

FUNDAMENTOS DEL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN AMÉRICA LATINA: DERECHOS FUNDAMENTALES, DEMOCRACIA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL*

Rodolfo ARANGO**

SUMARIO: I. *Introducción: tres fundamentos del ius constitutionale commune en América Latina.* II. *Derechos fundamentales: la sustancia.* III. *Democracia: el procedimiento.* IV. *Jurisdicción constitucional: la garantía.* V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN: TRES FUNDAMENTOS DEL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN AMÉRICA LATINA

El filósofo John Searle, en un reciente libro,¹ analiza la estructura de los hechos sociales lingüísticamente constituidos. Ejemplo de tales hechos son los billetes de dinero o los derechos humanos, entre otros. Determinante para la existencia de hechos sociales creados por los seres humanos es la atribución de funciones de estatus a objetos o personas que por sí mismos no tienen esas funciones. Un trozo de papel con tinta no es, por sí mismo, dinero. Se requiere que sea reconocido y aceptado como tal. Las palabras escritas en la Constitución o las sentencias constitucionales no son, *per se*, derechos fundamentales. Para que algo o alguien cumpla una función que en sí no tiene se requiere, por sobre todo, una intencionalidad colectiva, esto es, el reconocimiento y la

* Conferencia presentada al Encuentro “El concepto del *Ius Constitutionale Commune* como dimensión de la investigación”, México, UNAM, 20 de septiembre de 2012.

** Profesor asociado, Departamento de Filosofía, Universidad de los Andes, Bogotá.

¹ Searle, John, *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

aceptación de que el objeto o la persona tienen una función de estatus.² Sin intencionalidad colectiva no podemos ejercer los poderes deónticos, esto es, el poder no meramente fáctico sino normativo, que distingue el derecho de la fuerza física. El derecho como orden deóntico y los derechos humanos como poderes deónticos³ forman parte de la realidad social creada por nosotros mismos mediante actos lingüísticos intencionales. Este hecho —que los derechos humanos sean una realidad social lingüísticamente construida— hace tan precaria y, a la vez, tan comprometedora la tarea de teóricos y activistas que buscan la paz por vía del derecho.⁴

Los derechos fundamentales, la democracia y la jurisdicción constitucional son ciertamente tres pilares del constitucionalismo contemporáneo. América Latina no es la excepción en este proceso cultural. Obviando los naturales desacuerdos sobre el correcto balance entre activismo judicial y principio democrático, lo cierto es que las últimas dos décadas de historia latinoamericana han traído avances importantes en la construcción colectiva de la realidad social institucionalizada, entre ellos la creciente protección de los derechos fundamentales y del régimen democrático por parte de los jueces constitucionales. Sin pecar en exceso de optimista, podríamos decir que por primera vez en muchas décadas el continente americano vive una primavera democrática basada en el aumento del uso de los derechos individuales y colectivos como mecanismo de reconocimiento social y cultural,

² *Ibidem*, p. 8.

³ *Ibidem*, pp. 8-9, 174 y ss.

⁴ La construcción de la realidad social que es el derecho no es ajena al contexto histórico que la posibilita o impide. El progreso de los pueblos depende de múltiples factores cuyo direccionamiento exige del aprendizaje de experiencias pasadas y de la sensibilización frente al sufrimiento. El siglo XX nos ha deparado un apreciable progreso en el reconocimiento e institucionalización de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho, tanto a nivel nacional como internacional. Ya Kant, en *Sobre una paz perpetua* (1795) (edición española, Madrid, Tecnos, 1998) había advertido la capacidad que tienen los seres humanos de construir un orden social donde el derecho prime sobre la fuerza. Aludiendo a lo mismo que luego John Searle y la filosofía de la acción denomina “intencionalidad colectiva”, el filósofo de Königsberg inicia su reflexión sobre el derecho y la moral en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1787) (edición española, Barcelona, Ariel, 1996) con la afirmación de que no hay nada en el mundo ni fuera de él “más grande que una buena voluntad”. La buena voluntad como disposición colectiva común es necesaria para que exista intencionalidad colectiva, de la cual depende, a su vez, que el derecho cumpla su finalidad pacificadora. Si avistamos la realidad política de América Latina en el último medio siglo, podemos constatar un acervo común pese a la diversidad: el derecho constitucional a nivel nacional y el derecho internacional avanzan en la teoría y en la práctica. Este desarrollo constituye un parámetro normativo compartido que posibilita un discurso común entre los pueblos del continente.

a la par con la internacionalización del derecho constitucional, gracias a la creciente importancia que ha adquirido el sistema interamericano de protección de derechos humanos. En el pasado, eran impensables casos como los de la salud o la vivienda en Colombia, o los de Gelman contra Uruguay o Leopoldo López contra Venezuela, donde los derechos individuales triunfan sobre los intereses generales validados por las mayorías democráticas. En este contexto cabe preguntarse por las relaciones entre derechos fundamentales, democracia y jurisdicción constitucional en cuanto fundamento de todo posible derecho constitucional común en el subcontinente.

¿Cómo se entienden los derechos fundamentales en América Latina? ¿Qué modelo de democracia acogen las Constituciones contemporáneas en esta parte del mundo? Y, en especial, ¿cómo interactúan los jueces constitucionales con los funcionarios elegidos popularmente, en particular con los legisladores y el ejecutivo? La experiencia comparada de la justicia constitucional en diversos países de Suramérica permite responder tentativamente los anteriores interrogantes. Mi tesis es que el derecho constitucional latinoamericano se basa sobre tres pilares: una concepción *interdependiente* de los derechos fundamentales; una *social* de la democracia y una *participativa* de la justicia constitucional.

En la experiencia constitucional de América Latina, el protagonismo de los derechos fundamentales es una constante compartida. Un elemento común en la justicia constitucional es una *visión sustantiva* del derecho que aplica prioritariamente la parte dogmática de la Constitución sobre la parte orgánica funcional y acoge en el orden interno, con rango supra-constitucional, el derecho internacional de los derechos humanos, bajo la figura del bloque de constitucionalidad.

Las realidades de inequidad social y desigualdad económica hacen la diferencia específica con los países bien ordenados del norte. En el sur existe, en principio, una conciencia colectiva que otorga mayor prioridad a la igualdad sobre la libertad, mientras que en el norte la relación es la inversa. Emblemática es la tesis de John Rawls sobre la prioridad de la libertad,⁵ brillantemente cuestionada por Herbert Lionel Adolphus Hart en 1973.⁶ Como Partha Dasgupta ha sostenido, el desarrollo económico de una sociedad es parámetro de su contrato social: “es posible que a los derechos en el contrato social de las sociedades periféricas —en clara alusión a John

⁵ Rawls, John, *Una teoría de la justicia* (1970), México, Fondo de Cultura Económica, 1979.

⁶ Hart, H. L. A., *Essays in Philosophy and Jurisprudence* (1973), Oxford, Clarendon Press, 1983.

Rawls y la prioridad de la libertad— no les sea dada la prioridad sobre los derechos sociales y económicos en un contrato social hipotético escrito por una sociedad pobre”.⁷

A continuación quisiera sustentar en tres pasos mi tesis, según la cual un *ius constitutionale commune* para Latinoamérica puede sustentarse en una concepción *integrada* de los derechos fundamentales, una *social* de la democracia, y una *participativa* de la jurisdicción constitucional, características que distinguen la construcción de la realidad social del derecho en el continente.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES: LA SUSTANCIA

Siguiendo a Tugendhat⁸ podemos entender los derechos humanos como exigencias que nos hacemos mutuamente en la medida que nos queremos comprender moralmente, esto es, vernos no como meros instrumentos para ciertos fines, sino como fines en sí mismos. Los derechos humanos, constructo conceptual y práctico ideado para evitar la instrumentalización de las personas, por estar hechos de “un material muy etéreo” requieren de institucionalización. Ello ha llevado, desde hace siglos, en diversos momentos de intenso sufrimiento humano (en Inglaterra, Francia, Estados Unidos, América, etcétera), a que las exigencias de grupos o individuos se plasmen en forma de derechos humanos o fundamentales en declaraciones internacionales o en Constituciones nacionales.

Pese al gran avance que significa la institucionalización de los derechos humanos, lo cierto es que para hacerlos realidad no basta su positivización. Para su protección efectiva les es reconocido un estatus especial: se trata de derechos fundamentales, esto es, derechos tan importantes que merecen ser garantizados constitucionalmente por vía de diversos mecanismos, en especial las acciones y los procedimientos de defensa judicial. Sólo los derechos fundamentales reconocidos en los tratados internacionales o en las Constituciones políticas tendrían el rango suficiente para recibir protección constitucional reforzada. Detrás de tal exigencia de estatus especial se encuentra el principio democrático. Cada Estado nacional tendría, en principio, la decisión soberana de establecer en su pacto social cuáles derechos considera fundamentales. No obstante, contra la adopción de este criterio formal para la determinación de cuáles son los “verdaderos” derechos fundamentales—si los de estirpe liberal o también los derechos sociales, económicos y cul-

⁷ Dasgupta, Partha, *An Inquiry into Well-Being and Destitution*, Oxford, Oxford University Press, p. 47.

⁸ Tugendhat, Ernst, *Lecciones de ética* (1993), Barcelona, Gedisa, 1997.

turales— se oponen razones de peso. La declaración de Viena en 1993 por parte de los países reunidos en la ONU exige reconocer la indivisibilidad, interdependencia e universalidad de todos los derechos humanos, sin distinciones. Por otra parte, no existen razones filosóficas que justifiquen excluir una o varias clases de derechos de su reconocimiento como fundamentales.

En general, la experiencia del derecho constitucional jurisprudencial en América Latina muestra que en el continente se ha acogido ampliamente la concepción *integral* de los derechos que reconoce y acepta que *todos* los derechos, sean de estatus positivo o negativo, pueden adquirir el estatus de fundamentales. La tesis de la interdependencia entre unos y otros derechos apunta a reconocer y adoptar en la práctica una concepción integral de los derechos fundamentales, no obstante las dificultades metodológicas existentes para determinar, racional y objetivamente por vía jurisdiccional, su vulneración.

La concepción integral de los derechos fundamentales en el *ius constitutionale commune* latinoamericano contrasta con otras alternativas que entienden los derechos bien como meras garantías individuales, bien como reglas del proceso democrático. La primera opción es la adoptada desde Thomas Hobbes por la tradición liberal: los derechos subjetivos, entendidos como ámbitos de autodeterminación individual, son vistos como restricciones a la acción de terceros que aseguran la libertad individual, no como exigencias negativas y positivas que podemos hacernos mutuamente en la medida que nos comprendemos moralmente. Según el entendimiento hobbesiano y liberal, los derechos subjetivos desatan al individuo de sus obligaciones asociativas y le aseguran un espacio de libre determinación sin la interferencia de otros, lo cual es funcional para la competencia entre maximizadores de intereses, pero poco apto para construir una sociedad donde tengan cabida la cooperación y la solidaridad. Por otra parte, la comprensión de los derechos fundamentales como proceso que delimita las reglas del juego democrático, tan funcional en algún tiempo para el desarrollo de la sociedad liberal y del capitalismo, no es hoy en día adecuada para enfrentar la interdependencia mundial y los riesgos ambientales, tecnológicos y vitales que se ciernen sobre la pequeña aldea global. No hay sino observar que la soberanía democrática de los Estados contemporáneos ha tenido que ceder terreno ante el avance de las jurisdicciones universal, regional y local para la defensa de los derechos humanos entendidos en su integralidad.

Tampoco la concepción de los derechos fundamentales como garantías individuales y precondiciones de la democracia, en el sentido de H. Kelsen,⁹

⁹ Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia* (1929), Granada, Comares, 2002.

o más recientemente de Jürgen Habermas,¹⁰ es satisfactoria. Ambos autores hacen una concesión demasiado grande: el primero, a la democracia liberal; el segundo, a la democracia procedimental, en desmedro del reconocimiento y de la aceptación de los derechos fundamentales como exigencias morales institucionalizadas, que pueden incluir los derechos sociales como verdaderos derechos fundamentales.¹¹ En especial, no es aceptable que los derechos civiles, políticos y de participación gocen de una fundamentación absoluta, mientras a los derechos sociales, culturales y ambientales sólo se les reconozca una fundamentación relativa al paradigma de Estado que se adopte democráticamente por cada sociedad, como en Habermas.¹² Ello supone reconocer un estatus funcional a los derechos negativos o de libertad que difiere del de los derechos positivos o prestacionales, siendo que todos los derechos cuestan (como lo han mostrado Holmes y Sunstein)¹³ y todos los derechos exhiben tanto facetas positivas como negativas.¹⁴

En resumen, los tribunales constitucionales en Latinoamérica conciben los derechos fundamentales como un todo integral, lo cual añade complejidad y mayores exigencias metodológicas¹⁵ a la teoría y práctica constitucionales. Puesto que los jueces constitucionales en sociedades del sur reconocen en la práctica derechos fundamentales con independencia de su estatus negativo o positivo, el *ius constitutionale commune* latinoamericano ofrece un diseño más complejo y sutil de los poderes deónticos que se muestra más apto para enfrentar las realidades de la desigualdad y la inequidad sociales que otros modelos abstractos e ideales.

III. DEMOCRACIA: EL PROCEDIMIENTO

Un segundo pilar de un derecho constitucional común es el principio democrático. Una definición general de democracia supone, como mínimo, tres elementos: 1) la autodeterminación política del pueblo en elecciones

¹⁰ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez* (1992), Madrid, Trotta, 1998.

¹¹ Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales* (2001), 2a. ed. ampliada, Bogotá, Legis, 2012.

¹² Habermas, *op. cit.*, nota 10.

¹³ Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *El costo de los derechos* (1999), Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.

¹⁴ Véase Abramovich, Victor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

¹⁵ Arango, Rodolfo, “Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial”, *El Otro Derecho*, Bogotá, núm. 28, julio de 2002, *e id.*, *op. cit.*, nota 11; Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2009.

periódicas; 2) el establecimiento de periodos fijos para los representantes elegidos, y 3) la adopción del sufragio universal. No obstante, múltiples son las concepciones o modelos de la democracia que concurren en el debate. Para esclarecer las opciones existentes es importante tener a la vista y evaluar las bondades y los defectos de los modelos liberal, deliberativo y social.

La democracia como procedimiento, mediante el que se forma y expresa la voluntad popular, puede adoptar una forma representativa, una deliberativa o una social, dependiendo de los presupuestos teóricos de los que parta. Una concepción social de la democracia se diferencia de los modelos liberal y deliberativo, porque toma en serio la necesidad de incluir a todos los seres humanos en el proceso y transformar por este medio la sociedad en general, democratizándola, esto es, llevando la democracia del ámbito meramente público político (la elección periódica de representantes mediante sufragio universal) al ámbito público informal (la empresa, la familia, los partidos políticos, las universidades). Las ventajas de esta concepción son múltiples, aunque no todos los países de América parecen orientarse por ella.¹⁶ A continuación describo sucintamente los presupuestos sobre los que se postulan los tres modelos normativos de democracia y argumento a favor del modelo social como el más apto para enfrentar los retos particulares de la desigualdad y la inequidad social en el continente.

El modelo liberal es sin duda importante. Al poner la vida, la integridad y la libertad individual a la base del orden social, el modelo liberal posibilita la iniciativa y el emprendimiento privado. La jurisprudencia sobre estos derechos es ampliamente apreciada. Las condenas internacionales a los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por masacres o desaparecimientos, o por violación del Estado de derecho, como en el caso de la segunda reelección presidencial en Colombia, refuerzan la democracia liberal. La limitación del poder es consustancial a este modelo. La democracia liberal no es democracia desatada, sino democracia encausada por el Estado de derecho. La debilidad del modelo es que parte de presupuestos iusnaturalistas insostenibles: su abstracta idea del individuo como libre e igual refuerza las desventajas reales para personas y grupos desfavorecidos. Su concepción de libertad negativa¹⁷ como libertad de optar es funcional al modelo neoclásico en la economía y ofrece reglas claras para regular las expectativas de comportamiento. Pero su ceguera ante la discriminación racial, de género, de minorías étnicas o lingüísticas, no compensa

¹⁶ Véase Arango, Rodolfo, *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012.

¹⁷ Berlin, Isaiah, *Dos conceptos de libertad y otros escritos* (1958), Madrid, Alianza, 2005.

las ventajas del libre mercado ni de la competencia sin restricciones. Si la democracia es el procedimiento por el cual se forma y expresa la voluntad general, a dicho procedimiento no acceden en el modelo liberal las personas que por su situación diversa o por su grado de debilidad no logran competir con los agentes racionales orientados según fines, por lo general, de lucro.¹⁸

El modelo deliberativo de democracia presenta grandes ventajas.¹⁹ En la concepción de Habermas se supera el perfeccionismo de la propuesta republicana basada en la virtud, lo cual hace inviable al republicanismo en las sociedades pluralistas modernas. La democracia deliberativa parte de una idea de persona como ser dialogante, comunicativo y discursivo que puede llegar a acuerdos estables gracias al uso del lenguaje orientado al entendimiento. El respeto de la autonomía privada y pública, así como de las reglas y procedimientos argumentativos, aseguran una legitimidad a las decisiones colectivas que el modelo liberal por su formalismo o el republicano por su ambición no logran garantizar. El diálogo, la deliberación y la argumentación otorgan a este modelo su carácter antiautoritario, antipaternalista y abierto a escuchar otras razones. Por otra parte, la democracia deliberativa acierta al identificar, en la línea de Rousseau y Kant, los gestores de las normas con sus propios destinatarios, dotando así de legitimidad al orden político y facilitando la obediencia al derecho por medios no coactivos. Las decisiones de la Corte Constitucional en Colombia que han declarado inconstitucionales leyes por haber sido aprobadas sin suficiente ilustración y debate, no dándole a la oposición la posibilidad de controvertir las razones de la mayoría en el Congreso, son un buen ejemplo de este modelo.

Pese a todos los factores positivos descritos, el procedimentalismo de la democracia deliberativa no logra proteger efectivamente a minorías étnicas y culturales, no es suficientemente sensible a la perspectiva de género ni capta en toda su dimensión las asimetrías de la desigualdad económica en sociedades no bien ordenadas, con alto grado de disfuncionalidad institucional y debilidad de la sociedad civil. Un ejemplo de lo anterior es el minimalismo judicial defendido por Cass Sunstein²⁰ o las decisiones constitucionales adoptadas por cortes constitucionales consistentes, en declarar la inconstitucionalidad de una regulación normativa, como el caso de la regulación penal del aborto en Colombia, pero devolver de nuevo el estatuto o norma al Congreso de la República para adoptar de nuevo una decisión

¹⁸ Shklar, Judith, *American Citizenship: The Quest for Inclusion*, New Haven, Harvard University Press, 1998; *Los rostros de la injusticia* (1990), Barcelona, Herder, 2010.

¹⁹ Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro* (1996), Barcelona, Paidós, 1999.

²⁰ Sunstein, Cass, *Designing Democracy: What Constitutions Do*, Nueva York, Oxford University Press, 2002, pp. 239 y ss.

luego del proceso deliberativo y decisorio respectivo. El modelo deliberativo de democracia es demasiado ideal para ser sensible a sectores sociales tradicionalmente discriminados. La oposición de Habermas a las leyes de cuotas como mecanismo de corrección de las injusticias históricas contra grupos de población²¹ es un buen ejemplo del carácter ideal de dicho modelo, lo cual lo aleja como candidato a seguir en el contexto latinoamericano.

Por último, el modelo de la democracia social —democracia asociativa en el lenguaje de Ronald Dworkin—²² pone el acento en el carácter relacional del ser humano. La interdependencia de los ciudadanos en una comunidad política no permite partir de presupuestos individualistas o centrados en el mercado como instrumento exclusivo de regulación de las interacciones sociales. Por el contrario, la fórmula política del Estado social de derecho, acogida por buena parte de las Constituciones latinoamericanas, exige la intervención permanente del Estado en la economía y en el proceso político para asegurar los fines sociales del Estado. Este compromiso entre la libertad y la igualdad hace posible pensar en limitaciones a la libertad en aras de asegurar la democracia, como propone acertadamente Dworkin en Estados Unidos con la financiación estatal de las campañas políticas para evitar que el dinero sesgue los resultados electorales. Múltiples decisiones constitucionales hablan a favor de una democracia social que asegure una protección especial del Estado a personas o grupos en situación de debilidad manifiesta. Podemos mencionar los casos en materia de salud en Colombia, Argentina o Brasil. Por su parte las sentencias sobre atención a la población desplazada en Colombia y sus autos de seguimiento son buenos ejemplos de la lucha contra la desigualdad por vía de acciones afirmativas y órdenes estructurales con enorme costo presupuestal, medidas no entendibles bajo el prisma de una democracia liberal o una deliberativa. El modelo de democracia social parece ser más adecuado que sus competidores para responder a las circunstancias especiales de las sociedades no bien ordenadas del continente latinoamericano. Los jueces constitucionales del Estado social de derecho tienen en este modelo de democracia un papel central para evitar que los preceptos constitucionales sean letra muerta debido a las realidades económicas de las que depende el ejercicio del poder político.

IV. JURISDICCION CONSTITUCIONAL: LA GARANTÍA

Un tercer pilar del *ius constitutionale commune* en Latinoamérica lo constituye la jurisdicción constitucional como garantía para la realización de los

²¹ Habermas, *op. cit.*, nota 10.

²² Dworkin, Ronald, *La democracia posible*, Barcelona, Paidós, 2006.

derechos fundamentales y la democracia. Atendidas las especiales circunstancias de inacción legislativa, clientelismo, baja participación política y desigualdad social, es comprensible el activo rol que cumplen los jueces constitucionales en nuestros países.²³ La función principal de la jurisdicción constitucional es hacer valer la primacía de las normas constitucionales sobre las demás normas de los ordenamientos jurídicos nacionales. En esta tarea los jueces constitucionales representan argumentativamente²⁴ a las personas o grupos que recurren a ellos.

La jurisdicción constitucional es garantía esencial para la vigencia de los derechos fundamentales y de la democracia cuando su diseño institucional es afortunado.²⁵ Los jueces, si actúan con integridad en el foro de los principios que son los tribunales constitucionales,²⁶ están en capacidad de desbloquear el proceso democrático y tomar decisiones difíciles que los políticos no se atreven en ocasiones a tomar por temor a las consecuencias. De las diferentes modalidades en que se ejerce la jurisdicción constitucional, en forma centralizada o difusa; mediante el control abstracto de normas o el control concreto de actuaciones u omisiones violatorias de los derechos fundamentales; con la participación o no de ciudadanos y organizaciones civiles en los procedimientos constitucionales, depende el éxito de la función constitucional. También de los alcances de las decisiones constitucionales (efectos *intuitu personae*, *erga omnes*, *inter partes* o *inter communes*, etcétera); de la modalidad de las medidas a adoptar (comisiones ciudadanas para vigilar el cumplimiento de las sentencias), y de la integración, periodo o vinculación política de los magistrados depende la eficacia de la garantía judicial. En este punto es claro que un diseño de jurisdicción constitucional difuso, participativo, con integración independiente y amplios poderes de acción, asegura mejor el cumplimiento de los objetivos para los cuales ha sido creada la institución.

La alternativa de concebir la justicia constitucional como procedimiento participativo y dialógico²⁷ exige adoptar nuevas herramientas metodoló-

²³ Landau, David, "Instituciones políticas y función judicial en derecho constitucional comparado", *Revista de Economía Institucional*, vol. 13, núm. 24, 2011, pp. 13-83.

²⁴ Alexy, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", en Andrés Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2006, pp. 12-18.

²⁵ Sunstein, *op. cit.*, nota 20.

²⁶ Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985.

²⁷ Young, Iris Marion, *Intersecting Voices*, Princeton; Princeton University Press, 1997, pp. 60 y ss.

gicas para impedir actuaciones deficientes u omisivas²⁸ que violen los derechos fundamentales de amplios sectores de la población. Una jurisdicción constitucional que esté a la altura de una concepción integral de los derechos fundamentales y una concepción social de la democracia tiene necesariamente que ser participativa para posibilitar que todas las voces, por diferentes o extrañas que sean, tengan cabida en la comunidad y puedan ser cobijadas por la protección constitucional. Buen ejemplo de jurisdicción constitucional participativa son las sentencias colombianas que reconocen un derecho fundamental a la consulta previa en cabeza de los grupos étnicos, en directa aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Es así como la Corte Constitucional ha invalidado leyes sobre explotación forestal, agraria y minera por que en el trámite legislativo no se dio participación suficiente y oportuna a los grupos étnicos que podrían verse afectados por las medidas legales aprobadas.

V. CONCLUSIONES

En conclusión, podemos afirmar que las transformaciones constitucionales en Latinoamérica a partir de finales de la década de los ochenta tienen algo en común: la lucha contra la desigualdad para alcanzar una verdadera autonomía se libra dentro de un marco común de tres principios: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional. Si bien existen diferencias que podrán ser descritas y analizadas en estudios de jurisprudencia constitucional comparada, tales diferencias obedecen a un experimentalismo en materia democrática y constitucional. Parte del valor que tiene el estudio sobre el *ius constitutionale commune* en América Latina, promocionado por el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Heidelberg, consiste en que, por primera vez, tendremos una descripción y un análisis exacto de los orígenes, evolución, características, desafíos y destino posible del derecho constitucional en el subcontinente.

Las reflexiones anteriores se ocupan de los que considero tres pilares sobre los que se apoya el proyecto común: una concepción integral de los derechos fundamentales, una concepción social de la democracia y una concepción participativa de la jurisdicción constitucional. Sin caer en falsas pretensiones, el proyecto apuesta a una construcción colectiva de la realidad social en Latinoamérica a partir del derecho constitucional, como una alter-

²⁸ Clérico, *op. cit.*, nota 15; Clérico, Laura, “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternativa”, en Clérico, Laura *et al.* (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.

nativa a enfoques que no toman suficientemente en cuenta su experiencia histórica en la regulación de las relaciones entre poderes públicos y la sociedad civil, dado el nivel de conciencia democrática hasta ahora alcanzado. El éxito del proyecto comparativo, transnacional y dialógico de derecho constitucional jurisprudencial permitirá estar en una mejor posición para analizar y revisar su curso, así como para emprender, con base en argumentos objetivos, las reformas necesarias para optimizar las instituciones encargadas de la realización efectiva de los derechos fundamentales y la democracia.