

## EL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* DEMOCRÁTICO A TÍTULO DE CONCLUSIÓN

En Suramérica se constata el fenómeno de la construcción de un *ius constitutionale commune* en la órbita de la tríada democracia-derechos humanos-dimensión social, como ideas-fuerza del constitucionalismo suramericano multinivel. Su fundamento se encuentra en las disposiciones constitucionales de estatalidad abierta, gira en torno al paradigma del pluralismo normativo y al cambio de noción de la soberanía, para dar paso al vínculo con otros ordenamientos jurídicos, en estrecha articulación con los desarrollos del derecho internacional. El *ius constitutionale commune* cuenta con mecanismos de protección, que hacen posible apalancar esta configuración progresiva en los niveles estatal, supranacional de derechos humanos y quasi supranacional en la integración específica del Mercosur, como mostró esta investigación.

Los ordenamientos constitucionales de los diez Estados suramericanos analizados tienen la cualidad de permeabilidad ya que permiten la incorporación de principios y contenidos normativos provenientes de otro régimen jurídico, lo que representa un mecanismo de entrelazamiento normativo. Hoy en día es incuestionable la incorporación cada vez más potente del derecho internacional, del derecho interamericano de los derechos humanos y del derecho de la integración mercosureño en el derecho interno de dichos países. Se confronta, desde la democratización, la emergencia de nuevos paradigmas frente al viejo paradigma de la soberanía, centrado en una concepción clásica de un Estado cerrado y que tenía un carácter omnicomprensivo en el ámbito del derecho constitucional. La democratización en Suramérica concurre con los fenómenos de globalización, internacionalización, humanización, constitucionalización e integración, que están en el origen de la metamorfosis constitucional hacia un Estado abierto. La Constitución no es la norma suprema única, sino que comparten espacio, en la cúspide de la pirámide normativa, otras disposiciones, con una creciente interacción entre diversos órdenes normativos, como son el derecho internacional, el supranacional interamericano, el quasi supranacional mercosureño en materia de derechos humanos y el propiamente constitucional.

El Mercosur surge como forma de articulación del espacio político en el sistema de integración regional, pero, *prima facie*, el constitucionalismo multinivel abarca la “humanización” entendida como el proceso de internacionalización que gira en la órbita de los derechos humanos, gracias a la tendencia hacia la jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la aceptación de la jurisdicción internacional de tribunales que protegen esos derechos. Fundamentalmente se trata de un *ius constitutionale commune* en derechos humanos, garantista de la democracia. El concepto de estatalidad abierta para describir este fenómeno ofrece el potencial de subrayar su presupuesto como decisión constitucional a favor de la apertura. Esta noción hace posible ratificar que no hay un menoscabo del orden constitucional, sino que la estatalidad abierta es producto del mismo, no es meramente una cuestión de terminología, sino un estadio superior al puro análisis de las cláusulas de apertura. Igualmente, el concepto de estatalidad abierta facilita un entendimiento en conjunto de la apertura hacia los derechos humanos y la integración, y no limitada a uno u otro ámbito, superando los enfoques fragmentados. Hablar de estatalidad o Estado abierto implica también reconocer el paso del Estado homogéneo al Estado heterogéneo, plural, multicultural de las Constituciones suramericanas, con sus matices en cada país, como entre Bolivia y Argentina, por citar ejemplos contrapuestos. No obstante, se ha conformado un *ius constitutionale commune* para la protección de las sociedades multiétnicas de la región, que se nutre de los estándares de la CorteIDH.

La metamorfosis de las Constituciones se configura porque sus textos son permeables a todos los instrumentos, de derechos humanos y de integración, en el ámbito interno. El texto constitucional funciona como un puente que ha permitido sucesivamente la pavimentación del piso común para los diez países mediante los fenómenos de internacionalización, interamericanización y, más timidamente, mercosurización. Ello está promoviendo la construcción de una nueva dogmática con base en un sistema jurídico en el que se entrecruzan principios y normas de los órdenes internacional, supranacional y estatal, esto es, del *ius constitutionale commune*, garantista de la democracia y los derechos humanos. No existe unanimidad acerca de la denominación del fenómeno, pues depende del nivel desde el que se enfoque. Comprende el llamado bloque de constitucionalidad, por una parte, pero asimismo el *corpus iuris* en derechos humanos como lo ha concebido la propia CorteIDH y el derecho de la integración en lo concerniente a la tríada democracia-derechos humanos-elemento social en el bloque del cono sur. En síntesis, encierra los avances de la *humanización* en la región.

La evolución del proceso ocurrido entre la violación masiva a la protección expansiva es constatable en la jurisprudencia de la CorteIDH. En América del Sur es incuestionable la configuración del *ius constitutionale commune* democrático. Comprende los instrumentos de carácter vinculante (Carta de la OEA, DADH y CADH) y los parámetros de la Carta Democrática Interamericana (CDI), entendida como expresión del consenso de los Estados en cuanto a los elementos y componentes fundamentales de la democracia. Este acervo normativo sólido como sustento del cambio del paradigma de la promoción al paradigma de la protección evolucionó paulatinamente durante más seis décadas desde la entrada en vigencia (la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre, 1948); más de cinco décadas de la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), más de cuatro décadas de la suscripción del llamado Pacto de San José y más de tres décadas de la instalación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) y de la vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Ya ha transcurrido más de una década de la CDI. En este instrumento, concebido como herramienta para actualizar, interpretar y aplicar la carta fundamental de la OEA en materia de democracia representativa y aplicar la condicionalidad democrática, se establece un tipo de “test de la democracia”, que responde a *todos* sus elementos esenciales y los componentes fundamentales para su ejercicio. El test constituye el indicador de la salvaguarda de la democracia en el contexto regional al cual pertenece el subcontinente.

La postura a favor de la CDI como parámetro para evaluar no sólo la ruptura sino la erosión de la democracia se justifica por la concepción amplia regulada en este instrumento, no limitada al arista procesal electoral, sino vinculada intrínsecamente con la dimensión social. Es válida incluso para las nuevas tendencias del constitucionalismo bolivariano. Como se ha sostenido, la extensión de la CDI se manifiesta en los elementos esenciales de la democracia (sentido estricto) y los componentes fundamentales del *ejercicio* de la democracia (sentido amplio), regulados explícita y separadamente (artículos 3 y 4). La CDI establece la doble condicionalidad entre democracia y derechos humanos (artículos 7 y 8), los derechos económicos, sociales y culturales—DESC—y reitera su interdependencia con la noción de democracia interamericana (artículo 13). La Carta contempla asimismo un innovador capítulo sobre “Democracia, desarrollo integral y lucha contra la pobreza” (artículos 11-16), haciendo patente la estrecha relación entre la pobreza y el bajo nivel de desarrollo con la consolidación democrática. Desde la Constitución de Brasil de 1988 se aprecia la tendencia de conceder especial relevancia a los DESC, rasgo que se corrobora en las reformas

y nuevas Constituciones de los otros países suramericanos hasta la segunda expansión de este siglo XXI. Todos estos postulados permiten aplicar los estándares mínimos de exigibilidad de la democracia con base en la no discriminación y darle los perfiles al *ius constitutionale commune*.

La dimensión de la preservación de la institucionalidad democrática (protección colectiva) se regula expresamente en la Carta (artículos 17 al 22).

Estos mecanismos de protección colectiva previstos en la CDI reflejan, sin embargo, una ruta en zigzag y serias deficiencias a la hora de su activación y cumplimiento, como lo evidencia el caso venezolano en la crisis institucional de 2002 tomado como referente. El postulado del vínculo indisoluble entre democracia y respeto de los derechos humanos muestra la aceptación de los Estados, de los órganos de la OEA y de los órganos del sistema interamericano. Del mismo modo es parte del acervo común que el fortalecimiento de la institucionalidad democrática y la garantía de los derechos humanos son, ante todo, una obligación de los Estados y a la OEA, como organización internacional, le corresponde actuar en el ámbito de las competencias previstas en la CDI. Los aspectos deficitarios continúan siendo la falta de precisión de la “alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático” así como el hecho de que sólo los gobiernos —los poderes ejecutivos en la práctica—, puedan activar el mecanismo de defensa de la democracia. Aun cuando ha habido intentos para determinar y precisar estos contenidos específicos a nivel de la OEA con sus resoluciones relativas al seguimiento de la CDI, todavía permanece abierto el debate al respecto.

En consecuencia, en esta obra se argumentó que es por la vía de la jurisprudencia relativa a la democracia entendida en un sentido amplio, es decir, por los mecanismos de protección a nivel jurisdiccional, donde se encuentran los grandes avances para la configuración del *ius constitutionale commune* de la democracia. Los casos decididos por el órgano supranacional de control, la CorteIDH, han atendido las violaciones a los elementos esenciales (derecho a elegir y ser elegido o independencia del poder judicial) y los componentes fundamentales del ejercicio democrático (libertad de expresión o derechos sociales). Tanto una aproximación general como la sistematización de los estándares de la CorteIDH en la constelación emblemática de la libertad de expresión, piedra angular de la sociedad democrática, evidencian los desafíos todavía pendientes para efectivizar estas garantías, luego de transcurrido un bicentenario de su regulación como valores más fundamentales en una sociedad democráticas.

Pareciera repetirse un ciclo histórico. Al momento de entrar en vigencia la CADH muchos de los países de Suramérica estaban gobernados por dictaduras. Se produjo una sincronización entre la transición a la democracia de las décadas de los ochenta y noventa y la aceptación de la jurisdicción de la CorteIDH, a fin de salvaguardar la democracia en la región y como una señal positiva de los Estados de someterse a los estándares supranacionales. En la Suramérica contemporánea también hay tendencias soberanistas y amenazas al *ius constitutionale commune* creado a nivel del sistema interamericano. Venezuela es precisamente la excepción que confirma la regla con la tesis de la inejecutabilidad de las sentencias de la CorteIDH y el preaviso de la denuncia de la CADH. Se replantea el reto de rechazar la constitucionalización simbólica y el discurso de una transición a la inversa, esto es, “de la democracia hacia el autoritarismo”. La jurisprudencia pionera, original y audaz del Tribunal de San José ha dejado establecido cómo atender el socavamiento y la erosión de la democracia. El diálogo jurisdiccional y el control de convencionalidad son herramientas claves para ir consolidando la protección de la democracia, que como dijo la CorteIDH en el caso Gelman, tiene un núcleo intangible que no puede vulnerarse ni por las decisiones de las mayorías. El acervo jurisprudencial está destinado no sólo a promover e incentivar avances a nivel doméstico, sino también a evitar retrocesos en los estándares de protección. Las garantías convencionales han sido constitucionalizadas. El *ius constitutionale commune* proveniente del sistema interamericano forma parte del piso o base sobre el cual todos los Estados pueden edificar la garantía de la tríada democracia-derechos humanos-elemento social.

También quedó constatado en esta tesis que el nacimiento del proceso integracionista mercosureño se encuentra intrínsecamente unido al retorno a la democracia de los países del cono sur, hecho que marcó un nuevo hito y sirvió de principal causa motor de la integración. Por ello, en la raíz del Mercosur se definía el reconocimiento de los derechos humanos como marco de convivencia en las sociedades democráticas y obligaba a la observancia de los estándares básicos que garanticen la dignidad humana para servir de contrapunto de las violaciones sistemáticas ocurridas bajo las dictaduras. El espectro del régimen jurídico que regula esta concepción amplia se caracteriza por la heterogeneidad y multiplicidad de fuentes jurídicas, pero con rasgos de uniformidad en cuanto al contenido material salvaguardado y su interdependencia con los derechos sociales. Se confirmó que, tal como hay un acervo convencional materializado en el *ius constitutionale commune* del sistema interamericano, existe en el Mercosur igualmente un acervo de la integración de los derechos humanos y la democracia al que califico como

cuasi supranacional. Está constituido por el Tratado de Asunción, los Protocolos de Ushuaia y Asunción, la Declaración socio-laboral, las Declaraciones de los Presidentes y *todos* los demás instrumentos que configuran, *mutatis mutandis*, el *ius constitutionale commune* mercosureño.

La plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales constituyen condiciones esenciales para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados parte. La construcción del *ius constitutionale commune* se plasma en una doble vía: por una parte, los Estados parte han suscrito la mayoría de los instrumentos internacionales e interamericanos, con ligeras asimetrías; por la otra, reafirman los principios y normas contenidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en otros instrumentos regionales de derechos humanos, así como en la Carta Democrática Interamericana, en los que se reconoce la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos, sean estos derechos económicos, sociales, culturales, civiles o políticos. El régimen normativo resalta la necesidad de efectivizar estos derechos y mantiene una actitud dialógica con los demás ordenamientos. Este diálogo permite acudir a los estándares desarrollados respecto a los elementos esenciales de la democracia y a los componentes fundamentales de su ejercicio.

La condicionalidad democrática en el Mercosur muestra avances y retrocesos. Paradójicamente, sin cláusula funcionó más efectivamente que con cláusula. La condicionalidad democrática logró ser aplicada, tácitamente, en las crisis paraguayas de 1996 y 1999, sin el Protocolo de Ushuaia. Por el contrario, estando en vigor la cláusula regulada en el Protocolo de Ushuaia y ampliada con el Protocolo de Asunción, en el 2012 no se acató en el caso de suspensión de Paraguay y de adhesión de Venezuela. Todo el acervo jurídico construido en los últimos años se dejó al margen al violarse el contenido no sólo en lo procesal, sino también en lo material, del orden democrático.

Las ambivalencias y contradicciones caracterizaron la actuación de los jefes de Estado en la aplicación de la cláusula en el plano político, con graves consecuencias en el ámbito jurídico. Por una parte se suspende a Paraguay por no respetar las garantías del debido proceso en el juicio de destitución del presidente de ese país. Esta decisión, *per se*, podría calificarse como un avance positivo en la interacción del sistema mercosureño con el interamericano, pues este último ha consolidado un amplio acervo jurisprudencial en torno a la garantía del debido proceso. Sin embargo, se vulneró esta misma garantía del debido proceso en la aplicación de la sanción, por cuanto se

obvieron las consultas entre los Estados partes y el Estado afectado, en este caso Paraguay. Unido a la violación del derecho a ser oído, se produjo una yuxtaposición con la aplicación del mecanismo por parte de Unasur, aspecto cuestionable en la legalidad y legitimidad. En mi criterio, como dejé sentado, la propuesta de reforma de la cláusula democrática (Ushuaia II) contiene indicios de retroceso a la promoción de la democracia que vulneran el *ius constitutionale commune* democrático ya construido.

En estado embrionario se evidencian indicios para fortalecer los mecanismos de protección a nivel de la jurisdiccionalidad, como también ocurre en el sistema interamericano. Se pretende dejar atrás la concepción arbitral de la justicia mercosureña. En esta línea se ubican la primera decisión del Tribunal de Revisión del Mercosur (TPR) alusiva a su competencia para conocer las controversias que surjan en el marco de la cláusula democrática y el proyecto de crear una Corte de Justicia.

Calificar como aporía la vinculación del sistema interamericano como ordenamiento que sirve de “manto” o “paraguas” a los subsistemas de integración, en este caso el Mercosur, ya no resulta válido. A título ilustrativo, recurro al primer indicio de interacción como es el hecho que los Estados partes del Mercosur han solicitado la primera opinión consultiva ante la CorteIDH en relación con los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes,<sup>1</sup> dando una señal de interacción entre ambos órdenes normativos, revelando progresos en el constitucionalismo multinivel.

La verdadera configuración de los estándares del *ius constitutionale commune* se está generando en el Mercosur por la vía de las agencias de la gobernanza democrática, que con un gran potencial avanzan de un cierto modo “silente” en la medida en que se produce más bien “aguas abajo” del proceso, como en la lucha contra la impunidad (sitios de memoria) y la tortura (visitas en centros penitenciarios). Es cierto que existe una fragmentación de la burocracia del bloque del cono sur, pero con firme decisión de apalancar la defensa de los derechos humanos se están armonizando los estándares de los Estados parte. En esta línea se inscriben, por ejemplo, las iniciativas del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH) y del Instituto Social del Mercosur (ISM) en temas de libertades y derechos.

Emergen claramente tres desafíos pendientes para continuar la construcción y consolidación del *ius constitutionale commune*. Un primer desafío

<sup>1</sup> Véase el resumen ejecutivo. Disponible en: [http://www.observatoriomerkosur.org.uy/User-Files/File/IPPDH\\_Resumen\\_Ejecutivo\\_Opinion\\_Consultiva\\_MERCOSUR\\_anter\\_CIDH\\_Derechos\\_ninos\\_migrantes.pdf](http://www.observatoriomerkosur.org.uy/User-Files/File/IPPDH_Resumen_Ejecutivo_Opinion_Consultiva_MERCOSUR_anter_CIDH_Derechos_ninos_migrantes.pdf). También la nota de prensa de la CorteIDH. [http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp\\_11\\_11\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_11_11_esp.pdf).

concerne a la interpretación de la especificidad de la democracia en el contexto suramericano. Como he asumido en esta contribución, la democracia es un fenómeno dinámico y expansivo, pero que requiere mantener el consenso universal ya aceptado sobre las bases jurídicas respecto a las condiciones para calificar un Estado como democrático. Estos elementos esenciales y los componentes fundamentales para su ejercicio están establecidos en el consenso marco contenido en la Carta Democrática Interamericana (CDI), al igual que en la concepción amplia de la democracia regulada en el Mercosur. Avanzar en la realización de los principios de democracia, de los derechos humanos y del Estado de Derecho coloca a la persona y su dignidad en el centro de la estructura de la integración normativa en el Subcontinente. Por tanto, los artículos 3 y 4 de la CDI deben seguir sirviendo para aplicar “el test de la democracia”, con independencia de las tendencias ideológicas de izquierdas o derechas. A nivel del sistema interamericano y del Mercosur, debe profundizarse la tendencia hacia la efectivización de los derechos sociales, sin discriminación y afianzando la igualdad.

Un segundo desafío apunta a propiciar una interacción más intensa entre el orden interamericano y el mercosureño. Son órdenes normativos complementarios y no dicotómicos. En la praxis debe aplicarse la cláusula democrática en un sentido amplio, que comprenda no sólo los supuestos de ruptura, sino también las situaciones que erosionan la democracia. Un indicador clave está dado por los niveles de cumplimiento de las sentencias de la CorteIDH, así como por la incorporación del acervo normativo y jurisprudencial del sistema interamericano. Son estándares que deben tomarse en cuenta en los casos concretos de aplicación de la cláusula mercosureña. Ello es válido para la ampliación y para la sanción en supuestos de violación del orden democrático. En este sentido, la Constitución del Estado que pretende ser parte del Mercosur así como su realidad constitucional deben garantizar la pluralidad política, las elecciones libres y secretas, así como un sistema que facilite la alternancia del poder; debe estar asegurada la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el respeto del Estado de derecho; debe en definitiva procurar regirse por la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres. Igualmente, al considerarse vulnerada la institucionalidad democrática en uno de los Estados parte, debe examinarse la realidad constitucional del país e instrumentalizar la valoración del cumplimiento de dichos estándares. El fin último perseguido por ambos sistemas es la garantía efectiva de los derechos humanos en el marco de un orden público democrático.

Un tercer desafío está en cabeza de los órganos del Mercosur. Las fórmulas de la normativa constitucional mercosureña disponen que la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos son condiciones indispensables para la existencia y el desarrollo del Mercosur. Se trata de obligaciones de los Estados Partes del Mercosur. Estas obligaciones implican a toda la autoridad pública estatal. Es imperativa la participación de los Parlamentos nacionales y del Parlasur en los procedimientos de aplicación de la cláusula democrática, diría una “parlamentarización” para controlar la excesiva “ejecutivización” en el Mercosur. Este postulado de inclusión es válido también para que se sumen las instancias vinculadas a la institucionalidad democrática. Así, es recomendable incorporar a la agencia de derechos humanos (IPPDH), la agencia social (ISM) y la plataforma de instancias intergubernamentales, acompañadas con los movimientos y redes sociales, porque han jugado un papel fundamental en la efectivización de los derechos humanos y la democracia en los países del bloque. Particularmente, el IPPDH, al constituir un espacio de cooperación técnica, investigación y coordinación de las políticas públicas en derechos humanos, coadyuva de manera decisiva en la armonización normativa y en la interacción con los otros sistemas de derechos humanos. Contarían con indicadores y estándares precisos útiles en la ponderación de las circunstancias que representen un riesgo o amenaza para el orden democrático. La Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos, el Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos, el Observatorio de la Democracia del Mercosur y todos los Grupos de Trabajo tienen el reto de evitar las incoherencias y trabajar sincronizadamente en la labor de veeduría del cumplimiento de los estándares. Los ejemplos de concretización son esperanzadores: la solicitud de la Opinión Consultiva sobre las niñas y niños migrantes y la instrumentación del mecanismo de supervisión de los centros penitenciarios a fin de evitar la tortura y los malos tratos, involucrando la participación de la sociedad civil.

Sin duda, el fortalecimiento de los mecanismos internos en *pro* de la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos, en un condicionamiento recíproco entre las instancias de monitoreo nacionales y mercosureñas, redunda en una expansión de la regionalidad de los estándares. El enfoque del Sur resalta la insuficiencia en la labor de *defensa* de los derechos humanos (lo que no debe hacer el Estado), y pone el acento en la tarea *proactiva* de fiscalización de las políticas públicas (qué podría hacer para garantizar derechos) y atacar problemas estructurales en las políticas públicas en derechos humanos para cumplir el test de la democracia. Ello es coherente y urgente

en el contexto social actual de Suramérica. Pasar del texto a la praxis, es el desafío mayor.

Las cláusulas democráticas y de derechos humanos se han erigido como un símbolo del acervo del *ius constitutionale commune* en Suramérica regional y demanda su efectiva exigibilidad. Su aplicación ajustada a derecho hace necesario tomar en cuenta la contribución doctrinaria del constitucionalismo de la integración *in status nascendi*. Poner el énfasis en la pluralidad normativa así como en el entrecruzamiento de principios y normas de los órdenes internacional, supranacional y estatal para proteger la democracia y los derechos humanos. Es un nuevo orden público democrático, configurado por el sistema interamericano de derechos humanos y los paulatinos avances en la integración mercosureña, que deja atrás, inexorablemente, el modelo Estado céntrico. Cualquier postura contraria sería un error sin atenuantes. Más de doscientos años en la búsqueda de la integración, materializada en nuestros días en un *Pacto* de unión sobre derechos, reforzado desde el *Sur*, no permite un paso atrás. Hay que volver a decir *nunca más* y rechazar cualquier vulneración del acervo del *ius constitutionale commune*.