹ *Missouri vs. Holland*, 252 US 416 (1920).

²³⁰ *Voto Disidente*, Juez Cançado Trindade, A.A., CortelDH, caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Solicitud de Interpretación de Sentencia, Sent. Serie C/174, de fecha 30.11.2007, párrafo 7.

omisiones e imprevisiones con las que vacila el convencionalismo de los derechos- o más *endeble*—tan proclive a la imagen de los derechos implícitos como una hidra de múltiples cabezas que corona una Convención viviente- que la que la *realidad misma interpela*: los cimientos de la autoridad constitucional —explica Alexander Somek- han cambiado desde que las Constituciones modernas surgieron por primera vez en el siglo XVIII, pues originalmente se suponía que las disposiciones de la norma de base —en cuanto obra de libertad- expresaban y canalizaban la soberanía popular en la medida que emanaban de —y facilitaban- la autodeterminación colectiva; empero, esta perspectiva se modifica sustanciosamente tras la segunda posguerra ante la expectativa de un compromiso creíble por parte de la misma autoridad constitucional con los derechos humanos, no sólo en virtud de principios universales que exigen respeto sino también en función de que la Constitución nacional se integra en un sistema de revisión por pares —*peer review*- entre las naciones, pues se concibe a sí misma como restringida por la protección internacional de los derechos humanos²³¹ y comprometida con la adopción de estrategias para gestionar su interacción con otros sitios de autoridad supranacional. Estanota —en el parecer del Profesor de *Legal Philosophy* de la Universidad de Viena- estampa el advenimiento de la *Constitución cosmopolita* —*Cosmopolitan Constitution*-, la que en lugar de representar un plan para la Constitución *más allá* del modelaje del Estado Nación -y mucho menos una Constitución de la comunidad internacional- en puridad encarna *el Derecho constitucional que se extiende más allá de sus límites nacionales*. Y ello —indudablemente- también abriga prevenciones: este nuevo paraíso cosmopolita es ambivalente, pues la mayor civilidad y la supervisión mutua en la relación entre los pueblos exige el *precio de su desempoderamiento político*. En rigor, la cuestión estriba más bien en problematizar si esta nueva forma de autoridad constitucional puede basarse en una forma alternativa de autodeterminación colectiva que ya no es de estirpe política sino de catadura cosmopolita. Pero, ¿sería este cambio, incluso si fuera posible, *deseable*?²³²

Es que si se repara que el desafío estriba en entender *cómo los tribunales de justicia* —incluso, los pertenecientes a la jurisdicción internacional de derechos humanos- *construyen un mundo de significados*²³³, se comprenderá que —más allá de las aristas del razonamiento formal y del debate metodológico en torno a las distintas posturas asumidas por jueces y académicos sobre estrategias, métodos y técnicas interpretativas y/o constructivas- el peso de las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el punto se juega en el montaje de un discurso que —incluso, con el ansia de forjar un *Jus Commune Constitutionale Latinoamericanum*- otorgue unidad al texto y *persuada* a cada uno de los ciudadanos de reconocerse como autores de la decisión —únicamente exitosa, según Paul W. Kahn, cuando se lee a través de la resolución judicial la *opinión de la soberanía popular*-.²³⁴

²³¹ Los derechos humanos —explica Uwe Kischel- ofician así como parámetros o criterios de medición —*yardstick*- que, al incorporar elementos de valoración en ellos sustentados y efectivizar la demanda política básica de que ningún Estado los vulnere o amenace, conforman, entonces, un marco de evaluaciones comparativas, *cfr.* Kischel, U. (2019) *Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, & 79.

²³² Somek, A. (2014) *Cosmopolitan Constitution*, Oxford University Press, Oxford, pp. 17 y ss.

²³³ Kahn, P.W. (2016) *Making The Case. The Art of the Judicial Opinion*, Yale University Press, New Haven, pp. 9-10, aun concediendo que los sujetos interpretativos judiciales cobijan "(...) *su propia forma de hablar, sus reglas internas, su propia forma de ver el mundo.*"

²³⁴ Kahn, P.W. (2016) *Making The Case. The Art of the Judicial Opinion*, Yale University Press, New Haven, pp. 6 y 85. De lo contrario, únicamente se habrá patrocinado —hasta aquí- una *teoría de la Convención sin fundamentos políticos, morales, culturales, etc.*, desinteresada —así- de los desafíos apremiantes que aquellos suscitan. *Vide in profundis* Riberi, P. (2014) *An Uncertain Dilemma: Philosophical or Political Foundations for the Constitution?* *ap.* Riberi, P. — Lachmayer, K. —Ed.- *Philosophical or Political Foundations for Constitutional Law?*, Nomos, Wien, pp. 33 y

Si el lector logra hacerse de esta preocupación, no sólo habrá abordado problemas de interpretación sobre diversidad de significados o contenidos semánticos endilgables aenunciados normativos del Pacto y hasta esclarecido la operatoria de construcción que anima la creación de directrices subsidiarias que resuelven la vaguedad que afecta a las disposiciones convencionales, pues –además- presenciara una genuina reorientación del habitual modo de pensar la Convención –tal como lo ha propuesto Cass R. Sunstein respecto de la propia Constitución-: la *razón* y la *deliberación* –en lugar de la naturaleza, el poder, las preferencias, los intereses, etc.- se alojan en el *corazón mismo de la democracia constitucional* –que, incluso, permea la Convención y, en general, al sistema interamericano²³⁵-, pues sólo las primeras –en definitiva- pueden justificar acciones políticas, prácticas sociales, mandatos legales, etc. –al menos, si de una *Convención de razones* se trata.²³⁶

ss. También Alec Stone Sweet ha advertido que la grosera distinción entre cosas legales y políticas –*things legal & things political*- no podría pasar por alto que así como el más ortodoxo operador jurídico percibe que las disposiciones normativas se producen, aplican, manipulan, etc., en el mismísimo mundo de la política, los realistas políticos reconocen que la materia del poder político también está impregnada jurídicamente; empero, no pocos académicos trabajan, casi instintivamente, para aislar sus análisis de la política en el entendimiento de que, el espacio en el que ésta actúa, exhibiría un vasto potencial para perturbar sus cuidadosamente construidas jerarquías de reglas, principios y valores. Si bien esta miopía no es ajena a los teóricos jurídicos –aunque mucho menos aguda en el estudio de las Constituciones, precisamente porque el Derecho constitucional es resultado de consensos y transacciones políticas, en el que inevitablemente se superponen preocupaciones no sólo normativas sino también empíricas, gestando así una superposición que ha llevado a un intercambio, más extenso y fructífero, sobre las conexiones íntimas entre Derecho y política-, se acerca –más bien- a la ceguera en el examen de las relaciones internacionales, *cf.* Stone Sweet, A. *What is a Supranational Constitution? An Essay in International Relations Theory*, *Review of Politics*, 55 (1994) 441-474.

²³⁵ CortelDH, caso *San Miguel de Sosa y otras vs. Venezuela*, Sent. Serie C/Nº 348, de fecha 08.02.2018, párrafo 114, cuando menos si se concluye que si “(...) el ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la [OEA]” y aquella “se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional” [de estar al art. 2 de la Carta Democrática Interamericana de 2001], se sigue que el antedicho ejercicio comporta –ergo- en cabeza de los Estados americanos “(...) una obligación jurídica internacional y éstos soberanamente han consentido en que dicho ejercicio ha dejado de ser únicamente un asunto de su jurisdicción doméstica, interna o exclusiva.” Es que –sin perjuicio de lo ya anticipado en el punto 9 *in fine* de esta entrega- conviene recordar que el “(...) debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información” –siquiera para que “(...) todos puedan cuestionar e indagar (...) así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones”-, *cf.* CortelDH, caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, Sent. Serie C/Nº 111, de fecha 31.08.2004, párrafo 90, como así también que la formación de la opinión pública –junto al equilibrio en la información y una robusta concepción de la libre expresión- implican presupuestos indispensables para la existencia vital de una sociedad democrática, reseñándose que “(...) este extremo es fundamental para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 29.c) cuyo propósito es consolidar en el continente las instituciones democráticas (Preámbulo, párr. 1). Y la democracia, a la que la Convención se refiere, es la democracia pluralista y representativa, que supone “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, *cf.* CortelDH, OC Nº 7/87, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), de fecha 29.08.1986, párrafo 6. Igualmente ha insistido en orden a que los valores democráticos mentados lucen (...) *determinante[s] en todo el sistema del que la Convención forma parte*, erigiéndose en “(...) un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”, *cf.* CortelDH, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, Sent. Serie C/Nº 151, de fecha 19.09.2006, párrafo 84, sin descuidar que –con arreglo al art. 6 de la mentada Carta- “(...) “[p]romover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia”, para lo cual se pueden diseñar normas orientadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad”, *cf.* CortelDH, caso *Yatama vs. Nicaragua*, Sent. Serie C/Nº 127, de fecha 23.06.2005, párrafo 207.

²³⁶ Sunstein, C.R. (1993) *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, pp. 1-14, 17-39, incluso se añade que si bien las disposiciones constitucionales pueden ser equívocas en relación con el valor de neutralidad del *status quo*, resultan absolutamente inequívocas en su defensa de la *primacía de la razón* –conllevando, así, en una república de razones [*Republic of reasons*] una desaprobación respecto de formas no racionales o irracionales de autoridad política-. De allí que Antonio A. Cançado Trindade retome –en ocasión de su voto razonado en el asunto *Penal de Miguel Castro Castro vs. Perú*- la ponderación de Ésquilo –expuesta en *Las Euménides* [458 a.C.]– atinente a la necesidad, para el bien común, de la “(...) *prevalencia de la razón y la persuasión de lo justo*”, aflorando –entonces- una labor de convencimiento –en aras de una respuesta racional- en cabeza de las cortes de justicia –internacionales

cuanto nacionales- que no sólo descansa en “(...) *la motivación de sus sentencias*”, pues –además- “(...) *deben hacer ver a las partes que la decisión a que llevaron está conforme al Derecho aplica*”, de forma que “(...) *en un tribunal internacional de derechos humanos como esta Corte, la razón y la persuasión (...) priman necesariamente sobre la producción de sentencias*”, *cfr. Voto Razonado*, Juez Cañado Trindade, A.A., CortelDH, caso *del Penal de Miguel Castro Castro vs. Perú*, Sent. Serie C/ N° 181, de fecha 02.08.2008, párrafos 17, 38-39, 47. Aunque la idea de Cass R. Sunstein también pueda revelar otras connotaciones: *v.gr.*, Tom Ginsburg y Aziz Z. Huq han explicado que si las Constituciones, después de todo, son sólo pedazos de papel –*pieces of paper*- que toman su genuina fuerza de los entendimientos intersubjetivos de los ciudadanos y los detentadores del poder, tal cualidad conduce a identificar el apoyo público a las normas y convenciones de la política democrática como un factor crítico; es que los Profesores de la Universidad de Chicago han demostrado –en una medida mucho mayor de lo que comúnmente se percibe- que en ocasiones el mismo diseño del documento normativo fundacional determina que la erosión democrática adquiera un mayor grado de probabilidad –y no solamente aliente su reducción-: *v.gr.*, no siempre la maquinaria de control y equilibrio de los poderes públicos o el atrincheramiento de los derechos necesariamente revelan éxito como baluartes contra el declive democrático, máxime ante la consecuencia –imprevista- de facultar a los jueces para completar o cegar algunos detalles textuales en ejercicio de sus atribuciones de revisión normativa, a menudo con doctrinas que –en última instancia- facilitan, en lugar de inhibir, la devaluación de la calidad democrática, *cfr. Ginsburg, T. – Huq, A.Z. How to Lose a Constitutional Democracy*, UCLA Law Review, 65 (2018) 78. Y ello pese a que la paradigmática función de fiscalización constitucional es usualmente pensada como una protección de contenidos –procedimentales y sustantivos- de la democracia, también puede operar como un catalizador para la expansión del poder –al margen, por supuesto, de la imagen de los tribunales internacionales de derechos humanos como monitores del *performance* democrática, inclusive menos vulnerables a la presión y manipulación política-, *vide Ginsburg, T. – Huq, A.Z. (2017) How to Save Constitutional Democracy*, University of Chicago Press, Chicago, pp. 187 y ss.