

Notas sobre la consistencia normativa en los países americanos del mundo latino: problema y posibilidad

Armando Romero Muñoz¹

I. Introducción

Un área importante del mundo latino está compuesta por los países latinoamericanos. Países que guardan ciertas características comunes en sus sociedades, instituciones y cultura. Estas características también se relacionan con los ordenamientos jurídicos de las naciones latinoamericanas, haciendo que presenten problemas en común, como también algunas posibilidades semejantes para su perfeccionamiento.

En este trabajo hemos escogido tres características que comparten los países americanos del mundo latino que al ser analizadas nos indican algunos problemas que pueden presentarse para la consistencia normativa de sus ordenamientos jurídicos. Consistencia que es relevante para la protección de ciertos valores jurídicos y para el bien de una comunidad política.

La primera característica es la tradición jurídica a la que pertenecen las naciones latinoamericanas. El derecho de los países americanos del mundo latino subsiste en la denominada tradición jurídica romano-germánica, también conocida como derecho continental o tradición del *civil law*. Como veremos más adelante, la pertenencia a esta tradición por parte del derecho de las naciones latinoamericanas y el contexto social e institucional en el cual existen tendrán consecuencias importantes en sus ordenamientos jurídicos.

La segunda característica es la relativa inestabilidad social y política que padecen estas naciones. Los países de Latinoamérica, a diferencia de varios países europeos, presentan numerosos conflictos sociales y continuas transformaciones políticas. Éste aspecto de la realidad latinoamericana también tiene consecuencias en el derecho de sus naciones, pues teniendo en cuenta que la fuente principal del derecho en estos países es la ley

¹ LLM en Historia y Filosofía del Derecho por la Universidad de Edimburgo, Reino Unido. Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Católica San Pablo, Arequipa-Perú.

ordinaria o constitucional, sus ordenamientos jurídicos dependen en gran parte de los cambios políticos.

La tercera y última característica es la sujeción de los países latinoamericanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). El supuesto grado de vinculatoriedad que tienen los fallos de esta corte con respecto a los ordenamientos jurídicos de las naciones latinoamericanas tendrá consecuencias importantes en dichos ordenamientos.

Teniendo en cuenta las características anteriormente señaladas pensamos que actualmente la estructura del derecho latinoamericano presenta algunos elementos que pueden afectar negativamente la consistencia normativa de sus ordenamientos jurídicos.

A continuación indicaremos a qué nos referimos con la noción de consistencia normativa y señalaremos su importancia. Luego trataremos sobre cada una de las características señaladas anteriormente, indicando las posibles dificultades que surgen de ellas al momento de buscar la consistencia normativa de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos. Finalmente, propondremos algunos caminos que tienen dichos ordenamientos para contar con mayores posibilidades de alcanzar un alto nivel de consistencia normativa.

II. Consistencia

En este trabajo entendemos por consistencia normativa aquella propiedad por la cual en un ordenamiento jurídico no es posible encontrar “dos directrices de acción [de obligatorio cumplimiento] incompatibles y que no son susceptibles de cumplirse al mismo tiempo, sea porque ellas imponen dos obligaciones en direcciones opuestas o porque una de ellas prohíbe lo que la otra permite y por tanto no hay forma de cumplir una de ellas sin incumplir la otra”². Tal consistencia normativa la entendemos tanto en

² Ch Perelman, *Logique juridique: nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris, p. 39, en M van De Kerchove, F Ost; *The Legal System between Order and Disorder*, translated by I Stewart, Oxford University Press, New York, 1994, p. 51. La traducción es nuestra. Ver también: M van De Kerchove, F Ost; *Op. Cit.*, 51-53; N McCormick, *Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, New York, 2005, p. 191. Al tratar sobre la consistencia normativa o consistencia deóntica surge la pregunta si es posible la existencia de relaciones lógicas entre enunciados deónticos. Ver: J Hage, *Studies in Legal Logic*, Springer, Dordrecht, 2005, 135-136. En este trabajo no abordaremos esta cuestión tan importante y discutida en la filosofía y en la filosofía del derecho, siendo nuestra posición aquella que afirma la existencia de relaciones lógicas entre enunciados deónticos. Ver: G Kalinowski, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, traducción de Enrique Marí, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1979; CI

el plano de la legislación como en el plano de la adjudicación, esto implica que los jueces frente a casos “iguales” deben contar sólo con una directiva de acción correcta³, ya que de esa forma se entiende que un ordenamiento jurídico guarda unidad y racionalidad⁴. No es difícil notar que esta consistencia normativa en los ordenamientos jurídicos se da en grados, no de forma absoluta.

Asimismo, la consistencia normativa está estrechamente relacionada con la denominada justicia formal⁵. Es decir, “dos casos que son iguales (en los aspectos relevantes) deben ser tratados de la misma manera”⁶. El tratarlos de forma diferente sería inconsistente e implica que las personas que forman parte de esta inconsistencia no sean tratadas de igual forma por parte de la judicatura⁷. Y si la judicatura no trata a las personas de igual manera en casos iguales no está reconociendo la igualdad que existe con respecto a las personas, promoviendo de esta forma la desigualdad de trato⁸.

Por otro lado, la consistencia normativa permite predictibilidad para el ordenamiento de las conductas, promociona la percepción de que el derecho es estable, impide la frustración de las expectativas privadas y preserva la separación de poderes al fortalecer la obediencia al derecho producido por los jueces⁹.

La justicia formal, la predictibilidad, la estabilidad jurídica, la protección de expectativas y la separación de poderes son algunos de los valores que la consistencia normativa protege, convirtiéndose ésta también en un valor. Valores que en el contexto latinoamericano gozan de alta demanda y que favorecerían enormemente a la economía emergente de los países de Latinoamérica, al fortalecimiento de las instituciones políticas latinoamericanas y a los ciudadanos de América Latina, que están acostumbrados, desde hace muchos años, a recibir un trato desigual.

Massini Correas, *Filosofía del Derecho*. Tomo III. El conocimiento y la interpretación jurídica, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 3-105.

³ Se trata de la tesis de la única respuesta correcta propuesta por Ronald Dworkin, tesis contraria al pensamiento de Hans Kelsen. Ver: R Alexy, *Legal Certainty and Correctness*, *Ratio Juris*. Vol. 28 No. 4 December 2015, p. 448.

⁴ R Dworkin, *Una cuestión de principios*, traducción de Victoria Boschiroli, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012, pp. 159-190.

⁵ G Lamond, “Precedent and Analogy in Legal Reasoning” in *The Standard Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>, Section 3.1 (“Consistency”).

⁶ *Ibíd.*

⁷ *Ibíd.*

⁸ *Ibíd.*

⁹ CJ Peters, *Foolish Consistency: On Equality, Integrity, and Justice in Stare Decisis*, *The Yale Journal*, Vol. 105, No. 8 (Jun., 1996), p. 2039.

III. Problemas

1) Latinoamérica y la tradición romano-germánica

El derecho de los países latinoamericanos se desarrolla y subsiste en una tradición jurídica. Es decir, depende de un “(...) conjunto de actitudes históricamente condicionadas y profundamente arraigadas sobre la naturaleza del derecho, acerca del rol del derecho en la sociedad y en el estado, acerca de la organización y operación propia de un sistema jurídico, y acerca de la manera en que el derecho es o debe ser hecho, aplicado, estudiado, perfeccionado y enseñado”¹⁰. Siendo la tradición a la que pertenecen los países latinoamericanos la denominada tradición jurídica romano-germánica o tradición del *civil law*¹¹.

Existen varios elementos que caracterizan esta tradición, sin embargo, esta vez sólo nos enfocaremos en la actitud de dicha tradición con respecto a la ley y en las consecuencias que surgen de tal actitud en el razonamiento jurídico.

Generalmente se piensa que el derecho de los países que forman parte de la tradición jurídica romano-germánica tiene como fuente principal la ley¹². A diferencia de la tradición del *common law*, cuyo derecho tiene como fuente principal la jurisprudencia¹³, en la tradición del *civil law* el derecho es principalmente creación del poder legislativo y constituyente, no de los jueces¹⁴.

Aunque aquella idea con respecto al derecho continental goza de cierto sustento histórico (“*Le juge est la bouche de la loi*”)¹⁵, actualmente resulta problemática. El neoconstitucionalismo, la constitucionalización del derecho y el rol que cumplen en nuestro tiempo los tribunales constitucionales en los países del mundo latino muestran que el derecho continental también es creado por los jueces¹⁶. Esto debido a que los

¹⁰ JH Merryman; R Pérez-Perdomo, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, Stanford University Press, 3rd Edition, 2007, version Kindle, obra obtenida en Amazon.com. La traducción es nuestra.

¹¹ *Ibíd.*

¹² JW Head, *Great Legal Traditions: Civil Law, Common Law, and Chinese Law in Historical and Operational Perspective*, Carolina Academic Press, Durham (North Carolina), 2011, pp. 157-163.

¹³ *Ibíd.*, 436-442.

¹⁴ *Ibíd.*, 157-163.

¹⁵ LG Marinoni, *Precedentes Obligatorios*, traducción de Christian Delgado Suárez, Palestra Editores, Lima, 2013, pp. 52-69.

¹⁶ T Da Rosa De Bustamante, *Teoría del Precedente Judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*, traducción de JC Panes Solórzano y BL Ragas Solórzano, Editora Ediciones Legales, Lima, 2016, 106-107.

textos constitucionales, al tener un amplio campo de indeterminación, permiten que el juez cuente con mayor discreción judicial, por tanto, que el derecho sea en gran medida creación de la judicatura¹⁷. Sin embargo, pensamos que una característica del derecho latinoamericano permite que la antigua actitud de la tradición romano-germánica frente a la ley aún se constituya como una distinción de esta tradición frente al *common law*, distinción que tendrá como consecuencia que ambas tradiciones se diferencien también en otros aspectos.

Esta característica se descubre cuando comparamos la vinculatoriedad de las decisiones judiciales en las cortes latinoamericanas con la vinculatoriedad que tiene la ley en dichas cortes. En el derecho latinoamericano, toda ley (sea constitucional u ordinaria) es de cumplimiento obligatorio para el juez¹⁸, pero las decisiones judiciales de cumplimiento obligatorio estricto para los jueces latinoamericanos, es decir, de naturaleza *erga omnes*, al parecer no comprenden un grupo extenso¹⁹. En el caso de Perú, tenemos las decisiones del tribunal constitucional con carácter vinculante y las que provienen de plenos casatorios y de otras ejecutorias, que hasta la fecha suman un total de 123 resoluciones.²⁰ Las demás decisiones judiciales no son formalmente obligatorias. Esto no es así en el *common law*. Aunque no todas las decisiones judiciales producidas en los países del *common law* son formalmente obligatorias, la cantidad de decisiones que tienen esta característica parecen ser numerosas. En el caso de Reino Unido, todas las decisiones de las cortes intermedias (Court of Appeal) son estrictamente vinculantes con respecto a sus propios precedentes y con respecto a las

¹⁷ H Kelsen, Teoría Pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica, traducción de la primera edición de Reine Rechtslehre (1934) por G Robes y FF Sánchez, Editorial Trotta, Madrid, 2011, 106-107.

¹⁸ Siempre y cuando la ley no sea inválida.

¹⁹ Para un estudio reciente sobre la jurisprudencia de cumplimiento obligatorio (en sentido estricto o formal) en Latinoamérica ver: TM Miguel-Stearns, Judicial Power in Latin America: a Short Survey, Legal Information Management, Vol. 1, No. 02 (June 2015), p. 101. Sin embargo, dicho estudio no tiene en cuenta que en Colombia y Perú ya existe la figura jurídica del precedente constitucional vinculante. En el plano de la adjudicación constitucional, Patricio Navia y Julio Ríos-Figueroa sostienen que en América Latina las demandas personales sólo producen efectos *inter partes*, a diferencia de España y Alemania, donde dichas demandas tiene efectos *erga omnes*. Ver: P Navia; J Ríos-Figueroa, The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America, Comparative Political Studies, Vol. 38, No. 2 (March 2005), p. 213.

²⁰ Ver la página web del poder judicial del Perú referida a la jurisprudencia vinculante (https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s_cij_jurisprudencia_nuevo/as_jurisprudencia_sistematizada/as_ejecutorias_vinculantes) y la página web del Tribunal Constitucional del Perú donde se indican los precedentes constitucionales con carácter vinculante (https://tc.gob.pe/portal/servicios/tc_precedentes_vinc.php). Son 45 precedentes constitucionales vinculantes y 78 precedentes vinculantes que provienen de las cortes supremas.

cortes inferiores (High Court²¹). Asimismo, todas las decisiones de la House of Lords son vinculantes con respecto a las cortes intermedias²².

De la característica anteriormente señalada y siempre en el contexto latinoamericano, se desprende un segundo rasgo distintivo del *civil law* cuando lo comparamos con el *common law*. Debido a que los precedentes estrictamente vinculantes en el derecho latinoamericano conforman un grupo reducido de precedentes si los comparamos con el grupo de los precedentes estrictamente vinculantes de los ordenamientos jurídicos del *common law*; el juez latinoamericano al momento de resolver un caso recurre principalmente a las leyes ordinarias o constitucionales y no a un precedente judicial. Esto implica que el razonamiento del juez de Latinoamérica, a diferencia del juez del *common law* (que construye una norma aplicable al caso a partir de un precedente judicial o de un estatuto, pero estatuto cuya regulación no es general sino fragmentaria y que por tanto requiere necesariamente ser interpretado a partir de un precedente²³), formule una norma particular aplicable al caso concreto a partir de una norma general que tiene un ámbito de interpretación más amplio que el de un precedente²⁴. Lo que tiene como consecuencia que el juez del derecho continental en Latinoamérica, a diferencia del juez del *common law*, cuente con mayores posibilidades de interpretación al momento inicial de la formulación de la norma particular aplicable al caso. Es decir, que cuente con mayor discrecionalidad que el juez del *common law*. Y esto a su vez puede significar que los jueces latinoamericanos frente a casos similares lleguen a decisiones diferentes, ya que su ámbito de interpretación al momento de establecer la norma particular que resuelva el caso es bastante amplio.

Teniendo en cuenta la primera característica del derecho latinoamericano indicada, el tercer elemento distintivo del derecho de Latinoamérica con respecto al *common law* es que la mayoría de normas particulares creadas por los jueces latinoamericanos tienen la posibilidad de resolver un caso concreto *hic et nunc*, ya que generalmente no se tratan de decisiones vinculantes para otros casos o de naturaleza *erga omnes*²⁵. Este aspecto del derecho latinoamericano es relevante, pues si estamos frente a una decisión

²¹ T Da Rosa De Bustamante, Op.Cit., p. 104.

²² *Ibíd.*, p. 104.

²³ *Ibíd.*, p. 127; JW Head, Op. Cit., 436-438.

²⁴ Así como el ámbito de interpretación de la norma constitucional es más amplio que el de una norma ordinaria, es posible suponer que el ámbito de interpretación de una norma ordinaria es más amplio que el de un precedente. Ver: H Kelsen, Op. Cit., 106-107.

²⁵ F Schauer, Precedent, Stanford Law Review, Vol. 39, No. 3 (Feb., 1987), 588-591.

vinculante, el juez al razonar sobre su decisión debe considerar su posible aplicación en el futuro, lo que implica que sus decisiones cuenten con cierta pretensión de generalidad²⁶. Es por esto que las decisiones de la mayoría de jueces del derecho continental en América Latina guardan un grado de concreción alta, lo que puede significar resolver un caso de forma muy satisfactoria, pero que tiene como consecuencia negativa la posibilidad de producir jurisprudencia que no es susceptible de uniformización²⁷.

Si estos tres elementos presentes en el derecho latinoamericano, que tienen sus raíces en la tradición jurídica romano-germánica, son considerados en orden a lograr un alto grado de consistencia en un ordenamiento jurídico, pueden resultar no muy favorables. Esto debido a que los jueces del derecho continental en Latinoamérica, a comparación de los jueces del *common law*, tendrían mayores posibilidades de producir jurisprudencia diferente frente a casos similares.

Como veremos en los próximos acápite, estos problemas con respecto a la consistencia de los ordenamientos jurídicos de los países latinoamericanos pueden ser más severos si consideramos otros aspectos del derecho de los países americanos del mundo latino.

2) La inestabilidad política y social de los países latinoamericanos

Como indicamos en nuestra introducción, los países latinoamericanos, a comparación de varias naciones europeas, presentan un alto grado de inestabilidad social y de transformaciones políticas. Este aspecto de una parte del mundo latino no está exento de repercusiones en el ámbito jurídico, sobre todo si consideramos la importancia de la ley en el derecho de las naciones latinoamericanas. Y es que las leyes ordinarias o constitucionales son consecuencia de la actividad política, que en los países latinoamericanos no goza de continuidad. Esto ha provocado que las leyes de los países latinoamericanos, tanto constitucionales como ordinarias, gocen de poca permanencia y esto genera, evidentemente, que la consistencia de los ordenamientos jurídicos de tales naciones sea amenazada continuamente. Un ejemplo paradigmático de la inestabilidad de las leyes constitucionales en Latinoamérica es el caso de Ecuador. Ecuador presenta 20 constituciones durante su historia republicana, siendo la última una constitución promulgada en el año 2008. Otros acontecimientos recientes relacionados con esta

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ *Ibíd.*

característica de los países latinoamericanos es la reforma constitucional que actualmente está promoviendo la presidenta de Chile, Michelle Bachelet y la promesa de reforma constitucional de la ex candidata presidencial Verónica Mendoza en las elecciones presidenciales que se realizaron en Perú hace algunas semanas.

Por otro lado, a diferencia de los países del *common law*, el derecho de las naciones latinoamericanas no tiene un cuerpo jurisprudencial consistente que haya permanecido a través del tiempo. El contar con este cuerpo jurisprudencial podría atenuar la inestabilidad jurídica de los países latinoamericanos y la inconsistencia de dichos ordenamientos producida por los continuos cambios legislativos y constitucionales provocados por las transformaciones políticas.

Es en este contexto histórico y jurídico que se desarrolla el derecho latinoamericano. Exigiendo mayor estabilidad política y jurídica para lograr ordenamientos jurídicos consistentes. Demanda que está siendo atendida reciente y parcialmente a través de precedentes constitucionales vinculantes, de plenos casatorios y de otros instrumentos jurisprudenciales, como las súmulas vinculantes en Brasil. Sin embargo, a nuestro juicio, no podemos decir lo mismo con respecto a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3) La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Los países latinoamericanos están sujetos a la jurisdicción de la corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Esto debido a que ellos son estados miembros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) que estipula en su artículo 68 la obligatoriedad que tienen los Estados Partes en la Convención de cumplir las decisiones de la Corte IDH en todos los casos donde estos sean partes en el litigio²⁸.

Sin embargo, la vinculatoriedad de las decisiones de la Corte IDH no parece limitarse a lo señalado explícitamente en texto de la Convención. En un fallo del año 2013 la Corte IDH estipula que sus decisiones tienen carácter *erga omnes* con respecto a los diferentes Estados parte de la Convención:

“Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas

²⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 68.

sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”²⁹.

Es más, si se vuelve a leer el texto citado la Corte IDH también otorga control difuso de la Convención a los jueces de un Estado parte de la Convención.

Por otro lado, a partir del caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, la Corte parece indicar que la doctrina del “margen de apreciación” prevista en el Sistema Europeo de Derechos humanos para resolver casos difíciles donde no existe consenso normativo por parte de los Estados miembros, sería de carácter restringido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos³⁰. Esto significa que la Corte resolvería, salvo muy excepcionalmente, casos difíciles donde no existe consenso normativo entre los Estados Parte a través de su jurisprudencia. Considerada vinculante para todos los Estados parte de la Convención.

Pensamos que los factores anteriormente indicados pueden disminuir la consistencia de los ordenamientos jurídicos de los países latinoamericanos.

El considerar que las sentencias de la Corte IDH son vinculantes para todos los Estados parte de la Convención implica considerar que la Corte al momento de razonar jurídicamente para resolver un caso ha tenido en cuenta el carácter *erga omnes* de su decisión. Esto significa que en dicho razonamiento jurídico se han considerado las posibles aplicaciones futuras de la sentencia en los diferentes Estados miembros de la Convención³¹. Lo cual también supone que la corte en cada uno de sus fallos no decide de forma *hic et nunc*, sino que sus sentencias guardan cierto grado de generalidad y de abstracción³².

²⁹ Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión de cumplimiento de Sentencia, n. 69.

³⁰ L Gruszczynski; W Werner; Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation, Oxford University Press, New York, 2014, pp. 312, 316.

³¹ F Schauer, Op. Cit., 588-591.

³² *Ibíd.*

El problema del *modus operandi* anteriormente mencionado es que la aplicación de un precedente requiere necesariamente el uso de categorías o palabras que agrupan las distintas entidades materia de regulación futura³³, y al considerar que el significado de tales categorías es atribuido no sólo por un ordenamiento jurídico sino también por una cultura³⁴, resulta complicado formular una sentencia con cierto grado de generalidad y abstracción que sea susceptible de aplicación para todas las naciones latinoamericanas. La dificultad no se encuentra únicamente en la diversidad cultural que encontramos en Latinoamérica, sino también en la diversidad presente en sus ordenamientos jurídicos. Ordenamientos jurídicos que pueden señalar el significado que cierta cultura le otorga a algunas categorías, como también proteger un *standard* moral contenido en ellas³⁵. Todo esto podría ser alterado o no reconocido al intentar formular una sentencia más general para todas estas naciones, haciendo que la consistencia de cada ordenamiento jurídico se vea amenazada.

Una posible solución al problema descrito anteriormente la encontramos en la doctrina del “margen de apreciación”. La aplicación de esta doctrina permitiría que en caso de falta de consenso con respecto al significado de una categoría, se otorgue la facultad de determinar dicho significado al Estado miembro sobre el cual se va aplicar tal categoría a través de un precedente, suponiendo que el Estado miembro escogerá el significado que sea consistente con su ordenamiento jurídico. Sin embargo, como ya hemos señalado, el uso de esta doctrina por parte de la Corte IDH es muy restringido. De ser así, la doctrina del “margen de apreciación”, como mecanismo para conservar la consistencia de un ordenamiento jurídico nacional frente a las decisiones de la Corte, en la mayoría de casos no estaría disponible. Y al no encontrar otro mecanismo semejante para el problema señalado dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, esta dificultad queda sin resolverse.

Por otro lado, la Corte ha otorgado la capacidad a los jueces de los Estados parte de aplicar el control de convencionalidad de forma directa en cualquier instancia, es decir, ha estipulado el control difuso de la Convención. Esto también resulta problemático y una amenaza para la consistencia de los ordenamientos jurídicos de Latinoamérica.

³³ F Schauer, Op. Cit., 576-588.

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ *Ibíd.*

El que los jueces latinoamericanos tengan la facultad de realizar el control de convencionalidad en todas las esferas de la judicatura implica que ellos pueden gozar de un amplio nivel de discrecionalidad al momento de determinar la norma particular aplicable³⁶. Esto debido a que el texto de la Convención, a diferencia de otros textos normativos, presenta un alto grado de indeterminación. El resultado de esta facultad atribuida a los jueces latinoamericanos puede traer como consecuencia inconsistencia en los ordenamientos jurídicos de Latinoamérica.

IV. Posibilidades

Frente a estas dificultades, ¿qué caminos tiene el derecho latinoamericano para contar con mayores posibilidades de alcanzar un alto nivel de consistencia normativa?

Parece ser que una de estas posibilidades se encuentra en una mayor producción de precedentes vinculantes. Tanto por parte de los tribunales constitucionales, como de las cortes supremas. Sin embargo, esto implica formar a los jueces en la doctrina en la aplicación de los precedentes, pues dicha destreza aún no está desarrollada en los jueces latinoamericanos. Por otro lado, los países de América Latina se verían obligados a establecer una adecuada coordinación y comunicación entre el poder legislativo y el poder judicial. Esto para lograr consistencia del ordenamiento jurídico. Coordinación y comunicación que se ha logrado en el derecho inglés³⁷.

Otra posibilidad se encuentra no en las normas o precedentes mismos, sino en la denominada argumentación jurídica³⁸. Sería bastante útil contar con un método de argumentación que permita a los jueces llegar a soluciones no contradictorias frente a casos similares. Este camino también tendría la ventaja de poder incluir cierta exigencia de justicia en la resolución de controversias, buscando así una decisión consistente pero que a la vez de satisfacción a un mínimo de justicia, superando los problemas de una noción de consistencia meramente positivista³⁹. Sin embargo, aparentemente esto no es posible, por lo menos no de forma absoluta, pues el método de argumentación paradigmático en el mundo latino admite la posibilidad de llegar a soluciones

³⁶ Siempre y cuando no se cuente con un precedente de la Corte IDH que sea aplicable al caso en cuestión, lo cual reduciría el ámbito de discrecionalidad del juez.

³⁷ T Da Rosa De Bustamante, Op.Cit., p. 63.

³⁸ R Alexy, Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Palestra Editores, Lima, 2010.

³⁹ R Alexy, Op. Cit., p. 441-451.

contradictorias o incompatibles en casos similares⁴⁰. Sin embargo, este método parece reducir en algún grado la discrecionalidad judicial⁴¹.

Tal vez las posibles dificultades que presenta el derecho latinoamericano para alcanzar un alto grado de consistencia motiven a sus juristas a implementar (en algunos casos en mayor medida) alguna de las soluciones anteriormente mencionadas. Sin embargo, también es posible pensar que este afán por alcanzar una mayor consistencia normativa, que es una manifestación del anhelo de racionalidad del ser humano y una necesidad relevante para el mundo latinoamericano, permita que el jurista de Latinoamérica se vea obligado a buscar otras alternativas. Sobre todo en el ámbito de la argumentación jurídica y en su contexto regional.

Latinoamérica aún es una región donde los límites de la razón propuestos por la filosofía moderna no han calado en todas sus raíces y cultura. Límites que han cerrado las puertas a todo tipo de racionalidad y justicia no procedimental o no instrumental⁴² en otras regiones, como en Europa (donde paradójicamente éste tipo de racionalidad y justicia son buscadas vitalmente por una parte de la población europea en los países latinoamericanos). Y es que tal vez sea Latinoamérica la región donde se pueda encontrar un método de argumentación jurídica que permita a sus jueces llegar a soluciones justas y no contradictorias en casos similares. Un método de argumentación que revele la posibilidad de la razón humana de alcanzar una consistencia normativa no separada de las exigencias de la justicia. El descubrimiento de este método nos brindaría una razón más para sostener que el anhelo de racionalidad y moralidad del ser humano tiene sentido⁴³.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 443.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 449.

⁴² A MacIntyre, *Whose Justice? Which Rationality?*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 2008.

⁴³ E Kant, *Crítica de la Razón Práctica*, traducción de E Miñana y Villagrasa y de Manuel García Morente, "El Ateneo" Editorial, Buenos Aires, 1951, pp.150-171.

Bibliografía

R Alexy, Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Palestra Editores, Lima, 2010.

R Alexy, Legal Certainty and Correctness, Ratio Juris. Vol. 28 No. 4 (December 2015), pp. 441-451.

T Da Rosa De Bustamante, Teoría del Precedente Judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales, traducción de JC Panez Solórzano y BL Ragas Solórzano, Editora Ediciones Legales, Lima, 2016.

M van De Kerchove, F Ost; The Legal System between Order and Disorder, translated by I Stewart, Oxford University Press, New York, 1994.

R Dworkin, Una cuestión de principios, traducción de Victoria Boschioli, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012.

L Gruszczynski; W Werner; Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation, Oxford University Press, New York, 2014.

J Hage, Studies in Legal Logic, Springer, Dordrecht, 2005.

JW Head, Great Legal Traditions: Civil Law, Common Law, and Chinese Law in Historical and Operational Perspective, Carolina Academic Press, Durham (North Carolina), 2011.

G Kalinowski, El problema de la verdad en la moral y en el derecho, traducción de Enrique Marí, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1979.

E Kant, Crítica de la Razón Práctica, traducción de E Miñana y Villagrasa y de Manuel García Morente, “El Ateneo” Editorial, Buenos Aires, 1951

H Kelsen, *Teoría Pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, traducción de la primera edición de *Reine Rechtslehre* (1934) por G Robes y FF Sánchez, Editorial Trotta, Madrid, 2011.

G Lamond, “Precedent and Analogy in Legal Reasoning” in *The Standard Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>

N MacCormick, *Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, New York, 2005.

A MacIntyre, *Whose Justice? Which Rationality?*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 2008.

LG Marinoni, *Precedentes Obligatorios*, traducción de Christian Delgado Suárez, Palestra Editores, Lima, 2013.

CI Massini Correas, *Filosofía del Derecho. Tomo III. El conocimiento y la interpretación jurídica*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

JH Merryman; R Pérez-Perdomo, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, Standford University Press, 3rd Edition, 2007, version Kindle, obra obtenida en Amazon.com.

TM Miguel-Stearns, *Judicial Power in Latin America: a Short Survey*, Legal Information Management, Vol. 1, No. 02 (June 2015), pp. 100-107.

P Navia; J Ríos-Figueroa, *The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America*, Comparative Political Studies, Vol. 38, No. 2 (March, 2005), p. 189-217.

Ch Perelman, *Logique juridique: nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris, 1976, citado en M van De Kerchove, F Ost; *The Legal System between Order and Disorder*, translated by I Stewart, Oxford University Press, New York, 1994.

CJ Peters, *Foolish Consistency: On Equality, Integrity, and Justice in Stare Decisis*,
The Yale Journal, Vol. 105, No. 8 (Jun., 1996), pp. 2031-2115.

F Schauer, *Precedent*, Stanford Law Review, Vol. 39, No. 3 (Feb., 1987), 571-605.