

PARTE I: DERECHO PÚBLICO EN AMÉRICA LATINA

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

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 la investigación en torno a los problemas jurídicos que afronta la

* Agradecemos a Jesús María Casal, Leonardo García Jaramillo, Sabrina Ragona, Pablo Saavedra, Elizabeth Salmón, Judith Schönsteiner, José María Serna, René Uruña y Pedro Villarreal 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*, publicado por Oxford University Press en 2017. El texto traducido se titula “Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism”, publicado por el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público (MPIL), Research Paper Series núm. 2016-21, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2859583. Traducción de Jorge Roa Roa.

A. VON BOGDANDY, E. FERRER, M. MORALES, F. PIOVESAN Y X. SOLEY

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 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

¹ Véase Bogdandy, Armin von; Fix-Fierro, Héctor y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, IJ-UNAM, 2014, p. 7; Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (eds.), *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, México, Porrúa, 2013; Bogdandy, Armin von; 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, p. 800; Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *Igualdad y orientación sexual. El caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012, p. 208; Bogdandy Armin von et al. (eds.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, IJ-UNAM, 2011, p. 464; Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica. Avançando no diálogo constitucional e regional*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 678; Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 701; Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, IJ-UNAM, 2010, vol. I (p. 878) y vol. II (p. 796); Georgieva Nikleva, Kristina, “La Justicia Constitucional y su Internacionalización. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?, tt. I y II”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional, Democracia Representativa y Derecho Electoral*, 2010, núm. 3 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, p. 714.

Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional...

texto. Como la mayoría de los conceptos jurídicos, el ICCAL tiene múltiples dimensiones.

En primer lugar, el ICCAL tiene una función analítica, incluso ontológica, que 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 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

² La lista de los instrumentos que conforman el *corpus iuris interamericano* se encuentra publicada en el sitio web de la Corte IDH, <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 Parafraseando 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*, 1981, núm. 75, pp. 1-27: “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”.

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

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 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.

de las víctimas”, en Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización...*, cit., p. 403.

Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional...

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 30 años a partir 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 ICCAL enfatiza en la responsabilidad del derecho y de la academia frente a las situaciones de deficiencias sistémicas o estructurales. Al final 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

A. VON BOGDANDY, E. FERRER, M. MORALES, F. PIOVESAN Y X. SOLEY

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 trabajo es el resultado de un esfuerzo de ese tipo.⁵

El ICCAL es un concepto incluyente, sin embargo, es importante insistir en una advertencia central: 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, tiene un vínculo con el constitucionalismo transformador, una conexión que 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 cohesionados. A pesar de que esta propuesta puede parecer vaga o abstracta, el proyecto cuenta con unos elementos bastante concretos y precisos.

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 denomina-

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., Fráncfort del Meno, 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 y XXIII.

Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional...

dos *grupos vulnerables*. 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 sitúan el problema de la desigualdad en el núcleo central de su reflexión. 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.⁶ Una sociedad nunca será verdaderamente próspera si no puede superar la exclusión⁷ 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.

⁶ 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*, Londres, Allen Lane, 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*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1994, p. 301; Fraser, Nancy y Honneth, Axel, *Redistribution or recognition?: A political-philosophical exchange*, Londres-Nueva York, Verso, 2003, p. 276.

⁷ Solo basta con leer el *mea culpa* del neoliberalismo: “Liberalism after Brexit: The politics of anger”, publicado en *The Economist*, 2 de julio de 2016, p. 12.

Del mismo modo, este proyecto tiene como objetivo la inclusión en el marco de los principios constitucionales.⁸ 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.⁹ Bajo esa premisa, algún grado de generalidad conceptual del ICCAL opera más como una ventaja que como un problema.¹⁰

Estas preocupaciones generales y 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 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.¹¹

La orientación comparativa de la investigación constitucional obtuvo un impulso importante en 1974 con la fundación del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC).

⁸ 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.

⁹ Una prueba de este fenómeno en: Judt, Tony, *Postwar. A History of Europe Since 1945*, Nueva York, Penguin, 2005, p. 896.

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional...

Desde entonces, el Instituto ha sido un foro crucial para proliferos debates académicos sobre el derecho constitucional comparado.¹² El IIDC tiene su sede en el Instituto de Investigaciones Jurídicas (IJ) de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Desde su fundación como Instituto para el Derecho Comparado en 1940, el IJ ha sido una plataforma central para la investigación jurídica en América.¹³ 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. Muy pronto se unieron en torno a este objetivo juristas de otros Estados, como Brasil, Colombia, Guatemala, Perú, Uruguay y Venezuela.¹⁴ Lo que empezó como 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.¹⁵

¹² El Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC) tiene más de 20 secciones nacionales, ha organizado 12 congresos iberoamericanos y muchos otros eventos académicos en América Latina. Las publicaciones más destacadas están disponibles 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, IJ-UNAM, 1979, t. I México y Centroamérica (p. 315) y t. II Sudamérica y España (p. 467).

¹³ Véase <http://www.juridicas.unam.mx>.

¹⁴ Véase IIDC, *Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional: 1974-2004*, México, UNAM-IIDC, 2004; Rodarte Ledezma, Laura Eugenia y Enríquez Marín, Andrea (eds.), *Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional: Trayectoria*, México, UNAM-IIDC, 2014.

¹⁵ Sobre el desarrollo de la jurisdicción constitucional en la región: Sagüés, Néstor P., *El Sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México, Porrúa, 2004, p. 121; Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, México, Porrúa, 2004, p. 324; 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*, San José, Universidad Autónoma de Centroamérica-Colegio Santo Tomás de Aquino, 1994.

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.¹⁶ En efecto, quienes piensan de esta manera pueden encontrar una nueva energía en las discusiones contemporáneas de América Latina.¹⁷

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 transnacional 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, por ejemplo, la debilidad de las instituciones.¹⁸ En ese sentido, la investigación sobre América Latina implica la investigación sobre muchos aspectos relacionados con fenómenos europeos y globales.¹⁹ La

¹⁶ Koskenniemi, Martti, “Human Rights Mainstreaming as a Strategy for Institutional Power”, *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development*, núm. 1, 2010, p. 47-58, y del mismo autor, *The Politics of International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 133.

¹⁷ 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.

¹⁸ Sissenich, Beate, “Weak States, Weak Societies: Europe’s East-West Gap”, *Acta Politica*, núm. 45, 2010, pp. 19-23.

¹⁹ Sobre esta perspectiva: Duve, Thomas, “Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive”, *Rechtsgeschichte*, núm. 20, 2012, pp. 18-71.

Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional...

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.²⁰

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, lo que 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.²¹ Muchas personas consideran que estas ideologías se encuentran en declive y que se están desarrollando nuevas propuestas. En ese sentido, Latinoamérica es 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 amparo²² o la constitu-

²⁰ Véase Weiler, Joseph H. H., “The International Society for Public Law. Call for Papers and Panels”, *International Journal of Constitutional Law*, núm. 12, 2014, pp. 1-3.

²¹ Gargarella, Roberto, *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*, Nueva York, OUP, 2013, en particular, p. 197. Astudillo, César y Carpizo, Jorge (eds.), *Constitucionalismo: Dos siglos de su nacimiento en América Latina*, México, IJ-UNAM, 2013, p. 989; 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, 1992, p. 908.

²² Véase Fix-Zamudio, Héctor, “The Writ of Amparo in Latin America”, *University of Miami Inter-American Law Review*, núm. 13, 1981, pp. 361-391; Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (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, p. 100.

cionalización de los derechos sociales.²³ 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 este apartado es realizar una mejor descripción de cada uno de estos retos. Con ese propósito, 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 eficiencia” para efectos de promover la inversión extranjera; en este baremo, algunos países latinoamericanos superan a los países europeos.²⁴

²³ La Constitución de México de 1917 fue la primera en constitucionalizar los derechos sociales.

²⁴ 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 *Banco Mundial*, “Doing Business 2016. Measuring Regulatory Quality and Efficiency”, Washington, 2015, núm. 13, en especial, p. 5, <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB16-Full-Report.pdf>.

Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional...

En evidente contraste, en otras áreas el derecho carece de eficacia para proteger a quienes se encuentran en una posición social de debilidad.²⁵ Para estos últimos, el Estado de derecho aparece más como un objetivo noble que como una realidad constante.²⁶ Algunas veces parece un artificio o una simple fachada. En ciertos 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, obedece a la debilidad de las capacidades de los Estados y a la existencia de instituciones, procedimientos y prácticas deficientes.²⁷ 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.²⁸

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 en materia de 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

²⁵ 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, p. 368.

²⁶ Neves, Marcelo, *A constitucionalização simbólica*, 2a. ed., São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. 263, y del mismo autor, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*, Berlín, Duncker und Humblot, 1992, p. 252.

²⁷ Hernández, Antonio M.; Zovatto, Daniel y Mora y Araujo, Manuel, *Encuesta de cultura constitucional: Argentina, una sociedad anómica*, México, IJ-UNAM, 2005.

²⁸ Véase García Villegas, Mauricio y Espinosa R., José Rafael, *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2013, p. 172; 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 y 18.

A. VON BOGDANDY, E. FERRER, M. MORALES, F. PIOVESAN Y X. SOLEY

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.²⁹ 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.³⁰ 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. Además, el constitucionalismo transformador concede un papel específico y exigente al poder judicial.³¹

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.

²⁹ Para una revisión de la literatura: Simmons, Beth A., “Compliance with International Agreements”, *Annual Review of Political Science*, núm. 1, 1998, pp. 75-93, y de la misma autora; “Treaty Compliance and Violation”, *Annual Review of Political Science*, núm. 13, 2010, pp. 273-296.

³⁰ Jetschke, Anja y Liese, Andrea, “The power of human rights a decade after: from euphoria to contestation?”, en Risse, Thomas; Ropp, Stephen y Sikink, Kathryn (eds.), *op. cit.*, p. 17.

³¹ Gargarella, Roberto; Domingo, Pilar y Roux, Theunis (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Burlington, Ashgate, 2006, p. 311; 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 y 4; Bonilla Maldonado, Daniel (ed.), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Nueva York, CUP, 2013.

Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional...

Con frecuencia, el poder judicial ha dejado de controlar efectivamente al poder ejecutivo y los jueces han actuado como meros subordinados.³² 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.³³ Algunos poderes ejecutivos han llegado hasta el punto de desintegrar tribunales que mostraron algún grado de independencia.³⁴ Entre otras causas, esta es una de las razones por las cuales la confianza en el poder judicial es notoriamente baja: en promedio, 67% de los latinoamericanos tienen alguna razón para desconfiar del poder judicial.³⁵

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.³⁶ Quienes con mayor urgencia necesitan de la protección judicial, como

³² Eckstein, Susan E. y Wickham-Crowley, Timothy, “Struggles for Justice in Latin America”, en Eckstein, Susan E. y Wickham-Crowley, Timothy (eds.), *What Justice? Whose Justice? Fighting for Fairness in Latin America*, Berkeley, University of California Press, 2003, p. 7.

³³ 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, p. 46 y ss.

³⁴ Este fue el caso del dictador peruano Alberto Fujimori en 1997. Véase Eckstein, Susan E. y Wickham-Crowley, Timothy, “Struggles for Justice in Latin America”, *op. cit.*, p. 8.

³⁵ 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, <http://www.latinobarometro.org/latOnline.jsp>.

³⁶ 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, 2007, p. 23; 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.

A. VON BOGDANDY, E. FERRER, M. MORALES, F. PIOVESAN Y X. SOLEY

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.³⁷ 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 lograrlo.³⁸ Por ejemplo, la congestión judicial persiste como uno de los problemas y retos más importantes para la región.³⁹ 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. 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 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.⁴⁰ La Corte Suprema de Chile procesó a Manuel

³⁷ Un estudio sobre el acceso a la justicia en Colombia: García Villegas, Mauricio y Espinosa R., José R., *op. cit.*, especialmente el capítulo segundo, p. 40.

³⁸ Faúndez, Julio y Angell, Alan, *Reforma judicial en América Latina: El rol del Banco Interamericano de Desarrollo*, <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/467.pdf>.

³⁹ OEA, Acceso a la justicia: llave para la gobernabilidad democrática..., *cit.*, pp. 68-70.

⁴⁰ 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*, núm. 50, 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.

Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional...

Contreras, quien era el segundo al mando después de Pinochet;⁴¹ Perú procesó y puso en prisión al expresidente Alberto Fujimori⁴² y una Corte Penal de Guatemala juzgó al exjefe de Estado y dictador Ríos Montt.⁴³ 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.⁴⁴ 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 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 *politizados*, lo que sea que eso signifique, ese factor puede “debilitar el fundamento jurídico de su legitimidad”.⁴⁵ Sin embargo, más

⁴¹ Collins, Cath *et al.*, “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.

⁴² 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.

⁴³ 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.

⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141/10, de 26 de febrero de 2010, www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm.

⁴⁵ Gloppen, Siri, “Courts and Social Transformation: An Analytical Fra-

allá de una discusión abstracta sobre el rol de los tribunales dentro del sistema político, es importante preguntarse por su rol en el contexto social y político específico 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”.⁴⁶ Cuando las instituciones políticas están bloqueadas o cooptadas, existe un contexto idóneo para que los tribunales intervengan. Como reconocen muchas teorías de la democracia.⁴⁷

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 corresponden a un solo grupo social.⁴⁸ 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.⁴⁹ En algunos países, los ciudadanos deben lidiar con frecuencia con la corrupción, no solo por la existencia de un escándalo abstracto que involucra a las altas esferas del gobierno,⁵⁰ sino como un hecho que forma parte de la cotidianidad de sus propias vidas. Muchas personas deben ser sobornadas con el fin de que los ser-

mework”, en Gargarella, Roberto; Domingo, Pilar y Roux, Theunis (eds.), *op. cit.*, p. 39.

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ Hart Ely, John, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, CUP, 1980, p. 268.

⁴⁸ 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, pp. 47-87.

⁴⁹ Smith, Peter H., *Democracy in Latin America: Political Change in Comparative Perspective*, Nueva York, OUP, 2005, p. 307.

⁵⁰ 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, p. 504. 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 y 36.

Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional...

vicios más sencillos de la administración sean prestados de manera oportuna.⁵¹ 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.⁵²

El ICCAL no solo hace énfasis en los derechos humanos y en el Estado de derecho, sino también en la democracia. 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,⁵³ afectando la percepción que los latinoamericanos tienen de la democracia.⁵⁴ En efecto, muchos latinoamericanos no parecen férreos defensores de este concepto y lo que puede resultar todavía más desalentador es el fracaso de la región para *producir* ciudadanos.⁵⁵ A la pregunta del Latinobarómetro sobre “si la

⁵¹ 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.

⁵² Zovatto, Daniel, *The State of Democracy in Latin America*, Brookings, 15 de septiembre de 2014, <https://www.brookings.edu/opinions/the-state-of-democracy-in-latin-america>; Helmke, Gretchen y Levitsky, Steven (eds.), *Informal Institutions and Democracy, Lessons from Latin America*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2006, p. 368. 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, p. 256.

⁵³ Información sobre la desigualdad: CEPAL, Panorama social en Latinoamérica 2015, marzo 2016, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39965/S1600175_es.pdf. Información histórica sobre el Coeficiente de Gini, http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4095/1/S2013244_es.pdf.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ Latinobarómetro 2016, <http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp>.

democracia es preferible a cualquier otra forma de gobierno”, el promedio regional de quienes se muestran a favor (54%) es preocupante.⁵⁶

Las causas de este fenómeno son múltiples y complejas. La información sobre los últimos 20 años sugiere que la crisis económica provoca desconfianza en las instituciones democráticas.⁵⁷ 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.⁵⁸ En otras palabras, “la democracia no es el único juego en el pueblo”.⁵⁹ Los sistemas democráticos solo 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.⁶⁰ La amenaza de un gobierno militar por la fuerza ha desaparecido.⁶¹ Aunque se mantienen algunas tendencias au-

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ Smith, Peter H., *op. cit.*, p. 344.

⁵⁹ Couso, Javier, “Back to the Future? The Return of Sovereign and the Principle of Non-Intervention in the Internal Affairs of the State in Latin America’s Radical Constitutionalism”, SELA, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, 2015, https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/SELA15_Couso_CV_Eng.pdf.

⁶⁰ Hagopian, Frances, “Conclusions: Government Performance, Political Representation, and Public Perceptions of Contemporary Democracy in Latin America”, en Mainwaring, Scott y Hagopian, Frances (eds.), *op. cit.*, pp. 324 y 325.

⁶¹ Levitsky, Steven y Loxton, James, “Populism and Competitive Authoritarianism in the Andes”, *Democratization*, núm. 20, 2013, pp. 107-136; Landau, David, “Abusive Constitutionalism”, *University of California Davis Law Review*, núm. 47, 2013, pp. 189-260.

Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional...

toritarias, existe un mayor compromiso con el funcionamiento de las instituciones democráticas.⁶² 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.⁶³ 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 crecimiento 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).⁶⁴ Muchos de ellos 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.⁶⁵ Este fenómeno no conduce a la construcción de instituciones fuertes dentro de un sistema de frenos y contrapesos; en buena medida, este fenó-

⁶² La Carta Democrática Interamericana de 2001 es una pieza importante de ese compromiso con la democracia. Desafortunadamente, su aplicación ha sido irregular.

⁶³ Roberts, Kenneth M., “Latin America’s Populist Revival”, *SAIS Review of International Affairs*, núm. 27, 2007, p. 3; Mudde, Cas y Kaltwasser, Cristóbal, R., (eds.), *Populism in Europe and the Americas: Threat or Corrective for Democracy?*, Cambridge, CUP, 2012, p. 270; Levitsky, Steven y Roberts, Kenneth M. (eds.), *The Resurgence of the Latin American Left*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2011, p. 480.

⁶⁴ Sobre el fenómeno de las “democracias iliberales”: Zakaria, Fareed, “The Rise of Illiberal Democracy”, *Foreign Affairs*, núm. 76, 1997, pp. 22-43.

⁶⁵ O’Donnell, Guillermo, “Delegative Democracy?”, *Journal of Democracy*, vol. 5, núm. 1, 1994, p. 63.

meno conduce a pensar nuevamente en el problema del hiperpresidencialismo.⁶⁶

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.⁶⁷ En efecto, existe una profunda desconfianza entre las instituciones venezolanas y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y esto condujo a que ese Estado denunciara la CADH.⁶⁸ Los tradicionales derechos burgueses fueron desplazados 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),⁶⁹ se ha limitado la participación política y se han manipulado las instituciones (mediante despidos masivos y la cooptación de los tribunales)⁷⁰ cuando

⁶⁶ Véase Valadés, Diego, “Formación y transformación del sistema presidencial en América Latina. Una reflexión sobre el *Ius Constitutionale Commune latinoamericano*”, en Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y 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-MPIL, 2016, pp. 123-150.

⁶⁷ OEA y PNUD, *Nuestra democracia*, México, FCE-PNUD-OEA, 2010.

⁶⁸ CIDH, “CIDH manifiesta su profunda preocupación por efecto de la denuncia de la Convención Americana por parte de Venezuela”, Comunicado de Prensa 64/13, Washington D.C., 10 de septiembre de 2013, <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2013/064.asp>.

⁶⁹ Smith, Peter H., *op. cit.*, p. 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.

⁷⁰ Véase CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, 30 de diciembre de 2009, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, <http://www.cidh.org/countryrep/Venezuela2009sp/VE09.indice.sp.htm>. Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón* vs.

Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional...

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, pues en la década de los noventa tanto Fujimori como Menem combinaron el populismo con la aplicación ejemplar de políticas neoliberales.⁷¹

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. Estos se refuerzan mutuamente en una especie de círculo vicioso. La captura de las instituciones por parte de la élite ha engeguado a los gobiernos.⁷² 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 elites puedan mantener su posición hegemónica.⁷³ 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

Venezuela. Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C, núm. 227; *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C, núm. 197; *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, <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/InformeAnual2015-Cap4-Venezuela-ES.pdf>.

⁷¹ Roberts, Kenneth M., “Neoliberalism and the Transformation of Populism in Latin America: The Peruvian Case”, *World Politics*, núm. 48, 1995, pp. 82 y 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, Stanford University Press, 2010, pp. 245-267.

⁷² Higley, John y Gunther, Richard (eds.), *Elites and Democratization in Latin America and Southern Europe*, Cambridge, CUP, 1992, p. 372; Cannon, Barry, *The Right in Latin America: Elite Power, Hegemony and the Struggle for the State*, Nueva York, Routledge, 2016, p. 182.

⁷³ Prevost, Gary y Vanden, Harry, *Politics of Latin America: The Power Game*, 5a. ed., Nueva York, OUP, 2015, p. 154.

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”.⁷⁴ 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 transnacionales.⁷⁵

El desplazamiento progresivo del Estado causado por los programas de ajuste estructural impulsados por el Consenso de Washington durante los ochenta y noventa 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.⁷⁶ Del mismo modo, las normas sobre el sistema 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 retos anteriores, 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.

⁷⁴ Prevost, Gary y Vanden, Harry, *Latin America: An Introduction...*, cit., p. 187.

⁷⁵ Couso, Javier, “Trying Democracy in the Shadow of an authoritarian Legality: Chile’s Transition to Democracy and Pinochet’s Constitution of 1980”, *Wisconsin International Law Journal*, núm. 29, 2012, pp. 393-415, especialmente p. 400.

⁷⁶ Eckstein, Susan E. y Wickham-Crowley, Timothy, “Struggles for Justice in Latin America”, p. 15; Oxhorn, Philip, “Social Inequality, Civil Society and the Limits of Citizenship in Latin America”, p. 52; Karl, Terry, L., “The Vicious Cycle of Inequality in Latin America”, pp. 147 y 148, todos en Eckstein, Susan E. y Wickham-Crowley, Timothy (eds.), *op. cit.*

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 los noventa, de una corriente de pensamiento —denominada “neoconstitucionalismo”— que propició la renovación del constitucionalismo latinoamericano.⁷⁷ Esta se basa en las innovaciones de las democracias constitucionales europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial y, particularmente, en las transformaciones ocurridas desde los años setenta.⁷⁸ Las referencias centrales son la Constitución de Italia (1947), la Ley Fundamental Alemana (1949) y las constituciones de Portugal (1976) y España (1978).⁷⁹ 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 de-

⁷⁷ 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)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 187-210; Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en *ibidem*, pp. 75-98; Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”, en González Pérez, Luis R. y Valadés, Diego (eds.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 345-387.

⁷⁸ Carbonell, Miguel, “Neoconstitucionalismo”, *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá, 9 de mayo de 2009, http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/101.

⁷⁹ Casal, Jesús María, *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello-Fundación Konrad Adenauer, 2015, p. 15.

rechos humanos y los problemas de representación política.⁸⁰ En ese contexto, la doctrina jurídica y la academia española de los años ochenta tuvieron una especial importancia para la democratización y la consolidación del Estado de derecho en América Latina.⁸¹

El neoconstitucionalismo no es una “teoría unitaria”.⁸² La expresión abarca diferentes corrientes sobre la reconfiguración del derecho constitucional⁸³ 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 y su función dentro del sistema jurídico, la interpretación constitucional, 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

⁸⁰ Arango, Rodolfo, “Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia. Aporte a la construcción de un *Ius Constitutionale Commune* en Latinoamérica”, en Bogdandy, Armin von et al. (eds.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales...*, cit., pp. 18 y 19; García Jaramillo, Leonardo, *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, p. 190, en cap. 1.

⁸¹ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981; Sobre su impacto Bidart Campos, Germán J. (ed.), *El derecho a la constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 529, en p 19.

⁸² 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, p. 135. Se encuentra plenamente justificado hablar de “neoconstitucionalismos” en plural, tal y como fue efectivamente utilizada la expresión por Carbonell, Miguel (ed.), en la compilación de artículos *Neoconstitucionalismo(s)*, cit.

⁸³ Los distintos tipos de neoconstitucionalismo son reconstruidos por varios autores: Pozzolo, Susana (ed.), *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*, Lima, Palestra, 2011, p. 276; Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismos. Un catálogo de problemas y argumentos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, pp. 461-506; Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, p. 201, p. 448; Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2009, p. 397.

Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional...

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.⁸⁴

En algunos casos, se hace referencia a la *constitucionalización de los derechos humanos*,⁸⁵ mientras que en otros se apela a la *constitucionalización del ordenamiento jurídico*.⁸⁶ Por otra parte, el neoconstitucionalismo se caracteriza por una triple ambición: el establecimiento de una *nueva teoría jurídica*,⁸⁷ una *nueva cultura jurídica*⁸⁸ 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.⁸⁹ El centro de atención son los derechos y los principios establecidos en la Constitución. La rigidez constitucional se convierte en un tema central a efecto 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

⁸⁴ Pozzolo, Susanna (ed.), *Neoconstitucionalismo...*, cit.

⁸⁵ Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 24 y 25.

⁸⁶ Barroso, Luis Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, IJ-UNAM, 2008, p. 68; García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, p. 60.

⁸⁷ Rodríguez Garavito, César (ed.), *op. cit.*; Nolte, Detlef y Schilling-Vacafior, Almut (eds.), *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*, Ashgate, Farnham, 2012, p. 409.

⁸⁸ 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*, Buenos Aires, Eudeba, 2012, p. 814.

⁸⁹ Roberto Gargarella cuestiona que no se ha avanzado en la llamada "sala de máquinas".

A. VON BOGDANDY, E. FERRER, M. MORALES, F. PIOVESAN Y X. SOLEY

misma razón, las garantías judiciales y la interpretación progresiva de los derechos son esenciales para el neoconstitucionalismo.⁹⁰

El neoconstitucionalismo enfatiza en los principios constitucionales y en la relación de estos con los valores. Por esta razón, 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, quien los debe desarrollar (optimizar) por medio de la ley. Además, se afirma que cada rama del sistema jurídico (derecho público, derecho privado, derecho social) tiene una dimensión constitucional.⁹¹

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,⁹² lo cual 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 “constituciones sustantivas y pluralistas, principios que colisionan, deliberación, derrotabilidad, una respuesta correcta en términos de Dworkin o, al menos, cierto grado de discreción a través de la argumentación racional”.⁹³ Estos elementos en común no impiden la existencia de

⁹⁰ Bernal Pulido, Carlos, *Du néoconstitutionnalisme en Amérique latine*, París, L'Harmattan, 2015, p. 9.

⁹¹ Véase Casal, Jesús M., *op. cit.*, p. 26.

⁹² Atienza, Manuel, “Constitución y argumentación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2007, pp. 197-228.

⁹³ Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismos (Un catálogo de problemas argumentos)”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, p. 485.

Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional...

un grado de diversidad terminológica y sustancial dentro del neoconstitucionalismo. Como lo demostraron los debates que se desarrollaron paulatinamente durante los años noventa, cada vez aparece con mayor claridad la distinción entre un constitucionalismo positivista y otro no positivista.⁹⁴ Este último es considerado por algunos autores como cercano al iusnaturalismo.⁹⁵ También se ha advertido que, entre el constitucionalismo fuerte y el constitucionalismo débil, el segundo es más cercano a las tesis positivistas.⁹⁶ 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”.⁹⁷ 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).⁹⁸ Pedro Sa-

⁹⁴ García Amado, Juan A., “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, p. 239.

⁹⁵ Véase Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 34, 2011, p. 17.

⁹⁶ García Figueroa, Alfonso, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)... cit.*, pp. 159-186.

⁹⁷ Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Gaceta Constitucional*, núm. 48, 2011, p. 307-328. Para el periodo de transición véase Corte Constitucional de Ecuador, *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

⁹⁸ Marcelo Neves se refiere al bolivarianismo y a las democracias monolíticas. Neves, Marcelo, “La concepción del Estado de derecho y su vigencia

lazar 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.⁹⁹

Las constituciones y los doctrinantes identificados con el nuevo constitucionalismo latinoamericano tienen en común las siguientes cinco características centrales:¹⁰⁰ 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.¹⁰¹

Además, los textos constitucionales que responden a esta tendencia se encuentran relacionados de manera implícita o

práctica en Suramérica, con especial referencia a la fuerza normativa de un derecho supranacional”, en Bogdandy, Armin von; Landa Arroyo, César y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *op. cit.*, p. 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, pp. 366-397.

⁹⁹ Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.*, p. 351.

¹⁰⁰ Véase Serna de la Garza, José María, “Problemas, novedades y desafíos del constitucionalismo latinoamericano”, en Serna de la Garza (ed.), *Contribuciones al Derecho Constitucional*, México, IJ-UNAM, 2015, pp. 697-714.

¹⁰¹ 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”. Ávila Santamaría, Ramiro, “Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia”, en Elsner, Gisela (ed.), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, KAS, 2009, pp. 775-793.

Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional...

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.¹⁰² 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 de Bolivia y Ecuador se autodeclaran como parte de Estados plurinacionales, 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).¹⁰³ Otra diferencia es que en Venezuela el nuevo constitucionalismo latinoamericano ha subvertido el significado esencial de la democracia,¹⁰⁴ a tal punto que incluso la OEA se ha expresado al respecto.¹⁰⁵

¹⁰² Uprimny Yepes, Rodrigo, “Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges”, *Texas Law Review*, núm. 89, 2010, pp. 1587-1609.

¹⁰³ 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-kallawayá, Machineri, Maropa, Mojeñotrinitario, Mojeño-ignaciano, Moré, Mosestén, Movima, Pacawara, Puquina, Quechua, Sirionó, Tacana, Tapiete, Toromona, Uruchipaya, Weenhayek, Yaminawa, Yuki, Yuracaré y Zamuco”.

¹⁰⁴ Levitsky, Steven y Way, Lucan A., *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes after the Cold War*, Nueva York, CUP, 2010, p. 517; Levitsky, Steven, “Populismo y autoritarismo competitivo”, *La República*, 26 de septiembre de 2011, <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, p. 986.

¹⁰⁵ OEA, Comunicado de Prensa E-057/16. Venezuela: Declaración del Secretario General de la OEA, Luis Almagro, 10 de mayo de 2016, http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-057/16.

Probablemente, el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano son las dos corrientes del pensamiento más prominentes, pero ciertamente no las únicas. La denominada *internacionalización del derecho constitucional* es una propuesta alternativa¹⁰⁶ que adquirió una marcada relevancia a partir de 2011 con la apertura de México hacia el derecho internacional de los derechos humanos;¹⁰⁷ 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.¹⁰⁸ 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*.¹⁰⁹

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

¹⁰⁶ Capaldo, Griselda D.; Sieckmann, Jan-Reinhard y Clérico, Laura (eds.), *op. cit.*

¹⁰⁷ En junio de 2011 fue aprobada una reforma constitucional que incorporó de manera explícita el principio *pro personae* dentro del art. 1 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”, *IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México*, núm. 28, 2011, pp. 85-98; Serna de la Garza, José M., *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, IJ-UNAM, 2012, p. 240.

¹⁰⁸ 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”, *Ius et Praxis*, núm. 14, 2008, pp. 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.

¹⁰⁹ Por ejemplo, Bonilla Maldonado, Daniel (ed.), *op. cit.*

Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional...

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 manifiesta en contra de los principales elementos teóricos que han generado los debates sobre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano, pero sí lo hace 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, además, va mucho más lejos que el neoconstitucionalismo y tiene en cuenta la influencia del SIDH. La magnitud de esta influencia no fue prevista por los autores de la región de los noventa. 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)¹¹⁰ como ejemplos en los cuales la interacción apenas puede ser descrita como emergente (Chile).¹¹¹ Este prisma transnacional hace del ICCAL un compromiso esencialmente comparativo.

¹¹⁰ Cepeda Espinosa, Manuel J., "The Internationalization of Constitutional Law: A Note on the Colombian Case", *Law and Politics in Asia, Africa and Latin America*, 2008, núm. 41, pp. 61-77.

¹¹¹ 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, pp. 44 y 45. Algunos argumentos en contra: Nogueira Alcalá, Humberto, *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*, México, UBIJUS, 2014, p. 39.

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 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 ellos 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.¹¹²

¹¹² Uprimny Yepes, Rodrigo, “The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates”, en Gargarella, Roberto; Domingo, Pilar y Roux, Theunis (eds.), *op. cit.*, pp. 127-151; Cepeda Espinosa, “Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court”, *Washington University Global Studies Law Review*, núm. 3, 2004, pp. 537-700.