

A manera de prefacio

Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*

Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor,
Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan, Ximena Soley**

SUMARIO: I. La idea y el sentido de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina. II. Una breve introducción y una larga lista de desafíos. III. El ICCAL dentro del dinámico panorama constitucional de América Latina.

I. LA IDEA Y EL SENTIDO DE UN *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN AMÉRICA LATINA

Un grupo diverso de investigadores de Europa y América Latina hemos trabajado en colaboración durante más de una década en

* Agradecemos a Jesús María Casal, Leonardo García Jaramillo, Sabrina Ragone, Pablo Saavedra, Elizabeth Salmón, Judith Schönsteiner, José María Serna, René Urueña y Pedro Villareal por sus valiosas sugerencias y comentarios. Este documento de investigación corresponde a la introducción del libro: *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*. El libro será publicado por Oxford University Press en el año 2017. La traducción se efectuó del texto “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism” publicado en el MPIL Research Paper Series N° 2016-21. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2859583. Traducción de Jorge Roa Roa.

** Armin von Bogdandy es el director del *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* (MPIL). Eduardo Ferrer Mac-Gregor

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

la investigación en torno a los problemas jurídicos que afronta la región.¹ Nos hemos aproximado a esos problemas con un enfoque de derecho público: nuestro principal interés es que el derecho gobierne el ejercicio de la autoridad pública, es decir, que la autoridad promueva el bien común. Ese objetivo nos ha llevado a buscar repuestas en el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho internacional público general, el derecho de la integración regional, los derechos humanos y el derecho de las inversiones. Del mismo modo, hemos tenido debates con economistas, politólogos e historiadores. En la medida en que

es juez y actual vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Flávia Piovesan es profesora de Derecho Constitucional y derechos humanos de la Universidad Católica de São Paulo y secretaria especial para los derechos humanos de la Presidencia de la República de Brasil. Mariela Morales Antoniazzi es investigadora *senior* en el MPIL. Ximena Soley es investigadora en el MPIL.

¹ Véase von Bogdandy, Armin; Fix-Fierro, Héctor y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, IJ-UNAM, 2014, p. 7; von Bogdandy, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (eds.), *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, México, Porrúa, 2013; von Bogdandy, Armin; Piovesan, Flávia y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *Estudos Avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público*, Río de Janeiro, Elsevier Editora, 2013; von Bogdandy, Piovesan y Morales Antoniazzi (eds.), *Igualdad y orientación sexual. El caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012; von Bogdandy y otros (eds.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, IJ-UNAM, 2011; von Bogdandy, Piovesan y Morales Antoniazzi (eds.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica. Avançando no diálogo constitucional e regional*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2011; von Bogdandy, Piovesan y Morales Antoniazzi (eds.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2010; von Bogdandy, Ferrer Mac-Gregor y Morales Antoniazzi (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, IJ-UNAM, vols. I y II, 2010; Georgieva Nikleva, Kristina, Review: *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, 2010, ts. I y II, p. 3, *Revista Peruana de Derecho Constitucional, Democracia Representativa y Derecho Electoral*, pp. 401-411; Bogdandy, Armin von; Landa Arroyo, César y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *Integración suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, CEPC, 2009.

A manera de prefacio

han transcurrido los años, nos hemos agrupado cada vez más en torno a la idea de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL). El ICCAL hace referencia a una tendencia original de Latinoamérica hacia un constitucionalismo transformador cuyas características y elementos esenciales se exponen en el presente texto. Como la mayoría de los conceptos jurídicos, el ICCAL tiene múltiples dimensiones.

En primer lugar, el ICCAL tiene una función analítica, incluso ontológica. Esta función permite afirmar la existencia de un nuevo fenómeno jurídico compuesto por elementos provenientes de varios ordenamientos jurídicos que se encuentran interconectados por un impulso común denominado constitucionalismo transformador. El ICCAL vincula a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) con los demás instrumentos jurídicos interamericanos,² con las garantías establecidas en las constituciones nacionales, con las cláusulas constitucionales de apertura del ordenamiento jurídico interno al derecho internacional y con la jurisprudencia nacional e internacional pertinente. Con el objetivo de ofrecer una simple muestra de lo que esto significa, es importante señalar que la concepción jurídica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha mutado de una solitaria institución internacional escondida en el país de las hadas, la República de Costa Rica,³ para convertirse en

² La lista de los instrumentos que conforman el *corpus iuris* interamericano se encuentra publicada en la página web de la Corte IDH, consulta 30 oct 2016, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/about-us/instrumentos> Los instrumentos del Sistema Universal también han sido incorporados mediante la cláusula de interpretación establecida en el art. 29 de la CADH. Véase, Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015, Serie C, núm. 304. párr. 168.

³ Parfraseando a la que puede ser la referencia más famosa sobre la integración jurídica europea: Stein, Eric, “Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution”, *American Journal of International Law*, núm. 1, 1981, p. 75, “escondido en la tierra de las hadas, el Gran Ducado de Luxemburgo, y beneficiado, hasta hace poco tiempo, por la indiferencia inocua por parte de los poderes establecidos y de los medios de comunicación, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha renovado el marco constitucional para una estructura de tipo federal constitucional en Europa”.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

uno de los muchos puertos que conforman la red latinoamericana del constitucionalismo transformador. Esa red interconecta a la Corte IDH con las cortes y los tribunales nacionales.⁴

En segundo lugar, el ICCAL tiene una función normativa. Esta respalda el impulso específico del constitucionalismo transformador en América Latina que fue incorporado o renovado con los proyectos constitucionales que surgieron con posterioridad al periodo de los regímenes autoritarios. El objetivo del ICCAL es que en toda la región se tornen efectivas o se realicen materialmente las promesas centrales de las constituciones nacionales y que los diferentes países del subcontinente se integren dentro de una estructura de apoyo mutuo. Los mecanismos son la difusión de los estándares sobre derechos humanos, la compensación de los déficits nacionales y el fomento de una nueva dinámica de empoderamiento de los actores sociales.

En tercer lugar, el ICCAL se refiere a un enfoque académico. Este se caracteriza por la combinación de la investigación académica sobre el derecho nacional e internacional, una mentalidad comparativa y una orientación metodológica hacia los principios, en concreto, hacia la triada: derechos humanos, democracia y Estado de derecho. Su lógica es incremental y los derechos son su principal enfoque e instrumento.

Como indican las tres dimensiones del ICCAL, existen tres fases consecuenciales que deben ser agotadas: acuñar, desarrollar y propagar el concepto. Este es el camino adecuado para lograr el objetivo del ICCAL que consiste en impactar la realidad. Por otra parte, es importante tener en cuenta que bajo la premisa de que el derecho es una construcción social, el lenguaje de los legisladores, de los tribunales y de los investigadores no es externo al derecho, sino que forma parte de este y lo constituye. En ese sentido, el lenguaje es esencial para crear y dar forma al derecho. Se trata de una tesis que tiene validez tanto para instituciones

⁴ Góngora-Mera, Manuel, “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en von Bogdandy, Ferrer Mac-Gregor, Morales Antoniazzi (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, (n1), 403ff.

A manera de prefacio

jurídicas específicas (*i.e.* la libertad de expresión o la propiedad), como para todo un ordenamiento jurídico (*i.e.* derecho nacional o derecho internacional). El ICCAL defiende la existencia de un nuevo fenómeno jurídico que ha emergido de la interacción y la confluencia entre el derecho nacional y el derecho internacional, distinguiéndose por ostentar un impulso específico.

El ICCAL le confiere una identidad y una orientación propias a este fenómeno. Además, contribuye a generar y estructurar la comunicación académica, política y judicial. Su denominación y descripción bajo una categoría unificada, refleja la intención de proponer una lectura compartida del fenómeno desde el punto de vista legal, doctrinal y académico, con el fin de unificar visiones que, hasta ahora, habían sido exploradas de manera independiente. La denominación ICCAL responde a un esfuerzo por reunir a personas y proyectos con orígenes muy diversos, quienes, sin embargo, comparten un elemento en común: la convicción respecto del potencial transformador que poseen los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho en América Latina.

En efecto, el derecho y la doctrina jurídica pueden impactar en la agenda social. América Latina ofrece un ejemplo importante de este impacto, precisamente en el ámbito de los derechos humanos. En el subcontinente, los derechos humanos se han desarrollado durante los últimos treinta años dentro de un lenguaje legal, político y social común que no existía previamente. Actualmente no solo se trata de un lenguaje común para los operadores jurídicos sino de una plataforma de movilización para un público mucho más amplio.

El conjunto de instrumentos jurídicos que reúne el ICCAL ofrece la oportunidad de contar con estructuras idóneas para impulsar una agenda transformadora. Se trata de una sólida red de instituciones y personas que han utilizado esas estructuras para desencadenar dinámicas transformadoras relevantes. A pesar de los muchos problemas que todavía afectan a la región, se han modificado los parámetros bajo los cuales el poder debe ser justificado y los objetivos pueden ser perseguidos. El concepto del ICCAL conecta varias líneas del discurso transformador con el fin de que este sea más potente y destaca el papel del derecho en la transformación de las sociedades. Al mismo tiempo, el

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

ICCAL enfatiza en la responsabilidad del derecho y de la academia frente a las situaciones de deficiencias sistémicas o estructurales. A fin de cuentas, las estructuras que generan los problemas de América Latina están arraigadas en el derecho.

Los sistemas jurídicos modernos se basan en estructuras, las estructuras se basan en conceptos y estos, a su vez, dependen de la investigación jurídica. Delimitar y refinar los conceptos contribuye a disponer de una mejor construcción de la realidad, a organizar, desarrollar y criticar el derecho y, en nuestro caso, a crear una interacción dinámica entre los diferentes sistemas jurídicos. Los conceptos no caen del cielo ni saltan desde los textos legales, sino que requieren un esfuerzo académico. Este libro es el resultado de un esfuerzo de ese tipo y los capítulos que lo integran han elaborado un concepto de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina mediante la conexión entre varios fenómenos, experiencias y teorías jurídicas.⁵

El ICCAL es un concepto incluyente, sin embargo, es importante insistir en una advertencia central: el ICCAL no está comprometido con una agenda partidista concreta. Ahora bien, como sucede con cualquier otro concepto jurídico, el ICCAL no es neutral o agnóstico. En efecto, el ICCAL tiene un vínculo con el constitucionalismo transformador. Esta conexión se evidencia en su normatividad y forma parte de amplios procesos sociales. En concreto, múltiples actores, no solo juristas, proponen un cambio de la realidad política y social de América Latina con el fin de crear un marco general para la plena realización de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos; de esta manera, los Estados de América Latina podrán ser, al mismo tiempo, más plurales y más cohesionados. A pesar de que esta propuesta puede parecer vaga o abstracta, el proyecto cuenta con unos elementos bastante concretos y precisos.

⁵ Este es, desde luego, solo uno de los métodos para construir conceptos. Este método se basa en las ideas de: Koselleck, Reinhart, *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten, Begriffsgeschichte und Sozialgeschichte*, 4ª ed., Berlín, Suhrkamp, 2000, p. 119; “Einleitung”, en Brunner, Otto; Conze, Werner y Koselleck, Reinhart (eds.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1972, vol 1, pp. XIII, XXIII.

A manera de prefacio

En el núcleo de la agenda del ICCAL hay dos elementos. El primero es enfrentar las profundas deficiencias que existen en muchos países de la región. Frecuentemente, estos déficits tienen origen en la debilidad de las instituciones y generan inseguridad, impunidad y corrupción. No es posible tener una verdadera democracia constitucional sin superar estas deficiencias. El segundo elemento tiene relación con las condiciones de vida inaceptables que afectan a amplios sectores de la población. En concreto, existe una preocupación especial por los denominados *grupos vulnerables*.⁶ Una característica de muchos discursos en América Latina es su marcado énfasis en *lo social*, lo cual los distingue de los discursos hegemónicos en Europa o Canadá, ni qué decir de Estados Unidos. Algunos autores ponen el problema de la desigualdad en el núcleo central de su reflexión.⁷ Esto conduce a los espinosos temas de la igualdad o la redistribución y a la manera como los autores del ICCAL se relacionan con esos problemas. Nosotros tenemos diferentes ideas sobre la política económica, la protección de la propiedad y la redistribución, pero todos estamos de acuerdo en que la exclusión debe ser superada. La desigualdad puede tener diferentes causas, pero esta es particularmente grave, profunda, difícil —incluso explosiva— cuando sectores enteros de la población carecen de las condiciones para integrarse en los sistemas sociales. Eso significa que hay personas que están privadas del acceso a la salud, la educación, la economía, la política y la protección legal; con lo cual resultan excluidas del goce efectivo de sus derechos. El concepto de exclusión describe las verdaderas dimensiones del desafío. En efecto, este concepto permite comprender la manera como las sociedades pierden sus capacidades para la integración social, en virtud de que muchas personas no reciben atención suficiente por parte de las instituciones.⁸ Una sociedad nunca será verdade-

⁶ Para una descripción detallada de la manera como la Corte IDH ha utilizado el concepto de vulnerabilidad: Soley en este mismo volumen. Sobre la feminización y el impacto étnico de la pobreza y de las violaciones a los derechos humanos: Piovesan en este mismo volumen.

⁷ Véase Piovesan y Aldao, Clérico y Ronconi, ambos en este mismo volumen.

⁸ A favor de que la filosofía moral y la filosofía política actuales tengan en cuenta los intereses de todos: Sen, Amartya, *The Idea of Justice*, Allen Lane,

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

ramente próspera si no puede superar la exclusión⁹ y el derecho es un elemento crucial para lograr ese objetivo. Sin embargo, no se puede dejar de lado que el derecho puede ser una herramienta para superar la exclusión o para perpetuarla.

Del mismo modo, este proyecto tiene como objetivo la inclusión en el marco de los principios constitucionales.¹⁰ Como es bien sabido, las constituciones no se limitan a la organización de la política, sino que incorporan una idea de sociedad. Los objetivos de superación de la exclusión y promoción de la inclusión dentro de la democracia constitucional permiten que el proyecto involucre perspectivas diferentes —incluso divergentes— respecto de los modelos de crecimiento económico, los problemas de la redistribución, el libre comercio o la protección de las inversiones. Como ha demostrado el desarrollo de Europa después de la Segunda Guerra Mundial, un proyecto de inclusión social puede ser compartido y desarrollado por fuerzas conservadoras, liberales y socialistas.¹¹ Bajo esa premisa, algún grado de generalidad conceptual del ICCAL opera más como una ventaja que como un problema.¹²

Estas preocupaciones generales y estos compromisos normativos pueden ser leídos correctamente como parte de la agenda de un constitucionalismo transformador. Estos surgen en un terreno fértil para el debate en América Latina y trascienden allí

Londres, 2009, p. 117. Esta tesis se relaciona con la propuesta de reconocimiento de identidades, tal y como ha sido formulada por: Honneth, Axel, *Kampf um Anerkennung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994; Nancy Fraser y Axel Honneth, *Redistribution or recognition?: A political-philosophical exchange*, Londres, Nueva York, Verso, 2003.

⁹ Solo basta con leer el *mea culpa* del neoliberalismo: “Liberalism after Brexit: The politics of anger”, publicado en *The Economist*, 2 jul 2016, p. 12.

¹⁰ Los atractivos del concepto de inclusión no han escapado a los políticos quienes los usan como parte de sus enfrentamientos políticos. Sin embargo, este uso instrumental del concepto no impide que también pueda ser usado bajo una perspectiva académica.

¹¹ Una prueba de este fenómeno en: Judt, Tony, *Postwar. A History of Europe Since 1945*, Nueva York, Penguin, 2005.

¹² Sobre las ventajas de estos conceptos: Reimann, Mathias W., “The American Advantage in Global Lawyering”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, núm. 78, 2014, pp. 1-36.

A manera de prefacio

donde el derecho público ha recibido el mandato de enfrentar el autoritarismo, fortalecer las instituciones públicas para promover el bien común y superar la exclusión.¹³

La orientación comparativa de la investigación constitucional obtuvo un impulso importante en 1974 con la fundación del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC). Desde entonces, el Instituto ha sido un foro crucial para prolijos debates académicos sobre el derecho constitucional comparado.¹⁴ El IIDC tiene su sede en el Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Desde su fundación como Instituto para el derecho comparado en 1940, el IIJ ha sido una plataforma central para la investigación jurídica en América.¹⁵ El principal objetivo de Jorge Carpizo, Héctor Fix-Zamudio, Pedro Frías, Diego Valadés y Jorge Vanossi fue establecer un canal de comunicación entre los diferentes discursos jurídicos que estaban aislados con el fin de ampliar la idea del constitucionalismo. Todo esto fue hecho en medio de un contexto muy difícil para ese propósito debido a la existencia de regímenes autoritarios. Desde muy pronto se unieron en torno a este objetivo juristas de otros Estados, como Brasil, Colombia, Guatemala, Perú, Uruguay y Venezuela.¹⁶ Lo que empezó como

¹³ Además del contexto de América Latina, el concepto de constitucionalismo transformador es quizás mejor conocido por los procesos de transición de Sudáfrica. Véase Klare, Karl E., “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”, *South African Journal on Human Rights*, núm.14, 1998, pp. 146, 150; en detalle véase Fowkes en este mismo volumen.

¹⁴ El Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC) tiene más de veinte secciones nacionales, ha organizado doce congresos iberoamericanos y muchos otros eventos académicos en América Latina. Las publicaciones más destacadas, consulta 31 oct 2016, disponible en <https://www.juridicas.unam.mx/publicaciones> Sobre las actividades recientes: Gil Valdivia, Gerardo y Chávez Tapia, Jorge (eds), *Evolución de la organización político-constitucional en América Latina (1950-1975)*, México, IIJ-UNAM, t. I México y Centroamérica, t. II Sudamérica y España, 1979.

¹⁵ Véase <http://www.juridicas.unam.mx> (consulta 31 oct 2016).

¹⁶ Véase Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, *Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional: 1974-2004*, UNAM-IIDC, México, 2004); Laura Eugenia Rodarte Ledezma, Andrea Enríquez Marín (eds), *Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional: Trayectoria*, UNAM-IIDC, México, 2014.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

un proyecto académico devino en un proceso social y político mucho más amplio. Para finales del siglo xx, se habían unido muchos otros actores, entre estos varios tribunales, que empezaron a fomentar la idea de un constitucionalismo transformador.¹⁷

Como el caso de Sudáfrica ha demostrado claramente, el constitucionalismo transformador es un fenómeno global. Por esa razón, el sendero trazado por América Latina es de interés en muchas otras partes del mundo, en especial, por sus dimensiones comparativas y multinivel. Los investigadores de los países donde el constitucionalismo transformador no es tan común, pueden encontrar razones para interesarse en la contribución de América Latina al constitucionalismo. También se trata de una oportunidad para reflexionar sobre el grado en el que las concepciones del *Norte Global* pueden ser consideradas realmente como universales. Al mismo tiempo, el constitucionalismo latinoamericano tiene una enseñanza para todos aquellos que consideran que los conceptos esenciales del constitucionalismo del *Norte* han sido agotados.¹⁸ En efecto, quienes piensan de esta manera pueden encontrar una nueva energía en las discusiones contemporáneas de América Latina.¹⁹

En ese ámbito cobran particular relevancia las profundas reflexiones sobre el potencial y los límites del activismo de los tribunales para lograr transformaciones sociales, las diferentes formas de interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional, el rol de la sociedad civil y el activismo transnacio-

¹⁷ Sobre el desarrollo de la jurisdicción constitucional en la región: Sagüés, Néstor Pedro, *El Sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México, Porrúa, 2004; Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, México, Porrúa, 2004; Piza Escalante, Rodolfo, "Legitimación democrática en la Nueva Justicia Constitucional de Costa Rica", en Castro Loría, Juan C. (ed), *Libro homenaje al profesor Eduardo Ortiz Ortiz*, Universidad Autónoma de Centroamérica, Colegio Santo Tomás de Aquino, San José, 1994.

¹⁸ Koskeniemi, Martti, "Human Rights Mainstreaming as a Strategy for Institutional Power", *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development*, núm. 1, 2010, p. 47; Koskeniemi, *The Politics of International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 133.

¹⁹ Sobre esta posible contribución del *Sur Global*: Comaroff, Jean y Comaroff, John L., *Theory from the South. Or, How Euro-America is Evolving Toward Africa*, Boulder, Paradigm Publishers, 2012. en particular pp. 1-19.

A manera de prefacio

nal con una agenda reformadora. Por otra parte, América Latina tiene muchos años de experiencia con fenómenos que ahora tienen una relevancia mucho mayor en Europa como, por ejemplo, la debilidad de las instituciones.²⁰ En ese sentido, el análisis sobre América Latina implica la investigación sobre muchos aspectos relacionados con fenómenos europeos y globales.²¹ La creación de la Sociedad Internacional de Derecho Público es una prueba de que la interconexión entre la teoría política, la ciencia política, el derecho constitucional, el derecho comparado, el derecho de la integración y el derecho internacional es una tendencia universal contemporánea.²²

La confianza en la relevancia global de la experiencia de América Latina está respaldada por la fortaleza y profundidad del constitucionalismo latinoamericano. Este ha existido por casi 200 años, eso significa que es más antiguo que el de muchos Estados europeos y precede al constitucionalismo de la mayoría de los países del mundo. En particular, durante esos dos siglos, en América Latina han existido tres ideologías constitucionales: i) el conservadurismo inspirado en el catolicismo español; ii) el liberalismo inspirado en Estados Unidos antes del *New Deal* y iii) el radicalismo inspirado en el socialismo francés.²³ Muchas personas consideran que estas ideologías se encuentran en declive y que se están desarrollando nuevas propuestas. En ese sentido, Latinoamérica es

²⁰ Sissenich, Beate, “Weak States, Weak Societies: Europe’s East-West Gap” (2010) 45, *Acta Política* 11, 19-23.

²¹ Sobre esta perspectiva: Thomas Duve, ‘Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive’ (2012) 20, *Rechtsgeschichte*, 18-71.

²² Véase Joseph H H Weiler, “The International Society for Public Law –Call for Papers and Panels”, *International Journal of Constitutional Law*, núm. 12, 2014, pp. 1-3.

²³ Gargarella, Roberto, *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*, Nueva York, OUP, 2013; en particular en p. 197. Astudillo, César y Carpizo, Jorge (eds), *Constitucionalismo: Dos siglos de su nacimiento en América Latina*, México, IJ-UNAM, 2013; Torre Villar, Ernesto de la y García Laguardia, Jorge, *Desarrollo histórico del constitucionalismo Hispanoamericano*, México, IJ-UNAM, 1976; García Belaunde, Domingo; Fernández Segado, Francisco y Hernández Valle, Rubén (eds.), *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Dykinson, 1995.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

un prolijo laboratorio para la teoría y la práctica constitucionales. El constitucionalismo de América Latina se ha construido sobre un legado remoto lleno de contribuciones y tendencias originales como el recurso de amparo²⁴ o la constitucionalización de los derechos sociales.²⁵ El ICCAL se ha unido a esta conversación.

II. UNA BREVE INTRODUCCIÓN Y UNA LARGA LISTA DE DESAFÍOS

El constitucionalismo transformador que incorpora el ICCAL enfrenta las deficiencias estructurales y la exclusión. El objetivo de esta parte de la introducción es realizar una mejor descripción de cada uno de estos retos. Con ese propósito, nosotros nos enfocamos primero en los estudios sobre la debilidad normativa del derecho y posteriormente en los tribunales, la democracia, la corrupción y los poderes privados.

El ICCAL es un enfoque jurídico que propone transformaciones sociales por medio del derecho. Por esa razón, es necesario confrontar algunas de las objeciones que se formulan al potencial del derecho en América Latina para lograr cualquier tipo de transformación significativa. Los tres conceptos clave en este ámbito son: deficiencias estructurales, instituciones débiles y exclusión. Sin embargo, es importante enfatizar que, por regla general, el derecho en América Latina no es débil, sino que es inequitativamente eficaz. En algunos aspectos, el derecho tiene una fuerza vinculante efectiva que protege los intereses hegemónicos o consolidados. Sobre este punto, resulta especialmente revelador que algunos países del subcontinente se encuentren en posiciones destacables dentro de los índices sobre “calidad regulatoria y

²⁴ Véase Brewer-Carías en este mismo volumen y Fix-Zamudio, Héctor, “The Writ of Amparo in Latin America”, *University of Miami Inter-American Law Review*, núm. 13, 1981, p. 361; Fix-Zamudio y Ferrer Mac-Gregor (eds.), *Derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa, 2006; Ayala Corao, Carlos M., *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1998.

²⁵ La Constitución de México de 1917 fue la primera en constitucionalizar los derechos sociales.

A manera de prefacio

eficiencia” para efectos de promover la inversión extranjera; en este baremo, algunos países latinoamericanos superan a los países europeos.²⁶ En evidente contraste, en otras áreas el derecho carece de eficacia para proteger a quienes se encuentran en una posición social de debilidad.²⁷ Para estos últimos, el Estado de derecho aparece más como un objetivo noble que como una realidad constante.²⁸ Algunas veces, el Estado de derecho parece un artificio o una simple fachada. En algunos casos, esta situación es el resultado de la simple falta de voluntad de las autoridades oficiales para cumplir con la ley mientras que, en otros casos, obedece a la debilidad de las capacidades de los Estados y a la existencia de instituciones, procedimientos y prácticas deficientes.²⁹ Hay zonas de la región o ámbitos en los cuales las instituciones públicas no intervienen o no tienen la capacidad para enfrentar a los actores privados, ni siquiera para proteger los derechos esenciales, como la vida, la libertad, la seguridad o la propiedad.³⁰

²⁶ Sin embargo, entre los países de América Latina existe bastante desigualdad en este aspecto, países como México (38), Chile (48), Perú (50), Colombia (54) y Costa Rica (58) están bien ubicados en la clasificación global de 189 Estados. Véase *Doing Business 2016. Measuring Regulatory Quality and Efficiency*, 13ª ed., Washington, The World Bank, 2015, en especial en p. 5, consulta 31 oct 2016, disponible en <http://www.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB16-Full-Report.pdf>

²⁷ Méndez, Juan E.; Sérgio Pinheiro, Paulo y O'Donnell, Guillermo, *The (Un) Rule of Law and the Underprivileged in Latin America*, Chicago, University of Notre Dame Press, 1999.

²⁸ Neves, Marcelo, *A constitucionalização simbólica*, São Paulo, Martins Fontes, 2007; *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*, Berlín, Duncker und Humblot, 1992.

²⁹ Hernández, Antonio M.; Zovatto, Daniel y Mora y Araujo, Manuel, *Encuesta de cultura constitucional: Argentina, una sociedad anómica*, México, IJ-UNAM, 2005.

³⁰ Véase García Villegas, Mauricio y Espinosa R., José Rafael, *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2013; Risse, Thomas y Ropp, Stephen C., “Introduction and Overview”, en Risse, Thomas; Ropp, Stephen y Sikkink, Kathryn (eds.), *The Persistent Power of Human Rights. From Commitment to Compliance* Cambridge, CUP, 2013, pp. 17-18.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

El problema no es solo que las leyes inadecuadas sean aplicadas —en algunas ocasiones este es, de hecho, el problema— sino que existen marcos jurídicos admirables que no son efectivamente vinculantes o que son aplicados selectivamente. Este problema también es analizado como una *brecha de implementación* que se evidencia especialmente en el ámbito de los derechos humanos. Piénsese en el hecho de que la mayoría de los Estados ha aceptado los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, los ha incorporado a su derecho interno y ha creado mecanismos de protección para los individuos. Pero esto no ha sido suficiente para obtener la garantía efectiva de los derechos humanos en la región. Para explicar este fenómeno, los científicos sociales han concluido que los progresos en materia de derechos humanos requieren la construcción de instituciones fuertes, cambios en la cultura política y transformaciones en las estructuras sociales y económicas. Por su parte, la literatura sobre las relaciones internacionales señala que la transición desde la aceptación normativa hacia el cumplimiento efectivo es como una especie de cuello de botella por el cual solo algunos Estados logran pasar.³¹ Esta es precisamente la fase en la que se encuentra la mayoría de los Estados que han suscrito la CADH. Al mismo tiempo, se puede afirmar con certeza que las democracias están frecuentemente más preocupadas por su estatus internacional y son más susceptibles a las presiones de los organismos internacionales.³² Este es, sin duda, un respaldo para el enfoque multinivel del ICCAL.

En razón de su énfasis en los derechos y en la protección efectiva de los mismos, el ICCAL atribuye un rol importante a los jueces y a los tribunales. Desde luego, los tribunales no son las únicas instituciones para aplicar el derecho, sin embargo, es imposible que exista el Estado de derecho sin un sistema judicial.

³¹ Para una revisión de la literatura: Simmons, Beth A., “Compliance with International Agreements”, *Annual Review of Political Science*, núm. 1, 1998, pp. 75-93; “Treaty Compliance and Violation”, *Annual Review of Political Science*, núm. 13, 2010, pp. 273-96.

³² Jetschke, Anja y Liese, Andrea, “The power of human rights a decade after: from euphoria to contestation?”, en Risse, Thomas; Ropp, Stephen y Sikkink, Kathryn (eds.), *The Persistent Power of Human Rights. From Commitment to Compliance*, (n30), p. 17.

A manera de prefacio

Además, el constitucionalismo transformador atribuye un rol específico y exigente al poder judicial.³³

Asumir la función que el ICCAL les asigna a los tribunales de América Latina no es una tarea fácil para la judicatura porque este papel no se ajusta completamente a su rol tradicional. Con frecuencia, el poder judicial ha dejado de controlar efectivamente al poder ejecutivo y los jueces han actuado como meros subordinados.³⁴ Las reglas sobre la nominación de los jueces y magistrados permiten que el ejecutivo coopte con frecuencia a los tribunales para que estos decidan a su favor.³⁵ Algunos poderes ejecutivos han llegado hasta el punto de desintegrar tribunales que mostraron algún grado de independencia.³⁶ Entre otras causas, esta es una de las razones por las cuales la confianza en el poder judicial es notoriamente baja. En promedio, el 67% de los latinoamericanos tienen alguna razón para desconfiar del poder judicial.³⁷

³³ Gargarella, Roberto; Domingo, Pilar y Roux, Theunis (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Burlington, Ashgate, 2006; Vilhena Vieira, Oscar; Baxi, Upendra y Viljoen, Frans (eds.), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa*, Pretoria, PULP, 2013, pp. 3-4; Bonilla Maldonado, Daniel (ed.), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Nueva York, CUP, 2013.

³⁴ Eckstein, Susan Eva y Wickham-Crowley, Timothy, “Struggles for Justice in Latin America”, en Eckstein y Wickham-Crowley (eds.), *What Justice? Whose Justice? Fighting for Fairness in Latin America*, Berkeley, University of California Press, 2003, p. 7.

³⁵ Por ejemplo, Ortega con el fin de reelegirse como presidente o Chávez. En el caso de este último, la situación ha sido bien documentada en el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, sección especial III, 46ff.

³⁶ Este fue el caso del dictador peruano Alberto Fujimori en 1997. Véase Eckstein y Wickham-Crowley, *Struggles for Justice in Latin America*, (n34), p. 8.

³⁷ Latinobarómetro 2015, respuesta a la pregunta “Por favor, mire esta tarjeta y diga cuánto confía en cada uno de los siguientes grupos o instituciones. Puede contestar mucho (1), un poco (2), muy poco (3) o no confía (4)...?”. Hemos tenido en cuenta el porcentaje de quienes contestaron que confían muy poco o que no confían en el poder judicial, consulta 31 oct 2016, disponible en <http://www.latinobarometro.org/latOnline.jsp>

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Otra dificultad para la transformación social por medio del derecho y del poder judicial es que el acceso a la justicia es bastante oneroso para algunos sectores de la sociedad.³⁸ Quienes con mayor urgencia necesitan de la protección judicial, como las personas que pertenecen a los grupos vulnerables, carecen de los recursos necesarios para soportar procesos largos, costosos y con resultados inciertos. De acuerdo con algunos estudios, aproximadamente la mitad de la población de la región no tiene acceso efectivo a la justicia.³⁹ A pesar de las grandes cantidades de recursos económicos que se han invertido en la reforma del poder judicial en América Latina, todavía subsisten importantes barreras para el acceso a la justicia.⁴⁰ Por ejemplo, la congestión judicial persiste como uno de los problemas y retos más importantes para la región.⁴¹ Eso explica que el auge del litigio en materia de derechos humanos no se deba a la acción de los individuos excluidos, sino a las organizaciones de la sociedad civil y a las clínicas de derechos humanos que se han creado dentro de las facultades de Derecho del subcontinente. Por fuera de estos casos, la probabilidad de éxito de los individuos es limitada o está condenada al fracaso.

Al mismo tiempo, existe evidencia que demuestra la existencia de transformaciones exitosas. Los ejemplos más destacados

³⁸ OEA, *Acceso a la justicia: llave para la gobernabilidad democrática. Informe final del proyecto "Lineamientos y buenas prácticas para un adecuado acceso a la justicia en las Américas"*, Washington, OEA, 2007, 23ff; OEA, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 de septiembre de 2007.

³⁹ Véase, consulta 31 oct 2016, disponible en <https://www.giz.de/de/downloads/giz2014-sp-factsheet-dirajus-america-latino.pdf> Un estudio sobre el acceso a la justicia en Colombia: García Villegas y Espinosa R., *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*, núm. 30, especialmente el capítulo segundo, p. 40.

⁴⁰ Faúndez, Julio y Angell, Alan, *Reforma judicial en América Latina: El rol del Banco Interamericano de Desarrollo*, consulta 31 oct 2016, disponible en <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/467.pdf>

⁴¹ OEA, *Acceso a la justicia: llave para la gobernabilidad democrática. Informe final del proyecto "Lineamientos y buenas prácticas para un adecuado acceso a la justicia en las Américas"*, (n38), pp. 68-70.

A manera de prefacio

son, *inter alia*, los juicios a las Juntas en Argentina (1985) en los que se estableció la existencia de un plan sistemático para encarcelar, torturar y matar a los miembros de la oposición y, en los cuales, los miembros del gobierno de las juntas militares fueron declarados culpables de una serie de violaciones a los derechos humanos.⁴² La Corte Suprema de Chile procesó a Manuel Contreras quien era el segundo al mando después de Pinochet.⁴³ Perú procesó y puso en prisión al antiguo presidente Alberto Fujimori⁴⁴ y una Corte Penal de Guatemala juzgó al antiguo jefe de Estado y dictador Ríos Montt, a pesar de la resistencia abrumadora de sectores económicos y militares muy poderosos de la clase dominante.⁴⁵ La Corte Constitucional de Colombia profirió una decisión muy famosa en contra de la reelección presidencial. El presidente Uribe aceptó la decisión y reconoció plenamente la autoridad del Tribunal.⁴⁶ Por otra parte, a pesar de que se mantienen algunos retos relacionados con la independencia del poder judicial, durante las últimas décadas también han ocurrido cambios relevantes hacia la construcción de una judicatura autónoma

⁴² Filippini, Leonardo, *Criminal Prosecutions for Human Rights Violations in Argentina*, ICTJ Prosecutions Program, 2009; Sikkink, Kathryn, “From pariah state to global protagonist: Argentina and the struggle for international human rights”, *Latin American Politics and Society*, 50(1), 2008, pp. 1-29; Roht-Arriaza, Naomi, “After Amnesties are Gone: Latin American National Courts and the New Contours of the Fight Against Impunity”, *Human Rights Quarterly*, núm. 37, 2015, pp. 341-382.

⁴³ Collins, Cath y otros, “Silencios e Irrupciones: verdad, justicia y reparaciones en la postdictadura chilena”, en Vial Solar, Tomás (ed.), *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2015*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2015, pp. 21-73.

⁴⁴ Burt, Jo Marie, “Guilty as Charged: The Trial of Former president Alberto Fujimori for Human Rights Violations”, *The International Journal of Transitional Justice*, núm. 3, 2009, pp. 384-405.

⁴⁵ Kemp, Susan, “Guatemala Prosecutes former president Rios Montt. New Perspectives on Genocide and Domestic Criminal Justice”, *Journal of International Criminal Justice*, núm. 12, 2014, pp. 133-156; Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, 10 de mayo de 2013, Sentencia C-01076-2011-00015 Of. 2º.

⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia, 26 de febrero de 2010, Sentencia C-141/10, consulta 15 jul 2016, disponible en www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

e independiente. Muchos millones de dólares se han invertido en la reforma judicial y los jueces han comprendido que también pueden asumir un rol en la construcción de sociedades más justas. En consecuencia, no se trata de ciencia ficción cuando se hace referencia a un conjunto de acontecimientos importantes dentro del proceso de construcción de un constitucionalismo regional común.

Dentro del ICCAL existe plena conciencia de que el avance de una agenda transformadora por medio de procesos jurídicos genera muchos retos. Por supuesto, el poder judicial no puede sustituir la aprobación de políticas públicas por parte de las instituciones políticas. Si los tribunales son percibidos como *politicizados*, lo que sea que eso signifique, ese factor puede “debilitar el fundamento jurídico de su legitimidad”.⁴⁷ Sin embargo, más allá de una discusión abstracta sobre el rol de los tribunales dentro del sistema político, es importante preguntarse por el rol de los tribunales en el específico contexto social y político de América Latina; particularmente cuando existen fenómenos de exclusión y debilidad institucional como los que se describieron previamente. Lo anterior lleva a considerar, ante todo “qué otros medios se encuentran disponibles para enfrentar estas preocupaciones, cuál es su grado de efectividad y con qué opciones cuentan los grupos vulnerables para superar sus problemas”.⁴⁸ Cuando las instituciones políticas están bloqueadas o cooptadas, existe un contexto idóneo para que los tribunales intervengan. Como reconocen muchas teorías de la democracia, los tribunales tienen legitimidad para intervenir cuando el procedimiento democrático es deficitario.⁴⁹

Otro problema sistémico de la región es la corrupción. En muchos países de América Latina, el poder es utilizado para el enriquecimiento personal o para promover intereses que correspon-

⁴⁷ Gloppen, Siri, “Courts and Social Transformation: An Analytical Framework”, en Gargarella, Domingo, Roux (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies* (n33), p. 39.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ Hart Ely, John, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, HUP, 1980.

A manera de prefacio

den a un solo grupo social.⁵⁰ La percepción de corrupción en toda la región es alta e impacta fuertemente sobre la aceptación de la democracia como una forma deseable de gobierno.⁵¹ En algunos países, los ciudadanos deben lidiar frecuentemente con la corrupción, no solo por la existencia de un escándalo abstracto que involucra a las altas esferas del gobierno,⁵² sino como un hecho que forma parte de la cotidianeidad de sus propias vidas. Muchas personas deben ser sobornadas con el fin de que los servicios más sencillos de la administración sean prestados de manera oportuna.⁵³ Más de la mitad de los países de la región se encuentran por debajo de la media en los indicadores de gobernabilidad, incluyendo el Índice Internacional de Percepción de Corrupción, el Índice sobre el Estado de Derecho y la mayoría de los indicadores de gobernanza compilados por el Banco Mundial. Sin duda, este factor erosiona la confianza en las instituciones democráticas.⁵⁴

El ICCAL no solo enfatiza en los derechos humanos y en el Estado de derecho, sino que también se refiere a la democracia.

⁵⁰ O'Donnell, Guillermo, "Corporatism and the Question of the State", en Malloy James M. (ed.), *Authoritarianism and Corporatism in Latin America* Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 1977.

⁵¹ Smith, Peter H., *Democracy in Latin America: Political Change in Comparative Perspective*, Nueva York, OUP, 2005, p. 307.

⁵² Un estudio profundo sobre la corrupción en México: Sandoval Ballesteros, Irma (ed.), *Corrupción y transparencia: Debatiendo las fronteras entre Estado y mercado*, México, Siglo XXI Editores, 2009. Sobre los casos de corrupción en Brasil: Vilhena Vieira, Oscar, 'Inequality and subversion of the rule of law', en Rodríguez Garavito, César (ed), *Law and Society in Latin America. A New Map*, Abingdon, Routledge, 2015, pp. 35-36.

⁵³ Prevost, Gary y Vanden, Harry, *Latin America: An Introduction*, Oxford, OUP, 2011, p. 247, en relación con la burocracia no profesional basada en el clientelismo.

⁵⁴ Zovatto, Daniel, *The State of Democracy in Latin America*, Brookings, 15 de septiembre de 2014, consulta 15 jul 2016, disponible en <https://www.brookings.edu/opinions/the-state-of-democracy-in-latin-america>; Gretchen Helmke y Steven Levitsky (eds.), *Informal Institutions and Democracy, Lessons from Latin America*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2006, sobre la manera como las instituciones formales e informales interactúan en las nuevas democracias: Blake, Charles H. y Morris, Stephen D. (eds), *Corruption and Democracy in Latin America*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2009.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

El sistema democrático se debilita por la existencia de la pobreza generalizada, las profundas desigualdades, la discriminación por motivos étnicos y, en muchos casos, por el mal desempeño económico.⁵⁵ Estos factores debilitan a las instituciones democráticas de la región y afectan la percepción que los latinoamericanos tienen de la democracia.⁵⁶ En efecto, muchos latinoamericanos no parecen férreos defensores de la democracia y, lo que puede resultar todavía más desalentador, es el fracaso de la región para *producir* ciudadanos demócratas con el paso del tiempo.⁵⁷ A la pregunta del Latinobarómetro sobre “si la democracia es preferible a cualquier otra forma de gobierno” el promedio regional (54%) de quienes se muestran a favor de la democracia es preocupante.⁵⁸ Las causas de este fenómeno son múltiples y complejas. La información sobre los últimos veinte años sugiere que la crisis económica provoca desconfianza en las instituciones democráticas, sin embargo, a esta causa se suman la desigualdad persistente, la violencia y la corrupción.⁵⁹ En este sentido, los ciudadanos no solo reclaman la garantía efectiva de sus derechos civiles y políticos, sino que exigen seguridad, empleo y mejores condiciones de vida. En ese contexto, algunas personas incluso están dispuestas a apoyar regímenes autoritarios a cambio de obtener algunas de sus reivindicaciones.⁶⁰ En otras palabras, “la democracia no es el único juego en el pueblo”.⁶¹ Los sistemas democráticos solo

⁵⁵ Información sobre la desigualdad: CEPAL: Panorama social en Latinoamérica 2015, marzo 2016, consulta 15 jul 2016, disponible en http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39965/1/S1600227_es.pdf Información histórica sobre el Coeficiente de Gini, disponible en http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4095/1/S2013244_es.pdf

⁵⁶ Mainwaring, Scott y Hagopian, Frances, “Introduction: The Third Wave of Democratization in Latin America”, en Mainwaring, Scott y Hagopian, Frances (eds), *The Third Wave of Democratization in Latin America: Advances and Setbacks* Cambridge, ¡CUP, 2005, p. 5.

⁵⁷ Latinobarómetro 2016. Informe completo en <http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp>

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ Smith, *Democracy in Latin America: Political Change in Comparative Perspective*, (n51), p. 344.

⁶¹ Javier Couso, “Back to the Future? The Return of Sovereign and the Principle of Non-Intervention in the Internal Affairs of the State in Latin

A manera de prefacio

han demostrado ser moderadamente mejores en lograr algunos objetivos sociales, lo cual dificulta que las personas asocien a la democracia con mejores condiciones individuales. A pesar de la falta de conciencia sobre el valor de la democracia entre la mayor parte de la población, las élites han expresado un compromiso mucho más firme con esta forma de gobierno del que mostraban hace algunas décadas.⁶² La amenaza de un gobierno militar por la fuerza ha desaparecido.⁶³ Aunque se mantienen algunas tendencias autoritarias, existe un mayor compromiso con el funcionamiento de las instituciones democráticas.⁶⁴ En consecuencia, el principio democrático cuenta con una base sólida sobre la cual el ICCAL puede construir.

Las instituciones débiles están frecuentemente ligadas a las políticas populistas y estas no fueron superadas con la última ola de democratización.⁶⁵ El surgimiento de un amplio respaldo popular para líderes fuertes que se comprometen a enfrentar las preocupaciones económicas de los ciudadanos es una consecuencia predecible de la aplicación de las políticas neoliberales que desmantelaron los programas sociales a cambio de un cre-

America's Radical Constitutionalism", SELA Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, 2015, consulta 15 jul 2016, disponible en https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15_Couso_CV_Eng.pdf

- ⁶² Hagopian, "Conclusions: Government Performance, Political Representation, and Public Perceptions of Contemporary Democracy in Latin America", en Mainwaring y Hagopian (eds.), *The Third Wave of Democratization in Latin America: Advances and Setbacks*, (n56), pp. 324-325.
- ⁶³ Levitsky, Steven y Loxton, James, "Populism and Competitive Authoritarianism in the Andes", 2013, p. 20, *Democratization*, pp. 107-136; David Landau, "Abusive Constitutionalism!", 2013, p. 47, *University of California Davis Law Review*, 189.
- ⁶⁴ La Carta Democrática Interamericana de 2001 es una pieza importante de ese compromiso con la democracia. Desafortunadamente, su aplicación ha sido irregular.
- ⁶⁵ Roberts, Kenneth M., 'Latin America's Populist Revival', 2007, 27(1), *SAIS Review of International Affairs*, 3; Mudde, Cas y Kaltwasser, Cristóbal, R., (eds), *Populism in Europe and the Americas: Threat or Corrective for Democracy?*, Cambridge, CUP, 2012; Levitsky y Roberts (eds.), *The Resurgence of the Latin American Left*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2011.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

cimiento económico moderado e inequitativo. El problema con algunos de los líderes populistas es que ellos han despreciado a las instituciones, han promovido la concentración del poder y han desconocido los clásicos derechos liberales, civiles y políticos (i.e. la libertad de prensa o el derecho de asociación).⁶⁶ Muchos de esos líderes también muestran su desprecio, desdén y arrogancia frente a las instituciones cuando perciben que estas se erigen en un obstáculo indeseable para adelantar sus propias agendas políticas. Frecuentemente se apela directamente “al pueblo” y se buscan las fuentes de legitimidad en los sondeos de opinión como una especie de legitimidad plebiscitaria.⁶⁷ Este fenómeno no conduce a la construcción de instituciones fuertes dentro de un sistema de frenos y contrapesos; en buena medida, este fenómeno conduce a pensar nuevamente en el problema del hiperpresidencialismo.⁶⁸

El socialismo bolivariano del siglo XXI es una forma propia de populismo que ha inspirado a líderes políticos y ha determinado la creación de algunas políticas públicas, particularmente en Venezuela.⁶⁹ En efecto, existe una profunda desconfianza entre las instituciones venezolanas y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y esto condujo a que ese Estado denunciara la CADH.⁷⁰ Los tradicionales derechos burgueses fueron desplaza-

⁶⁶ Sobre el fenómeno de las “democracias iliberales”: Zakaria, Fareed, “The Rise of Illiberal Democracy”, 1997, 76, *Foreign Affairs*, pp. 22-43.

⁶⁷ O’Donnell, Guillermo, “Delegative Democracy?”, *Journal of Democracy*, 1994, 5, 63ff.

⁶⁸ Véase Valadés, Diego, “Formación y transformación del sistema presidencial en América Latina. Una reflexión sobre el *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano”, en von Bogdandy, Armin, Morales Antoniazzi, Mariela, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Construcción de un Ius Constitutionale Commune en América Latina: Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Puebla, BUAP-UNAM-Corte IDH-MPI, 2016.

⁶⁹ OEA y PNUD, *Nuestra democracia*, México, FCE-PNUD, OEA, 2010.

⁷⁰ CIDH, *CIDH manifiesta su profunda preocupación por efecto de la denuncia de la Convención Americana por parte de Venezuela*, CIDH Comunicado de Prensa No 64/13, Washington D.C., 10 de septiembre de 2013, consulta 15 jul 2016, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2013/064.asp>

A manera de prefacio

dos por los derechos sociales, la reducción de la pobreza, la lucha contra la distribución inícua del ingreso y la prestación de servicios como la salud o la educación. A cambio, se ha restringido la libertad de expresión (estigmatizada como un instrumento al servicio del imperio y de los intereses económicos hegemónicos de las antiguas élites),⁷¹ se ha limitado la participación política y se han manipulado las instituciones (mediante despidos masivos y la cooptación de los tribunales)⁷² cuando estas se han interpuesto en el camino de las agendas políticas. A pesar de lo anterior, es importante señalar que el populismo no es un fenómeno vinculado a una orientación ideológica específica. De hecho, los líderes populistas de América Latina han demostrado que el populismo puede servir a cualquier objetivo porque en la década de 1990, tanto Fujimori como Menem combinaron el populismo con la aplicación ejemplar de políticas neoliberales.⁷³

⁷¹ Smith, *Democracy in Latin America: Political Change in Comparative Perspective* (n51) 272. Ha controlado a la prensa a través de la asignación de frecuencias, ha “concedido licencia” a sus partidarios para que ataquen a los periodistas, interceptó las líneas telefónicas y designó agentes para que siguieran a los periodistas. Además de todo, su programa *Aló Presidente* (una emisión que puede durar más de cuatro horas) debe ser transmitido en todos los canales y frecuencias. Los jueces se han unido a ese ataque mediante órdenes de arresto contra los críticos del gobierno.

⁷² Véase CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, 30 de diciembre de 2009, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, consulta 15 jul 2016, disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Venezuela2009sp/VE09.indice.sp.htm> Corte IDH, *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C, nú.. 227; *ibidem*, *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C, núm. 197.; *ibidem*, *Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, núm. 182. La CIDH ha seguido de cerca la situación de derechos humanos en Venezuela: CIDH. Informe Anual 2015, consulta 15 jul 2016, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/InformeAnual2015-Cap4-Venezuela-ES.pdf>

⁷³ Roberts, “Neoliberalism and the Transformation of Populism in Latin America: The Peruvian Case”, *World Politics*, 48, 1995, 82, 83; Navia, Patricio y Walker, Ignacio, “Political Institutions, Populism, and Democracy in Latin America”, en Mainwaring, Scott y Scully, Timothy R. (eds.), *Democratic Governance in Latin America*, Stanford University Press, Stanford, 2010, 245-267.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Otro elemento que propicia la debilidad del gobierno democrático tiene relación con el hecho innegable de la conexión entre el poder y las fuerzas económicas privadas. Unas y otras se refuerzan mutuamente en una especie de círculo vicioso. La captura de las instituciones por parte de la élite ha engeguecido a los gobiernos.⁷⁴ Con frecuencia, las reglas del juego político y económico son establecidas por quienes son titulares del poder y el contenido de esas reglas es prefijado para que las mismas élites puedan mantener su posición hegemónica.⁷⁵ Es importante recordar que, desde el comienzo de la industria colonial, el objetivo era la extracción de las riquezas del nuevo mundo con el fin de beneficiar a la Corona y a una pequeña élite, en detrimento de la situación de la mayor parte de la población. Este modelo se ha perpetuado desde que “aquellos que tienen riqueza han escrito las reglas políticas”.⁷⁶ La Constitución de Chile de 1980 puede ser leída bajo esta perspectiva porque creó un sistema económico que ha logrado petrificar la distribución tradicional de la riqueza y abrir oportunidades de negocios tanto para empresas nacionales como trasnacionales.⁷⁷

El desplazamiento progresivo del Estado causado por los programas de ajuste estructural impulsados por el Consenso de Washington durante los años 80's y 90's ha exacerbado el poder de la élite económica de América Latina. Las políticas tributarias, la regulación y los presupuestos se encuentran sesgados a favor de la élite económica.⁷⁸ Del mismo modo, las normas sobre el sis-

⁷⁴ Higley, John y Gunther, Richard (eds.), *Elites and Democratization in Latin America and Southern Europe*, CUP, Cambridge, 1992; Cannon, Barry, *The Right in Latin America: Elite Power, Hegemony and the Struggle for the State*, Nueva York, Routledge, 2016.

⁷⁵ Vanden y Prevost, *Politics of Latin America: The Power Game*, 5ª ed., Nueva York, OUP, 2015, 154.

⁷⁶ Prevost y Vanden, *Latin America: An Introduction*, (n53), 187.

⁷⁷ Couso, “Trying Democracy in the Shadow of an authoritarian Legality: Chile’s Transition to Democracy and Pinochet’s Constitution of 1980”, 29, *Wisconsin International Law Journal*, 2012, 393-415, especialmente 400.

⁷⁸ Eckstein y Wickham-Crowley, “Struggles for Justice in Latin America”, (n34), 15; Oxborn, Philip, “Social Inequality, Civil Society and the Limits of Citizenship in Latin America”!, en Eckstein y Wickham-Crowley (eds.), *What Justice? Whose Justice? Fighting for Fairness in Latin America*, (n34),

A manera de prefacio

tema electoral tienen una influencia muy baja en el control de las políticas que son aprobadas por los gobiernos. Sin duda, de todo lo anterior se infiere que el poder sin control y la aplicación selectiva del derecho son dos fenómenos plenamente interconectados.

En el contexto de los anteriores retos, no resulta extraño que las teorías y las doctrinas constitucionales tradicionales perdieran todo su atractivo. Los autores del ICCAL son plenamente conscientes de estos desafíos y encuentran que el constitucionalismo transformador tiene un rol importante que desempeñar frente a esos retos. Desde luego, no se trata de una fórmula para traer el cielo a la tierra, pero los desafíos de América Latina demuestran que no existe una razón para desfallecer y que el derecho es una pieza esencial para cualquier transformación en la región.

III. EL ICCAL DENTRO DEL DINÁMICO PANORAMA CONSTITUCIONAL DE AMÉRICA LATINA

El ICCAL se basa en muchas propuestas desarrolladas por la academia de América Latina. En efecto, el renacimiento constitucional que se produjo en la región después de la desaparición de los regímenes autoritarios ha abierto el paso a un cuerpo teórico sustancial sobre la manera en que el derecho constitucional y la judicatura pueden enfrentar las deficiencias estructurales y la exclusión.

En este ámbito, el hecho más importante fue el surgimiento en la década de 1990 de una corriente de pensamiento, denominada “neoconstitucionalismo”, que propició la renovación del constitucionalismo latinoamericano.⁷⁹ El neoconstitucionalismo se basa

52; Terry Lynn, Karl, “The Vicious Cycle of Inequality in Latin America”, en *ibidem*, 147-148.

⁷⁹ Sobre sus fundamentos filosóficos y su origen en la escuela de filosofía del Derecho de Génova: Pozzolo, Susanna, “Un constitucionalismo ambiguo!”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003, 188ff; Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en *ibidem*, 75ff; Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”, en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (eds.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013) 352.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

en las innovaciones de las democracias constitucionales europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial y, particularmente, en las transformaciones ocurridas desde los años 70's.⁸⁰ Las referencias centrales son la Constitución de Italia (1947), la Ley Fundamental Alemana (1949) y las constituciones de Portugal (1976) y España (1978).⁸¹ La recepción en América Latina de estas ideas constitucionales no fue mecánica. Se puede afirmar que el neoconstitucionalismo debió adaptarse a una realidad marcada por los múltiples problemas de la región como la desigualdad, la pobreza, la exclusión, la garantía deficitaria de los derechos humanos y los problemas de representación política.⁸² En ese contexto, la doctrina jurídica y la academia española de los años 80's tuvieron una especial importancia para la democratización y la consolidación del Estado de derecho en América Latina.⁸³

El neoconstitucionalismo no es una “teoría unitaria”.⁸⁴ La expresión abarca diferentes corrientes sobre la reconfiguración

⁸⁰ Carbonell, Miguel, “Neoconstitucionalismo”, *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá, 9 de mayo de 2009, consulta 15 jul 2016, disponible en http://diccionario.prapdi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/101

⁸¹ Casal, Jesús María, *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello-Fundación Konrad Adenauer, 2015, 15ff.

⁸² Arango, Rodolfo, “Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia. Aporte a la construcción de un *Ius Constitutionale Commune* en Latinoamérica”, en von Bogdandy y otros (eds.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, (n1) 18, 19; García Jaramillo, Leonardo, *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, cap. 1.

⁸³ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981; sobre su impacto Bidart Campos, Germán J., *El derecho a la constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, 19.

⁸⁴ Ahumada, María Ángeles, “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo”, en Comanducci, Paolo; Ahumada, María Ángeles y González Lagier, Daniel, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 135. Se encuentra plenamente justificado hablar de “neoconstitucionalismos” en plural, tal y como fue efectivamente utilizada la expresión por Carbonell en la compilación de artículos *Neoconstitucionalismo(s)*, (n79).

A manera de prefacio

del derecho constitucional⁸⁵ que comparten algunos elementos esenciales. Uno de los puntos en común hace parte de los temas sobre los que se ocupa el neoconstitucionalismo, por ejemplo: el concepto mismo de Constitución, la interpretación constitucional, la función de la Constitución dentro del sistema jurídico o la forma para hacer compatible la doctrina sobre la separación de poderes con el nuevo rol de los jueces. Otro aspecto compartido es la idea de que todo el ordenamiento jurídico debe ser irradiado por la Constitución, en especial, por los derechos fundamentales, dentro de los cuales se incluye a los derechos sociales fundamentales. El éxito en el recurso al concepto alude, a juicio de sus cultores, a lo atinado de la identificación del fenómeno que procura identificar.⁸⁶

En algunos casos, se hace referencia a la *constitucionalización de los derechos humanos*⁸⁷ mientras que en otros se apela a la *constitucionalización del ordenamiento jurídico*.⁸⁸ Por otra parte, el neoconstitucionalismo se caracteriza por una triple ambición: el establecimiento de una *nueva teoría jurídica*,⁸⁹ una *nueva cultura*

⁸⁵ Los distintos tipos de neoconstitucionalismo son reconstruidos por varios autores: Pozzolo (ed.), *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*, Palestra, Lima, 2011; Sanchís, Luis Prieto, “Neoconstitucionalismos. Un catálogo de problemas y argumentos”, 44, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2010, 461-506; Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2011; Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2009.

⁸⁶ Pozzolo, Susanna (ed.), *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*, Lima, Palestra Editores, 2011.

⁸⁷ Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos*, Madrid, Trotta, 2013, 24, 25.

⁸⁸ Barroso, Luis Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, IJ-UNAM, México, 2008; García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, 60.

⁸⁹ Rodríguez Garavito, César (ed.), *Law and Society in Latin America: A New Map*, (n52); Nolte, Detlef y Schilling-Vacaflor, Almut (eds.), *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*, Ashgate, Farnham, 2012.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

*jurídica*⁹⁰ y por comportar profundas transformaciones conceptuales, jurídicas y sociales.

El neoconstitucionalismo sustenta que la Constitución es mucho más que un simple marco para la acción política.⁹¹ El centro de atención son los derechos y los principios establecidos en la Constitución. La rigidez constitucional se convierte en un tema central a afectos de dotar de eficacia a esos derechos y principios constitucionales, toda vez que es condición necesaria para la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Del mismo modo, la interpretación de la Constitución se convierte en una preocupación nuclear porque todas las leyes deben ser interpretadas de conformidad con las disposiciones constitucionales. El efecto esperado es la constitucionalización del ordenamiento jurídico y este es considerado esencial para el desarrollo de una agenda social. Por la misma razón, las garantías judiciales y la interpretación progresiva de los derechos son esenciales para el neoconstitucionalismo.⁹²

El neoconstitucionalismo enfatiza en los principios constitucionales y en la relación de estos con los valores. Por esta razón, el neoconstitucionalismo es cercano a la idea de la *lectura moral de la Constitución*. Los extensos catálogos de derechos fundamentales —sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales— son considerados como mandatos para el legislador que este debe desarrollar (optimizar) por medio de la legislación. Además, se afirma que cada rama del sistema jurídico (derecho público, derecho privado, derecho social) tiene una dimensión constitucional.⁹³

⁹⁰ García Jaramillo, Leonardo, “El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho constitucional: el caso colombiano”, en Capaldo, Griselda D.; Sieckmann, Jan-Reinhard y Clérico, Laura (eds.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Eudeba, Buenos Aires, 2012, 814.

⁹¹ Roberto Gargarella cuestiona que no se ha avanzado en la llamada “sala de máquinas”.

⁹² Bernal Pulido, Carlos, *Du néoconstitutionnalisme en Amérique latine*, París, L'Harmattan, 2015, 9ff.

⁹³ Véase Casal, Jesús María, *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*, (n81), 26ff.

A manera de prefacio

El neoconstitucionalismo destaca el valor normativo de todas las reglas, principios y mandatos constitucionales. Según esta tesis, con independencia de su estructura, todas las normas constitucionales producen efectos jurídicos. Esto incentiva a los tribunales constitucionales porque los principios constitucionales no se encuentran formulados de manera concreta o precisa, sino que requieren una labor de concreción y de determinación de su contenido por parte de los jueces. Por esa razón, adquieren una importancia central las técnicas de la interpretación constitucional y la ponderación. Muchos autores se enfocan en la aplicación del derecho, es decir, en el razonamiento legal y en la justificación de las decisiones judiciales.⁹⁴ Esto explica el interés que suscitan los trabajos de Robert Alexy, Ronald Dworkin o Peter Häberle.

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar la existencia de una “versión estándar de la teoría neoconstitucionalista del Derecho”, cuyos principales elementos incluyen “Constitución sustantiva pero pluralista, conflictivismo, principios, ponderación, derrotabilidad, unidad de solución correcta a lo Dworkin o, al menos, discrecionalidad mediada por una depurada argumentación racional”.⁹⁵ Estos elementos en común no impiden la existencia de un grado de diversidad terminológica y sustancial dentro del neoconstitucionalismo. Como lo demostraron los debates que se desarrollaron paulatinamente durante los años 90’s, cada vez aparece con mayor claridad la distinción entre un constitucionalismo positivista y un constitucionalismo no positivista.⁹⁶ Este último es considerado por algunos autores como cercano al iusnaturalismo.⁹⁷ También se ha advertido que, entre el constitucionalismo fuerte y el constitucionalismo débil, el segundo es

⁹⁴ Atienza, Manuel, “Constitución y argumentación”, 24, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2007, 197-228.

⁹⁵ Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismos (Un catálogo de problemas argumentos)”, 44, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2010, 485.

⁹⁶ García Amado, Juan A., “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, en Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, 239.

⁹⁷ Véase Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, 34 *DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho*, 2011, 17.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

más cercano a las tesis positivistas.⁹⁸ Algunos textos son más descriptivos y se limitan a enumerar las características internas de las constituciones, mientras que otros son prescriptivos porque establecen cuáles deben ser las funciones propias de una Constitución, el valor normativo de las reglas, los principios y los mandatos constitucionales, la manera como deben ser interpretadas las disposiciones constitucionales y la extensión de la fuerza normativa conferida a la Constitución.

El “neoconstitucionalismo” debe distinguirse del “nuevo constitucionalismo latinoamericano”.⁹⁹ Aquel es un concepto que procura teorizar acerca de los fundamentos normativos y axiológicos de este, que podría concebirse más bien como un movimiento constitucional que muestra una distancia respecto del constitucionalismo del *Norte Global*. El nuevo constitucionalismo latinoamericano ha tenido una influencia particular en los procesos constituyentes y en los textos constitucionales de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009).¹⁰⁰ Pedro Salazar señala las diferencias en el plano teórico y práctico de estas constituciones que son el producto de procedimientos constituyentes populares de los cuales surgieron instituciones con un evidente pedigrí populista.¹⁰¹

⁹⁸ García Figueroa, Alfonso, “La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo”, en Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, (n79), 159-186.

⁹⁹ Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, 48, *Gaceta Constitucional*, 2011, 307. Véase Corte Constitucional de Ecuador para el periodo de transición, *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

¹⁰⁰ Marcelo Neves se refiere al bolivarianismo y a las democracias monolíticas. Neves, “La concepción del Estado de derecho y su vigencia práctica en Suramérica, con especial referencia a la fuerza normativa de un derecho supranacional”, en von Bogdandy, Landa Arroyo, Morales Antoniazzi (eds.), *¿Integración suramericana a través del Derecho?*, (n1), 70. Para otra aproximación: King, Phoebe, “Neo-Bolivarian Constitutional Design: Comparing the 1999 Venezuelan, 2008 Ecuadorian, and 2009 Bolivian Constitutions”, en Galligan, Denis J. y Versteeg, Mila (eds.), *Social and Political Foundations of Constitutions*, Nueva York, CUP, 2013, 366-397.

¹⁰¹ Salazar Ugarte, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”, (n79), 351.

A manera de prefacio

Las constituciones y los doctrinantes identificados con el nuevo constitucionalismo latinoamericano tienen en común las siguientes cinco características centrales:¹⁰² i) un mayor énfasis en los derechos sociales, económicos y culturales; ii) una fuerte tendencia hacia la *democracia participativa* que desplaza a la democracia meramente representativa (i.e. “poder ciudadano” en Venezuela, “control social” en Ecuador y mecanismos de participación popular); iii) el reconocimiento de los sujetos colectivos como actores políticos (i.e. pueblos indígenas con derecho a participar en política); iv) la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas y el rediseño de las instituciones del Estado con el fin de superar el concepto de multiculturalismo, lo cual, en el caso de Bolivia y Ecuador, se extiende a la noción de *Estado plurinacional* y v) aumento de la intervención del Estado en la economía en contra del neoliberalismo y el sistema de libre mercado.¹⁰³

Además, los textos constitucionales que responden a esta tendencia se encuentran relacionados de manera implícita o explícita con un compromiso fuerte por transformar las condiciones materiales de la sociedad. Desde luego, también existe el propósito de ir mucho más allá del marco ideológico del constitucionalismo liberal.¹⁰⁴ Al mismo tiempo, es importante señalar que las experiencias y las prácticas constitucionales de Bolivia, Ecuador y Venezuela no son idénticas. Mientras que la Constitución de Venezuela tiene un enfoque multicultural, las constituciones de Bolivia y Ecuador se autodeclaran como parte de Estados pluri-

¹⁰² Véase Serna de la Garza, José María, “Problemas, novedades y desafíos del constitucionalismo latinoamericano”, en Serna de la Garza (ed.), *Contribuciones al Derecho Constitucional*, IJ-UNAM, México, 2015, 697-714.

¹⁰³ Ramiro Ávila Santamaría señala que la Constitución de Ecuador de 2008 “asume con vigor un modelo igualitarista, que se basa en la solidaridad, en la protección de los menos favorecidos o peor situados y en un Estado que no puede ser sino fuerte”. Ramiro Ávila Santamaría, “Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia”, en Elsner, Gisela (ed), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, KAS, 2009, 776ff.

¹⁰⁴ Uprimny Yepes, Rodrigo, “Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges”, 89, *Texas Law Review*, 2010, 1587–1609.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

nacionales, con lo cual se generan diversas políticas identitarias. Bolivia está inmersa en un constitucionalismo con una orientación específica hacia la diversidad y la inclusión social y el empoderamiento de los pueblos indígenas (i.e. curules o escaños en el Parlamento para los representantes de los pueblos indígenas, sistemas judiciales indígenas, titularidad de la propiedad sobre los recursos naturales para los pueblos indígenas y garantía efectiva de los derechos de autonomía y autogobierno).¹⁰⁵ Otra diferencia es que en Venezuela el nuevo constitucionalismo latinoamericano ha subvertido el significado esencial de la democracia¹⁰⁶ a tal punto que, incluso la OEA se ha expresado al respecto.¹⁰⁷

Probablemente, el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano son las dos corrientes del pensamiento más prominentes, pero ciertamente no son las únicas. La denominada *internacionalización del derecho constitucional* es una propuesta alternativa¹⁰⁸ que adquirió una marcada relevancia a partir del año 2011 con la apertura de México hacia el derecho

¹⁰⁵ Art. 5.I de la Constitución de Bolivia: Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, que son el Aymara, Araona, Baure, Bésiro, Canichana, Cavineño, Cayubaba, Chácobo, Chimán, Ese Ejja, Guaraní, Guarasu'we, Guarayu, Itonama, Leco, Machajuyai-kallawaya, Machineri, Maropa, Mojeño-trinitario, Mojeño-ignaciano, Moré, Mometén, Movima, Pacawara, Puquina, Quechua, Sirionó, Tacana, Tapiete, Toromona, Uruchipaya, Weenhayek, Yaminawa, Yuki, Yuracaré y Zamuco.

¹⁰⁶ Levitsky, Steven y Way, Lucan A., *Competitive Authoritarianism: International Linkage, Organizational Power and the Fate of Hybrid Regimes*, Nueva York, CUP, *forthcoming*; Levitsky, Steven, "Populismo y autoritarismo competitivo", *La República*, 26 sep. 2011, consulta 15 jul 2016, dispone en <http://larepublica.pe/columnistas/punto-de-vista-steven-levitsky/populismo-y-autoritarismo-competitivo-26-09-2011> Brewer-Carías, Allan R., *Authoritarian Government vs. the Rule of Law. Lectures and Essays (1999-2014) on the Venezuelan Authoritarian Regime Established in Contempt of the Constitution*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, 986.

¹⁰⁷ OEA, Comunicado de Prensa E-057/16. Venezuela: Declaración del Secretario General de la OEA, Luis Almagro, 10 may 2016, consulta 15 jul 2016, disponible en http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-057/16

¹⁰⁸ Capaldo, Sieckmann y Clérico (eds.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, (n89).

A manera de prefacio

internacional de los derechos humanos.¹⁰⁹ Sin embargo, la internacionalización del derecho constitucional tampoco constituye un paradigma incuestionable. Algunas voces son muy críticas respecto de la apertura de los sistemas nacionales y cuestionan la legitimidad democrática del derecho internacional.¹¹⁰ Otra tendencia académica importante y reciente tiene una propuesta que supera el ámbito regional para enfatizar en los aspectos en común con otros procesos transformadores que ocurren en todo el *Sur Global*.¹¹¹

En el marco de este prolijo contexto teórico y discursivo interviene el ICCAL. Este enfoque se construye sobre la base de la interacción con los debates previos del constitucionalismo: con sus triunfos, sus ideas y, por supuesto, con sus puntos ciegos. Ciertamente, el ICCAL comparte la convicción sobre el potencial transformador del derecho cuando este se incluye dentro de un conjunto de procesos sociales mucho más amplios. Además, el ICCAL construye y reconstruye la riqueza de la actividad judicial con una agenda transformadora.

El ICCAL no se ubica en contra de los principales elementos teóricos que han generado los debates sobre el neoconstitucio-

¹⁰⁹ En junio de 2011 fue aprobada una reforma constitucional que incorporó de manera explícita el principio *pro persona* dentro del art. 1º de la Constitución. Entre otros aspectos, la reforma garantiza un estatus privilegiado para los tratados internacionales sobre derechos humanos cuando los jueces realizan la interpretación constitucional, sobre el tema: José de Jesús Orozco Henríquez, “Los derechos humanos y el nuevo artículo 1º constitucional”, 28, *IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México*, 2011, 85-98; Serna de la Garza, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, IJ-UNAM, México, 2012, 240ff.

¹¹⁰ Ha habido voces que proponen un discurso constitucional idiosincrático enfocado en la denominada “identidad constitucional” y que destacan la falta de legitimidad del derecho internacional. Véase Núñez Poblete, Manuel, “Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona”, 14, *Ius et Praxis*, 2008, 331-372. Estos argumentos provienen de todos los sectores del espectro político, pero no se han ubicado dentro de la discusión relevante en América Latina.

¹¹¹ Por ejemplo: Bonilla Maldonado, Daniel (ed), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, (n33).

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

nalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano, pero sí está en contra de la distorsión del constitucionalismo para ponerlo al servicio de objetivos ideológicos y populistas (*i.e.* el desmantelamiento del Estado de derecho y de la democracia a través del populismo). Para el ICCAL son cruciales el respeto estricto de la separación de poderes y la democracia representativa.

Al mismo tiempo, el ICCAL es un enfoque que aporta algunas innovaciones dentro de la discusión constitucional latinoamericana contemporánea con el objetivo de enfrentar las deficiencias sistémicas y la exclusión. El ICCAL va mucho más lejos que el neoconstitucionalismo y tiene en cuenta la influencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La magnitud de esta influencia no fue prevista por los autores de la región de los años 90's. Por esta razón, el enfoque analítico del ICCAL no se centra en cada una de las constituciones nacionales, sino que se refiere a la interacción horizontal transnacional del derecho nacional de varios países entre sí y de estos con las instituciones internacionales. Ciertamente, esta interacción se produce con diferentes grados y mecanismos en cada uno de los países. Existen tanto casos de interacción intensa (*i.e.* Colombia)¹¹² como ejemplos en los cuales la interacción apenas puede ser descrita como emergente (*i.e.* Chile).¹¹³ Este prisma transnacional hace del ICCAL un compromiso esencialmente comparativo.

El enfoque comparativo está impreso en el ADN académico del ICCAL. Los investigadores que forman parte de la red tienen como interés prioritario el diálogo constante entre los desarrollos que surgen de la evolución del derecho nacional y la gobernanza internacional de los derechos humanos a la luz de los desafíos sociales y económicos que se les imponen. Del mismo

¹¹² Cepeda Espinosa, Manuel J., "The Internationalization of Constitutional Law: A Note on the Colombian Case", 41, *Law and Politics in Asia, Africa and Latin America*, 2008, 61-77.

¹¹³ Henríquez, Miriam, "Propuesta inicial sobre derechos constitucionales", en Sierra, Lucas (ed), *Propuestas constitucionales: la academia y el cambio constitucional en Chile*, Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2016, 44-45. Algunos argumentos en contra: Nogueira Alcalá, Humberto, *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*, México, UBIJUS, 2014, 39.

A manera de prefacio

modo, el ICCAL incluye tanto a investigadores especialistas en el derecho nacional como en derecho internacional, quienes realizan su trabajo de investigación con independencia de las fronteras de los sistemas legales que haya que traspasar. El ICCAL vincula a los juristas especialistas en el derecho público nacional que consideran que el derecho comparado e internacional son esenciales para su profesión con los juristas especialistas en derecho internacional que entienden que no existe un fenómeno global sin un fenómeno local. Todos estos juristas e investigadores unen sus esfuerzos para explorar la emergencia de un derecho constitucional común en América Latina. Nosotros creemos que existe una red sólida conformada por: el derecho constitucional comparado, el derecho de los derechos humanos regional y sus múltiples instituciones, los grupos de interés y otros actores; esta red está mostrando un enorme potencial para avanzar en una agenda transformadora. Al identificar, comprender y desarrollar esta red, el ICCAL está contribuyendo con este proceso.¹¹⁴

¹¹⁴ Uprimny, 'The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates', en Gargarella, Domingo, Roux (eds), *Courts and Social Transformation in New Democracies* (n33) 127-151; Cepeda Espinosa, 'Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court' (2004) 3, *Washington University Global Studies Law Review*, 537-700.