Protección supranacional

de la democracia en Suramérica

Un estudio sobre el acervo del *ius constitutionale commune*

Mariela
Morales Antoniazzi

Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

PROTECCIÓN SUPRANACIONAL DE LA DEMOCRACIA EN SURAMÉRICA

Un estudio sobre el acervo del *ius constitutionale commune*

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie Estudios Jurídicos, núm. 710

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Karla Beatriz Templos Nuñez
Cuidado de la edición

Karla Beatriz Templos Nuñez
Formación en computadora

Jessica Quiterio Padilla
Elaboración de portada

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

PROTECCIÓN SUPRANACIONAL DE LA DEMOCRACIA EN SURAMÉRICA

Un estudio sobre el acervo del *ius constitutionale commune*

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2015

Primera edición: 13 de abril de 2015

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-6256-2

CONTENIDO

Prólogo IX
Armin von Bogdandy
Héctor Fix-Fierro

Introducción 1

Capítulo Primero
LA ESTATALIDAD ABIERTA COMO *CONDITIO*
DE LA PROTECCIÓN SUPRANACIONAL DE LA DEMOCRACIA

I. La estatalidad abierta a la luz de la democracia 38
1. Contextualización retrospectiva 38
2. Conceptualización: la doble estatalidad abierta 50
II. Régimen normativo: constitucionalización progresiva 61
1. La estatalidad abierta respecto a los derechos humanos 62
2. La estatalidad abierta en materia de integración 77
III. Mecanismos de protección de la democracia 87
1. Mecanismos de permeabilidad constitucional 90
2. Mecanismos jurisdiccionales 118

Capítulo Segundo
APORTES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS
HUMANOS EN LA PROTECCIÓN SUPRANACIONAL
DE LA DEMOCRACIA

I. El Sistema Interamericano a la luz de la democracia 155
1. Contextualización del Sistema Interamericano 155

2. La Carta Democrática Interamericana (CDI) 168
II. Régimen normativo: complementación progresiva 178
1. Premisa: la condicionalidad recíproca entre democracia y derechos humanos 181
2. La protección de los elementos esenciales de la democracia y de los componentes fundamentales de su ejercicio 184
III. Mecanismos de protección de la democracia 228
1. Mecanismo político 228
2. Mecanismo de protección jurisdiccional: el ejemplo de la libertad de expresión 257

CAPÍTULO TERCERO
APORTES DEL SISTEMA DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA EN LA PROTECCIÓN DE LA DEMOCRACIA EN EL MERCOSUR

I. El sistema de integración Mercosur a luz de la democracia 291
1. Contextualización de la integración suramericana 297
2. El compromiso con la democracia en Mercosur: un cambio de paradigma 308
II. Régimen normativo: construcción progresiva 311
1. Premisas de la condicionalidad democracia-derechos humanos en la integración 313
2. La protección de los elementos esenciales de la democracia y los componentes fundamentales de su ejercicio 334
III. Mecanismos de protección de la democracia 343
1. Mecanismo político 344
2. Mecanismo jurisdiccional 376

El ius constitutionale commune democrático a título de conclusión 391

Bibliografía 401

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

PRÓLOGO

Esta obra contiene la tesis doctoral de Mariela Morales Antoniazzi, presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Goethe de Fráncfort del Meno, Alemania y que obtuvo la calificación *magna cum laude*. Se trata de la primera tesis escrita en idioma español en dicha Facultad, defendida ante el jurado en alemán. Entre sus aportes principales se destaca la agudeza en el uso de la doctrina del constitucionalismo actual cosmopolita y del constitucionalismo latinoamericano, del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho interamericano y mercosureño, así como la racionalización de los conocimientos científicos europeos, evidenciando que el estudio contribuirá a la vinculación académica entre los dos continentes. La publicación refleja, además, la experiencia acumulada por la autora en la labor como coordinadora incansable del Coloquio Iberoamericano que funciona en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público en Heidelberg, Alemania. Desde hace más de una década, la autora ha construido una red con numerosos colegas latinoamericanos, cuyos respectivos discursos académicos logra conjugar de manera tanto innovadora como sugerente, a fin de demostrar la configuración del acervo de un *ius constitutionale commune* para la protección de la democracia en Suramérica.

La obra versa sobre uno de los temas que figura entre los más de mayor relevancia y actualidad en tanto resalta el potencial transformador de la democracia en el contexto suramericano. Se pone de relieve que el proceso de democratización trajo consigo una reformulación del ideario y paradigma de la solidaridad democrática, originando un nuevo consenso político regional para considerar a la democracia como la única forma legítima de gobierno. Ello implica la aceptación y propagación de la defensa de la democracia más allá de las fronteras nacionales. La ola democratizadora se identifica como un rasgo común y como la bisagra para alcanzar sistemas políticos más abiertos y plurales. La autora subraya que en el sistema regional de los derechos humanos y en la integración económica, como órdenes

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

convergentes, se han propiciado reaseguros externos en contra de potenciales reversiones a regímenes autoritarios. Ante las amenazas que recurrentemente atentan con vulnerar la democracia en la región es relevante demostrar que el cambio de paradigma de la promoción a la protección y de su carácter supranacional, no forma parte del dominio reservado a los Estados, sino que permite activar los mecanismos de protección colectiva (mecanismo político) y la garantía vía jurisdiccional, (mecanismo jurisdiccional) en la construcción del acervo del *ius constitutionale commune.*

El enfoque novedoso se focaliza en estructurar conceptos como la doble estatalidad abierta regulada en las Constituciones a partir de la democratización, así como analizar el fenómeno desde la perspectiva del constitucionalismo multinivel de los derechos humanos en la región, comprensivo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y de la integración económica regional, específicamente del Mercado Común del Sur (Mercosur). Según la autora, en la noción del *ius constitutionale commune* convergen estándares de la internacionalización, la interamericanización y la mercosurización de los órdenes constitucionales de los países de la región. Diversos mecanismos jurídicos y jurisdiccionales, particularmente la interacción derivada del diálogo jurisdiccional y del control de convencionalidad, sirven para la consolidación de la institucionalidad democrática. El lector o lectora notará el énfasis asignado a la superación del concepto tradicional de soberanía, manifestado en el Estado abierto y permeable, que permite la aplicación directa de normas de otros ordenamientos jurídicos y no exige para ello unanimidad de los Estados.

Conforme a lo expuesto en el libro, se trata de un acervo gestado a partir del entrelazamiento de principios y normas de los diferentes órdenes normativos. Por una parte, la consolidación del Estado constitucional democrático exige estándares mínimos de derechos humanos *y* estándares sociales, culturales y económicos; por otra parte, tanto en el sistema regional de derechos humanos como en los modelos de integración se ha regulado la salvaguarda del principio democrático para efectivizar el cumplimiento de tales derechos. El estudio se divide en tres capítulos que guardan una relación lógica y se corresponden con las tres constelaciones normativas clave: la primera aborda la estatalidad abierta como fundamento de la protección supranacional, la segunda tiene como centro el sistema interamericano de derechos humanos y la tercera se dedica al análisis del Mercosur. La autora conecta de manera coherente y con argumentos convincentes estos tres complejos jurídicos con una cuestión fundamental para el futuro de la región suramericana, a saber, la estabilización de la constitucionalidad democrática de los Estados que la conforman. Los tres capítulos están precedidos

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

de una sustantiva introducción —habida cuenta de su alcance y riqueza— y finaliza con una síntesis conclusiva en torno a los desafíos actuales.

Tres rasgos centrales merecen ser subrayados. En primer lugar, en el hilo conductor de la obra, Mariela Morales Antoniazzi no describe estructuras jurídicas estabilizadas, capaces de esbozar las realidades políticas y sociales de los países analizados de manera exhaustiva y profunda. Por el contrario, insiste en comprobar la existencia de una *tendencia,* identificando en el derecho vigente una serie de elementos y dinámicas para la protección de la democracia, que conllevan la emergencia de un derecho constitucional común. Por lo tanto, se trata de una disertación *à la thèse*. No es una postura utópica ni omite mencionar que estas tendencias se encuentran en peligro, lo cual asigna a este estudio un mayor significado. El segundo rasgo distintivo viene de la mano con la irradiación, de manera científica, de la delimitación de los contornos del fenómeno jurídico de la protección efectiva, con miras a influir en el debate político y académico sobre la estabilización de la democracia en América Latina. En tercer lugar, acertadamente, la tesis está limitada al espacio suramericano entendido como subsistema regional distinto y organizado alrededor del Mercosur, en su vínculo con la democratización a mediados de la década de los ochenta y los noventa, así como con el surgimiento de Suramérica como región y espacio de integración.

En la introducción se describe el objeto de estudio, usando la metáfora del vaso medio vacío o medio lleno. Desde un primer momento la autora puntualiza que se parte de un concepto de democracia que no sólo abarca las elecciones, sino también los derechos fundamentales y humanos, explícitamente incluye los derechos sociales. Este postulado asigna un fuerte contenido transformador al concepto de democracia. La tesis central consiste en afirmar la creciente construcción de un *ius constitutionale commune* para la protección de la democracia, configurando una unidad de normas, decisiones y prácticas políticas internacionales, supranacionales y constitucionales, que deben entenderse como un derecho constitucional común de la democracia. Un fin específico de la autora consiste en mostrar cómo los mecanismos estatales, especialmente las cláusulas de apertura de las Constituciones se complementan con los mecanismos supraestatales, sustentándose recíprocamente.

En el primer capítulo se revisa cómo las Constituciones de los Estados suramericanos han diseñado su doble estatalidad abierta mediante los derechos humanos y la integración y utilizando este concepto alemán propuesto por Klaus Vogel. La metamorfosis de las Constituciones se configura porque sus textos son permeables. El concepto de estatalidad abierta para describir este fenómeno ofrece el potencial de subrayar su presupuesto como

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

decisión constitucional a favor de la apertura. 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 Corte Interamericana de Derechos Humanos y el derecho de la integración. En Suramérica se ha gestado un proceso inverso al europeo, ya que el proceso de europeización de las Constituciones de los Estados miembros se relaciona con la Unión Europea, y no con los derechos humanos. La narrativa suramericana gira a la luz de la "humanización", entendida como el proceso de internacionalización 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.

El segundo capítulo se ocupa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de su tribunal. Desde el planteamiento específico del estudio se introduce el sistema interamericano y se muestra que la idea democrática estuvo presente desde sus inicios. Se examinan los mecanismos específicos con los cuales el sistema pretende proteger la democracia de los Estados parte, así como la jurisprudencia pertinente. La Carta Democrática Interamericana, un importante instrumento inicialmente de *soft law*, marca el desarrollo de dicha protección. La autora afirma que el "test de la democracia" se integra por los elementos esenciales de la democracia y por los componentes fundamentales del ejercicio democrático regulados en dicha Carta, que a su vez representan el parámetro regional configurado por el consenso ideológico de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos en torno al alcance del principio democrático. La argumentación está orientada a comprobar la expansión de la jurisprudencia del Tribunal de San José para proteger contra la erosión de la democracia. La autora destaca el parámetro cualitativo del impacto en el ámbito estatal de sus sentencias, tanto en la orientación de leyes, decisiones judiciales y políticas públicas, como en las buenas prácticas en derechos humanos. Los casos decididos por la Corte Interamericana, en su criterio, 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). Esta jurisprudencia brinda una sistematización de los estándares fundamentales de la sociedad democrática.

El tercer capítulo trata el aporte del régimen jurídico del Mercosur a la estabilización de la democracia en los Estados miembros. Se presenta como una organización en primera instancia dirigida hacia la integración

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

económica, pero que cada vez más se ocupa de cuestiones de naturaleza constitucional, como son los derechos humanos y la democracia. La finalidad de la autora es demostrar que la protección de la democracia se ha convertido en un objetivo esencial y elemento legitimatorio de esta comunidad de integración. Las características fundamentales de estas organizaciones se esbozan en función de la noción de supranacionalidad, término con un perfil muy distinto al acuñado en la integración europea. Tanto en la ampliación como en la institucionalización del Mercosur, la autora constata el impacto de la condicionalidad democrática, sujeta a tensiones y controversias. En este contexto se evalúa el ingreso de Venezuela y la modalidad de sanción en el caso de la suspensión de Paraguay, ambos de 2012. Las circunstancias concretas del caso de aplicación de la cláusula democrática son descritas con cautela y detalle por la autora, dejando clara la notable crisis constitucional y los errores procesales cometidos. Además, se muestra qué problemática es la adhesión de Venezuela desde el punto de vista de la protección de la democracia, que sólo fue posible gracias a la suspensión de Paraguay. Se reseña brevemente el estado embrionario del mecanismo de protección jurisdiccional y se pone de relieve que 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.

En la conclusión, la autora comprueba 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 la estatalidad abierta. Mariela Morales Antoniazzi sugiere atender tres desafíos actuales: que la especificidad de la democracia en el contexto suramericano requiere mantener el consenso universal ya aceptado sobre las bases jurídicas respecto a las condiciones para calificar un Estado como democrático, en base al test de la democracia" y con independencia de las tendencias ideológicas de izquierdas o derechas; que debe propiciarse una interacción más intensa entre el orden interamericano y el mercosureño, bajo la complementariedad y no la dicotomía, de modo que los estándares de la Corte Interamericana orienten la aplicación de la condicionalidad democrática en el Mercosur; y por último, que la autoridad pública de los órganos mercosureños ganen mayor legitimidad a través de la participación del Parlamento y las agencias de derechos humanos a la hora de aplicar la cláusula democrática. Tal fenómeno, dice la autora, debe encajar y articularse con los desarrollos del derecho internacional en el siglo XXI.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

El hilo conductor fundado en el *ius constitutionale commune* democrático, a través de la reconstrucción retrospectiva a la luz de la democracia, la descripción de los regímenes jurídicos y los respectivos mecanismos de protección auguran que esta obra tenga una recepción exitosa. Se espera que los conceptos así como los argumentos presentados puedan impactar los discursos académicos y políticos, de manera de incidir en una mayor estabilización de la democracia en la región.

Armin VON BOGDANDY
Héctor FIX-FIERRO

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

INTRODUCCIÓN

La presente obra tiene por objeto analizar la configuración de la protección de la democracia en Suramérica con base en una garantía en sentido amplio, comprensiva no sólo del perfil procedimental (focalizado en las elecciones y la participación política) sino también de la faz sustancial (vinculada indisolublemente con los derechos humanos), incluyendo la dimensión social y procurando unos estándares de exigibilidad a la luz de la dignidad humana y la no discriminación. Por una parte, la consolidación del Estado constitucional democrático exige estándares mínimos de derechos humanos y estándares sociales, culturales y económicos, y por la otra, tanto en el sistema regional de derechos humanos como en los modelos de integración se ha regulado la salvaguarda del principio democrático para efectivizar el cumplimiento de tales derechos. Los prototipos normativos que inspiran el estudio están constituidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Carta Democrática Interamericana al igual que por la cláusula democrática del Protocolo de Ushuaia y el Protocolo de Asunción del Mercosur. La tesis central consiste en afirmar la creciente construcción de un *ius constitutionale commune* democrático bajo una concepción de pluralidad de Constituciones, que da origen a un sistema multinivel, cuyo fundamento es la estatalidad abierta establecida en los propios órdenes nacionales de los diez países examinados (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela).

El postulado del policentrismo jurídico junto a la deconstrucción del modelo dominante de Estado soberano y homogéneo ha permitido la protección de la democracia y los derechos humanos desde la perspectiva de su indivisibilidad, en la absoluta imbricación de ambos ejes transversales del constitucionalismo regional, mediante órdenes convergentes y no dicotómicos. El signo característico está representado por los aportes vía jurisprudencial en clave de diálogo, gracias a una interacción progresiva que va más allá del tradicional *soft law* consensual de los mecanismos de protección colectiva de la democracia (OEA y Mercosur), de típico cuño latinoamericano. Se pretende sistematizar un cúmulo de eventos, tendencias y fenómenos de internacionalización del derecho y de creación de estándares democráti-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

cos que han dado lugar a la emergencia de la interamericanización y mercosurización, no de manera lineal ni tampoco sin excepciones en la región.

La simple celebración de elecciones no es suficiente para configurar un auténtico sistema democrático. La celebración de elecciones libres, secretas y periódicas representa sólo el mínimo procesal sin el cual no podría existir, pero demanda más bien la existencia de un nexo inexorable con los derechos. Aproximarse a esta noción, precisamente a través de aquellos derechos que deben formar parte de la democracia, se acopla con el principio de la indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.

Sin embargo, la democracia es un concepto dinámico en el que confluyen enfoques multidisciplinarios y emergen distintas líneas de investigación, convirtiéndolo en uno de los temas recurrentes de estudio e investigación.[1] En la expresión de Rodolfo Arango, la democracia ha sido cortejada a lo largo de los siglos con distintos calificativos bajo el empeño de determinar su sentido y valoración como forma de gobierno, desde sus raíces griegas hasta nuestros días.[2] Existen diversos enfoques en la ciencia política y en el derecho, tanto nacional como internacional, acerca del alcance de la protección de este principio, lo que trae como consecuencia repensar el concepto de manera permanente.

En estricto sentido jurídico, el principio democrático manifiesta potencialidades y desafíos en el contexto global. Conforme al artículo 4.1 de la Carta de las Naciones Unidas, la exigencia para sus Estados miembros se limita a mencionar que sean "amantes de la paz". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sólo ordena la celebración de elecciones periódicas y auténticas en su artículo 25,[3] aun cuando se advierte como una primera tendencia hacia la validez universal y la desterritorialización del principio democrático, al margen de la fuerza normativa que en la praxis de los Estados tenga esta disposición. En la doctrina también se busca el fundamento jurídico del principio democrático en razón del derecho de autodeterminación de los pueblos, que sí está garantizado por el derecho internacional público, si bien los contenidos generales de ambos son diferentes.[4] Aunque el principio democrático luce como un valor promovido por la

[1] Carpizo, J., *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, 2007.

[2] Arango Rivadaneira, R., *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, 2012, p. 17.

[3] Nowak, M., ARTÍCULO 25, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary*, nm 1 y 18.

[4] Thürer, D. y Burri, T., "Self-Determination", en Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2012.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

sociedad internacional contemporánea, existen diversos cuestionamientos sobre su alcance.[5]

En el ámbito suramericano la democracia constituye una condición esencial de un gobierno legítimo, aunque no existe un solo modelo de democratización válido para todas las sociedades. En el constitucionalismo multinivel del siglo XXI se atestigua un nuevo concepto de democracia indisociable de la idea de concretización de los derechos fundamentales.[6] Siguiendo a Beatriz Ramacciotti, el paradigma democrático, origen y sustento del régimen democrático interamericano, se expresa concretamente en la democracia representativa, con un conjunto de atributos y elementos constitutivos que le son inherentes, que trasciende las fronteras del sistema político para insertarse como expresión cultural, plasmada en una institucionalidad organizada sobre la base de la paz, la libertad, la justicia y la solidaridad. Constituyen una aspiración y una tarea inacabada, siempre dinámica y en constante creación, en la búsqueda de los equilibrios necesarios para lograr en armonía una unidad en la diversidad.[7]

En el marco de una región con asimetrías de diversa índole, paradójicamente existe una simetría en el área de la protección jurídica del principio democrático, entendiendo simetría como la correspondencia en la disposición regular de las partes de una figura con relación a un eje. Este eje lo representa la salvaguarda de tal principio, patrimonio constitucional común y fisonomía constitutiva de las tradiciones constitucionales comunes proyectada en los ordenamientos supranacionales. La evolución en el plano interamericano tiene sus particularidades ya que, desde los documentos constitutivos hasta la actualidad, se constata el avance hacia la regulación del "derecho a la democracia", vinculando la interdependencia entre de-

[5] *Cfr.* Fox, G., "Democracy, Right to International Protection", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Disponible en: *http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e773?rskey=v8cfxJ&result=1&q=Democracy, Right to, International Protection&prd=EPIL*; Besson, S., "Das Menschenrecht auf Demokratie", en Haller *et al.* (eds.), *Menschenrechte und Volkssouveränität in Europa*, 2011, p. 61. Parte de la doctrina, entre ellos Paulo Benavides y Norberto Bobbio, ubica este derecho a la democracia en una cuarta dimensión, correspondiente a la fase de institucionalización del Estado social; otros estiman como redundante esta concepción. *Cfr.* Silva Cardoso, A. da, "The Evolution of Fundamental Rights in the Process of Building a Society Free, Fair and Solidarity", *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 410, 2010, pp. 47 y ss.

[6] Gorczevski , C. y Muller Bitencourt, C., "El (re) surgimiento de un concepto: la búsqueda del verdadero sentido de la democracia en la sociedad contemporánea", *Estudios Constitucionales*, Chile, año 8, núm. 2, 2010, pp. 15-30.

[7] Ramacciotti, B. M., *Democracia y derecho internacional en las Américas*, Argentina, 2009, pp. 312, 315.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

mocracia y desarrollo económico y social[8] así como precisando sus rasgos esenciales.[9]

Suramérica se distingue más por su diversidad y heterogeneidad, pero en la historia reciente, la ola democratizadora se identifica como un rasgo común y como la bisagra para la transformación hacia sistemas políticos más abiertos y plurales. Se trata del periodo más prolongado de regímenes democráticos y con autoridades electas, con las menores interrupciones de gobiernos militares desde la independencia. Un periodo de transición que ya lleva cerca de tres décadas. [10]

Este proceso de democratización trajo consigo una reformulación del ideario y paradigma de la solidaridad democrática, originando un nuevo consenso político regional para calificar a la democracia como la única forma legítima de gobierno y para la aceptación y propagación de la defensa de la democracia más allá de las fronteras nacionales. Dicho consenso apalancó la renovación del discurso político y la progresiva construcción del régimen normativo garantista de las instituciones democráticas, en el sistema de los derechos humanos y en la integración regional, convergentes en la búsqueda de reaseguros externos en contra de potenciales reversiones a regímenes autoritarios. Este enclave supranacional daba inicio a una etapa de protección que debía ser blindada, tipo "candado", para preservar la institucionalidad democrática en su relación simbiótica con los derechos humanos.[11]

A nivel discursivo constituye un denominador común que el sistema democrático es considerado como *the only game in town* y las rupturas autoritarias son inaceptables para todo el espectro ideológico, sean de izquierdas o derechas.[12] Este postulado genera los rieles para avanzar en el concepto amplio de la democracia en cuanto va más allá de garantizar la realización efectiva de los derechos civiles, y se procura establecer sociedades más abiertas, plurales e inclusivas, que salvaguarden efectivamente *todos* los derechos. En la reconstrucción de los derechos humanos como paradigma

[8] CJI/doc.190/05 rev. 3, 20 de marzo de 2006.

[9] Resoluciones AG/RES. 2154 (XXXV-O/05) y AG/RES. 2251(XXXVI-O/06), OEA/Ser.G, CP/doc.4184/07. CJI/doc.317/09 corr.1 Seguimiento de la aplicación de la Carta Democrática Interamericana (presentado por el doctor Jean-Paul Hubert).

[10] Nohlen, D., "Demokratie ohne Vertrauen: Herausforderung für die Zivilgesellschaft in Lateinamerika", *Internationale Politik und Gesellschaft*, núm. 2, 2004, p. 80.

[11] Salazar Ugarte, P. y Saltalamacchia Ziccardi, N., *Los nuevos retos para la consolidación democrática en América Latina: el papel del Estado*, 2009, pp. 4 y s.

[12] Couso Salas, J., "Los desafíos de la democracia constitucional en América Latina: entre la tentación populista y la utopía neoconstitucional", *Anuario de Derechos Humanos*, Chile, 2011, p. 34.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

y referente del orden internacional contemporáneo, como explica Flavia Piovesan, la universalidad clama por la extensión de los derechos humanos y la indivisibilidad asume que la garantía de los derechos civiles y políticos es condición para la observancia de los derechos sociales, económicos y culturales, y viceversa.[13]

El cambio de paradigma muestra, no obstante, sus claroscuros en función de los datos empíricos descriptivos del panorama general. Algunos indicadores pueden dirigir la mirada hacia los factores que erosionan la democracia y muestran un vaso medio vacío, mientras otros indicadores permiten visualizar un vaso de la democracia medio lleno.

Un vaso medio vacío

¿Cuáles factores frenan la consolidación democrática en el escenario de la postransición e irradian un balance negativo? En palabras del secretario general de la OEA, desigualdad, violencia y debilidad institucional son los principales retos para las democracias de la región aún en vías de consolidación.[14] Ahora bien, el periodo posterior a la transición democrática tiene como rasgo esencial enfrentar el déficit derivado de la reclamada expansión de los derechos de ciudadanía y hacer frente a la concentración de poder político, opuesta al objetivo democrático.[15] Los estudios empíricos constatan una debilidad de la institucionalidad (la trampa de la gobernanza)[16] y en materia de su eficiencia política, la democracia se encuentra en la mayor parte de los países reprobada.[17]

Autoritarismo y reelección

Es preocupante el retroceso hacia modelos caudillistas gracias al populismo.[18] La figura de los caudillos ha marcado la historia, la leyenda y el

[13] Piovesan, F., "Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos", *SUR*, año 1, núm. 1, 2004, p. 22.

[14] Palabras del secretario general de la OEA en el marco de la XIV Conferencia anual de la Corporación Andina de Fomento (CAF), 9 de septiembre de 2010. Disponible en: *http://www.oas.org/OASpage/press_releases/press_release.asp?sCodigo=C-323/10*

[15] OEA-PNUD, *Nuestra democracia*, México, 2010, p. 27. Disponible en: *www.nuestrademocracia.org/pdf/nuestra_democracia.pdf*.

[16] Alonso, J. A., "América Latina: las trampas del progreso", en Freres y Sanahuja (eds.), *América Latina y la Unión Europea. Estrategias para una asociación necesaria*, Barcelona, 2006, pp. 329 y ss.

[17] Konrad Adenauer Stiftung/Polilat, Índice de Desarrollo Democrático, 2011, p. 1.

[18] Manisilla, H. C. F., "Aproximaciones teóricas a la comprensión del populismo contemporáneo en América Latina", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 152, 2011, pp. 11-47.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

imaginario político de la región, que en la actualidad se refleja en la zaga del hiperpresidencialismo. Es cierto que las últimas Constituciones suramericanas introducen fórmulas para la participación popular,[19] adoptando una policromía de fórmulas que resaltan la democracia directa (artículo 103 de la Constitución de Ecuador) y hasta incorporan un amplio abanico de mecanismos de democracia participativa (derecho de petición, plebiscito, iniciativa popular, revocación de mandato y referéndum en sus distintas modalidades) como Colombia en el artículo 103 y Venezuela en el artículo 70.[20] Empero, esta vocación constitucional dirigida a abrir espacios para una mayor participación ciudadana se encuentra en contradicción con la concentración del poder en la figura del presidente.[21]

Aunque en la región se ha evolucionado en su categorización como Estados democráticos, el problema radica en la calidad de la democracia. Su transformación política oscila entre consolidación y debilitamiento, con sus diversos grados entre democracias defectuosas y regresiones autoritarias.[22] Dichas regresiones, experimentadas en la última década, han deteriorado las instituciones centrales y consecuentemente sirven únicamente de fachadas.[23] En efecto, el autoritarismo se identifica como uno de los factores que erosionan la democracia suramericana. Existe una diversidad de categorías académicas para diferenciar autoritarismo y democracia.[24] La distinción tradicional entre *autoritarismo burocrático* y *democracias delegativas* de Guillermo O'Donnell o entre regímenes "blandos" y "duros",[25] se ha reavivado a partir de los nuevos autoritarismos. Ante el fenómeno del populismo, el autoritarismo surgido en la zona andina es calificado como autoritarismo competitivo. A pesar de permitir las elecciones, este tipo de autoritarismo cuenta

[19] Hartlyn, J. y Luna, J. P., "Constitutional Reform in Contemporary Latin America: A Framework for Analysis", documento presentado en LASA, 2009.

[20] Véase por ejemplo: Brasil (artículos 14, 18, 49); Bolivia (artículos 11 y 411); Chile (artículos 5, 117 y 119); Colombia (artículos 103, 104, 155 y 379); Ecuador (artículos 103, 106, 420, 441, 442, 443 y 444); Perú (artículos 2. 17, 31, 32 y 206); Uruguay (artículos 79, 82, 304, y 331) y Venezuela (artículos 16, 62, 70, 71, 72, 73, 74, 187, 197, 218, 236.22, 341, 342, 343, y 344).

[21] *Cfr*. Gargarela, R. y Courtis, C., "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes", *Políticas Sociales*, Santiago de Chile, núm. 153, 2009, p. 29.

[22] Thiery, P., *BTI 2012 – Regionalbericht Lateinamerika und Karibik*, Gütersloh: Bertelsmann Stiftung, 2012, p. 3.

[23] Dirmoser, D., "Transformation im Rückwärtsgang? Zur Krise der lateinamerikanischen Demokratie", *Internationale Politik und Gesellschaft*, vol. 2, 2005, p. 2.

[24] Zamora, K. C., *La polis amenazada: (in) seguridad ciudadana y democracia en América Latina y el Caribe*, 2012.

[25] Edwards, S., *Left Behind: Latin America and the False Promise of Populism*, Chicago, 2010.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

entre sus rasgos definitorios una competencia electoral injusta, por cuanto las libertades básicas no están plenamente garantizadas (libertad de expresión y de asociación) y porque el oficialismo abusa de los medios estatales en las campañas, en la institucionalidad y en el respeto a la oposición. En este populismo contemporáneo el *outsider* moviliza a las masas, acudiendo a mecanismos de democracia directa y persiguiendo el objetivo de cambiar todo lo establecido, con independencia de la ideología política de izquierdas o de derechas.[26]

La data estadística del último quinquenio indica, por ejemplo, que el 70% de las personas en la región considera que la democracia gobierna para "los intereses de unos pocos grupos poderosos". En Suramérica, ésta es la impresión del 87% de los argentinos, del 71% de los chilenos y del 60% de los brasileños. Por otra parte, el 53% de los latinoamericanos estaría dispuesto a vivir bajo un régimen autoritario "si éste les resuelve los problemas económicos". Ese es el caso del 69% de los paraguayos y del 31% de los uruguayos, para citar los dos extremos. También hay una importante desconfianza en ciertas instituciones claves para el funcionamiento democrático: sólo el 32% de las personas encuestadas tiene confianza en la legislatura y sólo el 21% confía en los partidos políticos.[27]

La política cada vez más personalizada también se hace evidente en la ola reeleccionista. Durante los últimos años América Latina pasó de ser anti-reeleccionista a posibilitar procesos de reelección. El reciente fenómeno en la región de la reelección sin límites puede interpretarse como una vulneración del principio de alternancia en el gobierno, de modo que se lesiona el núcleo esencial de la democracia. La no reelección se configuró, precisamente, como mecanismo protector para hacer frente a una historia de caudillismo y dictaduras así como impedir las amenazas de regresión autoritaria.[28] Sin embargo, la ola reeleccionista,[29] en mi criterio, ya ha alcan-

[26] Con la metáfora del fútbol se explica que sería como un partido donde los arcos son de distintos tamaños y un equipo tiene 11 jugadores más el árbitro y el otro equipo sólo tiene seis o siete jugadores. Levitsky, S., "Populismo y autoritarismo competitivo", *Diario La República*, Perú, 26 de septiembre de 2011. Disponible en: *http://www.larepublica.pe/columnistas/punto-de-vista-steven-levitsky/populismo-y-autoritarismo-competitivo-26-09-2011*.

[27] Latinobarómetro 2012.

[28] Córdova Vianello, L., "Las relaciones Ejecutivo-Legislativo y la gobernabilidad democrática", en Carbonell *et al.*, *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, 2009, p. 352.

[29] Daniel Zovatto ha llamado el fenómeno como un crecimiento de la ola reeleccionista. Disponible en: *http://www.infolatam.com/2009/08/12/crece-la-ola-reeleccionista-en-america-latina/*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

zado la magnitud de tsunami.[30] Se trata de un tema hiperpolitizado, de alta sensibilidad, que ha polarizado en extremo algunos países como Venezuela, Ecuador, Bolivia, Colombia y actualmente Argentina. [31]

Los estudios doctrinarios distinguen los no reeleccionistas, los reeleccionistas alternados, los reeleccionistas consecutivos y los reeleccionistas indefinidos.[32] En los textos constitucionales se prevén estas distintas modalidades de reelección inmediata, alterna e indefinida (sólo Cuba y Venezuela). De los países suramericanos objeto de estudio, únicamente en Paraguay no se permite la reelección en ninguna modalidad. [33]

Las nuevas Constituciones han permitido pasar de la reelección alterna a la inmediata, como en Ecuador desde 2008[34] y Bolivia desde 2009.[35] En Brasil se presentó un proyecto de reforma constitucional para permitir un tercer mandato presidencial consecutivo, pero en julio de 2009 fue rechazado por la Cámara de Diputados.[36] En Argentina se promueve una reforma constitucional para permitir un tercer mandato presidencial, aunque la propuesta genera reacciones negativas.[37]

Las reacciones de la justicia constitucional han sido diversas. En el caso colombiano, la Constitución fue modificada en el año 2004 para permitir que el presidente de turno pudiera ejercer dos mandatos consecutivos, y en 2006 ganó la reelección. En Colombia, como lo asienta Mauricio García Villegas, "la reelección ha permitido una concentración del poder inusitada en manos del gobierno, y ha afectado gravemente el equilibrio entre las

[30] Un hecho ilustrativo fue la suspensión de Honduras de la OEA por el golpe de Estado, que entre sus factores detonantes tenía la propuesta del Presidente de reelegirse, contraviniendo el texto constitucional.

[31] Flores, I., "Democracia y polarización: ¿(in)compatibilidad?", en Díaz-Müller *et al.* (eds.), *Crisis y derechos humanos*, México, 2011, pp. 97-116.

[32] Arenas J. C. y Valencia A., "Elecciones y reelecciones presidenciales en América Latina", *Perfil de Coyuntura Económica*, Colombia, núm. 13, 2009, pp. 84 y ss.

[33] Rojas Aravenas, F., *La Década Latinoamericana hacia el desarrollo regional. El Estado que necesitamos*, San José, 2011, p. 26.

[34] Artículo 144 de la Constitución de Ecuador de 2008.

[35] Artículo 168 de la Constitución de Bolivia de 2009.

[36] Figueiredo, M., *Direito Constitucional. Estudos interdiciplinares sobre federalismo, democracia e Adminitração Pública*, Belo Horizonte, 2012, pp. 20 y ss.

[37] Senadores de oposición en Argentina no apoyarán una reforma constitucional para un tercer mandato. Última hora, Buenos Aires, 31 de octubre de 2012. Disponible en: *http://www.ultimahora.com/notas/573666-Oposicion-argentina-no-apoyara-una-eventual-reforma-para-una-nueva-reeleccion-de-Fernandez*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

ramas del poder público".[38] En 2009 sus partidarios impulsaron otra enmienda que permitiría la reelección para un tercer mandato, que no llegó a materializarse gracias a la decisión de la Corte Constitucional de Colombia que lo declaró contrario a la Constitución.[39] Venezuela transitó un camino contrario: una propuesta de reforma constitucional que preveía la reelección ilimitada fue rechazada por referéndum en 2007;[40] sin embargo la reelección indefinida fue aprobada por una enmienda a la Constitución mediante referéndum en 2009, en un proceso jurídicamente cuestionado por catalogarse como inconstitucional por cuanto ya existía manifestación popular en contra, pero el Tribunal Supremo de Justicia declaró la enmienda como conforme a la Constitución.[41] El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia interpreta que con la nueva carta magna de 2009 se refundó el país, por ello el primer periodo presidencial se inició y vence en 2014, razón por cual es posible la reelección del actual presidente.[42]

La tendencia es muy clara: líderes populistas de izquierda y de derecha, mediante asambleas constituyentes, reformas, enmiendas constitucionales o referéndum aspiran permanecer en el gobierno, mientras que los expertos constitucionalistas y politólogos advierten los *pros* y *contras* de esta tendencia de la reelección.[43] Los matices, sin embargo, varían entre el rechazo absoluto a la reelección, incluyendo el "reeleccionismo conyugal"[44]

[38] García Villegas, M., "Caracterización del régimen político colombiano (1956-2008)", en García Villegas, M. y Revelo Rebolledo, J. E., *Mayorías sin democracia: desequilibrio de poderes y estado de derecho en Colombia 2002-2009*, Bogotá, 2009, p. 65.

[39] CCC, Sentencia C-141, de fecha 26 de febrero de 2010. Disponible en: *http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2010/C-141-10.rtf*.

[40] Zovatto, D., "Democracia y desarrollo en América Latina: oportunidades y desafíos", *FLACSO*, 2011, p. 2.

[41] Brewer-Carías, A., "El juez constitucional *vs*. La alternabilidad republicana (La reelección continua e indefinida)", *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 117, 2009, pp. 205-211; Penfold, M., "La democracia subyugada: El hiperpresidencialismo venezolano", *Revista de ciencia política*, Santiago de Chile, vol. 30, núm. 1, 2010, pp. 21-40.

[42] Recogido en los medios de comunicación: *http://tiempo.infonews.com/2013/04/30/mundo-101035-el-tribunal-constitucional-boliviano-da-via-libre-a-otra-reeleccion-de-evo.php*.

[43] TSJ, Decisión N° 53 de 03 Febrero de 2009. Disponible en: *http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/53-3209-2009-08-1610.html*. *Cfr*. Brewer-Carías, A., "Reforma constitucional, Asamblea Nacional Constituyente y control judicial contencioso administrativo. El caso de Honduras (2009) y el antecedente venezolano (1999)", Chile, *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, 2009, pp. 317-353.

[44] Es una mala noticia para la región la fiebre reeleccionista y el reeleccionismo conyugal, moda que introdujo Néstor Kirchner en 2007, al ser electa su esposa Cristina Fernández y frente a la intención de Nadine Heredia, esposa del mandatario peruano, Ollanta Humala, a los que se suman casos centroamericanos (Guatemala y Honduras). *Cfr*. Zovatto, D., "Latinoamérica ha sucumbido a la reelección como forma de gobierno", *El Imparcial*, 26 de mayo

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

hasta quienes no califican como necesariamente negativa la "reelección expansiva".[45]

Desigualdad y criminalidad

En materia de indicadores sociales también hay datos que apuntan hacia el vaso medio vacío. Diferentes informes sobre el continente latinoamericano relatan los desafíos que enfrenta la región en lo concerniente a los objetivos de desarrollo del milenio (CEPAL, 2010), el desarrollo humano (PNUD, 2010), la agenda para lograr el trabajo decente (OIT, 2010) y el avance de las democracias (OEA, 2010). Es casi unánime la opinión acerca de los dos retos prioritarios: atender los problemas derivados de la desigualdad y la violencia. A pesar de la reducción de la pobreza y de la indigencia, en particular en Brasil y Chile, y de ser una de las regiones mejor evaluadas en cuanto a la meta número 1 de los objetivos del milenio, en las últimas décadas, 10% del sector más rico de la población ha recibido 37% del ingreso.[46] La pobreza y desigualdad en la región son multidimensionales y tienen una repercusión directa en el desenvolvimiento democrático del Estado. Por una parte, la escasez económica está enlazada con la falta de acceso a servicios básicos de una pluralidad de grupos sociales (pobres, indígenas, campesinos, mujeres) que están sometidos a exclusión social y discriminación. Por otra parte, esa "masa enorme de excluidos", afectados por la desigualdad, no participan en las dinámicas políticas, ya que las posibilidades de acceso al poder son limitadas. Por ello, "la concentración de la riqueza y del poder implica el uso de instrumentos que permiten a los grupos privilegiados reproducir el *statu quo*", entre los que se ubican principalmente los graves fenómenos de la violencia y la corrupción.[47]

Como lo expresa Sergio García Ramírez, la pobreza es factor de violación de los derechos humanos y, a la vez, es su consecuencia.[48] América Latina es la región más desigual del mundo, pero la magnitud de la pobreza

de 2013. *Disponible en: http://www.elimparcial.es/america/en-latinoamerica-se-consolida-la-reeleccion-presidencial-como-forma-de-gobierno-123260.html.*

[45] Zelaya, R. M., *Estudio de Legislación Comparada. La Reelección Presidencial: Un Estudio Comparativo de Casos en América Latina*, Managua, 2010; Treminio Sánchez, I., *Segundas partes nunca fueron... La reelección presidencial en las Constituciones políticas de América Latina*, Salamanca, 2011.

[46] OAS/PNUD, *Nuestra democracia*, 2010, p. 29.

[47] Bonometti, P. y Ruiz Seisdedos, S., "La democracia en América Latina y la constante amenaza de la desigualdad", *Andamios*, vol. 7, núm. 13, 2010, pp. 11 y ss.

[48] García Ramírez, S. y Morales Sánchez, J., *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, 2012, p. 2.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

extrema, al igual que la pobreza total, presenta diferencias muy pronunciadas entre los países. En Suramérica las menores tasas se registran en Chile, y Uruguay, donde son inferiores al 6%. Niveles medio-bajos de pobreza extrema, de hasta un 15%, se presentan en Argentina, Brasil, Ecuador, Perú y la República Bolivariana de Venezuela; Colombia por el contrario se ubica en el grupo de países con niveles de pobreza extrema media-alta, mientras que Paraguay se ubica entre los países con tasas que superan el 30%.[49] Como bien se afirmó desde 1993, "la democracia, la estabilidad y la paz no pueden sobrevivir mucho tiempo en condiciones de miseria crónica, desposeimiento y abandono".[50]

La violencia, inseguridad e impunidad también erosionan la democracia en la región, con los más altos niveles de violencia delictiva a nivel global.[51] La injusticia, las asimetrías, la desigual distribución de los recursos afianzan este trágico índice. La inseguridad personal es el número uno en la lista de preocupaciones de la ciudadanía latinoamericana y apenas el 30% de los ciudadanos de la región dice que la democracia garantiza la protección contra el crimen, revelando una de las más importantes deficiencias de la democracia en la región.[52]

La magnitud del problema es apreciable en la alta y creciente tasa de homicidios en la región. Cada año, cerca de 200 millones de latinoamericanos y caribeños —un tercio de su población total— son víctimas, directamente o en su núcleo familiar, de algún acto delictivo. El 27% de los homicidios dolosos que ocurren en el mundo tiene lugar en América Latina, una región que cuenta apenas con el 8.5% de la población global. La violencia delictiva está en gran medida ligada a actividades criminales transnacionales. Un ejemplo de esta problemática se manifiesta en la repercusión que tiene el tráfico de drogas (la región es la principal productora de cocaína del mundo) y la lucha entre bandas rivales para el control de las rutas de paso hacia los países consumidores.[53]

[49] CEPAL, *Objetivo de desarrollo del milenio 2010- El progreso de América Latina y el Caribe hacia los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Desafíos para lograrlos con igualdad*, 2010, p. 25.

[50] ONU, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, doc. A/CONF.157/PC/62/Add.5, 26 de marzo de 1993.

[51] Informe Regional sobre Desarrollo Humano para América Latina y el Caribe 2010, p. 16.

[52] Lagos, M. y Dammert, L., "La Seguridad Ciudadana. El problema principal de América Latina", *Latinobarómetro*, Lima, 2012, p. 54.

[53] PNUD/IIDH, Seguridad ciudadana en América Latina. Disponible en: *http://www.iidh.ed.cr/multic/default_12.aspx?contenidoid=dd4f175b-6126-48b8-aa50-c925fe630ea1&Portal=IIDHSeguridad#Arriba*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Los datos regionales sobre los homicidios dolosos en América Latina esconden, sin embargo, una significativa heterogeneidad y, limitados a Suramérica, cubren desde casos como Venezuela, con las tasas más altas del mundo, hasta países como Chile, Bolivia, Argentina, Perú y Uruguay, con cifras relativamente bajas.[54] La alta disponibilidad de armas de fuego como legado de los conflictos armados así como la producción y el comercio internacional de la droga han generado un nuevo fenómeno que ha sacudido a Colombia, entre otros países, con la llamada narcoviolencia. En suma, el problema de la violencia es prueba de la debilidad de los Estados de la región que se han visto, en muchos casos, incapaces de garantizar un derecho fundamental de los ciudadanos como es el derecho a la vida.

La impunidad es otro factor atentatorio contra la democracia. Está determinada por la alta tasa de crímenes que permanecen impunes, cuyo indicador también se refleja en la denominada "legalidad trunca" en tanto en América Latina más del 50% de la población carcelaria no tiene condena.[55] A ello se suman las malas prácticas en materia de seguridad, dado que bajo la máscara de "enfrentamientos policiales" o "intentos de detener la fuga del detenido", se siguen ejecutando extrajudicialmente personas, no ya por razones políticas, sino que las víctimas son los desposeídos, conforme al estudio de Daniel Brinks.[56] Por supuesto, en este campo también se notan las divergencias entre los países, siendo Uruguay el que registra el récord de buenas prácticas en sancionar a los autores de delitos que permanecen impunes en el resto de la región.

Corrupción

La corrupción pública y privada sigue siendo una amenaza a la democracia latinoamericana. Según el 60% de los encuestados en Colombia, Argentina, Perú y Paraguay, a la democracia le falta reducir la corrupción.[57] La corrupción, el tráfico de influencias y la falta de transparencia, si bien varían de un país a otro, son un factor corrosivo de la confianza en las instituciones, aminoran el orden normativo de la sociedad y al adquirir un carácter sistémico, afectan la estabilidad de las instituciones democráticas,

[54] OEA/ PNUD, *Nuestra democracia*, 2010, p. 182.

[55] O'Donnell, G. y Schmitter, P., *Transitions from Authoritarian Rule Tentative Conclusions About Uncertain Democracies*, Baltimore, 1986.

[56] Brinks, D., *The Judicial Response to Police Killings in Latin America: inequality and the rule of law*, Cambridge, 2008.

[57] Latinobarómetro, Informe 2011, p. 40.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

además de vulnerar el propio crecimiento económico y la competitividad. La falta de eficiencia de las políticas públicas se encuadra igualmente en este renglón. Según el índice de percepción de la corrupción de transparencia internacional, en una escala donde 0 es muy corrupto y 10 significa una percepción de ausencia de corrupción, Chile (7,2) y Uruguay (7,0), ocupan los puestos 22 y 25 respectivamente, en cambio Venezuela (1,9) tiene el puesto 172.[58] De acuerdo al análisis de la CEPAL en relación al costo de los sobornos en América Latina, en orden descendente alcanza una media superior a los 450 euros en los servicios médicos, en el sistema judicial y la hacienda pública rodean los 200 euros, seguidos de las sumas de dinero canceladas a las policías, sistema educativo, servicio de registro y permisología, en último lugar los servicios públicos. Todo esto se agrava para los sectores más desposeídos.[59]

Un vaso medio lleno

Pero el panorama se aclara cuando se visualizan los avances que se han logrado con la democratización. En Suramérica, desde el punto de vista teórico de la ciencia política, se ha dado paso a la comprensión de la democratización como un proceso multidimensional, de largo alcance histórico, sin una trayectoria única o predeterminada, sino que sigue un camino abierto a la renegociación y a la reconceptualización, que está siempre sujeto a la impugnación y a la apropiación parcial.[60] Hay un resultado incuestionable en el acervo construido en las últimas décadas en cuanto a las elecciones y la democracia. Aún con falencias, se observa un patrón de normalidad electoral respecto a la celebración de elecciones en las que ha habido alternancia, renovación de la élite presidencial y niveles positivos de estabilidad e institucionalización.[61]

Se está gestando el cambio de paradigma con el paso de la democracia cuyo sujeto es el elector a una democracia cuyo sujeto es el ciudadano, con la respectiva expansión de derechos bajo la premisa de la indivisibilidad en-

[58] Transparency report núm. 1 2011. Disponible en: *http://archive.transparency.org/content/download/64426/1030807*.

[59] CEPAL, "La corrupción y la impunidad en el marco del desarrollo en América Latina", *Serie Políticas sociales*, núm. 139, 2007, p. 22.

[60] Whitehead, L., "Prólogo", en Welp y Whitehead (comps.), *Caleidoscopio de la innovación democrática en América Latina*, México, 2011, p. 16.

[61] Alcántara Sáez, M., *Democracia y elecciones en América Latina*, Nueva Orleans, 2010, pp. 3 y ss. Disponible en: *http://www.fundacioncarolina.es/es-ES/nombrespropios/Documents/NPAlcantara1011.pdf*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

tre derechos políticos, civiles y sociales, girando del umbral mínimo al máximo realizable. Algunos elementos favorables a la consolidación democrática incluyen la afirmación de la democracia como el mejor sistema de gobierno, a pesar de sus problemas (77% de los encuestados) y el aumento de apoyo a este sistema por parte de los ciudadanos (61% lo considera superior a cualquier otra forma de gobierno).[62] Este apoyo se vincula a la recuperación económica y experimenta un crecimiento sostenido, si bien la satisfacción con la democracia así como las percepciones internas e internacionales varían en cada país. [63]

Condicionalidad recíproca democracia-derechos humanos

La garantía de los derechos fundamentales, que abarca los derechos sociales, es un factor que tiende a apalancar la integración jurídica en Suramérica como ideas-fuerza del constitucionalismo regional.[64] Los resultados de una cierta cultura común en los derechos humanos, por un lado, y los avances en cuanto a la regulación del binomio democracia-derechos humanos en la integración económica, por otro, representan un régimen jurídico omnicomprensivo multinivel, inclusivo del orden internacional, supranacional/regional y estatal en derechos humanos. El principio democrático, de carácter abstracto, encuentra sus contornos a través de esta condicionalidad recíproca.

El escenario de la globalización, impregnado de fenómenos y procesos transformadores de la concepción tradicional del derecho constitucional,[65] ha demandado la necesidad de erigir una nueva perspectiva jurídica con arraigo en la realidad latinoamericana y abierta al diálogo con otros órdenes normativos, a fin de dibujar un nuevo mapa del derecho en la región.[66] Confluye en su configuración la fuerza normativa que ha tenido la jurispru-

[62] Durante los últimos escrutinios, se apoya a la democracia con la tasa más alta en lo que va del siglo. En cambio, los partidarios del autoritarismo disminuyeron al 15%, frente a un máximo del 19% en el 2001. Latinobarómetro 2010; Moreno, L. A., "La década de América Latina y el Caribe", *BID*, 2011, p. 69.

[63] Zovatto, D., "Democracia y desarrollo en América Latina: oportunidades y desafíos", *FLACSO*, 2011, p. 1.

[64] Figueiredo Moreira Neto, D. de, "Nuevas funciones constitucionales en un Estado democrático de Derecho. Un estudio de caso en Brasil", *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 183, 2010, p. 10.

[65] Serna, J. M., *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012, p. 1.

[66] Rodríguez Garavito, C., *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Argentina, 2011, pp. 15 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

dencia transnacional, en el caso latinoamericano, producto del diálogo vertical y horizontal entre los tribunales constitucionales, con fundamento en la premisa del reconocimiento de la "común humanidad", en las palabras de la naturaleza humana compartida, expresada en los derechos humanos.[67]

A la recepción de la jurisprudencia interamericana por la justicia constitucional se suma el reconocimiento de que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos proporciona las bases institucionales para la construcción de una esfera pública transnacional que puede contribuir a la ampliación de la democracia, partiendo de una noción de esfera pública como espacio no estatal

> de deliberación donde es posible la formación colectiva de la voluntad, la justificación de las decisiones previamente acordadas, y la construcción de nuevas identidades. Esta voluntad política discursivamente formada puede influenciar los procesos formales de la toma de decisiones del Estado, contribuyendo con políticas públicas más benéficas para los grupos sociales más vulnerables.[68]

Es un signo del constitucionalismo de los derechos la protección de los derechos sociales, en particular de los grupos vulnerables o desaventajados, para rediseñar un "orden público americano" en el contexto de los derechos económicos, sociales y culturales, como lo cataloga Gonzalo Aguilar Cavallo.[69]

En el constitucionalismo de la pobreza,[70] se interpreta que las "autoridades están obligadas —por los medios que estimen conducentes— a corregir las visibles desigualdades sociales, a facilitar la inclusión y participación de sectores débiles, marginados y vulnerables de la población en la vida económica y social de la nación, y a estimular un mejoramiento progresivo

[67] Carozza, P. G., "'My friend is a stranger' the death penalty and the global *ius commune* of human rights", *Texas Law Review*, vol. 81, núm. 3, 2003, pp. 1031-1089.

[68] Bernardes, M. N., "Sistema Interamericano de Derechos Humanos como Esfera Pública Transnacional: Aspectos Jurídicos y Políticos de las Decisiones Internacionales", *Sur*, vol. 8, núm. 15, 2011, pp. 137-159.

[69] Bajo esta noción de orden público americano incluye "ciertos principios, estándares, reglas y valores mínimos que apuntan a preservar al individuo y a permitir su pleno desenvolvimiento material y espiritual en el seno de la sociedad, limitando, de esta manera, el poder de los Estados y, además, de los individuos, grupos y otros actores no estatales". *Cfr.* Aguilar Cavallo, Gonzalo, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos sociales", *Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 13, 2010, p. 9.

[70] Cifuentes Muñoz, E., "El constitucionalismo de la pobreza", *Dereito*, vol. 4, núm. 2, 1995, pp. 53-77.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la sociedad".[71] A nivel del sistema interamericano de derechos humanos, Antônio Cançado Trindade y Alirio Abreu Burelli afirman que "las necesidades de protección de los «más débiles» requieren en definitiva una interpretación del derecho a la vida de modo que comprenda las condiciones mínimas de una vida digna".[72]

Son palpables los avances alcanzados en cuanto al reconocimiento de los derechos humanos de los grupos más vulnerables gracias al papel que han jugado las ONGs mediante el litigio estratégico.[73] Entre los ejemplos emblemáticos pueden mencionarse los pueblos indígenas y las mujeres. El auge de las redes internacionales enfocadas hacia la promoción de la democracia y los derechos humanos han incidido favorablemente para limitar a las élites autoritarias.[74] El reconocimiento constitucional de los pueblos originarios es un signo del constitucionalismo regional. Los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, mediante las herramientas de visibilidad a nivel nacional e internacional, han alcanzado un mayor reconocimiento de sus derechos en las distintas esferas de protección para hacer frente a los procesos históricos de colonización y discriminación.[75]

Con la democratización también ha emergido la participación de los pueblos indígenas como actores sociales activos en el escenario político nacional y regional en América del Sur. Se corrobora una reinversión de su rol y un mayor reconocimiento constitucional multinivel del carácter pluricultural y pluriétnico de los Estados de la región. Este innegable protagonismo, aunque incipiente todavía, se ha traducido en el acceso a altas posiciones en la institucionalidad del Estado a todos los niveles de gobierno y de ese

[71] Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia en el caso de los desplazados. *Cfr.* CCC, Sentencia T-025/04. Disponible en: *http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm.*

[72] Voto concurrente conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli en el Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), Sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párr. 7.

[73] Coral-Díaz, A. M. *et al.*, *El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010*, Colombia, 2010, p. 55.

[74] Levitsky, S. y Way, A., "Elections Without Democracy: The Rise of Competitive Authoritarianism", *Journal of Democracy*, vol. 13, núm. 2, 2002, pp. 51-65, p. X.

[75] Raquel Yrigoyen sintetiza los tres ciclos y principales innovaciones del constitucionalismo latinoamericano frente al reconocimiento de la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas en constitucionalismo multicultural (1982-1988), constitucionalismo pluricultural (1989-2005) y contitucionalismo plurinacional. Yrigoyen Fajardo, R., "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización", en Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, 2011, pp. 139-159.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

modo, aprovechar su *background* en el diálogo político y así orientar sus demandas e impactar en las políticas públicas destinadas a mejorar las condiciones de vida de estas poblaciones que están por debajo de los promedios nacionales.[76] Su papel es esencial para el desarrollo de indicadores política y culturalmente pertinentes.[77]

El empoderamiento de las mujeres como grupo de especial protección constitucional ha significado un elemento esencial para el afianzamiento de la democracia en Suramérica. Sumado al cierre de la brecha de géneros en la educación, la participación política ha aumentado progresivamente en el discurso, que incluye la perspectiva de género hasta en los textos constitucionales[78] así como en los cargos de representación popular (más del 23%).[79] En Suramérica se cuentan ya tres mujeres presidentes en la última década y se han dictado leyes que disponen medidas de acción afirmativa en distintos Estados. El sistema de cuotas en función de género, como muestran las encuestas, ha experimentado un significativo avance y una percepción positiva, ya que 2/3 partes de la población considera que las cuotas son, en general, beneficiosas para el continente.[80] No en vano afirma el Premio Nobel Amartya Sen (1999): "las mujeres son vistas cada vez más, por los hombres al igual que por las mujeres, como agentes activas del cambio: las dinámicas promotoras de transformaciones sociales que pueden alterar las vidas de mujeres y hombres".

La cuestión democrática y la integración

Si bien existe una debilidad conceptual en América Latina, ya que luego del análisis estructuralista propuesto por la teoría de la dependencia y la concepción del desarrollo del cepalismo, se constata un vacío teórico-conceptual de la integración latinoamericana,[81] es cierto que la creación de un espacio de integración suramericano ha dado lugar a la progresiva conformación de un entramado regional de organizaciones, foros e instancias multilaterales diversas, cuyo perfil no está aún claramente definido, pero

[76] CEPAL, *Pueblos indígenas y afrodescendientes de América Latina y el Caribe: información sociodemográfica para políticas y programas*, 2006, p. 5.

[77] Pueblo indígena, Copenhagen, 2011.

[78] Venezuela, Bolivia y Ecuador siempre incluyen la mención de la forma femenina.

[79] BID, *Panorama de la Efectividad en el Desarrollo*, 2011, p. 58.

[80] Reyes, A. A., *Participación política de la mujer en América Latina*, 2008, p. 8.

[81] Vieira Posada, E., "Evolución de las teorías sobre integración en el contexto de las teorías de relaciones internacionales", *Papel Político*, Bogotá, núm. 18, Colombia, 2005, pp. 235-290.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

que marcan los lineamientos generales de un proceso de regionalismo con características propias, en el que la democracia es una palanca esencial. El restablecimiento democrático se reconoce como la principal causa motor de la integración en el *cono sur* para servir de contrapunto de las violaciones sistemáticas ocurridas bajo las dictaduras con el famoso Plan Cóndor y, en consecuencia, la tríada democracia, derechos humanos e integración jugó un papel preponderante en su gestación y desarrollo. Encaminados a superar la teórica meta política de disminuir la desigualdad social y la pobreza,[82] el nuevo siglo ha traído consigo en Suramérica una transformación de la agenda social, con un giro político en el tratamiento de la pobreza y orientados a la promoción de paquetes complementarios de protecciones diseñadas como "megaintervenciones" para los más pobres.[83] Estas políticas asistenciales multidimensionales han dado lugar a una clase media emergente que defiende los logros alcanzados. Algunos datos positivos, según el estudio Latinobarómetro, se aprecian en el acceso a las comunicaciones (ocho de cada diez latinoamericanos están conectados con el mundo a través de celular), y cuatro de cada diez hoy tiene un nivel de educación más alto que el del hogar en que nacieron.[84]

Institucionalidad democrática y jurisdicción constitucional

El papel de los jueces en la conformación del espacio jurídico-público en Suramérica ha sido determinante para el fortalecimiento de la democracia, en particular, de la justicia constitucional. Se trata de la justicia constitucional en sentido amplio, alusiva también a las Cortes Supremas que ejercen esta función al igual que a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de la integración regional (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur).

El litigio en torno a derechos y libertades se vincula necesariamente con la posición del individuo frente a la autoridad pública y encierra un fuerte potencial político al abrir una arena capaz de redibujar las competencias de los Estados, dándose una ecuación positiva de narrativa constitucional a partir del papel de la jurisprudencia en la reordenación de los derechos

[82] O'Donnell, G., "Pobreza y desigualdad en América Latina: algunas reflexiones políticas", en Tokman y O'Donnell (eds.), *Pobreza y desigualdad en América Latina*, Buenos Aires, 1999.

[83] Midaglia, C., "Un balance crítico de los programas sociales en América Latina. Entre el liberalismo y el retorno del Estado", *Nueva sociedad*, núm. 239, 2011, p. 79 y ss.

[84] Latinobarómetro, Informe 2011.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

fundamentales para su protección. En esta litigación es fundamental que los litigantes supranacionales eviten asumir el liderazgo en la toma de decisiones estratégicas sobre el uso del Sistema Interamericano, sino que lo recomendable es que los procesos estén acompañados por campañas organizadas por los movimientos sociales y/ o los medios de comunicación para que produzcan resultados efectivos.[85]

El acervo jurisprudencial garantista que se ha ido formando en la mayoría de los países objeto de estudio deja claramente perfilados los estándares alcanzados en cuanto a la recepción de la jurisprudencia interamericana, a la protección judicial de los derechos sociales o prestacionales, al reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas o al alcance material atribuido a los derechos fundamentales y los principios que condicionan la restricción de su goce o ejercicio. Eduardo Ferrer Mac-Gregor recopila la contribución de los tribunales constitucionales como motores de la integración normativa en derechos humanos en la región, con particular énfasis en la justiciabilidad de *todos* los derechos.[86]

La justicia constitucional latinoamericana[87] actúa en el contexto de Estados pos coloniales, con democracias aún no consolidadas, marcados por una fragilidad institucional y enfrenta retos singulares.[88] Los tribunales constitucionales han entrado como un nuevo actor en la escena política que asume un rol de alta importancia en el proceso político como órgano constitucional[89] que trae consigo el control del ejercicio de los poderes del Estado.[90] Un desarrollo desafiante de la justicia constitucional en la región se

[85] Cavallaro, J. L. y Schaffer, E. J., "Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas", *Hastings Law Journal*, vol. 56, núm. 2, 2004, p. 235.

[86] Ferrer Mac-Gregor, E., *Crónica de tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Buenos Aires, 2009.

[87] *Cfr.* entre otros, Fernández Segado, F., "La justicia constitucional en América Latina", en Fernández Segado (ed.), *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Madrid, 2009, t. III, pp. 51 y ss.

[88] La distancia entre la normatividad y la efectividad de la garantía de los derechos humanos tiene en América Latina especiales implicaciones que deben salvar los jueces. *Cfr.* Pásara, L., *El uso de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la administración de justicia*, Quito, 2008, pp. 23 y ss.

[89] Robert Alexy habla de la justicia constitucional como representación argumentativa de los ciudadanos, *Cfr.* Alexy, R., "Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 95, núm. 2, 2009, pp. 162 y s.

[90] Casal, J. M., "Aproximación a las funciones de la justicia constitucional", en von Bogdandy (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un* ius cosntitucionale commune *en América Latina?*, México, 2010, t. II, pp. 63-86.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

perfila en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno a través del llamado bloque de constitucionalidad.[91]

Los aportes de Manuel Góngora Mera[92] respecto a la sistematización de la doctrina del bloque de constitucionalidad en América Latina permiten tener una aproximación de esta compleja noción a partir de sus efectos, sus características y su potencial para la construcción de un *ius constitutionale commune,* con base en la convergencia de estándares normativos en materia de derechos humanos. La figura del bloque de constitucionalidad emerge con el fin de interpretar, sistemáticamente con el texto de la Constitución, normas que no están incluidas en ella. Básicamente se trata de instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. Sintetiza en tres los efectos jurídicos relevantes, a saber la inclusión de normas internacionales dentro del bloque de constitucionalidad implica que los tratados de derechos humanos prevalecen sobre la legislación interna; que dichos tratados pueden ser considerados como parámetros de constitucionalidad concurrentes con las normas constitucionales nacionales por lo que, en caso de colisión con una ley interna, sería procedente una declaratoria de inconstitucionalidad, y como tercer efecto: que los derechos internacionalmente protegidos por tratados de derechos humanos pueden ser invocados a través de las acciones nacionales destinadas a tutelar derechos constitucionales.

Por tanto, un rasgo común en la construcción de la doctrina del bloque de constitucionalidad es que la equiparación de normas internacionales con normas constitucionales nacionales obedece a la labor desarrollada por las cortes constitucionales. El caso paradigmático es la Corte Constitucional de Colombia. Según la noción del bloque de constitucionalidad expuesta por la Corte Constitucional colombiana, tal bloque está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.

[91] Sagüés, N., "Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad: la «Constitución convencionalizada»", en von Bogdandy *et al.* (coords.), *Estudos avançados de Direitos Humanos Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, São Paulo, 2013, pp. 324 y ss.

[92] Góngora Mera, M., "La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano", en von Bogdandy (eds.), Ius constitutionale commune *en derechos humanos en América Latina. Una aproximación conceptual*, México, 2013.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, situadas en el nivel constitucional.[93]

Manuel Góngora Mera, acertadamente, asienta la diferencia principal entre el bloque de constitucionalidad en razón de la naturaleza heterárquica y policéntrica del proceso de difusión de la doctrina entre órdenes jurídicos (en el que experiencias de distintas cortes constitucionales tienen influencia sobre otras) y la doctrina del control de convencionalidad, difundida regionalmente a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que opera como punto de origen único y definido. Hay distintos mecanismos que están sentando las bases de un sistema integrado de derechos humanos, como el diálogo jurisdiccional y el control de convencionalidad, en la tendencia que, como destaca Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "está forjando progresivamente un auténtico *ius constitutionale commune americanum* como un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región".[94]

Suramérica exhibe un renacimiento de la convicción de asegurar la protección de la democracia y los derechos humanos. En la última década y media (1998-2011) se han aprobado y promovido nueve instrumentos jurídicos que revelan la preocupación existente en la región por el tema, aun cuando hay que subrayar que la coexistencia de varios modelos políticos y jurídicos impregnan el debate sobre cómo debe entenderse la protección de la democracia y los derechos humanos. En secuencia cronológica, en el año 1998 el Mercado Común del Sur (Mercosur) adopta el Protocolo de Ushuaia I, contentivo de la cláusula democrática y la Comunidad Andina el "Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia"; en el año 2000 se adopta la Cláusula Democrática Suramericana en la Primera Reunión de Presidentes de Suramérica, seguida en el 2001 por la Carta Democrática Interamericana. Ya en 2005 surge el Protocolo de Asunción sobre compromiso con la promoción y protección de los derechos humanos del Mercosur y luego de un quinquenio (en 2010) Unasur promueve el Protocolo adicional al Tratado constitutivo sobre el compromiso con la democracia, hasta la pretendida reforma de la cláusula mercosureña en 2011 con el Protocolo de Montevideo sobre Compromiso con la Democracia, conocido como Ushuaia II. A éstas se suman las cláusulas de la Cumbre Iberoameri-

[93] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225 de 1995.

[94] Ferrer Mac-Gregor Poisot, E., Voto razonado a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de marzo de 2013, supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Gelman *vs*. Uruguay.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

cana y de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y del Caribe, con un ámbito de aplicación geográfico más amplio.

Durante más de un cuarto de siglo de transición democrática se ha alcanzado el periodo más prolongado de regímenes que han celebrado elecciones,[95] pero aún hoy el panorama democrático de la región arroja claroscuros, como se evidencia de las líneas precedentes. Cabe entonces la pregunta acerca de qué noción de democracia se debe proteger y qué régimen la regula en este siglo XXI. Como señala A. von Bogdandy, hay convergencia en el derecho internacional, el derecho comparado así como en la teoría constitucional y política en asumir como elementos esenciales del contenido clave del principio democrático, en su vínculo con la organización del poder público, "gobernantes con legitimidad a partir de elecciones populares generales, iguales, libres y periódicas, un poder público ejercido de conformidad con el Estado de derecho y limitado mediante una posibilidad garantizada de cambio en el poder y el respeto de la persona humana".[96]

Estos postulados parecen adoptarse en la Carta Democrática Interamericana (CDI) que data del nuevo milenio y refleja la concepción de una democracia vinculada a los derechos humanos. Este instrumento recoge un entendimiento de la democracia material o sustancial y no limitado al elemento procesal-electoral en sus artículos 3 y 4, pues disponen los elementos esenciales de la democracia y los componentes fundamentales para su consolidación.[97] La Carta "fue concebida como una herramienta para actualizar, interpretar y aplicar la Carta fundamental de la OEA en materia de democracia representativa, y representa un desarrollo progresivo del derecho internacional".[98]

[95] LAPOP, *Consolidación democrática en las Américas en tiempos difíciles: Informe sobre las Américas*, 2010. Disponible en: *http://www.vanderbilt.edu/lapop/ab2010/2010-comparative-es-revised.pdf*.

[96] Von Bogdandy, A., "Globalización y Europa: cómo cuadrar democracia, globalización y Derecho internacional", *Evolución y tendencias del derecho europeo*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, vol. 9, núm. 3, 2006, pp. 13-39.

[97] Conforme al artículo 3o. son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos. Por su parte el artículo 4o. establece como componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

[98] CJI/RES. 159 (LXXV-O/09) Elementos esenciales y fundamentales de la democracia representativa y su vinculación con la acción colectiva en el marco de la Carta Democrática Interamericana.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

La protección democrática prevista en la Carta Democrática tiene una cualidad reforzada: por una parte se estipula una condicionalidad recíproca entre democracia y derechos humanos (artículos 7 y 8), a la vez que los derechos económicos, sociales y culturales —DESC— son *conditio sine qua non* de la democracia interamericana (artículo 13) y se subraya la interrelación intrínseca entre democracia, desarrollo integral y lucha contra la pobreza (artículos 11-16), rasgo característico del contexto de aplicación de la misma.

La díada democracia-integración encuentra en el bloque mercosureño su mejor exponente en la región suramericana, ya que la emergencia de este proceso integracionista está intrínsecamente unida al retorno a la democracia en los países del *cono sur*.[99] Se trata de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, países fundadores del Mercosur. La reconstrucción retrospectiva revela que también en las etapas sucesivas al momento fundacional, el bloque ha tenido que reaccionar ante las amenazas de retorno al autoritarismo y hasta la coyuntura actual, luego de alcanzar más de dos décadas de vigencia, surgen interrogantes acerca del vínculo entre democracia, garantía de los derechos humanos e integración. En el plano normativo, no obstante, existe la cláusula democrática (Protocolo de Ushuaia) y la cláusula de derechos humanos (Protocolo de Asunción). Este marco normativo se ha venido incluso reforzando con otros instrumentos, primordialmente de tipo *soft law*, que va impactando las políticas públicas de derechos humanos en la sociedad democrática en los Estados parte.

Ante este escenario y contexto de paradojas, surge el qué, por qué y para qué se realiza esta disertación sobre la protección supranacional de la democracia en los países suramericanos.

Tesis central: ¿qué?

La presente investigación está destinada a dar respuesta al interrogante: ¿puede identificarse en Suramérica la construcción de un *ius constitutionale commune* respecto a la protección supranacional de la democracia? Y en caso afirmativo, ¿qué dimensión muestra su régimen jurídico y cuál es el alcance de los mecanismos de protección política y jurisdiccional? El enfoque novedoso se focaliza en estructurar los rasgos distintivos de la doble estatalidad abierta, como condición para la protección supranacional y ana-

[99] Cabe recordar que las dictaduras tuvieron distinta duración y ello marcó al bloque en su gestación: Argentina 1976-1983, Brasil 1964-1985, Paraguay 1954-1989 y Uruguay 1973-1985.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

lizar el fenómeno desde la perspectiva del constitucionalismo multinivel de los derechos humanos en la región, comprensivo del sistema de protección de derechos humanos y de la integración económica regional. Se persigue identificar el acervo construido como *ius constitutionale commune.*

El concepto central que orienta la investigación es el *ius constitutionale commune*. Éste se conforma por los distintos órdenes normativos bajo el esquema multinivel de protección vigente en Suramérica. Según la noción propuesta, convergen estándares de la internacionalización, la interamericanización y la mercosurización, se configura y consolida por diversos mecanismos jurídicos y jurisdiccionales, pero básicamente por la interacción encarnada en el diálogo jurisdiccional y el control de convencionalidad. Esta protección supranacional emerge de la superación del concepto tradicional de soberanía, manifestado en el Estado abierto y permeable, que permite la aplicación directa de normas de otros ordenamientos jurídicos y no exige para ello unanimidad de los Estados. El rasgo esencial deriva del fundamento constitucional de la estatalidad abierta en derechos humanos en sentido amplio, pues comprende el sistema interamericano y el sistema de integración económica del Mercosur. Es un acervo gestado del entrelazamiento de principios y normas de los tres niveles.

El acervo del *ius constitutionale commune* comprende el bloque de constitucionalidad en los términos expuestos supra, pero no se agota en él. Tampoco se circunscribe al concepto del *corpus iuris* interamericano. La expresión "*corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos" es un aporte de la CorteIDH.[100] A partir de 1999, la CorteIDH afirma que este *corpus iuris* "está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones).[101] Es una noción que se insertó vía jurisprudencia y se ha extendido ampliamente en la doctrina,[102] identificándose a la CorteIDH

[100] Se reconoce como aporte de la CorteIDH al derecho internacional. *Cfr.* O'Donnell, D., *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, p. 57.

[101] Opinión Consultiva OC-16/99, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, sobre "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", párr. 115.

[102] En la divulgación por parte de los propios jueces de la CorteIDH Antônio Cançado Trindade, Sergio García Ramírez, Diego García Sayán, Eduardo Ferrer Mac-Gregor; así como en los aportes académicos. A título de ejemplo, *Cfr.* Nogueira Alcalá, H., "Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad", *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. 1, 2012, pp. 1127-1190; Palacios Valencia,

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

como el intérprete legítimo del *corpus iuris* interamericano de derechos humanos.[103]

Conforme a los planteamientos de Sergio García Ramírez, el *corpus iuris* consiste en las decisiones políticas colectivas fundamentales, en línea con las decisiones nacionales que hayan sido incorporadas en su legislación nacional de mayor rango. Está compuesto de: los protocolos a la Convención, los tratados especiales, el Estatuto y Reglas de Procedimiento de la Corte y la Comisión, las recomendaciones de la CIDH, los acuerdos y recomendaciones de los órganos del SIDH y, por supuesto, las sentencias y opiniones consultivas de la Corte.[104] En esta tesis se hará alusión al término *corpus iuris* cuando aparece citado textualmente, pero no constituye la definición rectora de la investigación.

¿Por qué sostener la tesis de la protección supranacional de la democracia? Porque ante las amenazas que recurrentemente atentan con vulnerar la democracia en la región es relevante demostrar que el cambio de paradigma de la promoción a la protección y de su carácter supranacional, no forma parte del dominio reservado a los Estados, sino que permite activar los mecanismos de protección colectiva (mecanismo político) y la garantía vía jurisdiccional (mecanismo jurisdiccional) en la construcción del acervo del *ius constitutionale commune.*

En primer lugar se trata del cambio de paradigma de la mera promoción a la protección de la democracia. Protección implica más que promoción, especialmente por las características que la Corte Interamericana de Derechos Humanos otorga al objeto y fin de los instrumentos interamericanos de protección de derechos, especialmente de la Convención Americana.[105] En este sentido se entiende la protección de la democracia. En la

Y., "Género en el Derecho Constitucional Transnacional: Casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: En conmemoración de los 100 años del Día Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 41, núm. 114, Colombia, 2011, pp. 131-165. También Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., *The Inter-American Court of Human Rights: Case-Law and Commentary*, Oxford, 2011, pp. 63, 71, 303, 375, 397, 543, 546.

[103] Los límites jurídicos a las reformas al Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) Documento elaborado con motivo del proceso de fortalecimiento suscrito por más de un centenar de expertos. Disponible en la página oficial de *De Justicia.org*.

[104] García Ramírez, S., "Foreword", en Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A. (eds.), *The Inter-American Court of Human Rights: Case-Law and Commentary*, Oxford, 2011, p. xx.

[105] Véase, entre otros, CorteIDH, "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párrs. 43 y ss.; el efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

expresión de la CorteIDH, cuando alude a la sociedad democrática, sostiene que "los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido de función de los otros".[106]

La premisa que inspira estas líneas es que el desarrollo jurisprudencial que ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH)[107] destaca que no existe democracia sin derechos humanos ni se protegen los derechos humanos sin democracia, creando los contornos propios de tal binomio. En términos generales, pese a una protección asimétrica en el sistema interamericano (por la divergencia en los ámbitos de protección en Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos —CADH— y los Estados que sólo son parte de la Declaración Americana de Derechos Humanos —DADH— y de la Carta OEA), la jurisprudencia pionera, original y audaz de la CorteIDH, que activa las "fuerzas imaginativas del derecho",[108] no sólo subraya que las restricciones de los derechos deben interpretarse teniendo en cuenta las "necesidades legítimas de una sociedad democrática", sino que explicita que las justas exigencias de la democracia deben orientar la interpretación de la Convención y en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas. El concepto de so-

(artículos 74 y 75). Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párrs. 19 y ss.; Restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párrs. 47 y ss.; Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párrs. 20 y ss.; La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 29 y ss.; La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC- 6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párrs. 13 y ss.; Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 30; Caso Fairén Garbi y Solís Corrales. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2, párr. 35; Caso Godínez Cruz. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3, párr. 33; Caso Paniagua Morales y otros. Excepciones Preliminares. Sentencia de 25 de enero de 1996. Serie C No. 23, párr. 40. Sentencia de fondo y reparaciones del caso "comunidad Mayagna (sumo) awas tingni *vs*. Nicaragua", p. 32.

[106] CorteIDH. Opiniones Consultivas OC 5/85, OC /86, OC 8/87, OC 9/87.

[107] Entre tantos casos suramericanos, Ricardo Canese *vs*. Paraguay, 31.08.2004, Serie C No. 111, párr. 85.

[108] En la expresión de Mireille Delmas-Maty, citada por Burgorgue-Larsen, L., "El papel de la Corte Interamericana de derechos humanos en la creación de una cultura común en materia de derechos fundamentales en América Latina", en Alonso García (ed.), *Hacia una Corte de Justicia Latinoamericana*, Valencia, 2009, p. 141.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

ciedad democrática es utilizado por el Tribunal de San José como estándar para garantizar las mayores posibilidades de contenido de los derechos nucleares del sistema democrático y lo engloba en la noción de orden público democrático.

Se plantea un enfoque que enfatiza los estándares de la CDI como parte de un acervo doctrinal y normativo en progresiva formación, que ha ido moviendo las fronteras para posibilitar una interpretación del sistema constitucional multinivel suramericano en materia de derechos humanos y puesta al servicio de la democracia. El entrelazamiento de órdenes internacional, supranacional y nacional, como advierte Santiago Cantón, no supone bloqueo entre los mismos, sino refuerzo en la protección de los derechos humanos de la región.[109] Se acude a los estándares establecidos por la CorteIDH para concretar la interpretación de la cláusula democrática en el plano regional. Las disposiciones de la Carta tienen la función de ser una especie de "cláusulas de corte transversal" constitucional que permean la totalidad de los órdenes jurídicos, lo cual también postula e incluye el precepto de homogeneidad entre la Carta y las Constituciones nacionales, junto a las Constituciones en sentido material de los modelos de integración, como es el caso del Mercosur.

La obra intenta entretejer los estándares de la Carta, [110] de la jurisprudencia de la CorteIDH, del modelo de integración mercosureño y de la concretización en los órdenes domésticos. Presento el "test de la democracia", integrado por los elementos esenciales de la democracia y los componentes fundamentales para su ejercicio, como el parámetro regional configurado por el consenso ideológico de los Estados miembros de la OEA en torno al alcance del principio. Se le asigna una función tipo paraguas para cubrir el sistema de integración en cuanto a la plena vigencia de la institucionalidad democrática como condición esencial del Mercosur, también conocido como bloque del Cono Sur por aludir a la unión que fundaron Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, países del Sur del Sur.

En segundo lugar se trata de la protección supranacional de la democracia, imbricada en los derechos humanos. En la región se nota, como advierte Néstor Sagüés, "la necesidad de construir un *ius commune* en materia de derechos humanos y de derecho comunitario", en el entendido que el "intérprete inter- o supra nacional, además, puede gozar (aunque no siem-

[109] Cantón, S., "Prevención de la Tortura en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Fortalecimiento de la prevención y prohibición de la tortura*, Buenos Aires, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 2011, p. 71.

[110] Gratius, S., "Diez años de la Carta democrática interamericana", *Papers FRIDE*, Madrid, núm. 61, 2011, p. 2.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

pre) de una cierta presunción de mayor calidad y objetividad que el intérprete nacional, de vez en cuando más comprometido con intereses sectoriales domésticos".[111]

Bajo diversas denominaciones, sea constitucionalismo regional (Flávia Piovesan),[112] constitucionalismo interamericano (Jorge Contese)[113] o *acquis conventionnel* (Humberto Nogueira),[114] por mencionar algunos, la doctrina alude al acervo interamericano contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la CADH, el Protocolo de San Salvador y en los instrumentos complementarios así como en la jurisprudencia de la CorteIDH. Juan Carlos Hitter, al pronunciarse sobre el valor adquirido por el derecho convencional, indica que la Convención Americana sobre Derechos Humanos pone en marcha un "control supranacional" (a través de la Comisión y de la Corte Interamericana) y agrega que "entra en el torrente jurígeno local, y se convierte en derecho positivo, por ejemplo el de rectificación y respuesta (o derecho de réplica), o la doble instancia en los andariveles del derecho criminal".[115]

Carlos Ayala Corao, en alusión al carácter de la Corte Interamericana a partir de sus sentencias, resalta que emanan "de un tribunal internacional o transnacional", "son de obligatorio cumplimiento por los Estados Parte"[116] y "se deben ejecutar directamente por y en el Estado concernido",[117] "evidentemente sin que haga falta para ello ningún procedimiento de pase en

[111] Sagüés, N. P., "El poder constituyente como intérprete de la Constitución", *Pensamiento Constitucional*, Lima, año 16, núm. 16, 2012, pp. 191 y s.

[112] Piovesan, F., "Protección de los derechos sociales en el ámbito global y regional interamericano", en Saiz Arnaiz *et al.* (coords.), *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: un análisis desde la Unión Europea*, Bilbao, 2011, p. 562.

[113] Contesse Singh, J., "Constitucionalismo interamericano: algunas notas sobre las dinámicas de creación e internalización de los derechos humanos", en Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, 2011, p. 251 y ss.

[114] *Cfr.* Nogueira Alcalá, N., "El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno", *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011, pp. 17-76, p. 29.

[115] Hitters, J. C., "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, 2008, pp. 131-156.

[116] Artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes".

[117] Artículo 67.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "El fallo de la Corte será definitivo e inapelable…".

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

el derecho interno o *exequatur*".[118] Desde comienzos del siglo XXI advierte Antônio A. Cançado Trindade la necesidad de tener un claro entendimiento acerca del alcance de las decisiones de la CorteIDH para "construir un *ordre public* interamericano basado en la fiel observancia de los derechos humanos" y afirma que

> el ejercicio de la garantía colectiva por los Estados Partes en la Convención no debería ser sólo reactivo, cuando se produjera el incumplimiento de una sentencia de la Corte, sino también proactivo, en el sentido de que todos los Estados Partes adoptaran previamente *medidas positivas* de protección en conformidad con la normativa de la Convención Americana. Es indudable que una sentencia de la Corte es "cosa juzgada", obligatoria para el Estado demandado en cuestión, pero también es "cosa interpretada", válida *erga omnes partes*, en el sentido de que tiene implicaciones para todos los Estados Partes en la Convención en su deber de prevención.[119]

Parangonando la descripción que hace Herbert Landau del sistema de derechos humanos "continuamente tensado, tejido y reforzado por los actores del derecho constitucional en Europa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y los tribunales constitucionales nacionales",[120] puede afirmarse que existe una progresiva configuración similar de una red de tribunales constitucionales interconectados en el sistema a varios niveles en Suramérica: de los treinta y cinco miembros de la OEA, veintiuno están sometidos a la jurisdicción de la CorteIDH, el Mercosur cuenta con cinco Estados parte como miembros plenos y cinco Estados asociados, a lo que se suman los diez tribunales o salas constitucionales y cortes supremas nacionales. En el caso de Argentina y Brasil se adiciona la jurisdicción de los estados federados o provincias.

Propongo igualmente calificar los tratados relativos a la democracia y los derechos humanos en el Mercosur (Protocolos de Ushuaia y Asunción)

[118] Ayala Corao, C., "La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, año 5, núm. 1, 2007, p. 130.

[119] Presentación del Presidente de la Corte Interamericana de derechos humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA): El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. OEA/Ser.G, CP/doc. 654/02, 17 octubre 2002. Disponible en: *http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/cancado_16_10_02.pdf.*

[120] Landau, H., "El sistema europeo a varios niveles", *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Bogotá, año 18, 2012, pp. 315-332.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

como formando parte del acervo del *ius constitutionale commune* configurado desde el enfoque de nivel complementario. Los Protocolos de Ushuaia y Asunción, el acervo normativo contenido en todos los instrumentos de tipo *soft law* relativos a derechos humanos y el acervo jurisprudencial en estado embrionario del Mercosur son sus componentes principales. Son tratados híbridos porque se refieren a la integración y, a la vez, tienen la función de salvaguardar los derechos y la democracia. De allí que empleo el rótulo de protección cuasi supranacional en el Mercosur, para reiterar que en lo atinente a derechos humanos se incorporan como garantías convencionales y constitucionales simultáneamente, sin necesidad del proceso de trasposición.[121] De ninguna manera se usa el término en la concepción adoptada en otras organizaciones de integración regional en las que se opone supranacionalidad *vs*. intergubernamentalidad.[122]

¿Por qué? Porque existe una laguna doctrinaria y una carencia de sistematización del acervo del *ius constitutionale commune* que ofrece la garantía supranacional de la democracia en Suramérica. Se ofrece un enfoque innovador del sistema multinivel de derechos humanos configurado en la región, en el marco de la permeabilidad constitucional policéntrica que facilita la internacionalización, interamericanización y mercosurización, todo girando en la órbita del fenómeno de la llamada humanización, derivada de la jerarquía que se otorga a los tratados de derechos humanos. Demostrar el impacto de las decisiones de un tribunal como la CorteIDH a favor de la primacía y el efecto directo de las normas internacionales y convencionales, con su soporte de legitimación por el hecho de tener fundamento en normas constitucionales, en especial su acogida por las cortes supremas y tribunales constitucionales, contribuye a pavimentar ese piso del acervo común. Con una postura propositiva, se perfilan las herramientas para llenar el vacío existente en cuanto a los criterios jurídicos de aplicación de la condicionalidad democrática, apuntalando los desarrollos jurisprudenciales que prohiben su erosión.

[121] Bergamaschine Mata Diz, J., "El Sistema de Internalización de normas en el Mercosur: la supranacionalidad plena y la vigencia simultánea", *Ius et Praxis*, Talca, vol. 11, núm. 2, 2005, pp. 227-260.

[122] Fresnedo de Aguirre, C., "Un importante avance en la democratización del proceso decisorio en el Mercosur: El Acuerdo Interinstitucional Consejo Mercado Común - Comisión Parlamentaria Conjunta", *Foro Constitucional Iberoamericano*, Madrid, núm. 4, 2004.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Límites de la investigación

La tesis está limitada al espacio suramericano entendido como subsistema regional distinto[123] y organizado alrededor del Mercosur.[124] En el estudio de la construcción del acervo común democrático se indaga acerca de los avances a partir de la democratización (mediados de la década de los ochenta y los noventa) y, muy especialmente, los aportes al acervo en el nuevo milenio en materia de protección supranacional de la democracia. Ello coincide justamente con el surgimiento de Suramérica como región y espacio de integración, con la promulgación de la Carta Democrática y con la expansión a nivel constitucional del Estado abierto.

Con la finalidad de fortalecer los criterios del escrutinio del test de la democracia, se revisan las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), como órgano jurisdiccional del sistema, sin entrar a considerar los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Un recorrido exhaustivo por toda la jurisprudencia en torno a los ejes temáticos de la protección de la sociedad democrática es una tarea que excede los límites y posibilidades de esta investigación. En tal virtud, se hacen referencias concretas a casos y materias específicas a fin de identificar las tendencias y rasgos convergentes. La valoración de la jurisprudencia del Tribunal de San José parte de su contribución para desestabilizar los regímenes dictatoriales, exigir justicia y poner fin a la impunidad en las transiciones democráticas y, en consonancia con la realidad de la región, demanda actualmente el fortalecimiento democrático, sancionando las violaciones de los derechos de los grupos más vulnerables.

En el ámbito de la integración, la disertación se circunscribe al modelo mercosureño. Esta determinación se fundamenta en la relación entre el proceso de democratización de los países del *cono sur* y la iniciativa integracionista. No interesa a los fines de este trabajo la discusión doctrinaria acerca de la ausencia de estricta supranacionalidad,[125] sino más bien la superación

[123] Para hacer frente a la propuesta de los Estados Unidos de América acerca del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), Brasil lanzó la histórica propuesta, durante los preparativos de la III Cumbre de las Américas de Quebec, de reunir en Brasilia exclusivamente a los Presidentes suramericanos.

[124] Brasil ha impulsado la noción de Suramérica a partir de un nuevo liderazgo. Entre otros, *Cfr.* Pedersen, T., "Cooperative Hegemony: Power, Ideas and Institutions in Regional Integration", *Review of International Studies*, vol. 28, núm. 4, 2002, pp. 677-696; Burges, S. W., *Brazilian Foreign Policy after the Cold War*, Gainesville, 2009, p. 59.

[125] Dreyzin, A., "Las iniciativas de integración: el Mercosur jurídico", *¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, en von Bogdandy *et al* (eds.), Madrid, 2009, p. 485.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

consecutiva de la mera intergubernamentalidad por la vía del *soft law*[126] en vías de un bloque social y político, que por demás, es el primero en aplicar la condicionalidad democrática *de facto* y *de jure*. El Mercosur no escapa al típico fenómeno pendular, ya que ha avanzado en el fortalecimiento de la democracia, pero a la vez da señales negativas de retroceso. La suspensión de Paraguay en 2012 permite examinar este fenómeno.

El propósito del libro es demostrar la construcción del *ius constitutionale commune* para proteger la democracia. Se toma como caso de estudio paradójico a Venezuela debido a la invocación del mecanismo de protección colectiva de la democracia dispuesto en la Carta Democrática Interamericana en 2002, al largo proceso de adhesión al Mercosur basado en el argumento de incumplir la cláusula democrática y también por ser el único país de la región que ha presentado el preaviso de denuncia de la CADH. Venezuela sería la excepción que confirma la regla. Su calificación varía entre *democraduras* o regímenes híbridos. Una razón sustantiva tiene causa en la doctrina soberanista del Tribunal Supremo de Justicia de no ejecutabilidad de los fallos de la CorteIDH así como el reciente preaviso de denuncia de la Convención Americana. Sin duda, Venezuela, en medio de un mosaico normativo complejo, brinda la oportunidad de criticar la situación erosiva de la democracia desde el prisma del constitucionalismo multinivel.

La obra se estructura en tres capítulos. Cada capítulo se divide a su vez en tres partes que tienen idéntico título para mantener el hilo conductor fundado en el *ius constitutionale commune* democrático: primero se hace una reconstrucción retrospectiva a la luz de la democracia, luego se precisa el régimen jurídico y finalmente se estudian los mecanismos de protección.

A partir de la democratización, el constitucionalismo suramericano muestra una doble estatalidad abierta vía derechos humanos e integración por mandato expreso de las Constituciones. El primer capítulo se ocupa de esta temática, resaltando el *novum* suramericano ya que la integración no está centrada en la regulación de las configuraciones institucionales entre las autoridades nacionales y las supranacionales, sino que gira en la órbita de los derechos humanos y converge con la integración económica propiamente dicha (espejo inverso al europeo). Se explora, a la luz de la permeabilidad policéntrica de los órdenes nacionales y a sus múltiples velocidades, la construcción del *ius constitutionale commune* a partir de la apertura.

[126] Caballero Santos, S., "El Mercosur ideacional: un enfoque complementario para la integración regional sudamericana", *Cuadernos de Política Exterior Argentina*, núm. 98, octubre-diciembre de 2009, p. 3.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

En el segundo capítulo se revisan los aportes del sistema interamericano respecto al cambio del paradigma de la promoción al paradigma de la protección colectiva de la democracia. Se describe el régimen normativo y los mecanismos de protección (político y jurisdiccional). Se acude a los estándares de la CorteIDH como criterios explicativos del alcance del test de la democracia comprensivo de los elementos esenciales y los componentes fundamentales del ejercicio democrático (artículos 3o. y 4o. de la CDI). La argumentación está orientada a comprobar la expansión de la jurisprudencia supranacional para proteger contra la erosión de la democracia y se toma como constelación paradigmática la protección de la libertad de expresión. El fenómeno no se mide mediante un criterio meramente cuantitativo, referido únicamente al reducido número de casos particulares (a pesar de su importancia), sino que busca el parámetro cualitativo en tanto se intenta reflejar el impacto en el ámbito estatal en la orientación de leyes, decisiones judiciales, políticas públicas y buenas prácticas en derechos humanos.

El capítulo tercero está dirigido a analizar la creciente construcción del acervo comunitario mercosureño destinado a la protección del *ius constitutionale commune* democrático en su vínculo con los derechos humanos, marcado por su evolución contextual. En el Mercado Común del Sur (Mercosur), creado a través del Tratado de Asunción a comienzos de la década de los noventa, se ha girado hacia la dimensión político-social y se muestra el incuestionable entrelazamiento de la protección de la democracia y los derechos humanos, bajo el supuesto de condición esencial del proceso integracionista y sustento de su legitimidad. Tanto en la ampliación como en la institucionalización se constata el impacto de la condicionalidad, sujeta a tensiones y controversias en el marco del acervo común construido. En este contexto se evalúa el ingreso de Venezuela y la modalidad de sanción en el caso de la suspensión de Paraguay. Se reseña brevemente el estado embrionario del mecanismo de protección jurisdiccional.

La parte conclusiva se dedica al *ius constitutionale commune* democrático y a sus tres desafíos actuales a título de perspectivas futuras.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Capítulo primero

LA ESTATALIDAD ABIERTA COMO *CONDITIO* DE LA PROTECCIÓN SUPRANACIONAL DE LA DEMOCRACIA

Un aspecto central de la investigación consiste en proponer un enfoque renovado acerca de los rasgos propios del fenómeno de la permeabilidad constitucional suramericana, que comprende tanto las cláusulas de apertura en materia de derechos humanos[1] como las habilitaciones constitucionales para la integración económica.[2] *Prima facie*, el constitucionalismo suramericano actual emerge a la inversa que en Europa: cuando en el viejo continente se habla de internacionalización de las Constituciones nacionales se vincula directamente con la "europeización" (*v. g.* integración económica),[3] mientras que en América Latina se identifica con la denominada humanización.[4] Como lo explica categóricamente Laurence Burgorgue-Larsen "en el seno del «Nuevo Mundo», la «internacionalización» de las Constituciones nacionales bien merece su nombre. Se trata de una internacionalización muy específica, ya que el derecho internacional de los derechos humanos encuentra allí un lugar privilegiado".[5]

Dos cambios de paradigma distinguen este proceso de apertura del Estado como son el surgimiento del paradigma del pluralismo normativo[6] y la

[1] Ayala Corao, C., "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias", en Méndez Silva (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, 2002, pp. 37-90.

[2] En relación al Mercosur, Bazán, V., "La integración supranacional y el federalismo en interacción: perspectivas y desafíos", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2009, p. 644.

[3] Huber, P., "Estatalidad abierta: un análisis comparado", *El derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*, Valencia, 2012, en prensa.

[4] Caballero Ochoa, J., "El derecho internacional en la integración constitucional. Elementos para una hermenéutica de los derechos fundamentales", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 6, 2006, pp. 82 y ss.

[5] Burgorgue-Larsen, L., "Les standards: normes imposées ou consenties?", *Annuaire International de Justice Constitutionnelle 2011*, París, 2012.

[6] Entre tantos, Bustos, R., *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, 2012, pp. 13 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

internacionalización entendida como humanización.[7] El primero tiene implicaciones directas en la transformación del concepto clásico de soberanía,[8] la superación de la concepción de un Estado cerrado[9] y su consiguiente pérdida del carácter omnicomprensivo en el ámbito del derecho constitucional. Es un proceso vinculado a la globalización[10] y a la creciente interacción entre el derecho internacional, el supranacional y el constitucional.[11] La Constitución no es la norma suprema única, sino que comparten espacio, en la cúspide de la pirámide normativa, otras disposiciones. Algunos autores, entre ellos Flávia Piovesan, acuden a la figura del trapecio para explicar este fenómeno de achatamiento de la pirámide;[12] otros como Armin von Bogdandy hacen mención de la necesidad de reconfigurar la relación entre el derecho internacional y el derecho interno desde el acoplamiento.[13] César Landa apunta hacia la tesis de la coordinación entre sistemas y parte de la premisa de la ausencia de una relación de jerarquía entre las normas constitucionales y las normas de fuente externa, ya que dicha relación se rige más bien por principios de complementariedad, interconexión, convergencia.[14]

El paradigma de la internacionalización entendida como humanización se ha encauzado tanto por el rango constitucional que se le asigna a los tratados de derechos humanos, su primacía sobre el derecho interno, incluso

[7] Brewer-Carias, A., *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceedings*, Nueva York, 2008, pp. 31 y ss.

[8] *Cfr.* Vásquez, A., "Soberanía, supranacionalidad e integración: la cuestión en los países del Mercosur", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, 2001, p. 234; Häberle, P. y Kotzur, M. (eds.), *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, 2003.

[9] Calliess, C., "60 Jahre Grundgesetz – ein Jubiläum im Lichte der Europäisierung", *AnwBl*, vol. 7, 2009, p. 478.

[10] Carbonell, M., "Globalización y derecho: siete tesis", en Díaz-Müller (coord.), *Globalización y derechos humanos*, México, 2003, pp. 1-16.

[11] Sobre la relación de retroalimentación e intercambio continuos entre los derechos nacionales y el derecho internacional, *Cfr.* Fix-Fierro, H. y López Ayllón, S., "El impacto de la globalización en la reforma del Estado y el derecho en América Latina", *El papel del derecho internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, México, 1997, p. 328; Cançado Trindade, A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XX*, Chile, 2006, p. 315.

[12] Piovesan, F., "Direitos humanos e diálogo entre jurisdições", *Revista Brasileira de Direito Constitucional* (RBDC), núm. 19, 2012, p. 67.

[13] Von Bogdandy, A., *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, 2011, pp. 285 y ss.

[14] Landa, C., *Tribunal constitucional y Estado democrático*, 3a. ed. corregida y aumentada, Lima, 2007, p. 114.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

sobre el derecho constitucional mediante las cláusulas de "prevalencia",[15] así como por la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales a la luz de ese derecho internacional de los derechos humanos.[16] El Estado y la soberanía no desaparecen, sino que se han transformado en conceptos ajustados a los nuevos tiempos.[17] Por tanto, la constelación contemporánea se vincula con las nuevas formas de articulación del espacio político.[18]

En Suramérica, la constitucionalización del derecho internacional y del régimen jurídico interamericano (humanización) al igual que la apertura hacia la integración, como es el caso del Mercosur,[19] ha tenido como telón de fondo la garantía de las jóvenes democracias. En los regímenes autoritarios de las décadas de los sesenta y setenta, las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos (desapariciones forzadas, ejecuciones sumarias, terror de Estado —con el llamado "Plan Cóndor"—) habían dejado profunda huella. La democratización en la década de los ochenta tenía el cometido esencial de salvaguardar la dignidad humana y recuperar los valores democráticos. Se imponía el requerimiento colectivo para fortalecer el Estado de derecho, la institucionalidad democrática y el control en el ejercicio del poder público. Las nuevas Constituciones pretenden recoger la expansión del derecho internacional de los derechos humanos y ese renacimiento de la idea integracionista.

Estos fenómenos encuentran fundamento constitucional en las cláusulas de apertura suramericanas. No obstante, las fórmulas de recepción constitucional son heterogéneas. Por ello cabe preguntarse: ¿puede identificarse en Suramérica un proceso de transformación de las Constituciones que, gracias a la permeabilidad policéntrica y a múltiples velocidades, permite la construcción (no lineal) de un *ius constitutionale commune*? y, en caso afirmativo, ¿qué elementos la caracterizan? La comprensión del Estado abierto

[15] En la calificación de Manuel Góngora Mera. *Cfr*. Gongora Mera, M. E., *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José, 2011, p. 91.

[16] *Cfr*. Capaldo, G. *et al*., *Internacionalización del derecho constitucional-constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, 2012 (en prensa).

[17] Desde hace más de un década la doctrina alemana se refiere a una situación "flotante" de la soberanía. *Cfr*. Di Fabio, U., *Das Recht offener Staaten*, Tubinga, 1998, p. 94; Oeter, S., "Souveränität – ein überholtes Konzept?" , *Festschrift H. Steinberger*, 2002, pp. 259 y ss.

[18] Bayón, J., "Ciudadanía, soberanía y democracia en el proceso de integración europea", disponible en: *http://www2.uah.es/filder//ciudadania-soberaniaydemocracia.pdf*.

[19] Perotti, A., "El principio de primacía del derecho del Mercosur en las tres primeras opiniones consultivas del Tribunal Permanente de Revisión", en Ulate Chacón (ed.), *Derecho internacional, derecho comunitario y derechos humanos. Homenaje al Profesor Doctor José Luis Molina Quesada*, San José, 2009, pp. 291-316.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

trae consigo examinar la configuración convergente y progresiva del constitucionalismo garantista de los derechos humanos y de la integración, no sólo como fin del Estado a favor de la cooperación internacional, sino como miembro de la comunidad internacional que se somete a ella en la evolución de un orden jurídico respetuoso de la dignidad humana, con una aproximación constitucional del derecho internacional.[20]

Los diez países objetos de estudio, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, son exponentes de una estatalidad abierta en sentido doble, pues comprende los derechos humanos y la integración regional. El objetivo principal es analizar, sin pretensión de exhaustividad, el alcance de la doble apertura así como los mecanismos adoptados para garantizar la democracia y los derechos humanos, desde una aproximación multinivel de protección de los derechos,[21] que ha ido configurando un *ius constitutionale commune*. El capítulo consta de tres partes: la parte I está dedicada a la contextualización delimitada en tres hitos o momentos específicos que reflejan una cierta estatalidad abierta y la conceptualización, con el propósito de perfilar la noción germánica de estatalidad abierta, dejando acotados los cambios de paradigmas en Suramérica; la parte II se ocupa de la constitucionalización a partir de la categorización de las diez Constituciones en función de la temporalidad según se promulgaran a finales del siglo XX o en el nuevo milenio; finalmente, la parte III tiene por objeto examinar los mecanismos de protección desarrollados gracias a la permeabilidad constitucional.

I. La estatalidad abierta a la luz de la democracia

1. *Contextualización retrospectiva*

Una mirada hacia la historia constitucional latinoamericana permite encontrar un hallazgo de recepción del derecho internacional en las primeras Constituciones. Sin explorar la evolución constitucional del subcontinente, la cual traspasa los límites de esta investigación, considero esencial delinear tres hitos de apertura del orden constitucional que los sistematizo en "pos": pos independencia, pos 48 y pos democratización.

[20] En el ámbito del derecho internacional público se conoce como la llama constitucionalización del derecho internacional. *Cfr*. Klabbers, J. *et al.*, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, 2009.

[21] Un enfoque actual referido al contexto europeo pero con citas al modelo latinoamericano, *Cfr*. Jimena Quesada, L., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Pamplona, 2013, pp. 63 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

A. *Pos independencia*

Las ideas que gestaron la Independencia[22] tenían marcada influencia de las Declaraciones de las colonias americanas y las primeras enmiendas a la Constitución de 1787 de los Estados Unidos de América,[23] así como de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, producto de la Revolución Francesa.[24] Un ejemplo simbólico está representado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano en la Constitución de Venezuela de 1811[25] y otro en la Constitución de Cundinamarca, región colombiana, también de 1811.[26] Este texto constitucional estableció la protección judicial de los derechos fundamentales y algunos mecanismos básicos de justicia constitucional, tales como el control judicial de la supremacía constitucional y la acción popular de inconstitucionalidad.[27]

La Constitución de 1811, bajo el epígrafe *Derechos del hombre en sociedad*, recoge y amplía los derechos fundamentales que ya habían sido reconocidos por el Congreso General de Venezuela en la "Declaración de Derechos del Pueblo" del 1o. de julio de 1811: la libertad, igualdad, propiedad y seguridad. Según el artículo 156, la seguridad existe en la garantía y protección que da la sociedad a cada uno de sus miembros sobre la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades. Entendido el objeto de la sociedad como la felicidad común, disponía que los gobiernos se instituyeran para asegurar al hombre en ella, protegiendo la mejora y perfección de sus facultades físicas y morales, aumentando la esfera de sus goces, y pro-

[22] Hay autores que afirman que el recurso a elementos exógenos ya existía en las colonias. *Cfr*. Cardoso, G., "O direito comparado na jurisdição constitucional", *Rev. direito GV* , São Paulo, vol. 6, núm. 2, 2010, pp. 469-492, p. 471.

[23] Ramacciotti, B., *Democracia y derecho internacional en las Américas*, Argentina, 2009, p. 45.

[24] Reichardt, R., *La Revolución Francesa y la cultura democrática: La sangre de la libertad*, Madrid, 2002; Brewer-Carías, A., *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Caracas, 1992.

[25] Brewer-Carías, A., "Las Declaraciones de derechos del pueblo y del hombre de 1811", *Colección de estudios*, Caracas, núm. 93, 2011.

[26] Vanegas, I., la reivindica como primera Constitución del mundo hispánico (30 de marzo de 1811). *Cfr*. Vanegas, I., "La Constitución de Cundinamarca: primera del mundo hispánico", *Revista Historia Constitucional*, núm. 12, 2011, pp. 257-279, p. 264.

[27] Artículo 9 del Título I: "Habrá un Senado de censura y protección, compuesto de un presidente, que lo será el vicepresidente de la Representación Nacional, y cuatro miembros, para sostener esta Constitución y los derechos del pueblo, a fin de que de oficio o requerido por cualquier ciudadano, reclame cualquiera infracción o usurpación de todos o cada uno de los tres poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial que sea contra el tenor de la Constitución". *Cfr*. Restrepo Piedrahita, C., *Tres ideas constitucionales: supremacía de la Constitución, Corte Constitucional, el* Ombudsman, Bogotá, 1978, pp. 15-20.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

curándoles el más justo y honesto ejercicio de sus derechos (artículo 151). A nivel formal, se incluyó la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, la no discriminación, la irretroactividad de las leyes, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y al debido proceso, la libre manifestación del pensamiento, la inviolabilidad del hogar y de la correspondencia privada, la libertad de reclamar ante las autoridades, el principio de legalidad de los tributos y el principio de legalidad penal. Respecto a la igualdad, rezaba que la "ley sea una misma para todos los ciudadanos, sea que castigue o que proteja. Ella no reconoce distinción de nacimiento, ni herencia de poderes (artículo 154). La prohibición de la tortura y las penas infamantes iba seguida del "verdadero designio de los castigos es corregir y no la exterminación del género humano" (artículo 171).

No sólo el pensamiento liberal democrático heredado de las revoluciones americana y la francesa penetró el constitucionalismo de la región, sino también lo hizo la Constitución de Cádiz de 1812,[28] con aportes como la elección de autoridades locales y la libertad de imprenta.[29] Incluso las otras Constituciones emergentes en el Subcontinente ejercieron recíprocas influencias entre sí.[30] Este germen de apertura se constata igualmente en la adopción, muy temprana, de la cláusula de los derechos innominados o implícitos en Argentina, que permitía "ampliar el catálogo de los derechos fundamentales y reconocer como *constitucionales* a otros derechos no contemplados en el momento del parto de la Constitución".[31]

[28] *Cfr*. Gross Espiel, H., "La Constitución de Cádiz de 1812, la constitución del reino de Portugal de 1822, la constitución del Imperio del Brasil de 1824 y la Constitución Argentina de 1826 como precedentes de la Constitución Uruguaya de 1830", *La Constitución de Cádiz de 1812. Hacia los orígenes del constitucionalismo Iberoamericano y Latino*; Aguiar Aranguren, A., "La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz". Presentación de la obra "La Constitución de Cádiz de 1812. Hacia los orígenes del constitucionalismo iberoamericano y latino", Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, p. 15.

[29] *Cfr*. Landa, C., "El rol de la Constitución de Cádiz en la gestación de la independencia del Perú", *Historia constitucional*, núm. 13, 2012, pp. 315-337.

[30] Se reconoce que la Constitución de las provincias Unidas del Río de La Plata de 1826, la Constitución de Uruguay de 1830 y la Constitución de Chile de 1833 muestran influencias recíprocas. *Cfr*. Dalla Via, A., "La Constitución de Cádiz de 1812: un antecedente indirecto de la Constitución Nacional Argentina", *Revista Jurídica UCES*, Argentina, núm. 13, 2009, p. 232.

[31] Plan de una Constitución liberal federativa para las Provincias Unidas de la América del Sur (Proyecto Federal de 1813). Respecto al origen de la cláusula de derechos implícitos en la Constitución de 1856/30, Néstor Pedro Sagüés afirma que de la voluntad del constituyente se desprende que comprendía los derechos naturales de las personas y de los pueblos, superiores a cualquier Constitución positiva. *Cfr*. Sagüés, N. "Constitución Nacional. Derechos no enumerados", *Enciclopedia jurídica Omeba*, Apéndice V, Buenos Aires, 1986, pp. 33 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Los hechos históricos avalan matices diferentes entre el constitucionalismo neogranadino del Norte de Suramérica (1811-1812) y los seguidores de la Constitución de Cádiz de 1812. Al primero se le atribuye un discurso de mayor diferenciación con el antiguo régimen, inspirado en una pretendida ruptura ideológica, mientras los segundos preservaban la monarquía, lo que *per se* generaba la gran diferencia.[32] Ello se vincula con el origen de la apertura en el ideario bolivariano de la integración. Simón Bolívar, reconocido como protagonista mayúsculo de la idea de unidad expresada en su concepción de la "América Meridional", expresa sus aportes tempranamente en la Carta de Jamaica de 1815.[33] Esbozó tres distintos espacios geográficos, que se correspondían con México y Centroamérica, el norte de Suramérica y el Sur de Suramérica. La doctrina comenta que las unidades políticas creadas por el sistema colonial, especialmente en el caso de las provincias españolas en América Central y América del Sur (bifurcada en su Norte y en su Sur), recogidas en esa visión de Bolívar, son muy relevantes para entender la cooperación regional multilateral en la región hasta nuestros días.[34]

Suramérica es un emporio de experiencias interesantes en la conformación de las nacientes Repúblicas a principios del siglo XIX en el ámbito de las "leyes". Como destaca M. J. Cepeda, el apego a la ley en Colombia encuentra sus raíces en esa época. Entre los momentos calificados como hitos en los orígenes de la independencia se ubican el "memorial de agravios", la traducción de los derechos del hombre y del ciudadano efectuada por el precursor Antonio Nariño y la traducción de las Constituciones francesas.

Uno de los primeros acuerdos humanitarios en la historia de occidente fue el suscrito en Colombia (Tratado de Regularización de la Guerra firmado en Trujillo, Venezuela, el 26 de noviembre de 1820, entre los "Gobiernos de Colombia y España" por Bolívar y el pacificador Morillo). El legado de Francisco de Paula Santander, conocido como el "hombre de las leyes", que en su tiempo aseveró: "si las armas os han dado la independencia, las leyes

[32] Botero Bernal, A., "Los antecedentes del primer constitucionalismo antioqueño (elementos para comprender el proceso constitucional hispanoamericano)", *Historia Constitucional*, Madrid, núm. 7, 2006, pp. 117 y s.

[33] En 1815 se le atribuye a la Carta de Jamaica un proyecto confederal. *Cfr.* Rojas, R., *Historiografía y política sobre el tema bolivariano*, Barquisimeto, 1999, pp. 29 y ss.

[34] Ribeiro Hoffmann, A., "Latin American states cooperation at the United Nations General Assembly: One for all and all for one?", *Ponencia en la British International Studies Association (BISA)*, Edimburgo, 2012, p. 3.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

os darán la libertad", frase que preside la entrada al Palacio de Justicia donde sesionan las Altas Cortes.[35]

Simón Bolívar fue el creador de la Gran Colombia en 1821 (integrando Nueva Granada, Venezuela, Ecuador y Panamá) y su propuesta de Confederación de 1826 marcó un hito histórico.[36] El pensamiento cardinal de la unión y Confederación propuesto por Simón Bolívar en el Tratado de Unión, Liga y Confederación de 1826,[37] fue concebido como un pacto más allá de la solidaridad defensiva y ofensiva para salvaguardar la soberanía e independencia, pues abarcaba una unión y compromiso de paz conjunta.[38] Esta unión se pronunció sobre la abolición del tráfico de esclavos de África,[39] pero además definió *in nuce* el concepto de una ciudadanía continental y una cláusula de condicionalidad para la permanencia en la unión, sujeta a la forma de gobierno republicano y democrático, como reacción a la dominación de la corona.[40] Si bien la integración proclamada en esa época no logró concretarse, el Congreso de Panamá es definido como un momento notable hacia la formación simbólica de una identidad subcontinental al estilo de un nacionalismo latinoamericano.[41]

Un hecho interesante a destacar es la singularidad de la transición de Brasil de la colonia, al imperio y a la República, que comenzó en 1822 y concluyó casi a fines de siglo.[42] Brasil, al separarse de Portugal en 1822, mantuvo un sistema monárquico incluso luego de la abolición del imperio

[35] Cepeda, M. J., "La defensa judicial de la Constitución: la gran fortaleza colombiana", en Cepeda Ulloa (ed.), Bogotá, *Fortalezas de Colombia*, 2004.

[36] Turner Morales, J., "Bolívar en la historia y el destino de América Latina", en Oropeza García, Arturo (coord.), *Latinoamérica frene al espejo de su integración 1810-2010*, México, 2010, p. 72.

[37] Calificado como un antecedente emblemático del derecho de gentes de América. Darío López, R., *Bolívar y el derecho de gentes*, Repertorio histórico de la Academia Antioquena de historia, año 1987, vol. 38, núm. 250. Disponible en: *http://biblioteca-virtual-antioquia.udea.edu.co/pdf/11/11_457851946.pdf*.

[38] Silva Otero, A., *El Congreso de Panamá*, 1960, p. 35 y ss.

[39] De la Reza, G., *El Congreso de Panamá de 1826 y otros ensayos de integración latinoamericana*, México, 2006, p. 83; Salvioli, F., "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos", *Revista IIDH*, Costa Rica, vol. 39, 2004, p. 101.

[40] Ramacciotti, B., *Democracia y derecho internacional en las Américas*, Argentina, 2009, p. 73.

[41] Nohlen, D., "Caudillismo, nación e integración", en von Bogdandy *et al.* (eds.), *¿Integración sudamericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, 2009, pp. 35-45.

[42] *Cfr.* Figuereido, M., "Transição do Brasil Império à República Velha", *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 13, núm. 26, segundo semestre de 2011, pp. 119-145.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

en 1889 y fue en 1891 cuando adoptó una Constitución republicana, cuando siguió predominantemente el constitucionalismo norteamericano. Los propios precursores de la independencia,[43] bajo una concepción confederativa, sugerían una unión basada en los vínculos de la sangre, relaciones, leyes, costumbres y religión, para todas las naciones que antes formaban parte de los dominios de España en el Nuevo Mundo, excluyendo a Brasil.[44]

Sin dejar de lado la concepción de soberanía de la época, se pueden citar otras iniciativas de integración como la Unión Internacional de las Repúblicas Americanas, que tuvo su nacimiento en 1890, en Washington, durante la primera Conferencia Internacional Americana con la participación de dieciocho Estados americanos, así como su posterior transformación en 1910 en la Unión Panamericana, en la IV Conferencia Interamericana realizada en Buenos Aires. Los caudillismos y las fricciones con los Estados Unidos y Europa marcaron la etapa del panamericanismo, más bien centrada en la búsqueda de estabilidad, seguridad y cooperación hemisféricas.[45] Existían declaraciones multilaterales en las que el paradigma democrático se dibujaba, en el marco de la solidaridad continental, como causa común y fundamento político (1936)[46] y como propósito (1938),[47] incluyendo una propuesta para otorgar reconocimiento sólo a los gobiernos democráticos y se sembró el germen de un nuevo alcance de la democracia moderna, destacando que un plan político no sería suficiente, sino que requiere "más amplias realizaciones" (1945).[48] Sustentado en la doctrina de seguridad he-

[43] El Proyecto de Colombia como gran república confederada hispanoamericana que surgiría de la derrota del imperio español de Francisco de Miranda influye en Bolívar, quien lo asume como un principio rector para la acción emancipadora. *Cfr*. Picón Salas, M., *Miranda*, 1972, p. 38; Rumazo González, A., *8 grandes Biografías. Cumaná: Ediciones de la Gobernación del Estado Sucre*, 2001, t. II.

[44] Monteagudo, B., *Ensayo sobre la necesidad de una Federación General entre los Estados Hispanoamericanos y plan de su organización*, Lima, 1825, citado por Arumburu, E., "Historical Perspective. The Evolution of Mercosur in a South American Integration", *Pace International Law Review*, vol. 13, 2001, p. 186.

[45] Las tres etapas básicas se sintetizan en la latinoamericana (1826-1880), panamericana (1889-1930) e interamericana a partir de 1948. *Cfr*. Vera-Fluixá, Ramiro Xavier, "Principios de Integración Regional en América Latina" y su análisis comparativo con la Unión Europea, *Discussion Paper C 73*, *Zentrum für Europäische Integrationsforschung*, Bonn, 2000, pp. 1-83, pp. 6 y ss.

[46] Declaración de Buenos Aires de 1936.

[47] Declaración de Lima de 1938.

[48] La Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y la Paz realizada en México en 1945 dejaron huella al referirse al Estado como principal del derecho internacional, pero mencionarse la existencia de otro: "un sujeto último aunque indirecto del derecho internacional, y en verdad de todo derecho: el hombre, que necesita amparo y elevar su nivel

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

misférica se enuncia en el Preámbulo del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), el concepto de "efectividad de la democracia".[49] El TIAR tenía por finalidad asegurar la legítima defensa colectiva ante un eventual ataque de una potencia de otra región y decidir acciones conjuntas en caso de un conflicto entre dos Estados partes del Tratado. El valor declarativo de estos instrumentos internacionales no se materializó en normas y prácticas concretas, sino quedaron a nivel programático.

B. *Pos 48*

La posguerra hizo girar completamente la mirada hacia la protección de los derechos humanos y en la región suramericana también tuvo gran impacto.[50] A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948 comienza a desarrollarse el derecho internacional de los derechos humanos con el carácter axiológico previsto desde el primer considerando de su preámbulo como es "que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana", se dan los pasos para reconocer la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos garantizada por tratados internacionales que reflejan la consciencia ética contemporánea compartida por los Estados por asegurar un "mínimo ético irreductible".[51]

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH) también emergió en ese marco. Se trató de un documento único por ser el primero a nivel internacional que enumeró los derechos humanos universales y proclamó la necesidad de proteger esos derechos (abril 1948), en el que los Estados reconocen tanto los derechos humanos como

de vida". Discurso del Excmo. señor doctor Adolfo Varela, presidente de la Delegación del Uruguay (22 de febrero de 1945)".

[49] En la Conferencia Interamericana de Río de Janeiro en 1947 se abordó el tema del Mantenimiento de la Paz y la Seguridad del Continente, apenas terminando la Segunda Guerra Mundial y comenzando a gestarse la Guerra Fría. El TIAR destacaba en su Preámbulo "la efectividad de la democracia, para la realización internacional de la justicia y de la seguridad".

[50] Pizzolo, C., "La fase descendente del derecho constitucional transnacional. La constitución frente a la integración supranacional y el derecho internacional de los derechos humanos", en Capaldo *et al.*, *Internacionalización del Derecho Constitucional-Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, 2012 (en prensa).

[51] Piovesan, F., "El derecho internacional de los derechos humanos y el acceso a la justicia en el ámbito interno y en el ámbito internacional", *Políticas Públicas de Derechos Humanos en el Mercosur*, Montevideo, vol. 1, 2004, p. 81.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

los deberes que los individuos tienen con la sociedad (a diferencia de su homóloga en las Naciones Unidas, la DUDH) y se instituye una "cláusula de limitación general", que dispone que los derechos de cada persona están necesariamente limitados por los derechos de las otras, por la seguridad de todos y por las justas demandas del bienestar general en una sociedad democrática.[52]

Construir una paz fecunda y duradera era un *leitmotiv* también en América, y la gestación de instrumentos que lo regularan tomó su tiempo. Como anticipo en este capítulo a la ruta seguida por el sistema interamericano, puede identificarse un largo ciclo que abarca desde 1945 hasta 1969. Una sinopsis de los pasos importantes se puede representar, en orden consecutivo, con cuatro manifestaciones: la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y la Paz, reunida en Chapultepec, México, del 21 de febrero al 8 de marzo de 1945, origen de las preocupaciones por la tutela convencional de los derechos humanos, que expresaba la voluntad de adherirse a los principios consagrados en el derecho internacional para la salvaguardia de los derechos esenciales del hombre y pronunciarse en favor de un sistema de protección internacional de los mismos; en la Novena Conferencia Interamericana, celebrada en Bogotá, en 1948, se rubrican tres instrumentos propiamente fundacionales, como fueron la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, precursora a la universal, y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales; en 1959, con el establecimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante una Resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile;[53] finalmente, en 1969 se adopta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, luego de diversas propuestas, sin duda más atrevidas en lo relativo a los derechos sociales. [54]

[52] *Cfr.* Salvioli, F., "El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la Protección Internacional de los Derechos Humanos", *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Memorias del Seminario, México, 2003, pp. 679-696; Cançado Trindade, A., "The Inter-American system of protection of Human Rights: the developing Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights (1982-2005)", en Gómez y Koen de Feyter (eds.), *International protection of Human Rights: Achievements and Challenges*, Bilbao, 2006, p. 491.

[53] La presencia de la Comisión en la Carta de la OEA se produjo con el Protocolo de Reformas de 1967. *Cfr.* Faúndez Ledesma, H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José, 2004, pp. 34 y ss.

[54] *Cfr.* Proyecto del Consejo de Jurisconsultos, Capítulo II, Parte I, sobre derechos económicos, sociales y culturales (artículos 20-33).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Si bien la Carta de la OEA de 1948 reconoce a la democracia representativa como el sistema político deseable para el Continente y el escenario mundial se movía en la órbita del internacionalismo y el pacifismo, el pos 48 mostraba un panorama de gobiernos dictatoriales en la región y la participación en la OEA no tenía implicaciones en la realidad constitucional de los países. El valor declarativo de los instrumentos internacionales no se materializó en normas y prácticas concretas, sino que quedaron a nivel programático. Entre los factores estructurales de este escaso impacto de la internacionalización de los derechos humanos en las Constituciones se encuentra la concepción legocentrista,[55] en la que la Constitución mantenía un carácter meramente político (Constituciones de papel) y los derechos establecidos carecían de valor jurídico. Algunos países suscriben los instrumentos internacionales de protección de los derechos, pero, paradójicamente, incurren en mayores violaciones.[56]

Un dato de derecho comparado relevante es la percolación que la Declaración Universal tuvo décadas más tarde en las Constituciones portuguesa y española de 1976 y 1978, respectivamente, cuando estos países retornaron a la democracia y ello a su vez influyó en las Constituciones latinoamericanas dictadas con la ola democratizadora.[57] La influencia de las Constituciones de Portugal y España se percibe en el auge de la cláusula de interpretación conforme. Como advierte Eduardo Ferrer Mac-Gregor, esta cláusula se perfila como un proceso interpretativo de armonización que tiene por objeto inaplicar el orden supranacional en el caso de que la norma de carácter nacional tenga un alcance protector mayor, de conformidad con el principio *pro persona* y derivado de la obligación general de respetar los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales.[58]

[55] *Cfr*. García Jaramillo, L., "El determinante influjo de la filosofía del derecho y la investigación sociojurídica en la enseñanza del derecho en Colombia", *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos*, vol. 2, núm. 2, julio-diciembre de 2006, pp. 11-41, p. 15.

[56] Por ejemplo de Colombia, donde la incorporación formal de los tratados no coadyuvó por sí misma a la protección de los derechos. *Cfr*. López-Medina, D. E. y Sánchez Mejía, A. L., "La armonización del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho penal colombiano", *Int. Law Rev. Colomb. Derecho Int. ildi Bogotá*, núm. 12, edición especial 2008, pp. 317-352, p. 325; Ortíz Gutiérrez, J. C., "La evolución político-constitucional de la República de Colombia 1976-2005", *Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 2, 2008, pp. 247-300, p. 261.

[57] Galván Bautista, L., *Proyección internacional de los derechos fundamentales (la cláusula de apertura constitucional)*, Salamanca, 2008, pp. 45 y ss.

[58] Ferrer Mac- Gregor, E., "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez Mexicano", *Estudios Constitucionales*, Chile, año 9, núm. 2, 2011, p. 550.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

La Constitución de Portugal de 1976 regula que los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deberán ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (artículo 16.2) y en la doctrina se la ha atribuido un carácter bastante amplio.[59] De similar tenor es la Constitución de España de 1978, que codifica la cláusula de interpretación conforme.[60] Su influencia quedó recogida en las Constituciones de Suramérica como uno de los mecanismos más efectivos de armonización entre el derecho internacional y el derecho interno.[61]

El rechazo al nacionalismo como denominador común en la constitucionalización de los Estados europeos en la posguerra,[62] trajo consigo nuevas Constituciones (Francia, Italia, Alemania) que marcaron el abandono de la visión rígida de la soberanía estatal y la consiguiente apertura hacia el derecho internacional,[63] también estipulada en la Constitución española de 1978.[64] Algunas Constituciones en Suramérica anclaron los cimientos de la integración, sin transferencia de competencias, como fue por ejemplo el artículo 108 de la Constitución venezolana de 1961, alusivo a favorecer la integración económica latinoamericana.

Comparto con Osvaldo Saldías que las premisas para el funcionamiento de los esquemas de integración en la década de los sesenta y setenta obedecían a la corriente de pensamiento económico cepalista (originario de las

[59] Miranda, J., *Manual de direito constitucional*, Coimbra, 1993, t. IV, p. 128; Gomes Canotilho, J., *Direito constitucional*, Coimbra, 1995, pp. 497 y ss.

[60] Un completo análisis puede verse en Saiz Arnaiz, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, 1999, pp. 628 y ss.

[61] Entre las predecesoras a la nueva oleada del siglo XXI se cuentan el artículo 93 de la Constitución colombiana y la cuarta disposición transitoria de la Constitución peruana. *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, E., "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en Carbonell y Salazar (coords.), *Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*, México, 2011, pp. 339-429.

[62] Entre las más prolongadas y graves Alemania, España, Grecia, Italia y Portugal, mientras Francia fue más breve. *Cfr.* Rubio Llorente, F. y Daranas Peláez, M., *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Barcelona, 1997, p. XII.

[63] En la doctrina alemana se asocia la opción por un Estado abierto con el código genético de la Ley Fundamental (Grundgesetz). *Cfr.* Rensmann, T., "Die Genese des ‚offenen Verfassungsstaats' 1948-49", en Giegerich (ed.), *Der offene Verfassungsstaat" des Grundgesetzes nach 60 Jahren. Anspruch und Wirklichkeit einer großen Errungenschaft*, Berlín, 2010, p. 37 y ss; López Castillo, A., *Constitución e integración*, Madrid, 1996, pp. 68 y ss.

[64] Entre la abundante literatura, véase Cruz Villalón (coord.), *Hacia la europeización de la Constitución española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Bilbao, 2006.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

ideas de Raúl Prebisch y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL), sin influjo de la perspectiva jurídica, regidos por un marco técnico-económico, bajo la prevalencia de la diplomacia de la "altas cumbres" y profundamente impregnado del "concertacionismo". Una vez creado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y dictada su primera sentencia, que acoge las doctrinas europeas de supremacía y efecto directo, la construcción jurídica y jurisprudencial empieza a tener un cierto papel.[65]

C. *Pos democratización*

A la existencia de un mundo *uni-multipolar hibrid* posguerra fría puede decirse que le acompaña *mutatis mutandi* una "uni-multi-Suramérica compleja", pues la coyuntura del declive de la confrontación Este-Oeste conlleva a adoptar en el plano regional importantes instrumentos jurídicos prodemocráticos.[66] Gracias al proceso de democratización, la permeabilidad fue la opción consciente y deliberada de los constituyentes nacionales en las cartas fundamentales de los últimos años del siglo XX y la primera década del siglo XXI en doble vía: una para incorporar al derecho constitucional los atributos y garantías de los derechos asegurados por el derecho internacional convencional de los derechos humanos como estándar mínimo de los ordenamientos jurídicos nacionales y otra para regular la participación en la integración, que en el caso de análisis es la suramericana.

Esta vinculación de la permeabilidad con la democratización había andado un largo camino. A fines de la década de los setenta entra en vigencia la Convención Americana de Derechos Humanos (1978) y el sistema interamericano emerge, paradójicamente, en un entorno de marcado autoritarismo, desigualdad social y carencia de una cultura garantista de la tríada democracia, Estado de derecho y derechos humanos. La paradoja histórica arrojó que así como el desafío de la pos guerra era la internacionalización de los derechos humanos como herramienta fundamental para desterrar los

[65] Saldías, O., "Libre circulación de personas y la autonomía del orden jurídico de la Comunidad Andina", *La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica: Modelos comparados. Unión Europea, Mercosur*, Pamplona, 2012, pp. 191 y ss.

[66] En 1985 se aprobó el "Protocolo de Cartagena de Indias", enmendando la Carta de la OEA e incorporando avances respecto a la democracia representativa y a las instituciones democráticas. En el Preámbulo se añadió el siguiente párrafo: "Cierto que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región". Por otro lado, se incluyó como nuevo propósito de la Organización, el relativo a "Promover y consolidar a democracia representativa dentro del principio de no-intervención".

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

genocidios, el desafío contemporáneo era la constitucionalización de los derechos universales "como la única forma de hacerlos efectivos en el ámbito interno".[67]

Entre 1959 y 1979 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) era el único órgano especializado del sistema que enfrentaba las violaciones graves y masivas a los derechos humanos, fundamentalmente ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y torturas mientras los Estados cuestionados por estas prácticas intentaban frecuentemente poner en tela de juicio la legitimidad de la Comisión para preparar informes y resoluciones al respecto.[68] El proceso de democratización en Suramérica en la década de los ochenta favoreció no sólo la ratificación de la Convención Americana[69] y el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,[70] sino también la incorporación de los instrumentos internacionales de protección de los derechos para dar respuesta y ser contrapunto de las violaciones sistemáticas ocurridas bajo las dictaduras con el apoyo de los Estados Unidos de América.[71] Este hecho fue reconocido públicamente por el presidente Bill Clinton y pidió disculpas por el apoyo a gobiernos dictatoriales en América Latina.[72]

El efecto dominó que generó la democratización significaba, asimismo, comenzar a salir de la llamada "década perdida" de la década de los ochenta y recuperar la credibilidad de la región a nivel internacional, reposicionando los esquemas integracionistas (ALADI o el Pacto Andino)[73] y haciéndose escenario de grandes transformaciones como la creación del Mercosur

[67] Abregú, M., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, una introducción*, Buenos Aires, 1997, pp. 3-32, p. 5.

[68] González, F., "El sistema interamericano de derechos humanos y su eficacia. Evaluación y perspectivas futuras", *Estudios básicos de derechos humanos*, San José, 1996, t. IV, pp. 437 y ss.

[69] Argentina en 1984, Uruguay en 1985, Paraguay en 1989, Chile en 1990 y Brasil en 1992.

[70] Argentina, Uruguay y Chile reconocieron la competencia de la CorteIDH simultáneamente con la ratificación de la CADH, en cambio Paraguay lo hizo en 1993 y Brasil en 1998, cuatro y seis años más tarde, respectivamente.

[71] Una descripción del contexto de una historia de autoritarismo estatal y social en el que surge el SIDH (y se mantiene) la región, en Medina Quiroga, C., "Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana", *Anuario de Derechos Humanos*, Chile, 2009, pp. 15-34.

[72] Hazan, P., "Measuring the impact of punishment and forgiveness: a Framework for evaluating transitional justice", *International Review of the Red Cross*, vol. 88, núm. 861, marzo de 2006, p. 24.

[73] Tirado Mejía, Álvaro, *Integración y democracia en América Latina y el Caribe*, Argentina, 1997, p. 32.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

(1991) y el nacimiento de la Comunidad Andina (1996), descansando la integración en los principios democráticos y de respeto de los derechos humanos.[74] En este nuevo rumbo del constitucionalismo democrático,[75] se incorporan, además, normas para regular la transferencia de competencias a organizaciones supranacionales, así como la primacía y el efecto directo del derecho de la integración. Todo ello revela el envolvimiento de la región, no sólo en el fenómeno de la globalización,[76] sino también en sus procesos concurrentes de democratización, junto a la internacionalización, constitucionalización y judicialización.[77]

2. *Conceptualización: la doble estatalidad abierta*

En la doctrina suramericana se ha abordado el fenómeno de la internacionalización del derecho constitucional bajo la perspectiva de las cláusulas de apertura (también llamadas cláusulas de reenvío)[78] y más bien delimitado a los derechos humanos.[79] Hasta ahora, un sector de la doctrina se ha apoyado en la noción häberliana de "Estado constitucional cooperativo" para explicar que el Estado ya no está centrado en torno a sí mismo, sino estrechamente vinculado con otros Estados constitucionales miembros de una comunidad, en la que adquieren gran relevancia los derechos humanos y fundamentales.[80]

[74] Casal, J. M., "Desafíos de los procesos de integración en materia de derechos humanos", *Cuadernos de Integración Andina*, núm. 15, pp. 13 y s.

[75] Para el periodo que abarca la promulgación de los nuevos textos constitucionales, véase, Nogueira, H., *La evolución político constitucional de América del Sur 1976-2005*, Chile, 2009.

[76] Pisarello, G., "Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico", en Carbonell y Vázquez (comps.), *Estado constitucional y globalización*, México, 2001, pp. 352 y s.

[77] Del Toro Huerta, M., "La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 38, núm. 112, enero-abril de 2005, pp. 325-363.

[78] Interesante resulta que la Corte Internacional de Justicia en el caso de las plantas de celulosas sobre el río Uruguay, alude a las cláusulas de reenvío. CIJ, Sentencia de 20 de abril de 2010, Argentina *vs*. Uruguay, párr. 53 y ss. Disponible en: *http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/CPyD/file/sentencia_2010%20(2).pdf.*

[79] Entre tantos, Uprimny, R., "El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal", en O'Donnell *et al*. (comps.), *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Bogotá, Oficina Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos y de Justicia, 2001.

[80] *Cfr*. Häberle, P., *El Estado constitucional*, trad. de H. Fix-Fierro, México, 2003, p. 75-77. La obra del profesor Häberle ha sido traducida al español y ha encontrado eco en la región. Entre otras traducciones figuran Häberle, P., *La libertad fundamental en el Estado constitucional*,

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Recientemente el fenómeno se vincula con el neoconstitucionalismo. Se sostiene que "el neoconstitucionalismo" sirve de marco al fenómeno de la internacionalización del derecho constitucional en América Latina ocurrido con las transformaciones constitucionales,[81] sustentadas en los postulados doctrinarios emergidos en Italia y gracias a los aportes sobre la interpretación constitucional provenientes de Dworkin, Alexy, Zagrebelsky y Nino.[82]

A. *Potencial del concepto de estatalidad abierta*

En este estudio propongo analizar el fenómeno de la estatalidad abierta (*offene Staatlichkeit*), partiendo del concepto jurídico-institucional de típico cuño germánico de estatalidad (*Staatlichkeit*), bajo su construcción en el contexto integrado, debido al potencial e impacto que esta constelación abre en el debate suramericano como condición necesaria de la supranacionalidad.

Desde hace casi cincuenta años el concepto alemán de estatalidad abierta (*offene Staatlichkeit*) acuñado por Klaus Vogel[83] describe la apertura de la esfera de competencias del derecho interno del Estado, es decir, la permeabilidad del ordenamiento jurídico nacional, como lo afirma Karl-Peter Sommermann.[84] En el contexto alemán se atribuye una especial connotación a la "decisión constitucional a favor de la apertura" en tanto comprende una faz pasiva y una faz activa. Los padres fundadores de la *Grundgesetz* (Ley Fundamental, LF) se pronunciaron favorablemente hacia el Estado abierto, tanto en el sentido de la cooperación internacional en los planos universal y regional, como en el posicionamiento del Estado en la comunidad internacional y su subordinación al orden normativo emanado de ella,

Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997; *id.*, *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional*, Lima, 2001; *id.*, *El Estado constitucional*, Buenos Aires, 2007. Al idioma portugués, *id.*, *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. trad. de G. Ferreira Mendes, Porto Alegre, 1997; Mendes, G. y Rufino do Vale, A., "O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", *Observatório da Jurisdição Constitucional*, año 2, 2008/2009, p. 2.

[81] Por todos, véase García Jaramillo, L., "El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho. El caso colombiano", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 45, núm. 33, enero-abril de 2012, pp. 93-118, pp. 94 y ss.

[82] *Cfr.* Capaldo, G. *et al.*, *Internacionalización del derecho constitucional-constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, 2012 (en prensa).

[83] Vogel, K., *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit*, 1964, p. 42.

[84] Sommermann, K., "Offene Staatlichkeit Deutschland", *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Tomo II, "Offene Staatlichkeit, Wissenschaft vom Verfassungsrecht", Heidelberg, 2008, nm. 12, p. 10.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

bajo el credo de la dignidad humana y el respeto de los derechos humanos.[85] La Ley Fundamental asigna estadios distintos en su elección, a nivel constitucional, por un Estado alemán que combina en su fuente originaria la interacción con otros regímenes legales. Por una parte, se regula la incorporación de los tratados internacionales en el orden público nacional en el artículo 59.2 de la LF,[86] y, por la otra, se establecen diversos parámetros para interactuar con otras normas, según se afecten de modo determinante las bases de la legitimidad estatal de Alemania como son democracia, separación de poderes, Federalismo, republicanismo o no. Por ello, en el artículo 23 de la LF se prevé la cláusula de apertura hacia la integración europea que reconoce un tipo de interacción derivado de su pertenencia a una comunidad jurídica compleja. El artículo 24 de la LF aplica, en cambio, para otras membresías, como sería el caso del sistema de las Naciones Unidas.

Javier García Roca afirma que el Estado constitucional contemporáneo sólo puede entenderse como un Estado situado internacionalmente y, por lo tanto, limitado en idéntica perspectiva, particularmente en materia de derechos humanos.[87] Ampliamente conocidas son las estructuras constitucionales permeables reguladas en las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea (UE), que traducen la vocación de los Estados nacionales de abrir su ordenamiento jurídico al influjo del derecho inter- y supranacional, configurando la condición *sine qua non* para la estabilidad y funcionalidad de la Unión Europea y del espacio jurídico europeo.[88] Distintas denominaciones han sido utilizadas, tales como "bisagra",[89] "cláusula europea"[90] o "bridging mechanism".[91]

[85] El Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, en el inciso 2, dispone "Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas".

[86] En idioma español véase Bank, R., "Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán", *Ius et Praxis*, Chile, vol. 9, 2003, pp. 23-38.

[87] García Roca, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e integración*, Madrid, 2010, p. 31.

[88] Huber, P., "Offene Staatlichkeit: ein Vergleich", *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Tomo II, "Offene Staatlichkeit, Wissenschaft vom Verfassungsrecht", Heidelberg, 2008.

[89] Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004 v. 13. 12. 2004, Boletín Oficial del Estado, núm. 3, Suplemento, 4. de enero de 2005, pp. 5, 9 (II 3). Silva García, *La declaración 1-2004 del Tribunal Constitucional español*.

[90] Claes, M., "Constitucionalizando Europa desde su fuente. Las «cláusulas europeas» en las Constituciones nacionales: evolución y tipología", en Cartabia *et al*. (eds.), *Constitución Europea y Constituciones nacionales*, 2005, pp. 123 y ss., p. 127.

[91] Walker, N., "Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union", *European Law Journal*, vol. 4, 1998, pp. 355-388, p. 375.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

En esta línea, el término permeabilidad, que significa en sentido literal penetrable o traspasable, a pesar de ser un concepto tomado de la biología para explicar lo social,[92] sirve como técnica de extrapolación y herramienta útil para interpretar el cambio de paradigma hacia un Estado no cerrado. En sentido estrictamente jurídico, Mattias Wendel define la permeabilidad como la cualidad de un ordenamiento jurídico de permitir la incorporación de principios y contenidos normativos provenientes de otro régimen jurídico,[93] lo que en definitiva representa un mecanismo de entrelazamiento normativo.[94]

Hoy en día es incuestionable la recepción cada vez más potente del derecho internacional en el derecho interno.[95] Considero que esta constelación del Estado abierto tiene el potencial e impacto necesarios en el debate suramericano, entendido como una condición esencial de la protección internacional y, en particular, la supranacional, sin menoscabo del orden constitucional, sino producto del mismo. La imagen del Estado abierto refuerza, en los 10 países suramericanos objeto de estudio, el cambio de paradigma implícito en el nuevo derecho público del siglo XXI enfocado en el mestizaje jurídico.

En Latinoamérica se utiliza la expresión "mestizaje jurídico" como uno de los rasgos "característicos, típicos y diferenciales del *ius constitutionale commune* americano, que contempla una superposición, convivencia y fusión de diversas tradiciones jurídicas".[96] El fenómeno de un orden policéntrico,[97]

[92] *Cfr*. Botero Bernal, A., "Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica", *Diálogos de saberes: Centro de Investigaciones Socio Jurídicas*, Bogotá, núm. 18-19, 2003, pp. 147-174.

[93] Wendel, M., *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich*, Tubinga, 2011, p. 71.

[94] Nettesheim, M., "Europäischer Verfassungsverbund?", *Festschrift J. Isensee*, 2007, pp. 733 y ss, p. 736.

[95] Ríos Álvarez, L., "El fundamento axiológico de las relaciones internacionales y de las constituciones modernas", *Revista de Derecho Público*, vol. 66, 2004, pp. 25-59, especialmente p. 40.

[96] Pampillo Baliño, J., *La integración jurídica americana. Reflexiones y propuestas para un nuevo ius commune*, Colombia, 2012, p. 129.

[97] Weiler, J. H. H. *et al*., "European Democracy and Its Critique", en Hayward (ed.), *The Crisis of Representation in Europe*, Londres, 1995, pp. 4-39, p. 16; Weiler, J. H. H., "European Neo-Constitutionalism", *Search of Foundations for the European Constitutional Order*, 1996, pp. 517-533; Wind, M., "The European Union as a Polycentric Polity: Returning to a Neo-medieval Europe?", en Weiler y Wind (eds.), 2003, pp. 103-131, pp. 126 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

dominio policéntrico,[98] o policentrismo jurídico[99] no es nuevo,[100] aunque sí presenta rasgos novedosos propios en sociedades multiculturales como son, en el caso, las suramericanas.[101] En los Estados constitucionales suramericanos se constata una progresiva codeterminación en la medida en que se influyen más recíprocamente en la incorporación del factor multicultural que los caracteriza[102] y la Constitución, como orden abierto, cumple una función de inclusión en el seno de las sociedades diversas.[103]

Al repensar la relación entre los distintos órdenes jurídicos en razón de sus interacciones y la consecuente deconstrucción de la pirámide explicativa de la jerarquía normativa,[104] emerge una nueva dogmática con base en un sistema jurídico plural en el que se entrecruzan principios, normas y regulaciones de los órdenes internacional, supranacional y estatal, fenómeno contemporáneo categorizado bajo distintas nociones como "acoplamiento",[105] "redes horizontales de colaboración",[106] "interconstitucionalidad",[107] "metaconstitucionalidad recíproca",[108] influjos y lecturas simultáneas,[109] *mul-*

[98] Di Fabio, U., "Öffentliche Meinung im System polyzentrischer Herrschaft", *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften*, vol. 7, 2009, pp. 666-682.

[99] Díez de Urdanivia, X., *El Estado en el contexto global*, México, 2008.

[100] Häberle, P., *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, trad. de Emilio Mikunda, Madrid, 2002.

[101] Yrigoyen Fajardo, R., "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización", *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Rodríguez Garavito (coord.), Buenos Aires, 2011, pp. 139 y ss.

[102] Valadés, D., "Prólogo", en Häberle, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, 2003.

[103] Gomes Canotilho, J., *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, 2003, p. 1450.

[104] *Cfr*. Aguilar Cavallo, G., "El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público", *Revista Ius et Praxis*, vol. 12, núm. 1, 2006, pp. 117-154.

[105] Von Bogdandy, A., "Pluralismo, efecto directo y última palabra: la relación entre derecho internacional y derecho constitucional", en Escobar García (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, 2010, pp. 407-429, p. 409.

[106] Pampillo Baliño, J., "The Legal Integration of the American Continent: an Invitation to Legal Science to Build a New ius commune", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 17, núm. 3, pp. 517-553, p. 519.

[107] Gomes Canotilho, J., *Teoría de la Constitución*, Madrid, 2004.

[108] Cruz Villalón, P., "El papel de los tribunales constitucionales nacionales en el futuro constitucional de la Unión", *Une communauté de droit*, 2003, pp. 271-282.

[109] Como zona de convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional, véase Nikken, P., "El derecho internacional de los derechos humanos", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, núm. 72, 1989; Bidart Campos, G. y Herrendorf, D., *Principios de derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, 1991, pp. 195 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

tilevel constitutionalism,[110] normativismo supranacional,[111] transconstitucionalismo.[112] En consonancia con la doble estatalidad abierta, abordo la comprensión de este proceso de retroalimentación entre las Constituciones y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y de integración[113] como espacios jurídicos compartidos en el vértice superior de la antigua pirámide y que busca más dibujar la figura geométrica del trapecio.[114]

B. *Del enfoque del Estado cerrado al enfoque de la estatalidad abierta*

Con la llegada de la democracia al subcontinente florecieron las ideas de apego al derecho internacional de los derechos humanos, concurrente con los planteamientos existentes a nivel de la comunidad internacional.[115] Se observó una tendencia hacia la jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos. En las discusiones de las asambleas constituyentes se reflejó el eslogan del "nunca más" para dejar atrás el pasado dictatorial y las violaciones a los derechos humanos, con una fuerza elocuente y catalizadora. Igualmente en las asambleas constituyentes de la segunda expansión,[116] el debate sobre los mecanismos de apertura en derechos humanos ha estado unido a la definición e implementación de un Estado-nación-multi-étnico.[117]

[110] Pernice, I., *Constitutional law implications for a state participating in a process of regional integration. German Constitution and "multilevel constitutionalism"*, German Rapport to the XV International Congress on Comparative Law, Bristol, 1998, pp. 2-3, citado por Brewer-Carías, A., *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*, Caracas, 1998, p. 18.

[111] Gordillo, A., *Derechos humanos*, Buenos Aires, 2005, p. III.10.

[112] Neves, M., *Transconstitucionalismo*, São Paulo, 2009, pp. 115 y ss.

[113] Bazán, V., "Justicia constitucional y protección de los derechos fundamentales en Argentina", en Bazán y Nasch (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela*, Montevideo, 2009, p. 17.

[114] Pizzolo, C., "Los mecanismos de protección en el sistema interamericano de derechos humanos y el derecho interno de los países miembros. El caso argentino", en Méndez Silva (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos…, cit.*, p. 514.

[115] Boutros Boutros-Ghali expresó la relevancia del paso de los regímenes autoritarios en distintas latitudes (América Latina, Africa, Europa y Asia) hacia la democratización y la democracia, "increasingly responsive Governments and increasingly open societies". Boutros-Ghali, B., *An Agenda for Democratization*, ONU, Nueva York, 1996, p. 2. Disponible en: *http://www.un.org/en/events/democracyday/pdf/An_agenda_for_democratization[1].pdf*.

[116] Calificados como procesos de reingeniería constitucional. *Cfr.* Peña y Lillo, J. E., "Procesos constituyentes en el mundo andino. Bolivia y Ecuador en perspectiva comparada", *OSAL*, Clacso, Buenos Aires, año 10, núm. 25, 2009, pp. 79-98.

[117] Büschges, C., "Estado, ciudadanía y nación. Repúblicas liberales y comunidades indígenas en los Andes sudamericanos durante el siglo XIX", *Culturas políticas en la región andina*, Madrid, 2011, p. 217.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Paralelamente se ha evidenciado un apego a la integración mediante la inclusión de cláusulas de apertura, lo que no excluye la mención de los principios de soberanía, no intervención y de igualdad de los Estados. El interés por la integración se ha expresado en subrayar el reacomodo de la región frente a los Estados Unidos de América[118] así como en el posicionamiento del liderazgo de Brasil mediante la noción de Suramérica.[119] Un papel importante lo jugaron las comunidades epistemológicas a fines del pasado milenio cuando divulgaban en el contexto latinoamericano los avances en materia del constitucionalismo multinivel.[120]

Estas transformaciones a nivel constitucional tienen como trasfondo el cambio de ciertos paradigmas. En primer término se destaca el cambio de paradigma respecto a la soberanía. Kathryn Sikkink advertía que en la década de los noventa las Américas enfrentaban un proceso gradual de transformación y reconceptualización de la soberanía, pasando de la tradicional defensa de la no intervención a encabezar la lucha por la defensa de la democracia y los derechos, en la que eran protagonistas la academia, activistas y operadores políticos.[121] En la doctrina suramericana se afirma que no es realista la idea de un Estado "que encarna un poder pleno y exclusivamente soberano sobre un territorio claramente delimitado" y se resalta la conveniencia de abandonar las aproximaciones monodisciplinarias para "vehicular" el cambio de paradigma científico de estudio del Estado.[122] La soberanía de los Estados ya no consiste en su poder para controlar lo que pasa al interior de sus fronteras, [123] pues debe proteger y respetar los derechos humanos como límites de la soberanía. La idea de soberanía se ha transformado, impulsando un nuevo paradigma para orientar la cultura ju-

[118] Liberman, T. y González Martín, A., "La reconfiguración de la hegemonía de Estados Unidos en América Latina y el Caribe desde la perspectiva de los tanques pensantes", *Anuario de la integración regional de América Latina y el Gran Caribe*, Buenos Aires, 2010, pp. 39 y ss.

[119] Declaraciones del Gobierno de Brasil, Celso Amorín, 1o. de enero de 2003. Si bien es cierto que Brasil se ha transformado de una potencia regional en una potencia global. Malamud, A., "¿Mejor solo que mal acompañado? Brasil, entre la turbulencia regional y la emergencia global", *RIE Anuario*, 2010.

[120] Pernice, I., "Constitutional law implications for a state participating in a process of regional integration. German Constitution and «multilevel constitutionalism»", *German Repport to the XV International Congress on Comparative Law*, Bristol, 1998, citado por Allan Brewer-Carías, *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*, Caracas, 1998.

[121] Sikkink, K., "Reconceptualizing Sovereignty in the Americas: Historical Precursors and Current Practices", *Houston Journal of International Law*, vol. 19, 1997, pp. 705 y ss.

[122] Florez Ruiz, J. F., "De Maquiavelo al Estado postmoderno. Paradigmas políticos de aproximación al fenómeno estatal", *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, núm. 29, 2012, pp. 138 y ss.

[123] Sobre la evolución, *cfr.* Kotzur, M., *La soberanía hoy*, México, 2003, pp. 85 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

rídica en América Latina, ya no centrada en el *State approach* sino en el *human rights approach.*[124] Independientemente de las críticas que puedan formularse al enfoque centrado en los derechos humanos,[125] la clave es mantener su sentido original como marco ético internacional, que emergió para resolver y prevenir los estragos de la Segunda Guerra Mundial.[126]

Conforme a los argumentos aportados por la corriente "internacionalista", con fundamento en la Convención Americana (CADH) y teniendo en cuenta la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno, autores como Carlos Ayala Corao enfatizan que:

> La soberanía nacional libremente expresada ha adquirido compromisos internacionales a través de tratados como la Convención Americana, mediante los cuales se asumen obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos; y en caso de que las violaciones no sean reparadas integralmente por los tribunales nacionales, las personas tienen derecho a ser protegidas por los órganos de protección internacional (CIDH y la Corte Interamericana). En este sentido, los tratados de derechos humanos —como muchos otros tratados multilaterales y bilaterales— representan una cesión de soberanía nacional.[127]

La CorteIDH ha manifestado "que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados" y en determinadas cuestiones, "no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos".[128]

Otro cambio de paradigma es el relativo al pluralismo normativo. Como modelo alternativo al constitucionalismo de base estatal, en el modelo del pluralismo constitucional coexisten un conjunto de ordenamientos jurídi-

[124] Piovesan, F., "*Ius commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos", en von Bogdandy *et al.* (coords.), Ius constitutionale commune *en derechos humanos en América Latina. Una aproximación conceptual*, México, 2013 (en prensa).

[125] Respecto a la ambigüedad entre la limitación y la garantía simultánea de la soberanía, *Cfr*. Montoya Londoño, M., "Ética y derechos humanos. La importancia del concepto «validez moral» de Jürgen Habermas para la justificación racional de los derechos humanos", *Magistro*, Bogotá, vol. 4, núm. 7, 2010, pp. 127-142.

[126] Ferrer, M., "La población y el desarrollo desde un enfoque de derechos humanos: intersecciones, perspectivas y orientaciones para una agenda regional", *Población y desarrollo*, Santiago de Chile, CEPAL, 2005, pp. 18 y ss.

[127] Ayala Corao, C., "Comentarios sobre la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (N° 1939) de fecha 18-12-08", *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 1, 2009, p. 394.

[128] Referido al tema de la nacionalidad. *Cfr.* CorteIDH, Caso Castillo Petruzzi y otros *vs.* Perú, Sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 101.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

cos, en parte separados pero interdependientes, cuyas respectivas normas fundacionales-constitucionales no están jerárquicamente ordenadas.[129] La Constitución no es la norma suprema única, sino que comparten espacio, en la cúspide de la pirámide normativa, con otras disposiciones. Miguel Carbonell, usando la expresión apertura *ad extra*, le atribuye a tal apertura la facultad de configurar un tipo de pluralismo jurídico que implica que la Constitución se abre tanto al derecho nacional de otros Estados como a las normas internacionales.[130]

La doctrina considera fuera del objeto de análisis las controversias irreconciliables entre las teorías monistas (Kelsen) y dualista (Triepel) sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, porque, al menos para el sistema internacional de protección los derechos humanos en el contexto suramericano, se trata de un debate estéril.[131] Las Constituciones dejaron de ser ordenamientos cerrados, para hacerse permeables, por diversas técnicas, a otros órdenes y principios a los que se le atribuye valor constitucional aun cuando no se encuentran regulados expresamente en el respectivo texto constitucional.[132]

El propósito de optimizar los derechos humanos y concederle ubicación prioritaria al derecho internacional de los derechos humanos incluso respecto de la propia Constitución se considera una cuestión que decide cada Estado cuando dispone la gradación de los mismos, sin que pierda toda su esencia el principio de supremacía constitucional. Según las enseñanzas de Germán Bidart Campos esta primacía no queda desprovista de su valor cuando entran los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, pues, en esencia, la clave es resguardar a la persona humana en su convivencia política.[133]

C. *La estatalidad abierta y la creación de órganos supranacionales*

Un giro clave hacia la transformación del Estado soberano al Estado abierto proviene de la creación de órganos supranacionales, entre los

[129] Torres, A., "En defensa del pluralismo constitucional", en Ugartemendía y Jáuregui (coords.), *Derecho constitucional europeo,* Valencia, 2011, pp. 155-180.

[130] Carbonell, M., *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho de México*, México, 1998, p. 202.

[131] Voto Vogal del ministro Gilmar Mendes, Recurso extraordinário 466.343-1 SÃO PAULO, p. 2. Disponible en: *http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf*.

[132] Vélez García, J., "La Constitución: una norma abierta", en Arismendi y Caballero Ortiz (coords.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI*, *Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías*, Madrid, 2003, p. 185.

[133] Bidart Campos, G. J., *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, 1991, p. 353.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

que Jorge Carpizo ubica a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) y a los tribunales de la integración, a los que cataloga como uno de los elementos comunes en el derecho constitucional latinoamericano.[134] Dado que la historia de la región había estado marcada por la interrelación entre privación de derechos humanos y presencia de regímenes antidemocráticos y por la tensión entre proteger la no intervención y respetar esos derechos,[135] se hacía latente dejar atrás el compromiso nominal con la democracia constitucional que dominaba el momento de suscribirse a la CADH[136] y obligarse al órgano jurisdiccional previsto en ella. La Corte fue formalmente establecida en septiembre de 1979. En ejercicio de su soberanía los Estados, al reconocer la competencia de la CorteIDH (artículo 62.1 CADH), se obligan a cumplir sus decisiones (artículo 68.1), sus sentencias son "definitivas e inapelables" (artículo 67). En este sentido, los Estados están obligados a cumplir sus obligaciones convencionales en los términos exigidos en los artículo 1.1 y 2 de la CADH.

La aceptación de la jurisdicción contenciosa de la CorteIDH no se produjo en un mismo momento, sino paulatinamente: Venezuela y Perú fueron los pioneros (1981), seguidos de Argentina y Ecuador (1983), luego Colombia y Uruguay (1985). Es en la década de los noventa cuando se ratifica por el resto de los países suramericanos, de modo que Chile lo hizo a comienzos (1990), mientras Bolivia y Paraguay en el penúltimo impulso (1993) y en la zaga se había quedado Brasil hasta casi finales del siglo XX (1998). Como es conocido, el telón de fondo era el retorno a la democracia. De los treinta y cinco Estados que conforman la OEA, veintiuno han reconocido la competencia contenciosa de la CorteIDH.[137]

En el contexto suramericano emergió también un órgano jurisdiccional en 1979 mediante el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del

[134] Carpizo, J., "Derecho constitucional latinoamericano y comparado", *Anuario de Derechos Humanos*, nueva época, vol. 7, núm. 1, 2006, p. 279.

[135] Cabranes, J., "Human Rights and Non-Intervention in the American system", *Military Law Review*, vol. 65, 1967, pp. 1147, 1164.

[136] Goldman, R. K., "Historia y acción: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en Covarrubias Velasco y Ortega Nieto (comps.), *La protección internacional de los derechos humanos, un reto en el siglo XXI*, México, 2007, p. 123.

[137] Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela. Este último país presentó en septiembre de 2012 un instrumento de denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al Secretario General de la OEA, que sólo entrará en vigor en el plazo de un año contado desde su interposición. Véase Informe Anual de la CorteIDH 2012, San José de Costa Rica, p. 6.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Acuerdo de Cartagena, que comenzó sus actuaciones en 1984 y a partir del Protocolo de Cochabamba suscrito en 1996, se denomina Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, concebido como órgano supranacional y competente para interpretar y aplicar el derecho comunitario.[138] Aun cuando el sistema de integración andino no forma parte del objeto de la investigación vale la pena subrayar que se le reconoce como la tercera corte más activa a nivel internacional.[139]

En el Mercosur se reguló un sistema de solución de controversias en el Protocolo de Brasilia de 1991 (Anexo III del Tratado de Asunción).[140] En cambio, la creación del Tribunal Permanente de Revisión (TPR) se produce de manera concomitante con las nuevas Constituciones del siglo XXI. En 2002 se promulga el Protocolo de Olivos y el TPR, como órgano jurisdiccional, entró en funcionamiento en 2004. Según las disposiciones de dicho Protocolo, los Tribunales Arbitrales *ad hoc* (TAAH) y el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) parecen estar concebidos inicialmente para resolver asuntos vinculados a restricciones de las libertades inherentes al mercado común.[141] Sin embargo, al TPR se le atribuye una configuración más bien híbrida producto de las corrientes contrapuestas al momento de su creación entre un enfoque minimalista (arbitraje) y un enfoque maximalista (auténtico Tribunal).[142]

A la luz de la estatalidad abierta interesa sólo resaltar el criterio de Alejandro Perotti en cuanto a que el TPR, mediante sus decisiones, ha demostrado su inclinación a constituirse en un tribunal de justicia que garantiza el Estado de derecho y los derechos de los particulares, a pesar de sus falencias normativas e institucionales.[143] En efecto, ciertos laudos dejaron

[138] Según las estadísticas del TJCA, hasta el año 2012, ha conocido 2.179 interpretaciones prejudiciales, 118 acciones de incumplimiento, 54 acciones de nulidad, 10 procesos laborales y 6 recursos por omisión o inactividad de los órganos comunitarios. Disponible en la página oficial del TJCA.

[139] Helfer, L. R. *et al.*, "Islands of Effective International Adjudication: Constructing an Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community", *American Journal of International Law, vol. 103, 2009, pp.* 1-46. También *Cfr*. Helfer, L. R. y Alter, K. J., "The Andean Tribunal of Justice and Its Interlocutors: Understanding Preliminary Reference Patterns in the Andean Community", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 41, 2009, pp. 871-930.

[140] Su Reglamento se aprobó por Decisión CMC Nº 17/98 y bajo su vigencia se dictaron diez laudos arbitrales. Véase al respecto la página oficial del Mercosur.

[141] Artículos 9-16 y Artículos 17-24 del Protocolo de Olivos respectivamente.

[142] Conforme a las estadísticas del TPR, se han dictado 10 Laudos arbitrales de los Tribunales Ad-hoc, 12 Laudos del TPR, 3 opiniones consultivas y 4 resoluciones.

[143] Perotti, A. D., *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de derecho en el Mercosur*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

sentadas premisas acerca de la primacía del derecho del Mercosur.[144] Se ha sostenido que "una ley que va en contra de una regla contenida en un tratado internacional —cuya jerarquía es igual, como mínimo, a la de una ley interna— no será aplicada por el juez nacional".[145] En este fallo se identifica un acercamiento a la noción de primacía del derecho comunitario.[146] El TPR pone de relieve que, conforme al espíritu y la letra del Protocolo de Olivos,[147] tiene atribuida la función primaria y fundamental de asegurar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento del ordenamiento jurídico mercosureño de forma consistente y sistemática.[148]

El escenario caracterizado por la tríada del cambio paradigmático generado bajo un nuevo entendimiento de la soberanía, el pluralismo jurídico y el reconocimiento de la competencia de órganos jurisdiccionales en la esfera de los derechos humanos y la integración encontró soporte a nivel constitucional. Todo ello se engloba dentro del concepto de la doble estatalidad abierta desde la regulación en las propias Constituciones, como se explicitará a continuación.

II. Régimen normativo: constitucionalización progresiva

La doble estatalidad abierta suramericana tiene una fisionomía heterogénea y progresiva. En Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela[149] se constata el avance continuo en la regulación expresa del rango constitucional que se atribuye a los tratados internacionales de derechos humanos en los ordenamientos nacionales y muestran, en general, una concepción a favor del derecho internacional y del sistema interamericano. En el ámbito de la integración los países en cuestión establecen igualmente mecanismos diferentes para la delegación de competencias a órganos supranacionales, aceptar la primacía y el efecto directo de este derecho e incluso condicionar la membresía al respeto de la

[144] Noodt Taqueda, M. B., "La primacía del derecho del Mercosur en su primer laudo arbitral", *La Ley*, X Buenos Aires, 1999, t. III, pp. 295 y ss.

[145] TAHM, Laudo VIII, IMESI, núm. II.

[146] Marianne Klumpp invoca las decisiones Flaminio Costa, de fecha 15.07.1964 (6/64) y Simmenthal, de fecha 09 de marzoa de 1978 (106/77). *Cfr.* Klumpp, M., "La efectividad del sistema jurídico del Mercosur", en Baso (org.), *Mercosur, Estudios en homenaje a Fernando Henrique Cardoso*, São Paulo, 2007, p. 74.

[147] TPR, Resolución No. 02/2007, considerando XXII, del voto de la mayoría.

[148] TPR, Resolución No. 02/2007, considerando IX del voto de la mayoría.

[149] Venezuela es el país que representa la excepción que confirma la regla por haber presentado la denuncia de la CADH.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

democracia y los derechos humanos. De ahí que la progresividad va acompañada de una diversidad de mecanismos que permiten la permeabilidad normativa. Hay distintas denominaciones como cláusulas de apertura,[150] cláusulas de diálogo,[151] normas de reenvío,[152] habilitaciones constitucionales para la integración.[153] La graduación va de la generalidad a la especificidad, en la medida en que convergen, de modo acumulativo o no, figuras jurídicas como primacía de los tratados de derechos humanos, bloques de constitucionalidad, efecto directo, interpretación conforme, derechos implícitos, interpretación *pro homine*.

Dicha convergencia está vinculada a la temporalidad, que divido aleatoriamente entre una primera expansión en las Constituciones a fin del siglo XX (1988-1998), y luego, una segunda expansión (1999-2009) en el nuevo milenio, que amplía el radio de la permeabilidad en las Constituciones andinas. Sin ánimo exhaustivo sino ejemplificativo, demuestro esta tendencia con citas a las disposiciones constitucionales.

1. *La estatalidad abierta respecto a los derechos humanos*

Esta apertura tiene lugar tempranamente en el constitucionalismo latinoamericano.[154] *Ab initio*, la apertura fue objeto de debate a partir del dilema clásico de la jerarquía normativa e incorporación de los tratados en el orden interno[155] y se generalizó el examen sobre las cuatro opciones del poder constituyente al otorgar rango supraconstitucional, rango constitu-

[150] Un clásico es el estudio del Maestro Fix-Zamudio, H., "El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Latinoamericana de Derecho*, año 1, núm. 1, 2004, pp. 141-180.

[151] De Oliveira Mazzuoli, V., "O controle jurisdicional da convencionalidade das leis", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2009, p. 118.

[152] Rey Cantor, E., "El bloque de constitucionalidad: aplicación de tratados internacionales de derechos humanos", *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, año 4, núm. 2, 2006, pp. 299-334, 303.

[153] Perotti, A., *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*, Montevideo, 2004, ts. I y II.

[154] Tendencia advertida tempranamente. *Cfr.* Fix-Zamudio, H., "El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *The Modern World of Human Rights, Essays in Honor Thomas Buergenthal*, San José, 1996, pp. 159-207.

[155] Dulitzky, A., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado*, Buenos Aires, 1997, pp. 34-35, 40.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

cional, rango supralegal y rango legal.[156] En el marco del constitucionalismo democrático,[157] la permeabilidad hacia la aplicación de los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos en el ámbito doméstico ha recibido amplio tratamiento en la doctrina.[158] Existen distintas categorías desde las cláusulas más cerradas y jurídicamente seguras (por ejemplo cuando se incorpora la Convención Americana) hasta las más abiertas y complejas (cláusula de derechos innominados).[159] Según Bidart Campos, los mandatos constitucionales contentivos de la apertura ofrecen las condiciones de viabilidad de incorporación de los distintos órdenes normativos.[160] Son las propias Constituciones las que definen el alcance de la prevalencia de los derechos humanos.[161] Si existiera algún tipo de colisión, la doctrina apuesta por solucionarlo a través del enfoque dialógico.[162]

Aproximarse *grosso modo* a una taxonomía de esta estatalidad abierta conduce a reconocer cláusulas de interpretación de la Constitución a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, el lugar privilegiado de los tratados de derechos humanos en la jerarquía normativa a nivel doméstico así como cláusulas de derechos constitucionales no enumerados. Dichas modalidades, no obstante, pueden estar contenidas en una misma disposición constitucional o separadamente. Por ello, acudiendo al criterio temporal de la entrada en vigor del texto constitucional, la categorización

[156] Ayala Corao, Carlos, "La jerarquía de los tratados de derechos humanos", en Méndez/Cox, *Futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, 1998, pp. 137 y ss.

[157] Para el período que abarca la promulgación de los nuevos textos constitucionales, véase, Nogueira, H., *La evolución político constitucional de América del Sur 1976-2005*, Chile, 2009.

[158] Brewer-Carías, A., "La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno. Estudio de derecho constitucional comparado latinoamericano", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 6, julio-diciembre de 2006, pp. 29-78.

[159] Uprimny, R., "Bloque de convencionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal", disponible en: *http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf*, p. 14.

[160] Bidart Campos, G., *Teoría general de los derechos humanos*, México, 1994, p. 241.

[161] Meier García, E., "Crónica de un incumplimiento anunciado: sobre la ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por los tribunales nacionales. El caso venezolano", *Gaceta Jurídica*, Lima, mayo de 2009, t. 17, pp. 372-373.

[162] Bazán, V., "La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina", *Estudios Constitucionales*, Chile, año 5, núm. 2, 2007, pp. 137-183; Guenka Campos, T., *O controle de convencionalidade como mecanismo de interação entre ordem interna e internacional: por um diálogo cooperativo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Constitucional brasileiro*, San José, 2010.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

adoptada obedece a dos etapas, a saber, la primera expansión a fines del siglo XX y la segunda expansión, ocurrida en el nuevo milenio.

A. *Primera expansión de la apertura*

Una vez finalizada la dictadura, la *Constitución brasileña* de 1988 encarna un texto que procura la reinvención del ordenamiento en la órbita del principio democrático, la protección de los derechos humanos y de los derechos sociales en particular. Este texto constitucional postula desde el preámbulo un Estado democrático de derecho "destinado a asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales" y enuncia como fundamento del Estado y como principio rector de las relaciones internacionales, entre otros, la dignidad de la persona humana (artículo 1) y la prevalencia de los derechos humanos (artículo 4). El post 88 marca una etapa de expansión simultánea en lo internacional y en lo doméstico en materia de derechos humanos, aunque el texto constitucional guardó silencio acerca del rango de los tratados de derechos humanos. Brasil mantuvo una jurisprudencia constante en sentido afirmativo del rango de ley de los tratados internacionales, postura cuestionada en la doctrina por colocarse a espaldas de la novedosa apertura material establecida en la Constitución.[163]

Con la enmienda constitucional No. 45 de 2004 se incorporó el § 3 al artículo 5 "[l]os tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que fueran aprobados, en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales".[164] A partir de una controvertida sentencia en 2008,[165] el Supremo Tribunal Federal ha dado un status supralegal a los tratados de derechos humanos.[166]

La reforma de 1989 de la *Constitución chilena*, cuyo origen data de 1980, se entrelaza con la democratización y hace girar su apertura en torno a la dignidad como límite de la soberanía. El artículo 5, inciso 2, determina

[163] *Cfr.* Maliska, Marcos, "Verfassung und normative Kooperation: zum übergesetzlichen Status Internationaler Menschenrechtsverträge in Brasilien", *VRÜ*, vol. 3, 2011, pp. 316-325, p. 316.

[164] Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 6 de diciembre de 2006, Resolución A/61/611.

[165] Supremo Tribunal Federal, RE 466343/SP, del 3 de diciembre de 2008. Véase la contribución de Marcelo Figueiredo en esta obra.

[166] Kloeckner Feracin, V., "A nova pirâmide jurídica formada após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário Nº 466.343-1/SP", *Anima, Revista electrónica*, vol. 2, pp. 233-252.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

que: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y proveer tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Esta línea se acentuó en las modificaciones del año 2005, luego del periplo de reformas desde el 80, mediante el refuerzo de la justicia constitucional.[167]

Durante la dictadura se adoptó la praxis de no publicidad de los tratados vigentes para no hacer obligatoria su aplicación.[168] Hasta la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 1989, la jurisprudencia otorgaba a los tratados el mismo valor y rango que la ley y privó el criterio de la formalidad de la publicidad de la ley. Cuando un pacto había sido promulgado pero no publicado, no era aplicable.[169] Desde 1952, la Corte Suprema ha aceptado el carácter supralegal de los tratados internacionales, habiéndose centrado la discusión respecto a los tratados de derechos humanos, en si estos derechos tienen una jerarquía legal, supralegal, constitucional o supraconstitucional. En el tema se ha constatado una divergencia entre la jurisprudencia de la Corte Suprema que afirma su carácter constitucional e incluso supraconstitucional argumentando su incorporación automática a la Carta Constitucional tras la reforma de 1989, mientras que el Tribunal Constitucional ha llegado a afirmar que los tratados son sólo leyes en el rango de la pirámide normativa.[170]

En el estudio cuantitativo y cualitativo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile durante el quinquenio 2006-2010, Humberto Nogueira constata una tendencia moderada y tímida en la aplicación de las normas jurídicas internacionales, fundamentada en el artículo 5.2 como norma de apertura o incluso en la dignidad del ser humano según el artícu-

[167] Peña, M., "Inaplicabilidad por inconstitucionalidad: reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 9, 2008, pp. 219-235.

[168] 26 tratados relativos a los derechos humanos (teóricamente) vigentes hasta la reforma constitucional de agosto de 1989. *Cfr*. Bernales Rojas, G., "Los tratados internacionales, los derechos fundamentales y la jurisprudencia del periodo 1981-1989, bajo el régimen del artículo 24 transitorio de la Constitución", *Revista Ius et Praxis*, vol. 9, núm. 1, 2003, pp. 281-327.

[169] Henríquez Viñas, M. L., "Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos", *Revista Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 2, 2008, pp. 73-119, p. 86.

[170] A título de ejemplos *Cfr*. la Sentencia de 8 de abril de 2002, Rol No. 346 del Tribunal Constitucional con motivo de la aprobación del Tratado que crea el Tribunal Penal Internacional, y la Sentencia del 17 de noviembre de 2004, Rol 517-2004 de la Corte Suprema de Chile en el *Caso Sandoval*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

lo 1.1 de la ley fundamental chilena, ampliada mediante la incorporación de la regla de interpretación de derechos fundamentales "favor persona".[171]

La *Constitución de Colombia* de 1991 es particularmente abierta al derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 93.1 dispone que "los tratados y convenciones internacionales ratificados por el Congreso prevalecen en el orden interno" y también establece que todos los derechos fundamentales constitucionales deben ser interpretados a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia, según el artículo 93.2. Combina así, en una misma disposición, la "cláusula de primacía" y la "cláusula de interpretación conforme". Esta norma ha dado lugar a la distinción entre bloque de constitucionalidad *strictu* y *lato sensu*. En la sistematización propuesta por Catalina Botero, el artículo 93.1 establece que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno (bloque *strictu sensu*); el inciso 2 del artículo 93 señala que los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia" (bloque *latu sensu*).

La ley fundamental colombiana, además de la cláusula de los derechos innominados del artículo 94, recoge en otras disposiciones la apertura en derechos humanos como son el artículo 53.4 según el cual los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna, y el inciso 2 del artículo 214 que preceptúa que en los estados de excepción no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales y que en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.[172] El artículo 44 también es calificado como cláusula de apertura o de reenvío por cuanto estipula que los niños gozarán también de los derechos consagrados en los tratados internacionales ratificados por Colombia.[173]

[171] Si bien no representa una tendencia dialógica con la CorteIDH, sino más bien con otras jurisdicciones extranjeras. Nogueira Alcalá, H., "El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno en el período 2006-2010", *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, vol. 39, núm. 1, 2012, pp. 149-197.

[172] Botero destaca la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el concepto doble del bloque desde la sentencia C-358/97 y consolidada desde la decisión C-191/98. *Cfr.* Botero, C., *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2006, pp. 18 y ss.

[173] Reina García, Ó. M., "Las cláusulas de apertura o reenvío hacia las fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad", *Revista Derecho del Estado*, núm. 29, 2012, pp. 192 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

La *Constitución de Paraguay* de 1992, luego de su larga dictadura militar, es un texto imbricado en el propósito de establecer un régimen democrático y fortalecer los derechos humanos, lo que se refleja en un conjunto de disposiciones de singular impacto. Así, la dignidad humana se reconoce en el Preámbulo para asegurar los derechos y sirve de fundamento a la democracia representativa, participativa y pluralista que adopta como sistema de gobierno (artículo 1). Asimismo cualifica los tratados de derechos humanos al no poder ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda constitucional (artículo 142) y la protección internacional de los derechos humanos es uno de los principios que orienta las relaciones internacionales (artículo 143). En este orden de ideas, este texto constitucional asigna al respeto de los derechos humanos y de los principios democráticos un papel preponderante como fines del derecho a la educación (artículo 73), sin establecer una norma el rango de los tratados de derechos humanos.

Según la *Constitución de Perú* de 1993, "[l]os tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional" (artículo 55), pero no se dispone expresamente el rango de los tratados de derechos humanos. Su cuarta disposición final y transitoria se perfila por la cláusula de interpretación conforme, de inspiración española y portuguesa, que dispone: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú". No obstante, no faltaron voces críticas para advertir el retroceso experimentado en el orden constitucional, que ya no contenía una norma de apertura expresa como el antiguo artículo 105 de la Constitución de 1979.[174]

Paradigmático, sin embargo, es el artículo 75, Nr. 22, de la *Constitución de Argentina* de 1994, que enumera una serie de tratados a los que asigna rango constitucional[175] y deja "abierta" la posibilidad de extender este rango

[174] Curlizza, J., "La inserción y jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos", *La Constitución de 1993. Análisis y comentario*, Lima, 1995, t. II, pp. 56-83.

[175] La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

a otros instrumentos siguiendo un procedimiento específico.[176] Como bien acentúa Manuel Góngora, el constituyente argentino optó por enumerar declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos, no en una lista rígida sino facultando al Congreso para ampliarla mediante mayoría calificada, pero sí rígida en tanto los instrumentos de derechos humanos que tengan jerarquía constitucional pueden ser denunciados por el Poder Ejecutivo Nacional únicamente con la previa autorización del Congreso, con base en el principio del paralelismo de competencias entre los poderes del Estado.[177] La internacionalización del ordenamiento argentino se ubica como un referente, sin precedentes, en recepcionar determinados tratados internacionales sin reserva de reciprocidad.[178] La Constitución prevé asimismo que toda persona puede interponer la acción de amparo cuando se vulneren derechos y garantías reconocidos en un tratado (artículo 43). Como ha advertido la Corte Suprema de Justicia de ese país, por voluntad del poder constituyente, debe procurarse la concordancia entre los tratados y la Constitución, de modo tal que la esfera de protección internacional complementa la constitucional.[179]

B. *Segunda expansión de la apertura*

Parece interesante acotar que el desarrollo de la estatalidad abierta alcanzado en la primera expansión había generado ya una repercusión en la región y se constata una jurisprudencia pionera a favor de tal apertura con los textos constitucionales vigentes a la fecha. Vale citar tres ejemplos emblemáticos de la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, que desde el inicio de la década de los noventa dio muestras de una postura amigable hacia el derecho internacional de los derechos humanos.

Un primer caso a comentar es Mariela Morales *vs*. Ministerio de Justicia del 3 de diciembre de 1990, cuando la Corte Suprema de Justicia (CSJ) en Sala Político Administrativa, para proteger la maternidad y la mujer trabajadora, aplicó normativa de carácter supranacional (artículo 3 del Con-

[176] Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) por la Ley Núm. 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997; y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, mediante la Ley N° 25.778, publicada el 3 de septiembre de 2003.

[177] Góngora Mera, "El Bloque de Constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad", Centro de Derechos Humanos de Nuremberg, 2007, pp. 8 y 9.

[178] Salomoni, J., *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, 1997, p. 2.

[179] Sentencia de la CSJN Argentina de fecha 26.12.1996 en el caso Monges, Analía M *vs*. Universidad de Buenos Aires, considerandos 20-22. Gordillo, A., "Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia", *La Ley*, 1997-F, p. 1318.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

venio 103 de la OIT; artículo 11 de la Ley aprobatoria de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer G. O. 3074 Ext. 16-12-82) bajo la vigencia de la Constitución de 1961. La Sala tomó la decisión en atención a las disposiciones contempladas en los artículos 93 (la mujer y el menor trabajadores serán objeto de protección especial) y 50 (la enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos). Precisó que la existencia y el reconocimiento del derecho a la protección de la maternidad, aunque no exista ley que desarrolle su contenido, tiene fundamento constitucional. Se convirtió en el *leading case* (Sent. N. 661, S.P-A, 04/12/90).[180]

Un segundo antecedente relevante data de la sentencia de fecha 05.12.1996 referida a los pueblos indígenas del Estado Amazonas (Yanomami, Piaroa, Piapoco, Baré, Jevi, Ye´Kuana, Yabarana, Sanema), organizaciones indígenas (Organización Regional de los Pueblos Indígenas del Amazonas —ORPIA—, Unión Guahiba Venezolana y Unión Maquiritare del Alto Ventuari) y miembros del Vicariato Apostólico del Puerto Ayacucho, contra la "Ley de División Político Territorial del Estado Amazonas" de 1994, en el que se reconoció el derecho a la participación política como derecho humano de rango constitucional a partir de lo estipulado en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Venezuela: artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 20 de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, y artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte aclaró que los tratados sobre derechos humanos "forman parte integrante del ordenamiento jurídico venezolano" y el derecho de participación ciudadana de las comunidades indígenas, constituye una forma de expresión política en el contexto del régimen de excepción previsto en el artículo 77 de la Constitución de 1961, del ámbito de los derechos humanos de las minorías. Desde 1996 la Corte sostuvo que los indígenas constituyen uno de los grupos sociales más expuestos a la violación de sus derechos humanos, por sus condiciones de vida e invocó el deber de la nación de protegerlos en

[180] *Cfr.* Calcaño de Temeltas, J., "Tratamiento de los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", *Revista 111*, publicaciones jurídicas venezolanas, disponible en: *http://www.zur2.com/fcjp/111/derhum.htm*; Ayala Corao, C., "Algunas consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en Venezuela", *Tribunales Constitucionales Andinos*, Lima, 1997.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

virtud de la solidaridad y protección de los intereses superiores del pueblo venezolano (artículos 51 y 57 constitucionales).[181]

Como tercer ejemplo de incorporación de los tratados sobre derechos humanos como "parámetro de constitucionalidad" puede mencionarse la decisión de la CSJ en Sala Plena, fechada 14.10.1997, cuando con fundamento en la CADH como norma interna ejecutiva y ejecutable reforzada por la jurisprudencia, declaró la inconstitucionalidad de la Ley sobre vagos y maleantes por omitir las garantías establecidas por las normas internacionales para un juicio justo, incluyendo el derecho a la defensa y la presunción de inocencia (artículos 9 y 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y los artículos 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de fecha 14-10-97, publicada el 6-11-97. La antigua CSJ declaró que dicha Ley vulnera *ipso iure* la CADH.[182]

A partir de 1999 se amplía la formulación del Estado abierto de modo claro y atribuyendo categóricamente rango constitucional a los tratados de derechos humanos. Según Rodrigo Uprimny, Venezuela, Ecuador y Bolivia parecen inscribirse en los llamados procesos constitucionales más fundacionales, con ruptura del orden anterior, mientras los otros procesos eran más transaccionales o de consenso, como fue en Colombia y Argentina.[183] En Venezuela, Bolivia y Ecuador se reconoce un "proceso radical de cambio político y social basado en una democracia plebiscitaria".[184] Las tres Constituciones fueron producto de Asambleas Constituyentes y aprobadas por referéndum.

La *Constitución de Venezuela* de 1999, en su artículo 23, determina:

> Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

[181] *Cfr.* Ayala Corao, C., "El derecho a la participación política de los pueblos indígenas", *Revista IIDH,* Costa Rica, vol 26, 1998, pp. 107 y ss.

[182] CSJ, Sentencia del 14 de octubre de 1997, en el Exp. 0251. Disponible en: *http://new.pensamientopenal.com.ar/16072007/vagos.pdf*.

[183] Uprimny, R., "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos", en Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Argentina, 2011, p. 127.

[184] Baeza Freer, J. y López Varas, M. A., "Patrones de conducta en los intentos de desestabilización democrática en Ecuador: el levantamiento policial de 2010", *Anuario de Derecho Público 2011*, Santiago de Chile, 2011, p. 289.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

En la concepción de apertura de la estatalidad, Carlos Ayala Corao sostiene que el artículo 31 de la Constitución venezolana "constitucionalizó" además el derecho de petición internacional que denomina "derecho de amparo internacional (o interamericano)".[185] Conforme a dicha norma, toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos. El correlato de la disposición lo estipula la CADH en el artículo 41: "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte".

En la *Constitución ecuatoriana* de 2008 se regula, por una parte, que "los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte" (artículo 11.3) y por otra parte, contempla una variedad de fórmulas y prescribe que "en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios *pro* ser humano, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución" (artículo 417). También consagra que "la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público" (artículo 424).

En la doctrina se ha argumentado que la Constitución ecuatoriana, que adopta como modelo un "Estado constitucional de derechos y justicia", introdujo como innovación utilizar en distintas normas el término "instrumentos" en lugar de aludir a convenios y tratados a fin de incluir tanto el *hard law* como el *soft law*.[186]

La *Constitución boliviana* es la última de la segunda expansión en Suramérica, que se promulgó en el año 2009. El artículo 13.IV. regula que

[185] Ayala Corao, *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas-San José, 1998.

[186] Caicedo Tapia, D. A., "El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos humanos más allá de la Constitución", en Escobar García (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, 2010, pp. 504, 521.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

> ...los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

Conforme al artículo 256: "Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta (256.I)", y continúa la estipulación de la cláusula de interpretación conforme en esta forma: "Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables" (artículo 256.II).

Mención especial merece la vía expansiva de las cláusulas de los derechos implícitos o no enumerados, que se corresponde con una tradición constitucional incluso anterior a las reformas y nuevas Constituciones.[187] Hay una convergencia material en esta apertura ya que los países suramericanos las han incorporado en términos similares, en ambas expansiones, es decir, que la declaración o enunciación de los derechos contenida en la Constitución, no debe ser entendida como la negación de otros no enumerados en el texto constitucional, que sean inherentes a la "persona humana" o "a la dignidad humana".

Tomando como referente la *Constitución de Uruguay*,[188] el artículo 72 garantiza esta fórmula de los derechos innominados. Para explicarlo, algunos autores argumentan que un derecho es inherente a la persona humana en la medida en que esté incluido en los tratados internacionales referidos a los derechos humanos, atendiendo al proceso de internacionalización de los derechos humanos y en base a la multiplicidad de instrumentos internacionales ratificados por Uruguay. La condición de inherente deriva directamente del hecho de estar reconocido por el ordenamiento jurídico internacional como un derecho fundamental.[189] Ésta es la cláusula más generalizada, pues también la recogen las Constituciones de Argentina (artículo 33), Bolivia

[187] Ejemplo emblemático en Argentina es caso Ekmekdjian, M., Sofovich A., y otros Fallos, 315:1492, 7 de julio de 1992.

[188] La Constitución política de la República Oriental del Uruguay es de 1967, pero ha tenido sucesivas reformas vía plebiscitos (1989, 1994, 1996, 2004).

[189] Risso Ferrand, M., "La libertad de enseñanza en la Constitución uruguaya", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2004, pp. 501 y 502.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

(artículo 13.II), Brasil (artículo 5, § 2º), Colombia (artículo 94), Ecuador (artículo 11.7), Paraguay (artículo 45), Perú (artículo 3) y Venezuela (artículo 22). Igualmente interesante es reiterar que la propia CADH contiene en el artículo 29.3 una cláusula de apertura en el mismo sentido de los derechos no enunciados en ella.

C. *Rasgos comunes de la estatalidad abierta en derechos humanos*

Las Constituciones en Suramérica conciben un Estado comprometido con la apertura al derecho internacional de los derechos humanos. En las palabras de Laurence Burgorgue-Larsen, "no se puede decir que en Europa haya sido atribuido un lugar *ad hoc* a los tratados internacionales de derechos humanos en la jerarquía de las normas con la excepción (notable) de la Constitución de Bosnia Herzegovina" y considera que, en los casos por ejemplo de Bolivia y Ecuador,

> ...donde el constituyente ha acordado no solamente un valor supra-constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, sino que además ha previsto que los derechos fundamentales constitucionales sean interpretados a la luz del *corpus juris* en la materia, se puede suponer válidamente que el grado de adhesión al estándar establecido en el nivel internacional será importante.[190]

En la reconstrucción normativa constitucional en Suramérica se atestigua la internacionalización del derecho constitucional[191] y su confluencia con una clara tendencia hacia la complementación creciente de los sistemas estatales con el sistema regional de protección de derechos, en particular, el proceso gradual y continuo de incorporación de normas, principios y estándares del sistema interamericano en el derecho nacional y del sistema universal. A *grosso modo* se constata una convergencia generalizada, aunque con ligeras graduaciones, en atribuir rango constitucional a los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado, en países como Argentina, Chile, Colombia, Perú, Paraguay. Otros países establecen en sus cartas magnas detalladamente la primacía y aplicación directa e inmediata de los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, como son Venezuela, Ecuador, Bolivia, en la medida

[190] Burgorgue-Larsen, L., "Los estándares: ¿normas impuestas o consentidas?", en von Bogdandy *et al.* (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñati, 2012, pp. 375-411.

[191] Aguilar Cavallo, G., "La internacionalización del derecho constitucional", *Estudios constitucionales*, Chile, año 5, núm. 1, 2007, pp. 223-281, p. 225.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

en que sean más favorables en la protección de los derechos. Incluso, por vía jurisprudencial, se ha dado un giro hacia tal reconocimiento de un rango al menos supralegal a dichos tratados, como es el caso de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay[192] y del Supremo Tribunal Federal de Brasil.[193]

Como afirma Eduardo Ferrer Mac-Gregor, un elemento común al recibir el influjo del derecho internacional mediante las diversas cláusulas constitucionales es que las normas convencionales adquieren carácter constitucional.[194] La ubicación de los tratados de derechos humanos en la supremacía constitucional produce efectos a nivel nacional. Dicho rango les otorga rigidez en la medida en que una reforma constitucional sólo podrá modificar un tratado en materia de derechos humanos cuando implique una mayor protección y garantía de tales derechos, estando vedado desmejorar su situación jurídica, como opina Humberto Nogueira.[195]

La consecuencia jurídica del rango constitucional y, por tanto, que dichos tratados integren el conocido bloque de la constitucionalidad, es que permean a todo el derecho interno y a todos los poderes públicos, los cuales deben sujetarse a ellos en igual medida que a la propia Constitución. Se aduce que una de las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos es su incorporación *in totum*, es decir, implica todas sus normas y todo su contenido, incluidos los órganos de protección internacional previstos en dichos tratados. Por esta razón se rechaza que pueda exigirse un *exequátur de constitucionalidad.* [196]

[192] Sentencia 365, del 19 de octubre de 2009. *Cfr*. Risso Ferrand, M., "El derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 14, julio-diciembre de 2010.

[193] Figueiredo, M., "La internacionalización del orden interno en clave del derecho constitucional transnacional", en von Bogdandy *et al*. (coords.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, São Paulo, 2013, pp. 143-177.

[194] Ferrer Mac-Gregor, E., "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores *vs*. México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 131, 2011, p. 931.

[195] Noriega Alcalá, H., "Los tratados Internacionales en el ordenamiento jurídico interno", *Revista Ius et Praxis*, Talca, año 2, núm. 2, 1997, p. 27.

[196] Carlos Ayala Corao mantiene una postura crítica frente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela que desconoce las sentencias del órgano interamericano, lo cual representa no sólo una violación de la CADH sino también de la Constitución venezolana de 1999. Ayala Corao, C., "La doctrina de la 'inejecución' de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)", en von Bogdandy *et al*. (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un* ius cosntitucionale commune *en América Latina?*, México, 2010, t. II, p. 106.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

La incorporación de este acervo hace surgir obligaciones para los Estados. En tal sentido, la Constitución de Chile, por ejemplo, en su artículo 6 obliga a todos los órganos del Estado a adecuar su comportamiento a las normas constitucionales, dentro de las cuales se encuentra no sólo el catálogo de derechos constitucionales, sino también las normas internacionales en materia de derechos humanos a partir de la cláusula que permite atribuir rango constitucional a los tratados de derechos humanos (artículo 5.2) en concordancia con el artículo 1.1 y 1.4). Afirma Claudio Nash que éste es el fundamento de la obligatoriedad de las normas internacionales.[197]

En el caso de la Constitución venezolana, mediante el rango constitucional, los tratados quedan fundidos a la Constitución y no pueden ser separados de ella, pues significaría una modificación por un procedimiento distinto al previsto en el texto constitucional venezolano de 1999. Bajo el prisma de la preeminencia de los derechos humanos como valor que rige al Estado (artículo 2), "todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos" a ellos (artículo 7) así como todo acto del poder público que viole o menoscabe los derechos garantizados en los tratados sobre derechos humanos es nulo; y los funcionarios públicos que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores (artículo 25).[198]

Reforzando el Estado abierto, conforme a los artículos 334 y 336 de la Constitución venezolana, en caso de "incompatibilidad de una ley u otra norma jurídica con un tratado sobre derechos humanos, se aplicarán las disposiciones de dicho tratado, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente" (artículo 334.1). Asimismo, cuando una ley, un acto que tenga rango de ley u otro acto de los órganos que ejercen el poder público dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución colida con un tratado sobre derechos humanos, le corresponde declarar su nulidad a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 334.2). En consecuencia, el control concentrado de la constitucionalidad por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, argumenta Carlos Ayala Corao, debe ser ejercido conjuntamente con base en los tratados sobre derechos humanos en virtud de su jerarquía constitucional (artículo 336)". Cuando se declare un estado de excepción, el Decreto "cumplirá con las exigencias, principios y garantías establecidos en

[197] Nash Rojas, C., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, Santiago de Chile, 2012, p. 33.

[198] Acción de nulidad por inconstitucionalidad presentada el 27 de septiembre de 2012. Disponible en: *http://www.observatoriodeconflictos.org.ve/oc/wp-content/uploads/2012/09/Accion-inconst-DENUNCIA-CADH-270912.pdf*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (artículo 339).

Invocando estos argumentos se ha presentado la acción de inconstitucionalidad ante el acto del Ejecutivo venezolano mediante el cual presentó el preaviso de denuncia de la Convención Americana.[199]

Respecto a las cláusulas de interpretación, Néstor Sagüés afirma que en tales hipótesis, "hay una «transferencia de responsabilidades interpretativas» de sumo interés: el constituyente nacional se somete al documento y al órgano jurisdiccional inter o supranacional, según como se lo quiera ver" y encuentra que la

> ...legitimidad de dispositivos de aquella índole se explica, principalmente, por la necesidad de construir un *ius constitutionale commune* en materia de derechos humanos y de Derecho comunitario. El intérprete inter- o supra nacional, además, puede gozar (aunque no siempre) de una cierta presunción de mayor calidad y objetividad que el intérprete nacional, de vez en cuando más comprometido con intereses sectoriales domésticos.[200]

Caballero Ochoa, partiendo del supuesto del Estado constitucional como receptor de la norma internacional, opina que la adopción de la cláusula *pro persona*, que sirve a título de referencia reguladora de la conformidad del derecho interno con los tratados sobre derechos humanos, debe utilizarse "como el criterio interpretativo para discernir la aplicación de uno u otro espacio normativo, máxime en el caso de antinomias y siguiendo criterios de proporcionalidad".[201]

La cláusula de los derechos innominados tiene un alto impacto en la protección de los derechos. La Corte Constitucional de Colombia (CCC)[202] ha hecho uso de tal cláusula (artículo 94) para garantizar los derechos a la

[199] Ayala Corao, "Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela", *Estudios constitucionales*, año 10, núm. 2, 2012, pp. 654 y ss.

[200] Sagüés, N. P., "El poder constituyente como intérprete de la Constitución", *Pensamiento Constitucional*, Lima, año 16, núm. 16, 2012, pp. 191 y ss.

[201] Caballero Ochoa, J., *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, México, 2009, p. 62.

[202] Es conocida la labor de esta Corte en la creación de derechos por vía jurisprudencial mediante los artículos 7 y 13 que regulan el principio de pluralismo, el de igualdad y protección de las minorías, y el artículo 16 del derecho al libre desarrollo de su personalidad conocido en la doctrina como una cláusula de libertad residual que comprende todas aquellas libertades no incluidas explícitamente "dentro de los márgenes semánticos de las libertades constitucionales específicas". Bernal-Pulido, C., *El derecho de los derechos*, Bogotá, 2008, p. 253; Quinche-Ramírez, M., *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, 2008, pp. 135-136. Un sector crítico considera que se hacen mutaciones a la Constitución por esta vía. Benítez, R. y Vicente, F., "Legitimidad democrática y constitucional de las modificaciones implícitas a la

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

verdad, justicia y reparación (sentencia C-370/06).[203] Sostiene la Corte que los derechos a la verdad, la justicia y la reparación están reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Entre los múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos menciona la Convención Americana de Derechos Humanos, "en la cual se consagra el derecho de toda persona a un recurso judicial efectivo, el cual ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no sólo como el derecho a una reparación económica, sino además como el derecho a que la verdad sobre los hechos sea efectivamente conocida y se sancione justamente a los responsables".[204]

Otro caso interesante a mencionar es el concerniente a los derechos reproductivos de las mujeres, incluida la interrupción voluntaria del embarazo, ya que la CCC sostiene que "están implícitos en los derechos fundamentales a la vida digna (artículos 1 y 11), a la igualdad (artículos 13 y 43), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), a la información (artículo 20), a la salud (artículo 49) y a la educación (artículo 67), entre otros".[205] Estas líneas jurisprudenciales se insertan en la llamada jurisdicción social forjada vía acción de tutela, destinada, como asevera Rodolfo Arango, a proteger personas en estado de pobreza, enfermedad, embarazo, discapacidad o los sin techo, entre otros grupos desfavorecidos.[206]

2. *La estatalidad abierta en materia de integración*

El fenómeno de la constitucionalización de un espacio de integración y unidad, dentro de su diversidad, ha girado en torno de la idea de América Latina como región y no específicamente sobre las subregiones, como sería el caso de Suramérica. Ello obedece a los elementos aglutinadores de viejo y de nuevo cuño que caracterizan la región, tal como advierte acertadamente

Constitución por parte de la jurisprudencia constitucional en Colombia", *Vniversitas*, Bogotá, núm. 122, 2011, pp. 303-334, p. 307.

[203] Corte Constitucional, Sentencia C-370/06, 18 de mayo de 2006. Disponible en: *http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-370-06.htm*.

[204] Corte Constitucional, Sentencia C-370/06, 18 de mayo de 2006. Disponible en: *http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-370-06.htm*.

[205] Corte Constitucional, Sentencia T-585/10, 22 de julio de 2010. Disponible en: *http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-585-10.htm*.

[206] Arango Rivadaneira, *La jurisdicción social de la tutela, en Corte Constitucional, 10 años, balance y Perspectivas*, Molina-Betancur (ed.), Bogotá, 2003. De gran relieve es la protección de la poblazada despalazada en Colombia. *Cfr*. Corte Constitucional, Sentencia T-025/04, 22 de enero de 2004. Disponible en: *http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Jorge Carpizo.[207] Entre los primeros sistematiza las historias comunes, la herencia cultural, la tradición jurídico-política similar y la inspiración en una cohesionada unión, a la vez que la balbuciente integración pos democracia se define por los renovados problemas comunes (pobreza y desigualdad), las distintas iniciativas a lo largo de Latinoamérica y la creación de órganos supranacionales. Los textos constitucionales disponen expresamente la idea de integración latinoamericana, con la excepción de Chile y Paraguay. Las otras Constituciones de los países objeto de análisis establecen tanto en los Preámbulos (por ejemplo Colombia, Ecuador, Venezuela) como en normas específicas, que el Estado se compromete a promover la integración latinoamericana (Perú, Uruguay), incluso con miras a conformar una comunidad latinoamericana de naciones (Argentina, Bolivia, Brasil).[208] La Constitución de Ecuador es la única que regula concretamente el impulso prioritario de la integración de la "región andina, de América del Sur y de Latinoamérica" (artículo 416.11).[209]

El panorama constitucional en cuanto al Estado abierto hacia la integración se focaliza en la región suramericana en su vínculo con el proceso de democratización y de afianzamiento de la subregión. Como indica José Briceno Ruiz, en la década de los noventa, la agenda de la integración latinoamericana mostraba el predominio de dos iniciativas distintas como eran el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (paradigma de la integración norte-sur) y el Mercosur (ejemplo exitoso de la integración sur-sur). Ambas iniciativas, con sus propias características y velocidades, generaron un nuevo interés por la integración y se gestó la construcción de un nuevo regionalismo suramericano.[210] Brasil ha sido un actor protagónico de

[207] Carpizo, J., "Derecho Constitucional latinoamericano y comparado", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 114, 2005, pp. 949-989.

[208] En Colombia, el Constituyente se compromete en el Preámbulo a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, a orientar la política exterior hacia la integración latinoamericana y del Caribe (artículo 9), y a promover la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe, incluso a conformar una comunidad latinoamericana de naciones (artículo 227). Otras Constituciones, como las de Uruguay, sólo mencionan que la República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos (artículo 6). Bolivia, en su más reciente Constitución de 2009, estipula expresamente en el artículo 265 que el Estado promoverá la integración "y, en particular, promoverá la integración latinoamericana".

[209] El artículo 423 de la Constitución ecuatoriana de 2008 señala que la integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado.

[210] Briceño-Ruiz, J., "La integración suramericana: del subregionalismo a un Nuevo Regionalismo", en von Bogdandy *et al.* (eds.), *¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, 2009, pp. 177 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

esta plataforma para Suramérica,[211] organizada alrededor del Mercosur[212] y con base en su propia estrategia.[213] Suramérica emerge como subsistema regional de integración distinto, esbozado sobre el concepto clave de liderazgo consensual brasileño (*consensual leadership*) y erigido para la coordinación, consultación y discusión.[214] En el marco del proceso de ampliación del Mercosur, los países interesados en la adhesión, como Venezuela, han considerado la incorporación al bloque como un elemento estratégico para la promoción de un mundo multipolar y de enfrentamiento al ALCA, en una agenda anti-neoliberal, anti-imperialismo, anticapitalismo.[215] Por estas razones, en el análisis de esta apertura, se pone el énfasis en los países fundadores del bloque y luego se da una mirada a otros textos constitucionales. Chile es la excepción que confirma la regla, pues no contiene una cláusula de apertura a la integración.

A. *Cláusulas de los países fundadores del Mercosur*

Tomando como referente el bloque mercosureño, los Estados miembros fundadores del Mercosur muestran diferencias. La doctrina agrupa, bajo el término *tándem*, por un lado las normas constitucionales de Argentina y Paraguay, y por otro lado, a Brasil y Uruguay. Colagero Pizzolo propone, como criterio distintivo para tal agrupación, la distinción entre habilitación para transferir competencias a entes supranacionales o ausencia de ella, calificando las primeras como fórmulas habilitantes y las segundas como detonantes.[216]

En el primer grupo, los constituyentes han fijado un haz de valores axiológicos para los procesos de adhesión a organizaciones supranacionales de

[211] Para hacer frente a la propuesta de los Estados Unidos de América acerca del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), Brasil lanzó la histórica propuesta, durante los preparativos de la III Cumbre de las Américas de Quebec, de reunir en Brasilia exclusivamente a los presidentes suramericanos.

[212] Poggio Teixeira, C., "Brazil and the institutionalization of South America: from hemispheric estrangement to cooperative hegemony", Brasilia, *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 54, núm. 2, 2011.

[213] Pedersen, T., "Cooperative Hegemony: Power, Ideas and Institutions in Regional Integration", *Review of International Studies*, vol. 28, núm. 4, 2002, pp. 677-696.

[214] Burges, S. W., *Brazilian Foreign Policy after the Cold War*, Gainesville, 2009, p. 59.

[215] Briceño-Ruiz, J., "O Mercosul na política de integração de Venezuela", *Civitas*, Porto Alegre, vol. 10, núm. 1, 2010, pp. 77-96.

[216] Pizzolo, C., *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*, Buenos Aires, 2002, pp. 374 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

manera específica.[217] Elocuentes son las habilitaciones constitucionales de Argentina y Paraguay pues contienen la llamada cláusula de garantía estructural que condiciona la integración al respeto y garantía de la democracia y los derechos humanos.

La *Constitución de Paraguay*, además de referir en el Preámbulo que el pueblo paraguayo está "integrado a la comunidad internacional" al darse la norma suprema, despliega un haz de normas regulatorias del mandato de apertura como son el orden de prelación de normas (artículo 137),[218] la aceptación del derecho internacional en sus relaciones internacionales (artículo 143),[219] el reconocimiento de sus obligaciones como Estado parte de un tratado de integración (artículo 144)[220] y la habilitación constitucional para la integración propiamente dicha (artículo 145).[221] De conformidad con el artículo 145, Paraguay admite un orden jurídico supranacional que garantiza la vigencia de los derechos humanos, la paz, la justicia, la cooperación y el desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. No obstante, no dispone expresamente la posibilidad de atribución de competencias o jurisdicciones supranacionales.

Por su parte, la *Constitución de Argentina*, recogiendo la jurisprudencia existente,[222] incluye una cláusula cualificada de integración prevista en el ar-

[217] Oteiza, E., "Mercosur: diagnóstico provisional sobre el proceso transnacional", *El Derecho*, Buenos Aires, t. 167, p. 1022.

[218] Artículo 137: La ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

[219] Artículo 143: La República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios… 4. La solidaridad y la cooperación internacional…

[220] Artículo 144: La República del Paraguay renuncia a la guerra, pero sustenta el principio de la legítima defensa. Esta declaración es compatible con los derechos y obligaciones del Paraguay en su carácter de miembro de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, o como parte en tratados de integración.

[221] Artículo 145: La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.

[222] La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, desde 1992 en el fallo en los autos "Recurso de hecho, Eckmekjián, M., Sofovich, A., y Otros", asigna primacía al tratado ante un eventual conflicto con el orden interno con base al artículo 27 de la Convención de Viena. Este criterio fue reiterado, entre otros, en "Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Ténica Salto de Grande", "Servini de Cubría, A c/ Amparo", "Cafés La Virginia S. A. c/ Apelación".

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

tículo 75, inciso 24. Dicha cláusula se perfila como "única" porque exhibe, entre sus caracteres particulares, que los tratados de integración respeten el orden democrático y los derechos humanos, que se rija por los principios de reciprocidad e igualdad, prevé la delegación de competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales y contempla la jerarquía superior a las leyes de las normas dictadas en la integración. En la doctrina parece haber consenso en admitir que en ambos países los tratados de integración tienen rango supralegal por voluntad del constituyente, aunque existe también alguna voz disidente.[223] Su máximo Tribunal ha reconocido reiteradamente su doctrina en el sentido de que el ordenamiento jurídico interno no puede contradecir, dificultar u omitir la norma de un tratado.[224]

Por el contrario, se postula en la doctrina que en Brasil y Uruguay las fórmulas detonantes no permitirían la transferencia de competencias a un ente supranacional.[225] La *Constitución uruguaya*, en su artículo 6, sólo dispone que la "República procurará la integración social y económica con los Estados latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas". La *Constitución de Brasil* proclama en el artículo 4, párrafo único, que "La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones". Sostengo que también los Constituyentes brasileños y uruguayos han esbozado una integración social y una comunidad de naciones precisamente en el sentido de trascender la mera cooperación internacional. La imprevisión constitucional no tiene que interpretarse como prohibición de la transferencia de competencias, sino en el contexto del Estado abierto, "en aras del bien común internacional y de un despliegue actualizado del derecho de gentes", de modo que el operador constitucional estaría autorizado a tal transferencia, subsanando la imprevisión de ese supuesto, como bien ha afirmado Néstor Sagüés.[226]

[223] Klein Vieira, L., "La Reforma de las Constituciones de los Estados Partes del Mercosur", *La Ley 11.723*, Argentina, 2012, pp. 4-7.

[224] CSJN, "Cocchia, Jorge D. c/Nación Argentina y otro", 02/12/93, Fallos 316:2624; CJSN, "Dotti, Miguel A. y otro c/ contrabando (incidente de apelación auto de nulidad e incompetencia)", 07/05/98, Fallos 321:1226, citados en Dreyzin de Klor, A. y Perotti, A., *El rol de los Tribunales Nacionales de los Estados de Mercosur*, Córdoba, 2009, pp. 93 y ss.

[225] Por ejemplo, Cairoli Martínez, M. H., "Derecho constitucional y procesos (con especial referencia al Mercosur)", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2003, p. 454.

[226] Sagüés, Néstor, *Reflexiones sobre la imprevisión constitucional. Interpretación e integración*, México, p. 102.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

En estos países (Brasil-Uruguay) debo acotar que hay avances jurisprudenciales en la línea propuesta. El fallo histórico del Supremo Tribunal Federal de Brasil que otorga rango superior a las leyes a los tratados sobre derechos humanos ya citado supra,[227] generó la expectativa de propiciar una relectura del artículo 4, párrafo único, de la Constitución Federal. Algunos autores interpretan que al hablarse en la Constitución de "integración económica, política y jurídica", es posible argumentar darle a las normas del Mercosur el estatus de superioridad con relación a las leyes ordinarias.[228]

B. *Otros tipos de habilitaciones de apertura a la integración*

Las fórmulas de recepción del derecho de la integración son muchas y diversas en las diez Constituciones objeto de análisis. La bifurcación entre la cláusula que expresa claramente la decisión política fundamental a favor del proceso de integración y la disposición relativa al mecanismo de habilitación de competencias para la delegación en organismos supranacionales es una constante en las Constituciones suramericanas.[229] De manera general puede constatarse la tendencia hacia la regulación expresa de la integración como fin del Estado, con incorporación de la transferencia de competencias al ente supranacional y previendo el reconocimiento de la primacía y el efecto directo de la normativa de integración está registrada.

La *Constitución colombiana* de 1991 desde su conciso Preámbulo enuncia el compromiso del pueblo de Colombia en impulsar la integración de la comunidad latinoamericana. Una serie de normas regulan la apertura, de manera tal que no es un desiderátum sino una imposición: el artículo 9 dispone, entre los fundamentos de política exterior de Colombia, que "se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe"; el artículo 150.10 atribuye competencia al Congreso para la aprobación o no de "los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que ten-

[227] El citado caso Procesos: HC 87585, RE 349703 y RE 466343; y derogación de la Súmula 619.

[228] En palabras de Alejandro Pedotti significaría un punto de inflexión del famoso precedente RE 80.004/SE datado de 1977 que otorga igualdad de rango entre tratado y ley y prevalencia de la norma posterior. *Cfr*. Mercosurabc. Disponible en: *http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=1824&IdSeccion=14*.

[229] Vanossi, J., *Apunte de derecho constitucional*, Buenos Aires, 2007, pp. 31 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

gan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados";[230] y el artículo 227 prevé que el

> Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano.

La *Constitución de Perú*, más tímidamente, pero enmarcada en la garantía de la plena vigencia de los derechos humanos y de la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, ancla en el artículo 44, entre los deberes primordiales del Estado, el deber de promover la integración, particularmente latinoamericana. Esta norma configura un punto de inflexión en materia de la estatalidad abierta integracionista, ya que la Constitución de 1979 era un texto inédito y de vanguardia. Establecía en su preámbulo "la necesidad de impulsar la integración de los pueblos latinoamericanos y de afirmar su independencia contra todo imperialismo" y preveía normas específicas sobre una "integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con miras a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones" (artículo 100) y sobre la prevalencia de los tratados de integración con Estados latinoamericanos sobre los demás tratados multilaterales celebrados entre las mismas partes (artículo 106). En 1993 se produjo una insólita desaparición de estas regulaciones, lo que no obstante ratifica mi tesis acerca de una permeabilidad progresiva mas no lineal, sino con oscilaciones.

En la segunda expansión ocurrida desde 1999, vale destacar el artículo 153 de la *Constitución de Venezuela* que privilegia la integración latinoamericana y caribeña con miras hacia una comunidad de naciones, de amplio espectro, destinada a promover el desarrollo común, además de regular la facultad para atribuir competencias a organizaciones supranacionales, y que "las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna". El texto constitucional se hacía eco de las transformaciones ocurridas en el marco de la integración

[230] La reforma constitucional de 1968 ya había incorporado la posibilidad de crear instituciones supranacionales para promover o consolidar la integración (artículo 76.19).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

andina[231] y recogía los planteamientos de la doctrina nacional al respecto.[232] Se adopta el tipo de fórmulas constitucionales de atribución de competencias para resguardar la supremacía constitucional frente a la primacía del derecho supranacional, siguiendo una inspiración europea.[233]

Las más recientemente promulgadas Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009) representan un nuevo estadio del alcance del mandato de apertura, diversificado y comprensivo de todos los principios inherentes a una integración supranacional. La *Constitución de Ecuador*[234] en su artículo 423 asigna preferencia a la integración latinoamericana y caribeña y enumera en siete ordinales los compromisos del Estado ecuatoriano[235] y en su artículo 425 estipula un rango inmediato debajo de la Constitución para los tratados y convenios internacionales en el orden jerárquico de aplicación de las normas. La *Constitución de Bolivia* de 2009[236] mantiene esta tendencia de apertura hacia la integración, pero incluye en el artículo 257 el condicionamiento de un referendo popular vinculante previo a la ratificación los tratados internacionales que impliquen integración monetaria, integración económica estructural y cesión de competencias institucionales a organismos

[231] Mediante los Protocolos de Quito y de Trujillo que marcaban el rumbo hacia la Comunidad Andina, con un carácter supranacional. *Cfr.* Ley Aprobatoria publicada en al *G.O.* nº 33.958 del 4 de mayo de 1988 y Ley Aprobatoria, publicada en la *G.O.* nº 36.116 del 30 de diciembre de 1996, respectivamente.

[232] Desde 1968 Allan Brewer-Carías esbozaba tres problemas, a saber la creación de órganos comunitarios supranacionales, la jerarquía del derecho comunitario y el control de la constitucionalidad. *Cfr*. Brewer-Carías, A., *Los problemas constitucionales de la integración económica latinoamericana*, Caracas, 1968.

[233] Zubillaga, M., "Los fundamentos del derecho comunitario y su soporte constitucional: la experiencia europea y andina", en Arismendi y Caballero Ortiz (coords.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, 2003, pp. 281 y ss.

[234] Constitución de Ecuador Preámbulo, artículos 276.5, 284, 416.10 y 416.11, 419.6, entre las normas relevantes para la integración.

[235] El artículo 423 de la Constitución de Ecuador es una disposición de carácter detallado y extenso en las materias de objeto de la integración, que reconoce, entre otros campos, la armonización de las legislaciones nacionales, la posibilidad de crear la ciudadanía latinoamericana y caribeña; el impulso de una política común de defensa y que favorezca la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y del Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional.

[236] Una singularidad de la Constitución de Bolivia está contenida en el artículo 377 que consagra: I. Todo tratado internacional que suscriba el Estado sobre los recursos hídricos garantizará la soberanía del país y priorizará el interés del Estado; II. El Estado resguardará de forma permanente las aguas fronterizas y transfronterizas, para la conservación de la riqueza hídrica que contribuirá a la integración de los pueblos.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración. También el texto constitucional privilegia la integración latinoamericana y resalta una integración de los pueblos indígenas.[237] Un aspecto interesante es la regulación del sufragio universal para elegir "las representantes y los representantes de Bolivia ante organismos parlamentarios supraestatales emergentes de los procesos de integración" (artículo 266).

C. *Rasgos comunes de la estatalidad abierta en la integración*

Rodrigo Uprimny plantea las tres razones principales (origen, intensidad y orientación) que explican el intenso periodo de cambios constitucionales generados en la segunda expansión y lo hace a partir de las divergencias con las reformas o nuevas Constituciones de finales del siglo XX. En efecto, la Constitución ya no era una consecuencia natural de la caída de las dictaduras militares, sino obedecía al interés de reforzar los regímenes democráticos existentes pero con problemas de legitimidad. El rasgo clave fue el debilitamiento de los partidos políticos y "el ascenso de nuevas fuerzas políticas como el chavismo en Venezuela o el movimiento indígena en Bolivia o el correísmo en Ecuador".[238] Respecto a la intensidad del cambio propuesto parece esclarecedor citar el Preámbulo de la Constitución de Bolivia de 2009 que reza:

> El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.

Bajo este prisma, las Constituciones del nuevo siglo se identifican con movimientos populares apegados a un entendimiento antiliberal y anticolonial. Explícito es por ejemplo el artículo 225.II.2 de la Constitución de Bolivia, que regula entre los principios para la negociación, suscripción y

[237] Constitución de Bolivia, artículo 265: I. El Estado promoverá, sobre los principios de una relación justa, equitativa y con reconocimiento de las asimetrías, las relaciones de integración social, política, cultural y económica con los demás estados, naciones y pueblos del mundo y, en particular, promoverá la integración latinoamericana; II. El Estado fortalecerá la integración de sus naciones y pueblos indígenas originario campesinos con los pueblos indígenas del mundo.

[238] Uprimny, R., "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos", en Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, 2011, pp. 109 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

ratificación de tratados internacionales el "rechazo y condena a toda forma de dictadura, colonialismo, neocolonialismo e imperialismo". Se ha adoptado, formalmente en las Constituciones, un amplio reconocimiento a la característica de la heterogeneidad del Estado en Suramérica, con mayor visibilidad y protección de las comunidades indígenas. La Constitución de Ecuador de 2008 dedica un capítulo a los "derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades" y establece que las "comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano" (artículo 56) y pasa a enumerar veintiún enunciados contentivos de los derechos colectivos que el Estado ecuatoriano les reconoce y garantiza "de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos" (artículo 57).

Igualmente la apertura en materia de la integración latinoamericana tiene un marcado acento en el propósito de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región, como lo reflejan distintas Constituciones suramericanas (de la primera expansión Argentina, Brasil, Colombia, Paraguay y las tres últimas de la segunda expansión). Es innegable un renacimiento de la idea de la integración apalancado en las últimas Constituciones. La base constitucional ha facilitado la configuración de "los mil rostros de la región", expresión utilizada para plasmar la explosión de múltiples factores contextuales contemporáneos: los intentos colectivos para construir espacios de integración con viabilidad política y económica, con un rechazo de los instrumentos multilaterales que datan del pos 48 y la presencia de Estados Unidos como fantasma, desdibujado en su histórico papel de aliado estratégico.[239]

La diversidad de las cláusulas como "bisagra" para la permeabilidad hacia el orden normativo del sistema de integración ha estado acompañada de la diversidad de escenarios en cuanto a las las tendencias integracionistas regionales y subregionales, incluso con objetivos contrapuestos, como la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (Alba), de corte conservador-populista y la recién creada Alianza del Pacífico, impregnada con un rasgo comercial-pragmática.[240] José Briceño Ruiz divide dos ejes, el

[239] Bonilla, A., *Los mil rostros de la región: Iberoamérica, la cumbre y sus alcances*. Comentario del Secretario General de Flacso. Disponible en: *http://flacso.org/secretaria-general/mil-rostros-regi-n-iberoam-rica-cumbre-y-sus-alcances*.

[240] Los medios de comunicación recogen estos planteamientos. *Cfr. http://www.clarin.com/mundo/Surge-Alianza-Pacifico-contrapeso-Mercosur_0_930507042.html. Más reciente http://www.viicumbrealianzadelpacifico.com*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

revisionista (Mercosur y Unasur) y el antisistémico (Alba).[241] En congruencia con los postulados recogidos en las Constituciones de Venezuela, Bolivia y Ecuador, la doctrina describe los perfiles de la nueva integración bajo un enfoque predominantemente posliberal.[242]

III. Mecanismos de protección de la democracia

Los textos constitucionales han configurado un Estado abierto, que regula tanto la apertura a favor de los derechos humanos como la apertura hacia la integración, razón por la cual existe una plataforma que permite proteger la democracia a nivel supranacional por la propia decisión de las Constituciones. No sólo se prevé la apertura como fin del Estado a favor de la cooperación internacional, sino como miembro de la comunidad internacional, que se somete a ella en la evolución de un orden jurídico respetuoso de la dignidad humana, elemento esencial de la democracia.

La ampliación del sistema de fuentes aplicables en el ámbito interno, gracias a las cláusulas de reenvío y habilitación establecidas en las Constituciones, ha tenido un efecto armonizador de estándares que conforman progresivamente un *ius constitutionale commune.* Tal como se comprobó en la reconstrucción de la transformación constitucional ocurrida en la primera y la segunda expansión, a nivel normativo se afrontó desafiar al concepto tradicional de soberanía entendida como poder ilimitado, último e indivisible para gobernar un territorio sin permitir injerencias externas. El Estado actual está inmerso en la internacionalización de los procesos de creación del derecho, donde confluye un pluralismo de foros de decisión pública inter-, supra- y trans-nacional[243] y los países suramericanos no son la excepción. Este entrelazamiento de órdenes internacional, supranacional y nacional,

[241] Briceño Ruiz, J., "La Iniciativa del Arco del Pacífico Latinoamericano. Un nuevo actor en el escenario de la integración regional", *Nueva Sociedad*, núm. 228, 2010, pp. 44 y s.

[242] Sanahuja, J. A., "Del 'regionalismo abierto' al 'regionalismo post-liberal'. Crisis y cambio en la integración regional en América Latina", *Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe*, Buenos Aires, vol. 8, 2010, pp. 11-54. Entre estos modelos se ubican UNASUR y CELAC. *Cfr.* Gajate, R. M., "Hacia la construcción de la UNASUL. Institucionalidad y convergencia", *Mercosur y Unión Europea*, Hummer/Drnas de Clément, Argentina, 2008, pp. 139 y ss. Rojas Aravena, F., "La Celac y la integración latinoamericana y caribeña", *Revista Nueva Sociedad*, núm. 240, julio-agosto de 2012, pp. 16-27.

[243] Torres, A., "¿Se limita o refuerza el poder ejecutivo como consecuencia de la Internacionalización de los procesos de producción normativa?", *Seminario SELA, Panel II: Globalización y Poder Ejecutivo*, Bogotá, 2006. Disponible en: *http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006_pdf/Aida_Torres.pdf*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

como advierte Santiago Cantón, no supone bloqueo entre los mismos, sino refuerzo en la protección de los derechos humanos de la región.[244]

Este proceso no es lineal, ya que se constata una permeabilidad policéntrica (proveniente de distintas fuentes) y a múltiples velocidades (unos países avanzan más rápidamente que otros). Respecto al policentrismo valga citar la opinión de Manuel Góngora Mera cuando alude a los diálogos policéntricos en el contexto interamericano, entendiendo por tales las "interacciones entre diferentes cortes del sistema sobre el alcance o contenido de derechos y obligaciones, que generan una adopción policéntrica de estándares normativos. A través de estos diálogos se diseminan estándares normativos entre distintos niveles o de un sistema jurídico nacional a otro, sin que haya necesariamente una resolución de la Corte Interamericana contra el país o los países respectivos que acogen el estándar". Según argumenta, a mayor apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos, mayor recepción de estándares globales y regionales.[245]

Dicho proceso también manifiesta distintas velocidades derivadas de la mayor o menor celeridad para ratificar los instrumentos del sistema multinivel de protección de los derechos humanos así como dependiendo del grado de incorporación de los estándares en el nivel doméstico. En líneas generales, como lo reseña José María Serna, los polos para pronunciarse a favor o no de la recepción en el orden interno de los estándares de los otros sistemas normativos de derechos humanos, que pueden distinguirse como las posturas internacionalistas (favorables) y los nacionalistas (resistentes a tal recepción).[246] Como indica Jorge Carpizo, el reconocimiento de la supremacía del derecho internacional, en especial del convencional, respecto al derecho interno se dibuja como una tendencia del constitucionalismo latinoamericano contemporáneo.[247] La tendencia suramericana se inscribe precisamente en esta postura internacionalista hacia la configuración progresiva del *ius constitutionale commune*, con algunas oscilaciones y en la actualidad con una excepción que confirma la regla, como es el caso de Venezuela.

[244] Cantón, S., "Prevención de la tortura en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Fortalecimiento de la prevención y prohibición de la tortura*, Buenos Aires, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 2011, p. 71.

[245] Góngora-Mera, M. E., "Judicializando las desigualdades raciales en América Latina: Un diálogo interamericano, Diálogo sobre diálogos jurisdiccionales", en von Bogdandy *et al.* (coords.), Ius Constitutionale Commune *Latinoamericanum*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

[246] Serna, J. M., *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, UNAM, México, 2012, pp. 243 y ss.

[247] Carpizo, J., "Derecho Constitucional latinoamericano y comparado", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 114, 2005, p. 980.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Hasta el presente han tenido lugar sólo dos casos de "rechazo sistemático" al sistema interamericano acontecidos en Suramérica. En opinión de Manuel Góngora, el rechazo sistemático se ha producido cuando "el gobierno tiene una influencia muy significativa sobre la rama judicial, y la supervisión del sistema interamericano es percibida como una amenaza para el régimen (*v.gr.* durante el gobierno de Alberto Fujimori en Perú) y/o una forma de intervención extranjera y de violación de la soberanía (*v.gr.* durante el gobierno de Hugo Chávez en Venezuela)".[248] En Perú no llegó a concretizarse el retiro de la declaración de reconocimiento de la cláusula facultativa de sometimiento a la competencia contenciosa de la CorteIDH por cuanto se dejó sin efecto la decisión al producirse el cambio de gobierno.[249] En Venezuela, el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), en lo concerniente a la sentencia de la CorteIDH, del 5 de agosto de 2008, que ordenaba la reincorporación en el cargo de tres ex magistrados,[250] decidió que el fallo del contencioso interamericano era "inejecutable" y solicitó al Ejecutivo Nacional proceder a denunciar la Convención, alegando usurpación de funciones del contencioso interamericano.[251]

Venezuela es la excepción que confirma la regla en cuanto a la configuración del *ius constitutionale commune*. El preaviso de denuncia de la CADH presentado ante el secretario general de la OEA en septiembre de 2012 es el corolario de un rechazo sistemático hacia el cumplimiento de las obligaciones convencionales y de la situación de los derechos humanos en el país suramericano, como lo venía informando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) [252] y como se verificaba en las sentencias condenatorias de la CorteIDH por violación de la CADH.[253] Ello significa la

[248] Góngora, M., "Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo", en von Bogdandy *et al.* (coords.) *Estudos avançados de Direitos Humanos Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, São Paulo, 2013, pp. 324 y ss.

[249] El 9 de julio de 1999, Perú procedió a depositar en la Secretaría General de la OEA, en el 2000 se reincorporó.

[250] CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") *vs.* Venezuela. Sentencia del 5 de agosto de 2008.

[251] Para un análisis crítico detallado *Cfr.* Ayala Corao, C., *La doctrina de la "inejecución" de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, Caracas, 2010.

[252] Entre otros, véase CIDH, Democracia y derechos humanos en Venezuela, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, 30 diciembre 2009, Conclusiones, punto 1163; CIDH, Informe anual 2010, capítulo IV Desarrollo de los Derechos Humanos de la Región, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 5, corr. 1, 7 marzo 2011, punto 837.

[253] Entre otros, CorteIDH, Caso Blanco Romero y otros *vs.* Venezuela, Sentencia de 28 de noviembre de 2005, Serie C No. 138; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) *vs.* Venezuela, Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C No. 150; Caso Ríos y otros *vs.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

violación de la estatalidad abierta prevista en la Constitución de 1999, que atribuye rango constitucional a los tratados de derechos humanos.[254] En la doctrina se ha insistido en la crítica a estos pronunciamientos del máximo órgano de justicia respecto a los tratados de derechos humanos.[255] No puede obviarse que Venezuela también es el único país que denunció en el año 2006 el Acuerdo de Cartagena, principal tratado de la Comunidad Andina, suscrito en 1969 y al que ese país se adhirió en el año 1973, cuya institucionalidad supranacional está más inspirada en el modelo europeo. A partir de la denuncia Venezuela sólo quedó obligada al programa de liberalización comercial hasta el 2011.

El Estado abierto, no obstante, ha hecho posible la emergencia del *ius constitutionale commune* en la región suramericana, que avanza gracias a los mecanismos de protección. Propongo a continuación explicar el primero con una tríada de procesos concurrentes y convergentes en el Subcontinente, a saber la internacionalización, interamericanización y mercosurización. En lo referido a los mecanismos jurisdiccionales me concentro en el diálogo judicial y el control de convencionalidad.

1. *Mecanismos de permeabilidad constitucional*

Las implicaciones del estatus constitucional o supralegal de los instrumentos de derechos humanos en el ámbito interno sirven para forzar a los operadores jurídicos a revisar sus prácticas cotidianas en materia de implementación de las normas internacionales en el ámbito nacional.[256] Antes

Venezuela, Sentencia del 28 de enero de 2009, Serie C No. 194; Caso Perozo y otros *vs*. Venezuela, Sentencia del 28 de enero de 2009, Serie C No. 195; Caso Reverón Trujillo *vs*. Venezuela, Sentencia del 30 de junio de 2009, Serie C No. 197; Caso Usón Ramírez *vs*. Venezuela, Sentencia del 20 de noviembre de 2009, Serie C No. 207; Caso Chocrón Chocrón *vs*. Venezuela, Sentencia de 1 de julio de 2011, Serie C No. 227.

[254] Nikken, P., "La Constitución venezolana y el Derecho internacional de los derechos humanos", *Estado de derecho, administración de justicia y derechos humanos - en homenaje a la memoria de Luis Oscar Giménez y Manuel Torres Godoy*, 2005, pp. 585-638; Rey Cantor, E., *Celebración y jerarquía de los tratados de derechos humanos: (Colombia y Venezuela*), Caracas, UCAB, 2007.

[255] Corao, C., "Hacia una agenda de cambios consensuados inmediatos a la Constitución de 1999 para la profundización de la democracia", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2004, t. I, p. 363; Brewer-Carías, A., *Crónica sobre la "in" justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, EJV, 2007; Casal, H., "Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela)", en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, México-Buenos Aires, 2009, pp. 503-527.

[256] Dulitzky, A., "Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano", en Buergenthal (ed.), *Estudios especializados de derechos humanos*, San José, 1996, pp. 129-166, p. 165.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

de la democratización, afirma categóricamente Deisy Ventura, la conexión que existía en el Sur se producía "para torturar gente, perseguirla, hacerla desaparecer", en el marco del Plan Cóndor. Hoy, bajo la concientización de un espacio geográfico, los ciudadanos nacionales se vinculan para temas cotidianos.[257]

Una enunciación *grosso modo* de algunos casos concretos de los impactos y de las interacciones entre los diferentes niveles de protección permite una aproximación a la dimensión de estos mecanismos a nivel de la región. Por ejemplo, la guerra del agua en Bolivia[258] es el telón de fondo no sólo de la regulación del derecho al agua en el texto constitucional,[259] sino también la propuesta presentada por Bolivia y respaldada por otros treinta y tres Estados para que se dictara la Resolución 64/292, del 28 de julio de 2010, a través de la cual "la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que un agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos".[260]

[257] "…encuentros de médicos del Mercosur, de abogados del Mercosur, de músicos del Mercosur, etcétera, pocas son las corporaciones o ámbitos asociativos que no tengan una dimensión Mercosur". Patricia Peralta Gainza, Entrevista a Ventura, D., "Mercosur: derechos humanos y participación ciudadana", *DemocraciaSur*, Montevideo, 12 de abril de 2005.

[258] Distintas denominaciones como "La guerra del agua", "los hechos de abril", "el quiebre del modelo", entre otros, son títulos empleados para escenificar los recientes sucesos de Bolivia, que vivió una aguerrida protesta en las calles, bloqueos campesinos, un estado de sitio militarizado con muertos, heridos, confinados y hasta una rebelión policial. La sociedad civil (por ejemplo la Coordinadora de Defensa del Agua, una especie de sindicato ciudadano que aglutina a varios sectores) fue determinante. Cajías, L., "Bolivia: del camino difícil al callejón oscuro", *Nueva Sociedad*, Caracas, núm. 169, 2000, pp. 24-32. Fue una situación de tal magnitud que hasta generó documentales como *The Corporation* y *Corporaciones. ¿Instituciones o psicópatas?* En Alemania se elaboró una compilación bibliográfica sobre el tema. *Cfr*. Mähler, A., "Bolivien: soziale Konflikte und ihre politischen und sozioökonomischen Hintergründe", Übersee-Dokumentation, Hamburgo, 2004. Disponible en: *http://www.giga-hamburg.de/dl/download.php?d=/content/bibliothek/bibliographien/pdf/dok-line_lateinamerika_2004_1.pdf*.

[259] La Constitución de Bolivia de 2009 contiene en el Preámbulo y en normas expresas la regulación del derecho al agua (Artículos 16 y 18). La naturaleza del conflicto selló la estipulación acerca de que "ninguna persona extranjera, individualmente o en sociedad, podrá adquirir propiedad en este espacio, directa o indirectamente, ni poseer por ningún título aguas, suelo ni subsuelo; excepto en el caso de necesidad estatal declarada por ley expresa aprobada por dos tercios de la Asamblea Legislativa Plurinacional" (artículo 262.I).

[260] A/Res/64/292, 3 de agosto de 2010, Resolución aprobada por la Asamblea General, El derecho humano al agua y el saneamiento. La Resolución exhorta a los Estados y organizaciones internacionales a proporcionar recursos financieros, a propiciar la capacitación y la transferencia de tecnología para ayudar a los países, en particular a los países en vías de desarrollo, a proporcionar un suministro de agua potable y saneamiento saludable, limpio, accesible y asequible para todos. Como dato empírico determinante vale acotar que la Reso-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

En el caso del sistema interamericano, sólo para referir decisiones de alto impacto en el espacio geográfico suramericano, se ha ordenado la reforma de las normas constitucionales en Chile (artículo 19) a efectos de asegurar el cumplimiento del derecho a la libertad de expresión, mediante la supresión de la censura previa.[261] Al Estado colombiano se le ha ordenado reiterativamente que reabra investigaciones cerradas en contra de miembros del Ejército por paramilitarismo[262] así como a Perú se le ha ordenado que modificara las normas que permitían el juzgamiento de civiles por militares, a través de la "justicia sin rostro", por ser contrarias a la CADH.[263] Víctor Abramovich sostiene que el "daño institucional de aplicar una mala decisión de la Corte Interamericana es sensiblemente menor al de incumplir con la decisión, pues ello implicaría cuestionar el mandato constitucional de reconocer el valor obligatorio de las sentencias del tribunal interamericano".[264]

Una constelación reiterada proveniente del Mercosur se cristaliza en la propuesta de Argentina, particularmente desde 2006 (apoyada por los países fundadores y el resto de América Latina), de impulsar el reconocimiento del derecho a la verdad como un derecho "autónomo e inalienable", que "no admite suspensión y no debe estar sujeto a restricciones". Dicha inicitiva ha sido presentada por la Alta Comisionada de la ONU para Derechos Humanos, en su tiempo Louise Arbour, ante el Consejo de Derecho Humanos de Naciones Unidas en Ginebra un informe a tal fin.[265] Desde la sociedad civil se viene insistiendo en la obligación positiva de los Estados de asegurar que su ciudadanía tenga acceso a la información sobre las violacio-

lución contó con 122 votos a favor de los 163 representantes presentes de los 192 miembros de Naciones Unidas, sin votos en contra, sólo 41 abstenciones, en un procedimiento sin precedentes.

[261] CorteIDH. Caso "La última tentación de Cristo" *vs*. Chile. Sentencia d febrero 5 de 2001, Serie C No. 73, punto resolutivo No. 4.

[262] CorteIDH. Caso de "La Masacre de Mapiripán" *vs.* Colombia. Sentencia de septiembre 15 de 2005, Serie C No. 134, punto resolutivo No. 7.

[263] CorteIDH. Caso Castillo Petruzzi y otros *vs*. Perú. Sentencia de mayo 30 de 1999, Serie C No. 52, punto resolutivo No. 14.

[264] Abramovich, V., "Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de políticas sociales", *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, 2007.

[265] ONU, Comisión de derechos humanos, 62º período de sesiones, E/CN.4/2006/91, Promoción y protección de los derechos humanos. Estudio sobre el derecho a la verdad, 2006. Disponible en: *http://www.concernedhistorians.org/content_files/file/to/120.pdf*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

nes de los derechos humanos y se apoyan en el reconocimiento del "derecho a la verdad" logrado a nivel jurisprudencial.[266]

No se trata de un mero simbolismo ni puede interpretarse como una yuxtaposición. Por el contrario, en Suramérica se verifica la protección de la democracia y los derechos humanos vía estatalidad abierta en un sistema multinivel. La construcción paulatina del *ius constitutionale commune* emana de la internacionalización, interamericanización y mercosurización, cuyos perfiles se exponen seguidamente.

A. *Internacionalización*

A fin de identificar la extensión de la incorporación del derecho internacional en los órdenes internos utilizo tres cuadros referenciales de la ratificación de tratados de derechos humanos que constituyen un piso común, tomados aleatoriamente. Luego de la Declaración Universal de Derechos Humanos se ha desarrollado, paulatinamente, el derecho internacional de los derechos humanos. Su progresivo desarrollo, como una respuesta ante el fracaso de la protección con una mirada centrada en el Estado y su soberanía, dio paso a que en el actual orden jurídico internacional la persona humana y sus derechos son un objeto específico de regulación.[267] Como sostiene Flávia Piovesan, la primacía del valor de la dignidad humana, como paradigma y referencial ético, representa el principio orientador del constitucionalismo estatal, regional y global, dotándolos de especial racionalidad, unidad y coherencia.[268]

Tal como lo expresa Claudio Nash, atendiendo a las disposiciones internacionales,[269] el acervo de normas de protección de derechos humanos tiene un amplio espectro para lograr su protección efectiva y los tratados que la regulan "persiguen el establecimiento de un orden público común a las partes, que no tiene por beneficiario a los Estados, sino a los individuos. Esta interpretación de los tratados de derechos humanos trae importantes consecuencias: el incumplimiento de las obligaciones internacionales de de-

[266] Mendel, T., *El derecho a la información en América Latina: comparación jurídica*, Ecuador, Unesco, 2009, pp. 5, 21 y ss.

[267] Dulitzky, A., "Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano", *Estudios especializados de derechos humanos*, San José, IIDH, 1996, t. I, p. 132.

[268] *Cfr.* Piovesan, F., "Direito Constitucional, direitos humanos e o direito constitucional internacional", *Caderno de direito constitucional V*, Porto Alegre, 2006, pp. 7 y 8.

[269] Artículo 60.5 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrito el 23 de mayo de 1969 y entró en vigencia 27 de enero de 1980 y el Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 5, de fecha 31 julio 1981.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

rechos humanos de un Estado, no da a los otros Estados partes del tratado derecho para denunciarlo o terminarlo", "las reservas a las obligaciones convencionales se encuentran limitadas y restringidas" así como "las actuaciones de los Estados quedan sujetas a un control internacional, cual es, el de los órganos creados por los propios instrumentos internacionales".[270] En el punto de la protección de la democracia fue emblemático el papel que jugó la Asamblea General de Naciones Unidas dictando resoluciones condenatorias al régimen militar chileno desde 1974 hasta 1989, que envolvían una presión de la comunidad internacional, por las denuncias de violaciones de derechos humanos que ocurrían en Chile. En cada una de las resoluciones se insistió en la falta de información acerca de personas desaparecidas, se nombró una comisión por las Naciones Unidas para investigar las situaciones denunciadas y asimismo se designaron relatores especiales para hacer seguimiento sobre los casos denunciados hasta el fin de la dictadura.[271]

Existe un *ius constitutionale commune* apalancado por la internacionalización. Los Estados suramericanos se han abierto al derecho internacional de los derechos humanos de manera creciente y las recientes investigaciones científicas indican la existencia de una relación positiva entre la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos y el mejoramiento de los resultados acerca de su efectividad en los órdenes domésticos.[272] Los diez países han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Primer Protocolo Facultativo así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Igualmente el afán de eliminar cualquier forma de tortura se expresa en la ratificación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, como se evidencia en la tabla siguiente:[273]

[270] Nash Rojas, C., *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, Santiago de Chile, 2012, p. 30.

[271] Lira, E., "Verdad, reparación y justicia: el pasado que sigue vivo en el presente", *Contribución de las políticas de verdad, justicia y reparación a las democracias en América Latina*, San José, IIDH, 2011, p. 87.

[272] Concept Workshop "Assessing the Inter-American Human Rights System: Empirical and Methodological Challenges", Institute of the Americas University College London and University of São Paulo (USP), julio de 2013.

[273] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PF-PIDCP), Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a la abolición de la pena de muerte (PF-PIDCP-APM), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

	PIDESC	PF-PIDESC	PIDCP	PF-PIDCP	PF-PIDCP APM	CEDR
Argentina	08-08-1986	24-10-2011	08-08-1986	08-08-1986	02-09-2008	02-10-1968
Bolivia	12-08-1982	13-01-2012	12-08-1982	12-08-1982	---	22-10-1970
Brasil	24-01-1992	---	24-01-1992	25-09-2009	25-09-2009	27-03-1968
Chile	10-01-1972	firmado	10-02-1972	27-05-1992	26-09-2008	20-10-1971
Colombia	29-10-1969	---	29-10-1969	29-10-1969	05-08-1997	02-09-1981
Ecuador	06-03-1969	11-06-2010	06-03-1969	06-03-1969	23-02-1993	22-09-1966
Paraguay	10-06-1992	firmado	10-06-1992	10-01-1995	18-08-2003	18-08-2003
Perú	28-04-1978	---	28-04-1978	03-10-1980	---	29-09-1971
Uruguay	01-04-1970	firmado	01-04-1970	01-04-1970	21-01-1993	30-08-1968
Venezuela	10-05-1978	firmado	10-05-1978	10-04-1978	22-02-1993	10-10-1967
Total	10	3	10	10	8	10

De las ratificaciones se desprende una paradoja, específicamente el bajo índice de sólo 3 de 10 Estados en lo atinente al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PF-PIDESC). Es paradójico ya que los catálogos de las Constituciones, en particular las de la segunda expansión, atribuyen rango de derechos fundamentales a los derechos sociales y por vía de los tribunales constitucionales se ha avanzado en la justiciabilidad de los derechos, precisamente invocando el derecho internacional y la reconocida progresividad de los mismos.[274] También se observa que Bolivia y Perú no han ratificado el Protocolo adicional relativo a la abolición de la pena de muerte.

Interesante es mencionar que un total de ocho países (con excepción de Colombia y Paraguay) han efectuado el reconocimiento de la Competen-

[274] Entre tantos ejemplos, valga la sentencia T 760/08 de la Corte Constitucional de Colombia relativa al derecho a la salud.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

cia del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) establecida en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.[275] Es una muestra de la manifestación soberana de los Estados suramericanos de que sus actuaciones queden sujetas a un control internacional como es el del órgano creado por este instrumento internacional. El CERD ha manifestado su preocupación por la falta de sanción de leyes generales contra la discriminación, en particular de una definición de discriminación racial en consonancia con el párrafo 1 del artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.[276] En el caso específico de los afrodescendientes, grupo que ha sido sometido históricamente a la exclusión y violación de sus derechos en la región,[277] el CERD ha aportado una defición[278] y ha advertido la continuidad de estereotipación de esta población.[279] Igualmente se ha pronunciado acerca de que la cantidad de representantes afrodescendientes en ejercicio de cargos electivos es sustancialmente menor al porcentaje de población que representan.[280]

Los parámetros internacionales se han ido incorporando en disposiciones constitucionales. En el caso concreto del reconocimiento a los afrodescendientes se pueden citar ejemplos en la primera y en la segunda expansión: el artículo 215.1 de la Constitución de Brasil establece el deber del Estado de proteger "las manifestaciones de las culturales populares, indígenas y afrobrasileñas y los otros grupos participantes en el proceso de civilización nacional". También la Constitución de Colombia impone al Congreso

[275] Dos expertos independientes del Comité proceden de Suramérica, Pastor Murillo Martínez de Colombia y José Lindgren Alves de Brasil. El papel del Comité así como sus recomendaciones y observaciones generales están disponibles en: *http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cerd/index.htm*.

[276] Naciones Unidas, CERD, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Colombia. CERD/C/COL/CO/14, 28 de agosto de 2009, párr. 13.

[277] Para apuntar un dato empírico clave hay que recordar que la esclavitud en Brasil se mantuvo hasta 1888 y, a pesar de que la población negra y mulata representa el 51%, se ha mantenido históricamente, como en el resto de la región, como un grupo especialmente vulnerable que ha sido invisibilizado.

[278] Afrodescendientes son aquellas personas a las que se hace referencia en la Declaración y Plan de Acción de Durban y que se autoidentifican como personas de descendencia africana. *Cfr*. Naciones Unidas, CERD, Recomendación General XXXIV, CERD/C/GC/34, 3 de octubre de 2011, párr. 1.

[279] Naciones Unidas, CERD. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Perú, CERD/C/PER/CO/1417, 3 de septiembre de 2009, párr. 19.

[280] Naciones Unidas, CERD, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Estado Plurinacional de Bolivia, CERD/C/BOL/CO/1720, 10 de marzo de 2011, párr. 14.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

el deber de regular, mediante ley y previo estudio elaborado por el ejecutivo, el reconocimiento "a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley" (Disposición transitoria 55). Por su parte, las Constituciones de la segunda expansión también contienen normas concernientes a este reconocimiento. En el artículo 3 de la Constitución de Bolivia se estipula que "la nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano". Del mismo tenor es el artículo 56 de la Constitución de Ecuador: "Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible".

Los Estados suramericanos comparten un *ius constitutionale commune* para combatir la tortura y las desapariciones forzosas. Como bien se destaca, la democratización real va a exigir la eliminación de los legados autoritarios.[281] Pero el *ius constitutionale commune* también se proyecta en la necesidad de proteger a las personas con discapacidad o los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, como se distingue de las ratificaciones a continuación:[282]

[281] Barahona de Brito, A., "Verdad, justicia, memoria y democratización en el Cono Sur", *Las políticas hacia el pasado*, Barahona de Brito/Aguilar/González (eds.), Madrid, 2012.

[282] Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT); Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (PF-CCT); Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD); Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (PF-CDPD); Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (CIPPDF); Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CIDTM).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Países	*CCT*	*PF-CCT*	*CDPD*	*PF-CDPD*	*CIPPDF*	*CIDTM*
Argentina	24.04.1986	15.11.2004	2-9-2008	2-9-2008	14-12-2007	23-2-2007
Bolivia	12-4- 1999	23-5-2006	16-11-2009	16-11-2009	17-12-2008	16-10-2000
Brasil	28-09-1989	12-01-2007	01-08-2008	1-08-2008	29-11-2010	---
Chile	30-09-1988	12-12-2008	29-07-2008	29-07-2008	08-12-2009	21-3-2005
Colombia	08-12-1987	---	10-5- 2011	---	11-7-2012	24-5-1995
Ecuador	30-03-1988	20-07-2010	03-04-2008	03-4-2008	20-10-2009	05-2-2002
Paraguay	12-03-1990	02-12-2005	03-09-2008	03-9-2008	03-08-2010	23-9-2008
Perú	07-07-1988	14-09-2006	30-01-2008	30-1-2008	---	14-9-2005
Uruguay	24-10-1986	08-12-2005	11-02-2009	28-10-2011	04-3-2009	15-2-2001
Venezuela	29-07-1991	---	---	---	---	---
Total	*10*	*8*	*9*	*8*	*8*	*8*

Si bien pudiera cuestionarse el hecho de que sólo un instrumento cuenta con el total de ratificaciones, lo trascendente es que se trata de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT), denotando el consenso absoluto en su rechazo. Existe una total simetría entre los ordenamientos internos e internacionales, así como el *ius cogens*, en rechazar la tortura y prohibirla en términos absolutos. En un Subcontinente donde todavía se confronta una brecha entre la normativa y la praxis,[283] es imperativo dejar evidenciada la voluntad de los Estados suramericanos de ratificar los instrumentos internacionales que obligan a combatir la tortura. La convergencia muestra un piso común sólido. Las Constituciones nacionales, permeables a todos estos estándares,

[283] Caso reciente de Brasil detectado en el Informe de la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura (SPT) que revela, tras una serie de visitas a los centros de detención en septiembre de 2011, que el marco jurídico brasileño sobre la tortura es adecuado, pero no se aplica. *Cfr.* Página oficial de Conectas *http://www.conectas.org/artigo-1/onu-pede-mudancas-no-projeto-de-lei-sobre-prevencao-da-tortura*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

contemplan expresamente el derecho a la integridad personal y la prohibición de la tortura. Así, algunos textos prevén el derecho a la integridad física y psíquica (artículo 19.1 de la Constitución de Chile o el artículo 4 en Paraguay); otras, como la de Perú, en el artículo 2, numeral 1, agrega la integridad moral y en el numeral 24.h de la misma norma prohíbe la tortura. Hay fórmulas destinadas la prohibición de tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 12 en Colombia) o bien redacciones vinculadas con la detención.

En la línea de proscribir cualquier vestigio del pasado dictatorial, la Constitución de Argentina consagra en el artículo 18: "Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice". Según el artículo 26 de la Constitución de Uruguay, "en ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar, y sí sólo para asegurar a los procesados y penados, persiguiendo su reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito".

Los instrumentos que mayor consenso evidencian y que enriquecen el *ius constitutionale commune* son los destinados a rechazar el genocidio y brindar una tuición especial a la mujer y los niños, a éstos en su más amplio espectro.[284]

[284] Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (CPSDG); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDCM); Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (PF-CEDCM); Convención sobre los Derechos del Niño (CDN); Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (PF-CDNCA); Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil (PF-CSNPP); Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ERCPI).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

	CPSDG	CEDCM	PF-CE-DCM	CDN	PF-CD-NCA	PF-CS-NPP	ERCPI
Argentina	05-06-1956	15-07-1985	20-03-2007	04-12-1990	10-09-2002	25-09-2003	08-02-001
Bolivia	14-06-2005	08-06-1990	27-09-2000	26-06-1990	22-12-2004	03-06-2003	27-06-2002
Brasil	15-05-1952	01-02-1984	28-06-2002	24-09-1990	27-01-2004	27-01-2004	20-06-2002
Chile	03-06-1953	07-12-1989	---	13-08-1990	31-07-2003	06-01-2003	29-06-2009
Colombia	27-10-1959	19-01-1982	23-01-2007	28-01-1991	25-05-2005	11-11-2003	05-08-2002
Ecuador	21-12-1949	09-11-1981	05-02-2002	23-03-1990	07-06-2004	30-01-2004	07-10-1998
Paraguay	03-10-2001	06-04-1987	14-05-2001	25-09-1990	27-09-2002	18-08-2003	14-05-2001
Perú	24-04-1960	13-09-1982	09-05-2001	04-09-1990	08-05-2002	08-05-2002	10-11-2001
Uruguay	11-07-1967	09-10-1981	26-07-2001	20-11-1990	09-09-2003	03-07-2003	28-06-2002
Venezuela	12-07-1960	02-05-1983	13-05-2002	13-09-1990	23-09-2003	08-05-2002	07-06-2000
Total	10	10	9	10	10	10	10

Como demuestra la tabla, con la excepción de Chile que no ha ratificado el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la convergencia en estos estándares es absoluta y su rigor en el ámbito doméstico es íntegro. No puede dejarse desapercibido el consenso total en cuanto a la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional por parte de los diez Estados. Para ejemplificar el *ius constitutionale commune* forjado en este marco es interesante revisar la protección de las mujeres.

En la primera mitad de la década de los noventa se producen importantes transformaciones en el ámbito del sistema universal de protección de los derechos humanos para atender la problemática de la violencia de género, luego de que 1992 el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, como órgano encargado del monitoreo, elaboró la Recomendación General N. 19, se aprobó posteriormente por la Asamblea Ge-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

neral la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, se llevó a cabo la Conferencia Mundial sobre la Mujer, en Beijing en 1995, con su correspondiente Declaración y Plataforma de Acción y la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas nombró una relatora especial sobre la violencia contra la mujer, con avances posteriores.[285] Para tomar como referencia el impacto en el orden argentino, debe reiterarse que la Constitución de 1994 incorpora con rango constitucional la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. La doctrina pone de relieve que tal otorgamiento de jerarquía constitucional "ha redundado en un mayor reconocimiento y disfrute de los derechos reconocidos en estos instrumentos internacionales", aunque en el caso de "las cuestiones relacionadas con la obligación del Estado de garantizar a las mujeres una vida libre de discriminación y de violencia, el desarrollo ha sido escaso y espasmódico".[286] Ahora bien, hay casos emblemáticos, como el relativo a una niña indígena de quince años, perteneciente al pueblo *Qom*, que fue víctima de abuso sexual. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (Comunicación N. 1.610/2007) concluyó que los hechos manifestaban la existencia de discriminación basada en la condición de niña y de indígena, el Estado ofreció una indemnización material a la víctima y expresó públicamente el pedido de perdón a L.N.P., a su familia y a los pueblos indígenas por las violaciones de derechos humanos cometidas en el caso, y reconoció la responsabilidad internacional asumida por Argentina".[287]

En consonancia con la postura que asumen hoy día los órganos de expertos independientes que interpretan los tratados de derechos humanos, la Corte Suprema de Justicia de la Argentina decidió que debe garantizarse el acceso a un aborto legal y seguro si el embarazo de la mujer es consecuencia de una violación o si supone un riesgo para la vida o la salud de la madre, ello en la línea de "despenalizar el aborto, ya que restringe el control de la mujer sobre su propio cuerpo y podría exponerla a riesgos para la salud innecesarios. Tanto las mujeres como los hombres deben poder

[285] El Estatuto de Roma, aprobado en 1998, asigna competencia a la Corte Penal Internacional para conocer entre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional, los hechos de violencia de género. En el 2000, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en la Observación General Nº 28, agregó la necesidad de que los Estados brinden información sobre leyes y prácticas relativas a la violencia contra las mujeres.

[286] Asensio, R., *Discriminación de Género en las Decisiones Judiciales: Justicia Penal y Violencia de Género*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2010, p. 11.

[287] Azzali, J. C./Barberi, P., *Acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes indígenas: criterios de actuación para una defensa técnica adecuada*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación-UNICEF, 2012, p. 43.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

ejercer sus derechos sexuales y reproductivos sin coacción, discriminación ni violencia".[288]

En síntesis, los Estados suramericanos han ratificado los principales tratados de derechos humanos (con excepciones puntuales). El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los DESC (PF-PIDESC) ha sido ratificado sólo por Argentina, Bolivia y Ecuador, lo cual va en contravía de la ampliación de las garantías constitucionales en materia de DESC. Asombra que Venezuela sólo haya ratificado la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes en materia de combate a la tortura (tabla segunda). De los siete instrumentos concernientes a la tabla tercera, sólo falta Chile por ratificar el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Coincido con Agustín Gordillo cuando afirma que se ha configurado una supranacionalidad operativa en materia de derechos humanos, con un orden jurídico operativo, directa e inmediatamente aplicable en los ordenamientos internos y por los jueces y demás órganos nacionales del Estado.[289]

B. *Interamericanización*

Hay una tendencia hacia la consolidación dinámica de un constitucionalismo regional destinado a salvaguardar los derechos humanos fundamentales con base, por una parte, en la Convención Americana (la CADH como "Constitución" latinoamericana)[290] y demás instrumentos del ordenamiento interamericano,[291] con la Corte Interamericana como órgano guardián,[292]

[288] Informe Anual 2013 – La situación en Argentina, Amnistía Internacional. Disponible en: *http://www.amnistia.org.ar/content/informe-anual-2013-la-situaci%C3%B3n-en-argentina*.

[289] Gordillo, A., *Derechos humanos*, Buenos Aires, 2005, p. III.3.

[290] Juliano, M. A., "El control de convencionalidad", *Derecho a réplica: espacio crítico sobre sistema penal, estado y sociedad*, agosto de 2009.

[291] La noción "corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos" como aporte de la CorteIDH. CorteIDH. Opinión Consultiva O.C.-16/99, de 1 de octubre, "El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal", Serie A No. 16, párr. 115. *Cfr*. O'Donnell, S., *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Santiago de Chile, 2007, p. 57.

[292] Ferrer Mac-Gregor, E., *La Corte Interamericana como Tribunal Constitucional, conferencia dictada en el Simposio "La Justicia Constitucional: Prolegómeno de un ius constitutionale commune in America Latina"*, Instituto Max Planck de Derecho Internacional Público y Derecho Comparado, 18 y 19 de noviembre de 2009.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

y, por otra parte, las propias Constituciones con su apertura estructural.[293] En los términos de Humberto Nogueira hay un *acquis conventionnel* contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,[294] la CADH, el Protocolo de San Salvador e instrumentos complementarios, y en la jurisprudencia de la CorteIDH, como acervo básico interamericano o patrimonio común en cuanto a los derechos humanos.[295]

En estas páginas describiré este proceso de incorporación de los estándares interamericanos. Una manera gráfica de ejemplificarlo es mediante la visión general de los instrumentos que han sido ratificados por los diez países suramericanos. Dichos instrumentos irradian los acuerdos y consensos en cuanto a los derechos que deben garantizarse en una sociedad democrática, en consonancia con la propia jurisprudencia tuitiva del binomio democracia-derechos humanos de la CorteIDH.[296] Desde la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como ya mencioné, los Estados en 1948 sentaron el consenso de esta garantía. A la CADH suscrita en 1969 se han adicionado los instrumentos como Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (DESC); Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (PM); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará" (M); Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (D); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (T); Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (DFP), Convención

[293] Brewer-Carías, A. R., "La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno estudio de derecho constitucional comparado latinoamericano", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 6, julio-diciembre 2006, p. 29 y ss.

[294] En el marco de la transformación de la Unión Panamericana en la OEA, el 30 de abril de 1948 en Bogotá Colombia, se suscribió la Carta de la OEA y la DADH. Según la CorteIDH, "la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales". *Cfr.* Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, del 14 de julio de 1989, párrs. 43 y 45.

[295] *Cfr.* Nogueira Alcalá, N., "El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno", *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011, pp. 17-76, p. 29.

[296] CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 85.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Interamericana contra el Terrorismo (CIT), identificados en la gráfica siguiente:[297]

Países	*CADH*	*CoIDH*	*DESC*	*PM*
Argentina	14.08.84	05.09.84	30.06.03	18.06.08
Bolivia	20.06.79	27.07.93	12.07.06	---
Brasil	09.07.92	10.12.98	08.08.96	31.07.96
Chile	10.08.90	21.08.90	---	04.08.08
Colombia	28.05.73	21.06.85	22.10.97	---
Ecuador	08.12.77	24.07.84	10.02.93	05.02.98
Paraguay	18.08.89	26.03.93	28.05.97	31.10.00
Perú	12 .07.78	21.01.81	17.05.95	---
Uruguay	26.03.85	19.04.85	21.11.95	08.02.94
Venezuela	23.06.77	24.04.81	---	06.04.94
Total	10	10	8	7

Países	*M*	*D*	*T*	*DFP*	*PF-CDNCA*
Argentina	12.08.98	28.09.00	18.11.88	31.10.95	18.07.05
Bolivia	26.10.94	27.02.03	26.08.06	19.09.96	---
Brasil	16.11.95	17.07.01	09.06.89	---	26.09.05
Chile	24.10.96	04.12.01	15.09.88	13.01.10	10.08.04
Colombia	03.10.96	04.12.03	02.12.98	01.04.05	24.06.08
Ecuador	30.06.95	01.03.04	30.09.99	07.07.06	07.07.06
Paraguay	29.09.95	28.06.02	12.02.90	26.08.96	30.11.04
Perú	02.04.96	10.07.01	27.02.90	08.02.02	05.06.03
Uruguay	04.01.96	24.05.01	23.09.92	06.02.96	27.12.06
Venezuela	16.01.95	06.06.06	25.06.91	06.07.98	22.10.03
Total	10	10	10	9	9

Tal como argumenta Sergio García Ramírez, las ratificaciones de los instrumentos por parte de todos los Estados permiten un doble objetivo, porque por una parte se busca alcanzar una regionalidad plena en el sentido de la vigencia de los instrumentos en todos los países y, por otra parte, se continúa el tránsito hacia el acogimiento de otros temas aún no regulados

[297] Todos los instrumentos están disponibles en: *http://www.oas.org/dil/esp/tratadosyacuerdos.htm*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

en el sistema.[298] Como se desprende de la tabla, se puede hablar de una *quasi* plena subregionalidad en Suramérica en función de los instrumentos ratificados: sólo Chile y Venezuela no han ratificado el Protocolo de San Salvador sobre DESC, Brasil no ha ratificado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (DFP), Bolivia, Colombia y Perú no han ratificado el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. Es éste el instrumento que muestra la menor permeabilidad en los órdenes nacionales. En consecuencia, los seis instrumentos del ordenamiento supranacional interamericano vinculan a los Estados y sus órganos en la salvaguarda de los derechos.

En este ámbito tiene igualmente singular preeminencia la Convención Interamericana contra el terrorismo, aprobada en 2002, ratificada por nueve de los diez Estados suramericanos comprendidos en esta investigación. Bolivia es la excepción. Esta Convención proyecta el grado de compromiso de los Estados en el respeto del Estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales,[299] inclusive en la lucha contra esa forma exacerbada de criminalidad,[300] reforzando la comprensión humanista de que "no se preserva el Estado de derecho desmontando sus libertades y garantías".[301]

En junio de 2013, la XLIII Asamblea General de la OEA abrió a la firma y posterior ratificación por parte de los Estados dos nuevos instrumentos convencionales, a saber la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial, y Formas Conexas de Intolerancia y la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, producto de un debate iniciado a comienzos del milenio.[302]

[298] García Ramírez, S., "Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en García Ramírez y Castañeda Hernández (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, 2009, p. 28.

[299] El artículo 15 de la Convención Interamericana contra el terrorismo se destina a los derechos humanos.

[300] *Cfr.* Considerandos de la Convención Interamericana contra el terrorismo.

[301] García Ramírez, S., "*Ombudsman* y tutela interamericana de los derechos humanos", *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, núm. 3, 2006, p. 56.

[302] Se elaboraron dos Convenciones debido al mayor consenso respecto al combate del racismo, la discriminación racial y las formas conexas de intolerancia, mientras que el tema de la no discriminación en razón de la orientación sexual todavía seguirá transitando un lento camino. *Cfr.* OEA/Ser.P, AG/RES. 2804 (XLIII-O/13) y OEA/Ser.P, AG/RES. 2805 (XLIII-O/13), La Antigua, Guatemala 5 junio 2013. Disponibles en: *http://scm.oas.org/ag/documentos/Documentos/AG06187S04.doc*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

A los fines de esta investigación conviene poner de relieve que tanto en los considerandos de ambas Resoluciones de adopción como en las Convenciones se reafirma el "compromiso determinado" de los Estados de la OEA para la erradicación de todas las formas de discriminación e intolerancia, entendiendo estas prácticas como una negación de los propósitos, principios y garantías previstos

> ...en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Carta Social de las Américas, en la Carta Democrática Interamericana, en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

Los Estados manifiestan su convencimiento de que "los principios de la igualdad y de la no discriminación entre los seres humanos son conceptos democráticos dinámicos", enfatizan que el respeto a la igualdad y a la no discriminación al igual sirven de fundamento a las sociedades pluralistas y Estados democráticos, en las que debe respetarse la raza, el color, el linaje o el origen nacional o étnico y la identidad. En diálogo con el sistema universal, entienden que estos instrumentos reafirman, desarrollan, perfeccionan, preservan y protegen los derechos priorizados en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965. Los Estados admiten como finalidad "consolidar en las Américas el contenido democrático de los principios de la igualdad jurídica y de la no discriminación".[303]

C. *Mercosurización*

En cuanto al Estado abierto en materia de integración, y específicamente el respeto de la democracia y los derechos humanos como su condición esencial, todos los Estados Partes (EP) del Mercosur, plenos y asociados, están obligados por el Tratado de Asunción y sus Protocolos. Es un área signada por la complejidad, en lo cuantitativo y en lo cualitativo, ya que existe una superposición de instrumentos de diversas fuentes, validez y fuer-

[303] *Cfr.* Considerando 4 de la Resolución y los considerandos 2, 4, 8 y 9 de la Convención contra toda forma de discriminación e intolerancia. También véanse el considerando 4 de la Resolución y los considerandos 2, 4, 8 y 12 de la Convención contra el Racismo, la Discriminación Racial, y formas conexas de intolerancia.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

za coercitiva, que han sido producto del desarrollo político y social experimentado en este modelo de integración.[304] Tradiciones políticas e historias similares de vulneración de derechos, aunque con diferencias en cuanto al mayor o menor grado de gravedad de represión, han determinado el rumbo de la regulación tuitiva de la democracia en su nexo intrínseco con la garantía de los derechos humanos en Mercosur. Bajo el paraguas de la doctrina de la seguridad nacional como soporte ideológico de las dictaduras militares del cono sur y el denominado "Plan Cóndor", se cometieron las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos en los países miembros fundadores del Mercosur.[305]

Desde el pasado compartido se ha intentado construir identidades regionales, que sirvan "de base para que el Mercosur sea concebido no sólo como un mercado común, sino también como una incipiente comunidad política".[306] Los compromisos con la democracia (Protocolo de Ushuaia que entró en vigor en 2002), y con la promoción y protección de los derechos humanos (Protocolo de Asunción aprobado en 2005) han impactado los órdenes constitucionales de los Estados parte. Debe entenderse que forman parte del bloque de constitucionalidad en cada país y a la vez sirven para pavimentar el *ius constitutionale commune*. Según mi criterio, son tratados de naturaleza híbrida ya que son fundantes de la integración y a la vez protegen los derechos humanos. Desde 1995 ya se manejaba la tesis de que "si a través del sistema de la integración regional se insertara un tratado de derechos humanos, nada obstaría a que este último alcance la jerarquía constitucional".[307]

El piso común se amplía, tímidamente todavía, con otros instrumentos para construir el acervo del *ius constitutionale commune* en el Mercosur, actualmente en estado embrionario. Mediante el *soft law* se están impactando las políticas públicas de derechos humanos en una especie de mercosurización soterrada, ya que tiene su origen en una multiplicidad de fuentes, se forja a

[304] Buongermini, M. M., *Carta de derechos fundamentales del Mercosur. Conferencia en el Supremo Tribunal Federal de Brasil*. Disponible en: *http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/setimoEncontroConteudoTextual/anexo/Carta_de_Direitos_Humanos__Maria_Mercedes_Buongermini.pdf*.

[305] González, J. C. y Villegas Díaz, M., "Derechos Humanos y desaparecidos en dictaduras militares", *América latina hoy: Revista de ciencias sociales*, vol. 20, 1998, pp. 19-40.

[306] Abramovich, V., Jornada 20 años del Mercosur. "Derechos humanos en el proceso de integración". Disponible en la página oficial del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur (IPPDH).

[307] Bidart Campos, G., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1995, t. VI, pp. 590 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

la luz del policentrismo jurídico y sigue un patrón heterárquico y no jerárquico.

Básicamente se abarca una agenda de garantía de los derechos humanos que guardan estrecha vinculación con el pasado dictatorial y la necesidad de consolidar la democracia. En la agenda de prioridades de las declaraciones y demás documentos dirigidos a la salvaguarda del binomio democracia-derechos humanos se ubican en primera línea la idea de justicia, verdad y memoria en relación con los delitos de lesa humanidad, vinculados al terrorismo de Estado, la lucha contra la violencia institucional y seguridad ciudadana así como el acceso a derechos sociales, especialmente para la inclusión social de grupos que están en situación de desigualdad estructural. De hecho, uno de los factores detonantes de la interrupción constitucional en Paraguay ocurrida a raíz del juicio político al presidente, su destitución y la consecuente suspensión del Mercosur —objeto de análisis en el capítulo III— es "la carencia de derechos sociales aún no adquiridos ni desarrollados, como es el acceso a la tierra, la reforma agraria. Ese es un tema que interroga a los gobiernos del Mercosur", según afirma Víctor Abramovich.[308] Éste es el enfoque que asumo para darle visibilidad a la construcción del *ius constitutionale commune* a través de la mercosurización.

La Declaración Presidencial sobre Compromiso del Mercosur con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional[309] se inscribe en el lugar prioritario que ocupa el tema del combate a la impunidad de los autores de crímenes contra la humanidad en la agenda de derechos humanos en el Mercosur. En la doctrina se ha acuñado la expresión "Operación Cóndor a la inversa" para calificar el interés de identificar los restos de las personas desaparecidas y los niños secuestrados durante el periodo autoritario de los países suramericanos.[310]

En la línea de atender la materia de verdad, justicia y memoria vinculadas con las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas durante las dictaduras militares, el Instituto de Políticas Públicas de Derechos Hu-

[308] Abramovich, V., "Volver irreversibles ciertos derechos sociales", *Brecha*, Uruguay, artículo del 27 de julio de 2012.

[309] Los EP se comprometen a no celebrar acuerdos multilaterales o bilaterales con terceros Estados, que sean susceptibles de afectar las bases de jurisdicción de la Corte Penal Internacional o de otras disposiciones del Estatuto. Declaración Presidencial sobre Compromiso del Mercosur con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Asunción, 20 de junio de 2005.

[310] Palabras del asesor de la Secretaría Especial de Direitos Humanos de Brasil, Murilo Komniski. Seminario "Participação em política externa e direitos humanos no Mercosul", Brasilia el 28 de septiembre de 2006. Disponible en: *www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1763&Itemid=2*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

manos del Mercosur (IPPDH) ha sistematizado los datos y el relevamiento de archivos de las coordinaciones represivas del *cono sur* (en particular de la Operación Cóndor) así como ha formulado los "Principios fundamentales para la preservación de los sitios históricos" donde se han cometido violaciones graves. Luego de la elaboración de un cuestionario con los puntos claves para la definición y del proceso de discusión con actores públicos y de la sociedad civil, dichos Principios fueron adoptados por la XXII RAADDHH en septiembre de 2012 y en diciembre del mismo año, en el marco de la Cumbre de Jefes de Estado del Mercosur y Estados Asociados, se destacó el rol de estos Principios como una "guía orientadora de las políticas públicas de los gobiernos del Mercosur en la materia".[311]

El documento de los Principios fundamentales para las políticas públicas sobre sitios de memoria tiene por objeto sistematizar los estándares generales del derecho internacional de los derechos humanos aplicables a las políticas públicas sobre sitios de memoria.[312] Dichos Principios giran en torno a la obligación de los Estados de investigar y sancionar el derecho a la verdad, el derecho a la reparación y la memoria colectiva, todo lo cual debe coadyuvar a los procesos de democratización.[313] En el campo concreto de sitios de memoria se comprueban avances en la llamada mercosurización por la vía de la incorporación de estándares a nivel estatal por medio de los sitios que ya están en funcionamiento.[314] Incluso las redes creadas entre sitios de memoria no están limitadas al espacio geográfico de los países fundadores del Mercosur.[315]

[311] Acta Mercosur/XXII RAADH/ ATA N° 2/12.

[312] IPPDH, Principios fundamentales para las políticas públicas sobre sitios de memoria, Buenos Aires, 2012. Disponible en: *http://www.ippdh.mercosur.int/backend/Uploads/Sitios_de_memoria_FINAL_ES_INTERACTIVO.pdf*.

[313] IPPDH, Principios fundamentales para las políticas públicas sobre sitios de memoria, Buenos Aires, 2012, pp. 21 y ss.

[314] En *Argentina*, el Archivo Nacional de la Memoria (creado por Decreto presidencial No. 1259 en 2003 el Ente Público Espacio para la Memoria y para la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos (Ex ESMA), Casa por la Memoria y la Cultura Popular de Mendoza (ONG a nivel provincial que data de 1999); en *Brasil*, la Prefectura de la Ciudad de Recife, la Secretaría de Cultura de San Pablo (responsable de la creación del Memorial da Resistência, primer proyecto museológico de la memoria en ese país), la decisión de construir en Porto Alegre un monumento dedicado a la memoria de las víctimas de la operación Cóndor; en *Paraguay*, la Defensoría del Pueblo creó la dirección de Verdad, Justicia y Reparación en 2009 para resguardar la integridad de los documentos de la Comisión de Verdad y Justicia, difundir su informe final e implementar sus recomendaciones.

[315] A título de ejemplo, en *Chile* la Corporación Parque por la Paz Villa Grimaldi y Londres 38, Espacio de Memorias (ONG), en *Perú* la Asociación Caminos de la Memoria (ONG), gestiona el Memorial El Ojo que Llora en Lima para honrar y preservar la memoria de las

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Otra constelación alusiva a los pasos dados para dejar atrás la violencia institucional es la implementación de los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura (MNP), ideados por el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes de las Naciones Unidas,[316] bajo el respaldo del IPPDH. La premisa válida para apalancar esta mercosurización es la total simetría entre los ordenamientos internos, internacionales e interamericanos, en rechazar la tortura y prohibirla en términos absolutos. Sin embargo, la praxis en la región dista de este postulado.[317] Cómo erradicar el fenómeno dos siglos después de las declaraciones de abolición de la tortura sigue ocupando un lugar en la agenda de debates.[318]

Según el análisis de Víctor Abramovich, la nota diferencial de la práctica de la tortura de las dictaduras y las democracias radica en que en las primeras las violaciones a los derechos humanos ocurrieron al amparo del terrorismo de Estado de los países del *cono sur* y afectaba a todas las clases sociales como herramienta de persecución política, mientras que en las democracias es socialmente selectiva, en particular respecto a las personas privadas de libertad que obedecen a un patrón vinculado a "personas jóvenes, en general del sexo masculino, que viven en los grandes centros urbanos y que pertenecen a grupos sociales desaventajados económicamente, o racial o étnicamente minoritarios".[319] Existe un patrón de violencia intramuros, en tanto la tortura suele ser utilizada como mecanismo disciplinario y de

víctimas del conflicto armado durante dos décadas; la Coalición Internacional de Sitios de Conciencia, la Red Latinoamericana de Sitios de Conciencia y enlaces con la Red de Mercociudades.

[316] Véase Aportes para la implementación de los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura en los países del Mercosur. Disponible en: *http://www.ippdh.mercosur.int/Documento/Details/8.*

[317] Carranza, E., "Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?", *Anuario de Derechos Humanos 2012*, Chile, 2012, pp. 31-66.

La situación carcelaria representa un déficit democrático en la región. Expresión utilizada por la ONG Cels en su obra titulada, Informe Anual 2008 - Capítulo III - La situación carcelaria: una deuda de nuestra democracia, pp. 1-44, Disponible en: *http://www.cels.org.ar/common/ documentos/carceles_ia2008.pdf.* Para un análisis de la problemática, *Cfr.* Carranza, E., "Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?", *Anuario de Derechos Humanos 2012*, Chile, 2012, pp. 31-66.

[318] En Argentina se ha realizado una campaña nacional contra la tortura en conmemoración del bicentenario de la asamblea general constituyente de 1813. Disponible en: *http://www.ippdh.mercosur.int/backend/Uploads/Invitados_%20y_participantes.pdf.*

[319] Abramovich, V., "Aportes para la implementación de los mecanismos nacionales de prevención de la Tortura en los países del Mercosur", *Fortalecimiento de la prevención y prohibición de la tortura*, Buenos Aires, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 2011, pp. 75 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

castigo en las instituciones penitenciarias, como lo ha dejado sentado el Tribunal de San José.[320] Por ello, con la instrumentación del sistema de prevención de la tortura se busca realizar visitas periódicas y sorpresivas a los lugares de detención por parte de expertos independientes, y la elaboración y seguimiento de recomendaciones posteriores, todo con miras a revertir las prácticas de tortura persistentes siguiendo los estándares internacionales, que de este modo permean los órdenes domésticos.[321]

El IPPDH subraya los logros en este campo a nivel normativo. Tanto en Uruguay (2009)[322] como en Paraguay (2011) se han promulgado leyes para regular el Mecanismo Nacionales de Prevención de la Tortura (MPN). En Argentina entró en vigor en enero de 2013 la ley que establece el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Ley No. 26.827).[323] En Brasil el Poder Ejecutivo Nacional presentó formalmente al Congreso un proyecto de ley para crear el MNP en 2011,[324] a fin de dar respuesta a los resultados negativos del Informe del Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura (SPT).[325]

A los fines de la garantía de la estatalidad abierta y la consecuente configuración del *ius constitutionale commune* vale poner de relieve que la activación del MNP hace posible la anexión de las "reglas mínimas" que regirán el cumplimiento de las misiones o Comités que velarán por la prevención de la tortura. Este acervo impactó los órdenes domésticos al incorporar un amplísimo espectro de los más diversos instrumentos internacionales, entre

[320] Cita CorteIDH. Caso Bueno Alves *vs*. Argentina, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del 5 de julio de 2011, párrs. 31, 39 y 40.

[321] El IPPDH indica a los Estados Partes las pautas generales en el sentido de utilizar como guía, en la medida de lo conducente, los Principios relativos al estatuto de las Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, conocidos como Principios de París.

[322] Ley No. 18.446, Institución nacional de derechos humanos, Publicada D.O. 27 ene/009 - No. 27661. Disponible en: *http:www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18446&Anchor=*.

[323] Ley 26.827 que crea el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, sancionada el 28.11.2012 y promulgada el 7 de enero de 2013. Disponible en: *http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/205000-209999/207202/norma.htm*.

[324] Noticia aparecida en los medios de comunicación. Véase *http://noticias.terra.cl/mundo/latinoamerica/brasil-presiona-a-congreso-por-ley-contra-tortura,fbbc98fcd6a1b310VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html*.

[325] *Cfr*. Página oficial de Conectas. Disponible en: *http://www.conectas.org/artigo-1/onu-pe de-mudancas-no-projeto-de-lei-sobre-prevencao-da-tortura*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

ellos principios, declaraciones y directrices, tal como se dispone en el artículo 56 de la ley argentina.[326]

Como último caso referencial del proceso de hilación del *ius constitutionale commune* en el ámbito concreto de los derechos sociales hay que acudir a la Declaración Socio-Laboral (DSL).[327] A raíz de este instrumento se ha provocado un debate sobre su utilización como herramienta común para acelerar el desarrollo económico con justicia social, asegurando el respeto de los derechos consagrados en las principales convenciones de la Organización Internacional de Trabajo (OIT). Las reacciones y contrarreacciones en esta temática dejan traslucir los avances en la adecuación a los estándares internacionales en los países miembros del Mercosur. ¿Cómo emerge la DSL y cuál es su objetivo?; ¿qué materias y qué vías facilitan la

[326] Conforme al artículo 56 se considerarán "los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder; los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos; el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión; las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados; los Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (2000); las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad); la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional (1986); las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio); las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (1990); Principios de las Naciones Unidas en Favor de las Personas de Edad (AGNU - Res. 46/91); los Principios de las Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la atención de la Salud Mental, la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (1971); la Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975); los Diez principios básicos de las normas para la atención de la Salud Mental (OMS); la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Etnicas, Religiosas y Lingüísticas (1992); los Principios de Ética Médica Aplicables a la Función del Personal de Salud, especialmente los Médicos, en la Protección de Personas Presas y Detenidas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (1979) y las Directrices de las Naciones Unidas sobre la función de los fiscales."

[327] Los Estados partes adoptaron el 10 de diciembre de 1998, la Declaración Sociolaboral del Mercosur (DSLM). Disponible en: *http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/declaraciones/declmercosur1998.ht*m. Es el instrumento pionero en enfatizar la dimensión social. *Cfr*. Cómo Trabajar en los Países del Mercosur. Guía Dirigida a los Nacionales de los Estados Partes del Mercosur. Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), Brasilia, 2010, pp. 16 y 17.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

configuración del *ius constitutionale commune* mediante su efectivización? Todas estas cuestiones se han contestado mediante un interesante proceso de diálogo, como a continuación se expondrá.

El primer interrogante encuentra respuesta en que la DSL fue inicialmente concebida como un proyecto de Carta de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores del Mercosur propuesta por la Coordinadora de Centrales Sindicales del *cono sur* en 1993, que debía tener efectos vinculantes y naturaleza sancionatoria.[328] Su origen está asociado a la iniciativa de los trabajadores y los sindicatos, porque fueron quienes asumieron una postura crítica frente al favorecimiento de los intereses de los empresarios y propiciaron su participación.[329] El documento está distinguido por carecer del carácter de obligatorio cumplimiento, si bien es uno de los primeros instrumentos que reconoció la necesidad de dotar al proceso de integración regional de una real dimensión sociolaboral.[330] Tiene por objeto principal regular la garantía de la "igualdad efectiva" de derechos, tratamiento y oportunidad en el empleo y ocupación de todo trabajador, el principio de no discriminación, la obligación de los Estados partes de garantizar su vigencia así como el compromiso de "realizar acciones destinadas a eliminar la discriminación en lo que refiere a los grupos en situación desventajosa en el mercado de trabajo" (artículo 1).

Bajo una vocación dialógica con los sistemas universal e interamericano de derechos humanos,[331] la DSL explícitamente promueve la igualdad de trato de las personas con necesidades especiales y la obligación de los Estados de adoptar "medidas efectivas" para asegurarles la posibilidad de desempeñar una actividad productiva (artículo 2). También se garantiza la igualdad entre mujeres y hombres (artículo 2). En su articulado establece un

[328] *Cfr.* Bruni, J., "La construcción de la dimensión social del Mercosur", disponible en: *http://white.oit.org.pe/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/proyectos/pdf/dec_soclabor.pdf*. *Cfr.* Cómo Trabajar en los Países del Mercosur. Guía Dirigida a los Nacionales de los Estados Partes del Mercosur. Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), *cit.*, pp. 16 y 17.

[329] Memorias del Seminario Internacional "La Participación de la Sociedad Civil en Mercosur y en las Negociaciones Comerciales", Buenos Aires, Argentina, 30 de octubre de 2003.

[330] *Cfr.* Cómo Trabajar en los Países del Mercosur. Guía Dirigida a los Nacionales de los Estados Partes del Mercosur. Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), *cit.*, pp. 16 y 17.

[331] El Preámbulo incluye en sus considerandos 5 y 6 el compromiso de los Estados partes en dar cumplimiento a la Declaración Universal, a los Pactos Internacionales y a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Carta Interamericana de Garantías Sociales (1948), la Carta de la Organización de los Estados Americanos-OEA (1948), la Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

catálogo de derechos individuales (artículos 4 al 7) y los derechos colectivos (artículos 8 al 11).[332]

Respecto a la fórmula encontrada para efectivizar la protección, ésta ha sido el diálogo y la colaboración entre los delegados gubernamentales, trabajadores y empresariales. La DSL cuenta con su propio "guardián", como es la Comisión Sociolaboral, de carácter tripartito y órgano auxiliar del Grupo Mercado Común, en funcionamiento desde 1999. Su función es promover y velar por el cumplimiento de las disposiciones de la DSLM a la vez que es competente para recibir las quejas y denuncias por los incumplimientos en los que incurran los Estados.[333] Asimismo, el Foro Consultivo Económico-Social (FCES), que es el órgano de representación de los sectores económicos y sociales de los Estados partes del Mercosur, integrado en su estructura institucional conforme al Protocolo de Ouro Preto, tiene, entre otras competencias, "dar seguimiento, analizar y evaluar el impacto social y económico derivado de las políticas destinadas al proceso de integración y las diversas etapas de su implantación, sea a nivel sectorial, nacional, regional o internacional".[334]

En la praxis se admiten logros alcanzados a partir de este instrumento mercosureño y que convergen hacia el *ius constitutionale commune*. Un área de convergencia de estándares entre la OIT y el Mercosur, auspiciada por la Conferencia Regional de Empleo, es la promoción del trabajo decente, como "una estrategia de desarrollo integrada que alienta el crecimiento con equidad e inclusión social para afirmar la democracia política y social".[335]

[332] La DSL enuncia entre los derechos: no discriminación; derechos de trabajadores migrantes y fronterizos; eliminación del trabajo forzoso; edad mínima de ingreso al trabajo; derechos de los empleadores de organización y dirección técnica de la empresa; libertad de asociación y protección de la actividad sindical; negociación colectiva; derecho de huelga; promoción de formas preventivas y alternativas de auto-composición de conflictos; fomento del diálogo social nacional e internacional; fomento del empleo y protección de los desempleados; derecho a la formación profesional; derecho a la seguridad y salud en el trabajo; derecho del trabajador a la protección en las condiciones y el ambiente de trabajo y compromiso de instituir y mantener los servicios de inspección del trabajo; derecho de los trabajadores a la seguridad social. *Cfr.* Barretto Ghione, H., *Consecuencias de la Declaración Sociolaboral del Mercosur en la interpretación y aplicación de las normas laborales en los ordenamientos nacionales*, Universidad Católica del Uruguay, p. 2. Disponible en: *www.revistas.luz.edu.ve/index.php/gl/article/viewFile/8685/8977*.

[333] Declaración socio laboral, artículo 20.

[334] Reglamento interno del Foro Consultivo Económico y Social, Buenos Aires, 4 de mayo de 2012. Mercosur/LXXXIII GMC/DT N° 14/12.

[335] Conferencia regional del empleo de Mercosur. Véase Mercosur/CMC/DEC. No. 46/04.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

La DSL también ha posibilitado institucionalizar el diálogo social, dando cumplimiento a las normas internacionales del trabajo que promueven el diálogo tripartito regulado en la Convención 144 de la OIT y originando su respectivo efecto en los ordenamientos nacionales.[336] Asimismo, partiendo de la premisa de que la negociación colectiva es una forma de ampliación democrática facilitadora de mecanismos participativos con alta incidencia social, la DSL ha jugado un papel relevante en la aplicación del Convenio 154 de la OIT sobre el fomento de la negociación colectiva.[337]

La Declaración de Presidentes sobre Erradicación del Trabajo Infantil corroboró la necesaria armonización normativa en relación a los Convenios de la OIT.[338] Esta rama importante de repercusión de la DSL se concretizó en el Plan Regional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil, firmado en noviembre de 2010 entre los ministros de Trabajo y Empleo de los países fundadores. El Plan prevé expresamente

> ...la armonización de la DSL en el tema trabajo infantil, de acuerdo con las normas internacionales que garanticen los derechos de los niños; el relevamiento estadístico sobre la realidad del trabajo infantil en los estados miembros del Mercosur; y la elaboración de mecanismos de cooperación entre los países que incluye programas de sensibilización, concientización, acciones en conjunto de intervención y presentación de los resultados del diagnóstico sobre el trabajo infantil en la región.

En este marco se lanzó la campaña Mercosur Unido en contra del Trabajo Infantil con el apoyo de la OIT.[339]

Aunado a ello, a través de la praxis sí se le reconoce a la DSL cualidad normativa de directa aplicabilidad.[340] La opinión generalizada se inclina por el entendimiento de la DSL como un producto de las tradiciones jurídicas semejantes de los Estados parte y la ratificación de la intención de que las liber-

[336] Convención 144 sobre la consultación tripartita. Ratificada por Argentina y Uruguay en 1987 y por Brasil en 1994. Disponible en la página oficial: *http://www.ilo.org*.

[337] Convenio sobre la negociación colectiva. Ratificada por Uruguay en 1989, Brasil en 1992 y Argentina en 1993. Disponible en la página oficial: *http://www.ilo.org*.

[338] Declaración de Presidentes sobre Erradicación del Trabajo Infantil, Buenos Aires, 6 de julio de 2002.

[339] El gobierno brasileño anunció: Mercosur y OIT lanzan campaña para combatir el trabajo y la explotación sexual infantil. Disponible en: *http://www.brasil.gov.br/noticias-1/historia/2012/04/11/mercosur-y-oit-lanzan-campana-para-combatir-el-trabajo-y-la-explotacion-sexual-infantil/newsitem_view?set_language=es*.

[340] Conclusión de la reunión técnica que tuvo lugar en Buenos Aires, los días 10 y 11 de diciembre de 2001 en la que participaron especialistas de los países miembros.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

tades individuales, los principios democráticos y el Estado de derecho sean valores comunes que inspiran la actuación del Mercosur.[341] Algunos autores aluden a su carácter de norma imperativa e inderogable en su nexo con los principios generales del derecho internacional.[342] En el ámbito jurisdiccional se le atribuye el rango de aplicación directa[343] y muchos órganos judiciales de los Estados partes la invocan en la resolución de casos concretos.[344] Es catalogada como la norma más aplicada y mencionada por los tribunales de los Estados parte.[345] La doctrina comenta que la DSL contiene principios y lineamientos que no pueden ser desconocidos por los Estados.[346]

Este proceso de mercosurización que impacta la armonización de los órdenes estatales experimenta un auge con el advenimiento de la *nueva era*.[347] En el año 2000 se produce la Carta de Buenos Aires sobre Compromiso Social, orientada al compromiso gubernamental de mejorar la calidad de vida en los respectivos países y en la región, prestando atención prioritaria a los "sectores más desprotegidos de la población en materia de alimentación, sa-

[341] Guerra, S. *et al.*, "Os desafios à integração regional no âmbito do Mercosul", *Revista de direito da unigranrio*, vol. 2, núm. 2, 2009, p. 3.

[342] Malm Green, L. A., "Eficacia jurídica de la declaración sociolaboral del Mercosur", *Hologramática*, año 5, núm. 8, 2008, p. 97.

[343] Perotti, A., "El fallo 'Aquino' de la Corte Suprema: una introducción a la aplicación judicial de la Declaración Sociolaboral del Mercosur", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Argentina, núm. 3, 2005, pp. 607-633.

[344] *Cfr.* Tribunal del Trabajo de Mar del Plata Nº 1. "Calandria Pedro Javier C/Arcor S.A.I.C./cobro de haberes", Expte. No. 48.347, reconoce que "[…] además de los tratados internacionales incorporados en el párrafo 2do del inciso 22 del artículo 75 de la C.N, también resulta de aplicación en cuanto al principio de no discriminación la Declaración Socio Laboral del Mercosur… Los principios protectorios de la misma son normas de carácter obligatorio por haber sido dictadas por el Consejo del Mercado Común (Órgano Superior del Tratado, artículo 10 en virtud del Protocolo de Ouro Preto del 17/12/94) y por imperio del artículo 75 inciso 24 de la C.N. tienen jerarquía superior a las leyes y son complementarias del artículo 14 bis". Equipo Federal del Trabajo. Edición Nº 43 - Sección: Jurisprudencia provincial.

[345] Véase Tercer informe sobre la aplicación del derecho del Mercosur por los tribunales nacionales, Montevideo, 2005. En las estadísticas de 2009 el número de decisiones judiciales en las cuales se hace referencia a la DSL asciende a 230. *Cfr.* Dreyzin de Klor, A. y Perotti, A. D., *El rol de los Tribunales Nacionales de los Estados de Mercosur*, Córdoba, 2009, p. 143.

[346] *Cfr.* Capón Filas, R., "Empleo Decente y Declaración Sociolaboral del Mercosur", *Hologramática*, año 2, núm. 3, 2005, p. 8.

[347] En la ciencia política se atribuye, primordialmente, al llamado giro a la izquierda: Kirchner en Argentina (2003), Lula da Silva en Brasil (2003) y Tabare Vásquez en Uruguay (2005). Ribeiro Hoffmann, A., *Protection and Promotion of Human Rights by Mercosur: Last but not Least*, Paper ISA, San Francisco, 2013, p. 2.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

lud, empleo, vivienda y educación".[348] Asimismo, la Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores,[349] define al consumidor como agente económico y sujeto de derecho que requiere "protección a su vulnerabilidad", a cuyo efecto los EP se proponen realizar esfuerzos en pos de una armonización de las legislaciones nacionales de defensa del consumidor, sobre el catálogo de los "derechos fundamentales" que dispone de manera enunciativa.[350]

De manera genral, las manifestaciones a favor del reconocimiento del Estado abierto y del constitucionalismo multinivel en derechos humanos se confirman con instrumentos como la Declaración de Presidentes sobre Derechos Humanos (apenas seis meses más tarde al Protocolo de Asunción), dictada con motivo de la conmemoración del 57 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Dicha Declaración precisó la concepción y los principios que rigen en el Mercosur, a saber: los principios y valores que sustentan la Declaración de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, el principio de no discriminación, los principios de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el compromiso de fortalecer los órganos del sistema interamericano (Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos), los principios sustentados en el Protocolo de Asunción y la Carta Andina sobre los Derechos Humanos, principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.[351]

Conforme a la narrativa expuesta, en Suramérica se constata la tendencia de complementación entre los Estados Partes (EP) y el sistema mercosureño de integración, por el que entran normas, principios y estándares en los ámbitos domésticos, gracias al mandato constitucional de apertura. Pero se trata, en este caso, de un proceso iniciado para superar la década

[348] Carta de Buenos Aires sobre compromiso social en el Mercosur, Bolivia y Chile, Buenos Aires, 30 de junio de 2000.

[349] Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores del Mercosur, Florianópoli, 15 de diciembre de 2000.

[350] La Declaración incluye un catálogo de derechos que comprenden desde la protección eficaz de la vida, la salud, y la seguridad del consumidor y del medio ambiente contra los riesgos provocados por prácticas en el suministro de productos y servicios, la provisión de servicios, el acceso al consumo con libertad de elección, sin discriminaciones ni arbitrariedades, entre otros (Puntos *a* hasta *k*).

[351] Declaración sobre derechos humanos de los Presidentes del Mercosur y Estados Asociados, Montevideo, 9 de diciembre de 2005.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

de un Mercosur "mercantilizado" y atender una agenda más amplia.[352] Los desarrollos descritos perfilan un mercado de derechos fundamentales *in status nascendi.*[353]

2. *Mecanismos jurisdiccionales*

Al examinar el papel de los órganos jurisdiccionales en materia de incorporación de los estándares universales se observa una tendencia de las cortes de la región en citar instrumentos o bien otorgar rango constitucional a tratados internacionales. La CorteIDH ofrece diversos ejemplos de citación. Uno de ellos se vincula con el derecho de las víctimas. Se cita la Resolución de 2005/35 que establece los Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Reparación (en relación con delitos internacionales) y el Tribunal de San José como un instrumento esencial para la consolidación del derecho internacional de los derechos humanos.[354] Otro dato ilustrador de la adopción de estándares internacionales se genera en el análisis sobre el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención, que ha dado origen a la protección de la propiedad comunitaria de las comunidades indígenas. En su interpretación la CorteIDH ha tomado en cuenta el Convenio No. 169 de la OIT, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la CADH.[355]

El alcance de la permeabilidad de los textos constitucionales se expande en la medida en que por la vía de las decisiones de la CorteIDH se incorporan distintos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos e incluso de otros estándares desarrollados en distintos sistemas regionales de protección de derechos humanos. Un dato empírico interesante proviene de la citación que tiene lugar en una constelación que hasta mediados de 2012 presenta una significativa incidencia en los países sura-

[352] *Cfr.* Mercosur/CMC/DEC. Nº 12/11. Plan Estratégico de Acción Social del Mercosur PEAS, Paraguay, junio de 2012.

[353] Damsky, I., "La internacionalización del ordenamiento jurídico argentino. Su caracterización a la luz del sistema interamericano de derechos humanos y la incipiente integración comunitaria del Mercosur", *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Turín, vol. 3, 2010, pp. 924-943.

[354] *Cfr.* CorteIDH. Caso de La Cantuta *vs.* Perú. Interpretación de la sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C No. 173, Opinión del Juez A. A. Cançado Trindade, párr. 37.

[355] CorteIDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay. Serie C No. 146, párr. 117.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

mericanos, pues de un total de 95 casos decididos por la CorteIDH, [356] 28 casos se vinculan con la violación de los derechos de las personas privadas de libertad y las condiciones carcelarias, y 15 medidas provisionales se dictaron en situaciones caracterizadas por los elementos de extrema gravedad, urgencia y la prevención de daños irreparables. En ellas se adoptan los estándares internacionales y europeos en el 99% de los casos.[357]

El *ius constitutionale commune* configurado por la vía de la internacionalización cuenta también con un soporte jurisdiccional mediante las decisiones de los tribunales nacionales que otorgan rango constitucional a convenciones internacionales. Citemos discrecionalmente la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana (CCC). Muy tempranamente, en 1993, se declaró la inexequibilidad de un Decreto-Ley argumentando el desconocimiento indirecto de los Convenios 87 y 98 de la OIT.[358] Con *data* de 1999, luego de desarrollada su noción del bloque de constitucionalidad, la CCC da valor constitucional a los referidos Convenios de la OIT. Para fundamentar la obligatoriedad de los derechos laborales en el orden interno, no sólo recurre al principio de progresividad previsto en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales y los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, sino que incluye los señalamientos expuestos por el director general de la OIT en la Séptima Conferencia de los Estados de América Miembros de esta Organización.[359] Desde entonces la jurisprudencia de la CCC es reiterada en reconocer rango constitucional a los convenios de la OIT.[360]

También en la órbita de los convenios de la OIT la CCC ha protegido a los grupos vulnerables, específicamente a los pueblos indígenas y tribales, mediante el reconocimiento del derecho a la consulta previa con base en el

[356] Se trata de casos y no de sentencias, pues un caso puede tener más de un pronunciamiento, pues anteriormente las excepciones preliminares se decidían primero y también hay sentencias de interpretación. En una graduación por la mayor incidencia son: Perú (26), Venezuela (14), Colombia (11), Ecuador (11), Argentina (11), Paraguay (7), Brasil (5), Chile (5), Bolivia (3), Uruguay (2).

[357] *Cfr.* Morales Antoniazzi, M., "Diálogo transjurisdiccional en materia de protección de las personas privadas de libertad: Aportes de la CorteIDH en la construcción de un *ius constitutionale commune*", en Lopes Saldanha (coord.), *Diálogos transjurisdicionais*, Brasil, 2013 (en prensa).

[358] CCC, Sentencia C-013/1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[359] CCC, Sentencia T-568/1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Disponible en: *http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-568-99.htm*.

[360] Por ejemplo las sentencias C-567/2000; C-038/2004; C-063-2008. Para más detalles, *Cfr*. Silva Romero, M., "Bloque de constitucionalidad en el derecho procesal laboral", XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2005, p. 236 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Convenio No. 169 y en virtud del mandato constitucional contenido en los artículos 93 y 94 de la Carta Política (CP), como también se le llama en Colombia. En la sentencia SU-383/03 estableció lo siguiente:

Resulta de especial importancia para el asunto en estudio, además, reiterar que el Convenio No. 169 de la OIT , y concretamente no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos laborales de dichos pueblos —artículo 53 C.P.— sino en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de éstos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles —artículo 94 C.P.[361]

Otro ámbito emblemático es el reconocimiento del rango constitucional otorgado por la CCC a la Convención sobre los Derechos del Niño,[362] integrándola al bloque de constitucionalidad. En sus distintos pronunciamientos, el órgano jurisdiccional estima que el artículo 44 de la Constitución de Colombia contiene una cláusula de remisión y que además estos derechos son intangibles en los Estados de excepción.[363] Recientemente se confirma la apertura de la estatalidad hacia el derecho internacional en cuanto a los derechos del niño en una tutela para proteger los derechos fundamentales de la menor *XX*, en el contexto de la creación de una cuenta en una red social por su padre. La CCC invoca la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos del Niño así como el Memorándum de Montevideo sobre la protección de datos personales y la vida privada en las redes sociales en Internet[364] y ratifica que el artículo 44 del texto constitucional dispone que los derechos de los niños prevalecen y se les reconoce un "status de *sujetos de protección constitucional reforzada*".[365]

[361] *Cfr*. Corte Constitucional, Sentencia C-175 de 2009, 22 de julio de 2010. Disponible en: *http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-175-09.htm*.

[362] Convención sobre los Derechos del Niño, AG/Res 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 167, ONU Doc. A/44/49 (1989), entrada en vigor 2 de septiembre de 1990.

[363] CCC, Sentencias C-325/2000; C-170/2004; C-355/2006; C-291/2007, citadas en Reina García, Ò. M., "Las cláusulas de apertura o reenvío hacia las fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque d constitucionalidad", *Revista Derecho del Estado*, núm. 29, 2012, p. 193.

[364] *Memorandum* de Montevideo fueron adoptadas en el marco del Seminario Derechos, Adolescentes y Redes Sociales en Internet, Montevideo, 27 y 28 de julio de 2009.

[365] CCC, Sentencia T-260/12, M. P. Humberto Sierra Porto. Disponible en: *http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-260-12.htm*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

También se observa el fenómeno de la citación de instrumentos del Mercosur. Una sentencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina es prueba de ellos (caso *ATE* de junio de 2013).[366] Dicha Corte incluye la Declaración Socio Laboral del Mercosur entre los fundamentos de la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma que disponía la reducción de remuneraciones bajo el alegato de una situación de emergencia. Según este órgano jurisdiccional, junto a los principios de progresividad y no regresividad que rigen en materia de derechos económicos, sociales y culturales, existen otros "no menos estructurales del derecho internacional de los derechos humanos constitucionalizado". En este orden de ideas, la CSJN acude al "deber (positivo) de «adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna»", máxime cuando "el derecho al trabajo exige la formulación y aplicación por los Estados Partes de una política en materia de empleo con miras a «elevar el nivel de vida»". El máximo tribunal fundamenta este razonamiento con citas a la jurisprudencia de la CorteIDH,[367] la Observación General No. 18[368] y la Declaración Socio-Laboral del Mercosur.[369]

En cuanto a los mecanismos de protección de la apertura constitucional a nivel jurisdiccional propiamente dichos se puede adoptar la figura de los puentes que viabilizan la recepción de los tratados de derechos humanos en los órdenes domésticos utilizada por Sergio García Ramírez[370] y describir dos puentes para que se desplacen los estándares hacia los órdenes domésticos. En primer lugar está el puente jurisprudencial,[371] concretizado por el diálogo judicial.[372] En segundo lugar está el puente constituido por el llama-

[366] CSJN, Recurso de hecho deducido por la Asociación de Trabajadores del Estado en la causa Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad (Fallo ATE), de fecha 18 de junio de 2013. Disponible en la página oficial: *http://www.csjn.gov.ar*.

[367] Cita "CorteIDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa *vs*. Paraguay. Fondo. Sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párr. 162 y sus citas; asimismo: párrs. 161, 163, 168, 172, 176, 221 y sus citas; en sentido análogo: CorteIDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs*. Paraguay. Fondo. Sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrs. 151 y 153".

[368] Observación General No. 18, párr. 26. Disponible en: *http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/403/16/PDF/G0640316.pdf?OpenElement*.

[369] Artículo 14 de la Declaración socio laboral.

[370] García Ramírez, S., "Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*, Montevideo, 2008, pp. 364 y ss.

[371] Un estudio referencial obligado, Abregú y Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, 2004.

[372] A título de ejemplo, Bazán, V., "La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina", *Estudios Constitucionales*, Santiago

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

do control de convencionalidad desarrollado por la CorteIDH, que representa una apertura *ex ante*[373] y que debe regirse por principios del derecho internacional a la hora de su aplicación.[374] Seguidamente se esboza *grosso modo* su dimensión y alcance.

A. *El diálogo judicial*

Hablar de diálogo implica reconocer sus múltiples significados y rasgos característicos como fenómeno del nuevo derecho público.[375] Además, el diálogo entre jueces representa un tema recurrente y tiene un especial significado para América Latina.[376] En particular el diálogo entre las cortes ocupa un lugar preeminente en el ámbito interamericano, bien como expresión de guía para la interacción entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos,[377] bien como resultado de la interacción en un modelo coevolutivo entre cortes.[378] En este trabajo se sigue el enfoque expuesto por Armin von Bogdandy sobre el papel del diálogo jurisdiccional como concepto del *ius constitutionale commune*, empleado para legitimar la argumentación de las decisiones a fin de convencer a otros actores jurídicos y, a la vez, como manifestación del nuevo paradigma de que una "sentencia de

de Chile, año 5, núm. 2, 2007, pp. 137-183; Rivadeneyra, A., *La emergencia del principio de interacción y el diálogo jurisprudencial a la luz del denominado derecho constitucional internacional*, Perú, 2011.

[373] *Cfr.* Pinto Bastos Júnior, L. y Guenka Campos, T., "Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos", *RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, vol. 1, núm. 19, junio-diciembre de 2011.

[374] Gil Domínguez, A., *La regla de reconocimiento constitucional argentina*, Buenos Aires, 2007.

[375] Entre tantos, *Cfr.* Burgorgue-Larsen, L., "La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial", *Asociación de Constitucionalistas de España*, *Derecho constitucional europeo*, Madrid, 2011, pp. 41-76; Martinico, G., "Multiple Loyalties and Dual Preliminarity: The pains of Being a Judge in a Multilevel Legal Order", *International Journal of Constitutional Law*, 2012, pp. 871-896; Nogueira Alcalá, H., "Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en periodo 2006-2011", *Estudios constitucionales*, vol. 10, núm. 2, 2012, pp. 57-140.

[376] Una visión de la evolución, Ayala Corao, C., *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Caracas, 2012.

[377] Serna, J. M., *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, 2012, pp. 243 y ss.

[378] Manuel Góngora Mera alude a sus caracteres de policéntrico, integral, deliberativo, multidireccional. *Cfr.* Góngora, M., "Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo", *Estudos avançados de Direitos Humanos Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, en Bogdandy *et al.* (coords.), São Paulo, 2013, pp. 312-337.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

cualquier corte puede ser controlada por otra corte. En el escenario actual, no hay más «últimas palabras»".[379] Ello empuja, no sin faltar tensiones, a la aplicación y desarrollo del derecho del *ius constitutionale commune*.

a. Diálogo a favor de la incorporación de estándares internacionales y comparados

La CorteIDH incorpora ampliamente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un caso interesante se refleja en los estándares respecto a la tortura.[380] Para afianzar su legitimidad en los pronunciamientos alusivos a las condiciones de detención, el Tribunal de San José reitera que la Corte Europea, conforme al artículo 3 del Convenio Europeo de derechos Humanos (CEDH), afirma que

> el Estado debe asegurar que una persona esté detenida en condiciones que sean compatibles con el respeto a su dignidad humana, que la manera y el método de ejercer la medida no le someta a angustia o dificultad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén asegurados adecuadamente, brindándole, entre otras cosas, la asistencia médica requerida.[381]

Los jueces de la CorteIDH, en la misma línea de mostrar la convergencia en los estándares y subrayando el abismo que separa a la realidad de las prisiones con el ideal proclamado en los estándares nacionales e internacionales, admiten que tal abismo disminuiría "si los Estados cumplieran rigurosamente el cometido que les reconoce, por ejemplo, la sentencia de la Corte Europea en el caso Kudla *vs*. Polonia".[382]

[379] Von Bogdandy, A., "Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea", en González Pérez y Valadés (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, 2013, pp. 55 y ss.

[380] A título de ejemplo y aleatoriamente, CorteIDH. Caso Bulacio *vs*. Argentina. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 100, la CorteIDH alude a los casos europeos: Case of Kurt v. Turkey, 15/1997/799/1002, 25 de mayo de 1998, párrs. 124-128; Case of Çakici *v*. Turkey, Application No. 23657/94, 8 de julio de 1999, párrs. 104-106; Case of Timurtas *v*. Turkey, Application No. 23531/94, 13 de junio de 2000, párrs. 102-105; Case of Tas *v*. Turkey, Application No. 24396/94, 14 de noviembre de 2000, párrs. 84-87; Case of Cyprus *v*. Turkey, Application No. 25781/94, 10 de mayo de 2001, párrs. 132-134 y 147-148.

[381] CorteIDH. Caso Tibi *vs*. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 7 septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 155.

[382] Voto razonado del juez S. García Ramírez, Caso Tibi *vs*. Ecuador, párr. 75 del voto.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Pero la CorteIDH muestra una apertura singular hacia todos los sistemas de protección de derechos humanos. Respecto a las amnistías, por ejemplo, el contencioso interamericano alude al Sistema Africano

> la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos consideró que las leyes de amnistía no pueden proteger al Estado que las adopta de cumplir con sus obligaciones internacionales y señaló, además, que al prohibir el juzgamiento de perpetradores de violaciones graves a derechos humanos mediante el otorgamiento de amnistías, los Estados no sólo promovían la impunidad, sino que también cerraban la posibilidad de que dichos abusos se investigaran y que las víctimas de dichos crímenes tuvieran un recurso efectivo para obtener una reparación.[383]

b. Diálogo a favor de la incorporación de estándares interamericanos y nacionales

Manuel Góngora ejemplifica la "red citacional" entre la Corte Interamericana y la CCC a la luz de los estándares en materia de población desplazada, representando uno de los casos de deliberaciones transnacionales con alto impacto directo en el orden interno de Colombia, como fue la famosa y controvertida Ley de Justicia y Paz. Un dato empírico que aporta, como ilustración elocuente del fenómeno, es que en la Sentencia C-370/2006 de la CCC dedica "28 de las 472 páginas de la sentencia a incorporar los estándares más importantes de la Corte Interamericana".[384] Con base en el fundamento constitucional, la CCC reconoce la relevancia jurídica de la jurisprudencia de los órganos judiciales creados mediante convenios sobre derechos humanos ratificados por Colombia y la competencia de dicho órgano para interpretarlo, como es el caso de la CADH con la CorteIDH.

[383] La CorteIDH cita: A.C.H.P.R., Case of Malawi African Association and Others v. Mauritania, Communication Nos. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97-196/97 and 210/98, Sentencia del 11 de mayo 2000, párr. 83; A.C.H.P.R., Case of Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe, Communication No. 245/02, Sentencia de 21 de mayo de 2006, párrs. 211 y 215. CorteIDH. Caso Gelman *vs*. Uruguay. Serie C No. 221, p. 214, notas al pie 262 y 263.

[384] Góngora Mera, M. E., "Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas", *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius cosntitucionale commune en América Latina?*, en von Bogdandy *et al*., México, 2010, t. II, p. 414.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Sigo aquí la contribución de Manuel Góngora en el análisis de las interacciones entre la CorteIDH y la CCC con base en la interpretación evolutiva. La CorteIDH, tanto en el caso Mapiripán como en el caso Ituango contra Colombia, asume los estándares fijados en la sentencia T-025 de 2004 de la CCC, aunque con distintos matices. El contencioso interamericano aplicó una interpretación "evolutiva" del artículo 22 de la Convención Americana, argumentando que la libertad de circulación y residencia es violada por el desplazamiento forzado. En el caso *Ituango*, la Corte Interamericana prefirió adoptar el enfoque estructural de la sentencia T-025 de 2004 y concluyó que:

> En razón de la complejidad del fenómeno del desplazamiento interno y de la amplia gama de derechos humanos que afecta o pone en riesgo, y en atención a las circunstancias de especial vulnerabilidad e indefensión en que generalmente se encuentran los desplazados, su situación puede ser entendida como una condición de facto de desprotección. En los términos de la Convención Americana, dicha situación obliga a los Estados a otorgar un trato preferente a su favor y a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de su referida condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión, incluso vis-à-vis actuaciones y prácticas de terceros particulares.[385]

Como refleja Humberto Sierra, la CCC "se centra en fijar, tanto en sentencias de constitucionalidad como en sentencias de tutela, la interpretación de los derechos fundamentales de grupos minoritarios o tradicionalmente discriminados, como las mujeres, los indígenas y las personas de escasos recursos económicos," en las cuales toma en consideración

> …los tratados internacionales sobre derechos humanos del sistema universal de Naciones Unidas y del sistema regional de la Organización de Estados Americanos, así como a las interpretaciones que de ellos han hecho los respectivos organismos competentes, tales como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[386]

En el caso específico del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, la CCC en su sentencia T-129 de 2011 relativa a los resguardos indígenas de Embera-Katío y Chidima-Tolo, quienes alegaron que el Estado pretendía

[385] CorteIDH. Caso de las masacres de Ituango *vs*. Colombia, párr. 210.

[386] Sierra, H., "Recientes avances de la jurisprudencia constitucional colombiana", *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad 2011*, Bazán y Nash, Bogotá, 2012, pp. 135 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

la construcción de una carretera que atravesaba su territorio y tramitar la concesión para la explotación de oro en la zona sin consultarlos previamente, ordenó al Estado cumplir no sólo con la consulta, sino a lograr el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades cuando se trate de obras de infraestructura o que generan la ocupación de sus tierras y el desplazamiento correspondiente, antes y durante el desarrollo de la obra, así como a suspender la ejecución de las obras, financiar la traducción de las órdenes dictadas a la lengua Embera y suministrar copias de la misma como medida simbólica, concluyendo con la exhortación al Congreso a regular tal derecho.[387]

Junto al diálogo emblemático entre la CorteIDH y la CCC hay que explorar cómo otras cortes nacionales van adoptando los estándares del sistema interamericano, lo que representa esencialmente la base del *ius constitutionale commune* en los derechos humanos desarrollado jurisprudencialmente, que atienda a las condiciones particulares de los países miembros del sistema y a la vez contribuya a consolidar el Estado de derecho y la calidad de la democracia en la región. Veamos el Tribunal Constitucional de Chile. Gonzalo Aguilar comenta la decisión del Tribunal Constitucional chileno relativa al aumento de precio, por razones de edad o sexo, en el plan de salud de la Isapre, en la que sigue los lineamientos expuestos por la CorteIDH.[388] El Tribunal chileno declara, en 2008, que el derecho a la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica. Sostiene que el deber de los particulares de respetar y promover los derechos inherentes a la dignidad de la persona persiste, inalterado, en las relaciones convencionales entre privados, cualquiera sea su naturaleza.[389] La CorteIDH había dejado sentado en el año 2003, que aunque se trate de

[387] La CCC recoge los planteamientos del *Amicus Curiae* de Dejustica que cita a la CorteIDH, pero también alude al hecho de que "el consentimiento hace parte estructural del Convenio 169 de 1989 de la OIT, motivo por el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al estudiar el caso Saramaka contra Surinam, desarrolló la importancia de esta prerrogativa de las comunidades indígenas". CCC, Sentencia T-129/11 Diversidad étnica y cultural-protección constitucional/multiculturalidad y minorías-Protección constitucional. Disponible en: *http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm#_ftn63*.

[388] Aguilar Cavallo, G., "Principio de solidaridad y derecho privado: comentario a una sentencia del Tribunal Constitucional", *Revista Ius et Praxis*, Chile, año 14, núm. 2, 2008, p. 603.

[389] Tribunal Constitucional de Chile: Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso Nº 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago. Rol Nº 976-2007. Sentencia de fecha 26 de junio de 2008, Considerando 40.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

> …una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes)*. Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares." Valga la cita textual por la alusión de la CorteIDH a la doctrina del *Drittwirkung*, en su expresión en alemán.[390]

El Tribunal Constitucional peruano declaró vulnerado el derecho al honor de la comunidad nativa Sawawo Hito 40 por las expresiones desproporcionadas emitidas por el director del semanario *El Patriota* al calificar la actitud de la comunidad indígena permisiva a la tala ilegal de árboles como "contubernio" o "complicidad" ya que se hubieran podido emplear términos menos graves para expresar el mensaje comunicativo o denuncia periodística.[391] Si bien en la doctrina se cuestiona la sentencia por cuanto "no puede calificarse una expresión como ilegítima por vulnerar el derecho al honor solo porque existan expresiones que puedan ser menos *fuertes s*obre el ámbito espiritual subjetivo de una persona o colectividad",[392] el Tribunal sostiene que un periodismo serio es el sustento de una sociedad democrática e insiste en el estándar interamericano al citar la "Opinión Consultiva OC-5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 13 de noviembre de 1985". El punto cláve del diálogo se produce, no obstante, en la medida que éste órgano jurisdiccional adopta la línea de la jurisprudencia de las reparaciones inmateriales de la CorteIDH, tales como el envío de una carta notarial de desagravio a la comunidad nativa y su publicación en el diario de mayor circulación en la región, a la vez que ordenó la publicación de un suplemento especial relativo al caso.[393]

[390] CorteIDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 140.

[391] TC de Perú, Sentencia 04611-2007-PA/TC. Disponible en: *http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04611-2007-AA.html#_ftn66*.

[392] Landa, C., "Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional peruano", en Bazán y Nash, *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la constitución*, Montevideo, 2010, p. 170.

[393] El Tribunal Constitucional dispuso con todo detalle: la publicación de un suplemento especial en el mismo semanario o en cualquier otro, que reproduzca por completo el tenor

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, mediante la sentencia 1250/2012 del 20 de septiembre de 2012, declaró inconstitucional la norma del Código Penal, que establecía pena de prisión agravada para sancionar la calumnia, injuria o difamación en perjuicio de un funcionario público, conocido como desacato. Bajo el argumento de la inconstitucionalidad por la afectación desproporcionada del derecho a la libertad de expresión, el Tribunal Constitucional dejó constancia que tal tipo crea una desigualdad entre funcionarios y ciudadanos, y es incompatible con los compromisos internacionales de derechos humanos. Dialogando implícitamente con los estándares de la CorteIDH,

> enfatizó que los funcionarios públicos deben ser objeto de una fiscalización especial y amplia, que permita un debate vigoroso sobre asuntos de relevancia pública. El Tribunal Constitucional reiteró el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y citó ampliamente la doctrina del sistema interamericano en materia de libertad de expresión, incluyendo el Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicado por la CIDH en 1994. La sentencia mencionada constituye un avance ejemplar en materia de libertad de expresión y resalta la importancia de adecuar las legislaciones nacionales a los estándares internacionales en la materia.[394]

Un fallo histórico lo dictó la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina (CSJN), el 3 de mayo de 2005 en el caso Verbitsky, al conocer un *habeas corpus* y establecer estándares mínimos sobre las condiciones de detención y prisión preventiva en comisarías y cárceles.[395] En su decisión, en el apartado titulado "IX.- Adolescentes y enfermos en dependencias policiales, y la jurisprudencia internacional", la CSJN dedica los fundamentos 43 a 47 a explicar los estándares del Tribunal de San José en cuanto al alcance del artículo 5 de la Convención Americana y las obligaciones para los Estados de salvaguardar la dignidad humana de las personas privadas de liber-

de la sentencia, bajo el título "Reparación a la comunidad nativa 'Sawawo Hito 40' por parte del semanario 'El Patriota' en cumplimiento de la sentencia recaída en el Expediente nº 4611-2007-PA/TC".

[394] OEA/Ser.L/V/II.147, Doc. 1, 05.03.2013, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2012, vol. II, Informe de la relatoría especial para la libertad de expresión, Washington D. C., 2012, p. 38.

[395] V. 856. XXXVIII, Recurso de hecho, Verbitsky, Horacio s/ *habeas corpus*, del 3 de mayo de 2005.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

tad, máxime respecto a los adolescentes.[396] Empleó igualmente una amplia citación de los estándares internacionales y comparados.[397] Emblemática ha sido esta causa iniciada por CELS en 2001 mediante un *habeas corpus* colectivo, por cuanto el máximo tribunal de ese país obligó a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales inferiores de esa localidad a revisar las medidas de privación de libertad dispuestas y a realizar un seguimiento periódico de la situación carcelaria, modificando el criterio negativo precedente sostenido a nivel provincial.

La propia CorteIDH, al decidir las medidas provisionales en el caso de las Penitenciarías de Mendoza contra Argentina, en diálogo con la CSJN, destaca la necesidad de "disminuir el hacinamiento mediante la reducción de la cantidad de personas encarceladas en prisión preventiva (conforme con los criterios establecidos en el reciente fallo de la CSJN sobre las cárceles de Buenos Aires)".[398] La CSJN procedió a requerir a los gobiernos nacional y provincial que le informen acerca de las disposiciones adoptadas para dar cumplimiento a los requerimientos de la CorteIDH (Argentina, Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otros, 2006c). Asimismo intimó al Poder Ejecutivo Nacional para adoptar las medidas adecuadas a fin de proteger la vida, la salud, y la integridad personal de todos los internos en un plazo determinado y le indicó al Poder Judicial de la provincia que (se) dispusiera el cese de toda providencia dictada que pudiera implicar una violación de los derechos humanos de los detenidos (Argentina, Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otros, 2007c).

En la doctrina han surgido algunas voces críticas, como la de González-Salzberg, que reseñan vaivenes de la postura de la CSJN argentina en lo concerniente a la vinculatoriedad de las decisiones de la CorteIDH, en particular respecto al caso Bulacio y al caso Bueno Alves que incluían la viola-

[396] Cita a la CorteIDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay", el 2 de septiembre de 2004.

[397] Además de citar el amplio abanico de convenciones e instrumentos internacionales para proteger a las personas privadas de libertad, hace alusión a las Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina. 9/10/2002. CRC/C/15/Add. 187 9 de octubre de 2002; las Conclusiones y Recomendaciones respecto del caso Argentino del Comité Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos y Degradantes del 10 de diciembre de 2004 (CAT/C/CR/33/1 33° Período de Sesiones 15 a 26 de noviembre de 2004; a sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH Case Peers v. Greece, sentencia del 19 de abril de 2001; TEDH, Caso Price v. The United Kingdom, sentencia del 10 de octubre de 2001); a otros casos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, entre ellos Wolff v. McDonnell; 418 US 539, 1974.

[398] CorteIDH, Medidas provisionales en el caso de las Penitenciarías de Mendoza, Resolución del 18 de junio de 2005.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

ción del artículo 5 de la CADH. Se aduce que en el primero, subordinaba el contenido de sus decisiones a lo resuelto por la CorteIDH, dado el carácter "obligatorio" de las sentencias del contencioso interamericano, mientras que en el segundo no lo adoptó.[399] Sin embargo, una breve reconstrucción cronológica del Caso Bueno Alves permite identificar el paso de un diálogo contradictorio a un diálogo para el acuerdo, conduciendo a una convergencia de estándares como producto de ese diálogo constructivo.

En efecto, en mayo de 2007, la CorteIDH declaró la responsabilidad internacional de Argentina por la violación, entre otros, de los derechos a la integridad personal y garantías judiciales, establecidos en los artículos 5.1, 5.2 y 8.1 de la CADH, en perjuicio del señor Juan Francisco Bueno Alves, quien había sido objeto de actos de tortura mientras estuvo privado de la libertad y ordenó realizar las investigaciones necesarias, aunque indicó que los hechos no podían ser calificados *per se* como delitos de lesa humanidad. Apenas dos meses más tarde, en julio de 2007, la CSJN dictó un fallo declarando la prescripción de la acción penal en el caso Bueno Alves, dejando sentado que el delito no era considerado un crimen de lesa humanidad y estaba sometido a la prescripción. En 2011, la CorteIDH, en ejercicio de su competencia para supervisar el cumplimiento de la sentencia dictada en el caso Bueno Alves, reconoce el cumplimiento parcial por parte del Estado argentino, pero mantiene vigente el mandamiento de investigar los hechos de tortura contra el señor Bueno Alves.[400] La argumentación central gira en torno a que debe encontrarse la verdad de lo ocurrido para impedir que el Estado evada la rendición de cuentas por las arbitrariedades que cometan sus propios funcionarios.[401] La respuesta hacia un diálogo para el acuerdo se produjo el mismo 2011 cuando la CSJN declaró con lugar el recurso de revocatoria, dejó sin efecto su propio pronunciamiento del 11 de julio de 2007 y devolvió las actuaciones al tribunal de origen, "con el objeto de dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana de Dere-

[399] González-Salzberg, D. A., "La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la corte suprema de justicia de la nación", *Sur*, vol. 8, núm. 15, 2011, pp. 117-135, pp. 128 y ss.

[400] El Tribunal de San José considera que, por regla general, el instituto procesal de la prescripción debe aplicarse cuando corresponda, salvo que, como en el presente caso, se compruebe una clara falta de debida diligencia en la investigación y, en consecuencia, una negación al acceso a la justicia por parte de una víctima de tortura. CorteIDH, Caso Bueno Alves *vs*. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 5 de julio de 2011, párr. 45.

[401] *Diálogo Jurisprudencial*, núm. 10, enero-junio, México, 2011, pp. 259 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

chos Humanos —en la sentencia "Bueno Alves *vs*. Argentina", notificada a este Tribunal el 21 de septiembre de 2007…".[402]

El caso brasileño avanza más tímidamente en la apertura. El Supremo Tribunal Federal muestra la permeabilidad hacia la recepción de estándares internacionales incluso fundamentando sus decisiones con base en precedentes judiciales de otros órganos jurisdiccionales, en especial a las jurisprudencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos y del Tribunal Constitucional Federal de Alemania.[403] En cambio, el STF refleja una postura más conservadora frente a la CorteIDH, citando sólo pronunciamientos emitidos en su labor consultiva,[404] incluso con cierto revés,[405] mostrando interés en preservar su autoridad y una actitud no dialógica, que puede interpretarse como la negación a tomarse en serio la jurisprudencia de los tribunales supranacionales a cuya jurisdicción está sometido Brasil.

Un caso de diálogo interesante lo reflejan Jânia Maria Lopes Saldanha, José Luis Bolzan de Moraes y Lucas Pacheco Viera cuando comentan la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 2, § 1° de la Lei 8072/90 (lei dos Crimes Hediondos) por parte del Supremo Tribunal Federal, aludiendo una nueva interpretación del principio de la individualización de la pena y privilegiando la resocialización del recluso, invocándose el contenido de la

[402] Recurso de hecho. Derecho, René Jesús s/Incidente de prescripción de la acción penal. Causa no. 24.079.

[403] La referencia a la jurisprudencia extranjera es parte de la estrategia argumentativa, citando en 80 casos la Supreme Court y en 58 casos al BVerfG. *Cfr*. Afonso da Silva, V., "Integración y Diálogo Constitucional en América del Sur", *Derechos Humanos, Democracia e Integración Jurídica en América del Sur*, en Bogdandy *et al*. (coords.), Río de janeiro, 2010, p. 529.

[404] Una primera referencia aparece tardíamente en 2006 en relación al derecho de un extranjero detenido de ser informado sobre la asistencia consular como parte del debido proceso legal criminal, con fundamento en la OC-16/99. *Cfr*. Sentencia del Supremo Tribunal Federal en 2006, en la Extradición n.954/2006. En fecha 17/06/2009 se encuentra nuevamente una mención expresa a la jurisprudencia del Tribunal de San José en la decisión del Recurso Extraordinario 511.961/SP, bajo la relatoría del Ministro Gilmar Mendes, eliminando la exigencia de diploma universitario para el ejercicio de la profesión de periodista por ser lesiva a la libertad profesión, de expresión y de información, invocando la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana OC-5/85. *Cfr*. la sentencia del Supremo Tribunal Federal en 2009, en el RE 511961.

[405] Reciente caso sobre la ley de amnistía (Lei 6.683/79), que significó un revés "Em contrapartida, em decisão recente (30/04/2010), ao deliberar sobre a Lei de Anistia brasileira por ocasião do julgamento da ADPF n.º 153, o STF, por maioria, julgou improcedente o pedido que colimava a declaração – pela técnica da interpretação conforme à Constituição do §1º do artículo 1º da Lei 6.683/79 – de que a anistia não se estendia aos crimes comuns praticados".

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

CADH en su artículo 5, numerales 2 y 6, para afianzar el argumento de la función de la pena privativa de libertad.[406]

El caso de las amnistías es paradigmático para la configuración del *ius constitutionale commune*. En este capítulo sólo subrayo el alcance que ha logrado la convergencia, vía diálogo jurisdiccional, de los estándares en la lucha contra la impunidad.[407] En América del Sur, en aras de la "reconciliación nacional" se dictaron las famosas leyes de "Punto final" del 24 de diciembre de 1986 y de "obediencia debida" del 4 de junio de 1987 y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 14 de junio de 2005, en el caso Simón, Julio Héctor y otros[408] las declaró nulas, fundamentando su decisión en la jurisprudencia Barrios Altos de la CorteIDH.[409] Argentina ha expandido su jurisprudencia mediante su estricto apego al estándar interamericano.[410] La Corte Constitucional de Colombia ha declarado claramente la inadmisibilidad de las amnistías y de las auto-amnistías, indultos generales, leyes de amnistía en blanco tomando como soporte el derecho internacional y las sentencias del contencioso interamericano.[411] Esta línea jurisprudencial de la CorteIDH también se ha adoptado respecto a otras leyes de amnistías (Brasil, Chile y Uruguay).[412] En Uruguay se ha generado una cierta tensión en el cumplimiento de esta línea jurisprudencial de la CorteIDH, pues la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay (SCJ), publicada el 22 de febrero de 2013, declara la inconstitucionalidad de la Ley No. 18.831

[406] Lopes Saldanha, J. M. *et al.*, "Reenvio Prejudicial Interamericano: um Novo Mecanismo Processual para o Desenvolvimento do Direito internacionaldos Direitos Humanos", en von Bogdandy *et al.* (coords.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica. Avançando no diálogo constitucional e regional*, Río de janeiro, 2011, p. 617.

[407] Entre tantos, Binder, C., "The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights", *German Law Journal*, 2011, pp. 1203-1229.

[408] Bazán, V., "El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina", *Estudios constitucionales*, año 8, núm. 2, 2010, pp. 359-388.

[409] CorteIDH. Barrios Altos *vs*. Perú. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Fondo. Serie C No. 75, párr. 1; CorteIDH. Barrios Altos *vs*. Perú. Sentencia del 3 de septiembre 2001. Interpretación. Serie C No. 83, párr. 18.

[410] Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso Mazzeo, Buenos Aires, La Ley, 2007-D, p. 426; Caso Videla y Massera, 31 de agosto de 2010, considerando n° 8.

[411] CCC, Sentencia C-695/02, de fecha 28.08.2012. Disponible: *http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-695-02.htm*.

[412] CorteIDH. Almonacid Arellano *vs*. Chile. Fondo y Reparaciónes. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154; CorteIDH. Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) *vs*. Brasil. Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219; CorteIDH. Gelman *vs*. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

de Restablecimiento de la Pretensión Punitiva del Estado, lo que ha sido calificado por las ONGs como un obstáculo para la consecución de justicia para las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura. CEJIL argumenta que la decisión de la SCJ "limita indebidamente la calificación de ciertas conductas como crímenes contra la humanidad y cuestiona el alcance y aplicabilidad de la sentencia de la CorteIDH dictada en el caso Gelman".[413] No faltan voces críticas frente al desarrollo de estos estándares para combatir la impunidad, como se apunta en el capítulo II.

A través del diálogo a la inversa, esto es, cuando la CorteIDH acude a la jurisprudencia de tribunales nacionales para fundamentar sus decisiones, también se genera una incorporación de estándares tuitivos de los derechos humanos desarrollados a nivel doméstico.

Un caso emblemático que describe este proceso de adoptar estándares nacionales por la vía de una sentencia del órgano interamericano lo representa justamente Gelman vs. Uruguay. La apertura al diálogo con las instancias nacionales se manifiesta de manera particular, entre otros, en los títulos "*B. La dictadura militar y la Operación Cóndor como contexto de los hechos ocurridos a María Claudia García*" y en el "*E. Las amnistías y la jurisprudencia de tribunales de Estados Parte en la Convención*". Respecto al título B, la CorteIDH recoge la jurisprudencia argentina desde principios de la década de los noventa, emanada de distintas instancias, concernientes a resoluciones que dejaron sentado que, "en el periodo del auto-denominado Proceso de Reorganización Nacional, se sustraían menores [de edad] de la esfera de custodia de sus padres [y que esa práctica constituía un] hecho público y notorio"; que "Las mujeres embarazadas detenidas en el marco de las operaciones de contrainsurgencia eran mantenidas vivas hasta que dieran a luz para después sustraer sus niños y desaparecerlas"; que "en numerosos casos, los niños y niñas eran entregados a familias de militares o policías" , "luego de que sus padres fueran desaparecidos o ejecutados".[414]

Pero la CorteIDH dedica lugar destacado a la citación de la jurisprudencia nacional en cuanto a los pronunciamientos estatales (título E) acerca del alcance de las leyes de amnistía sobre graves violaciones de derechos humanos y su incompatibilidad con las obligaciones internacionales de los Estados que las emiten, destacando la convergencia en su considerar que

[413] CEJIL denuncia sentencia de la Suprema Corte de Justicia, Montevideo, 25.02.2013. Disponible en: *https://www.cejil.org/comunicados/cejil-denuncia-sentencia-de-la-suprema-corte-de-justicia*.

[414] CorteIDH. Caso Gelman *vs*. Uruguay. Sentencia del 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 61.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

violan el deber internacional del Estado de investigar y sancionar dichas violaciones. En relación a Suramérica, comienza con la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, "que resolvió, en el Caso Simón, declarar sin efectos las leyes de amnistía que en ese país constituían un obstáculo normativo para la investigación, juzgamiento y eventual condena de hechos que implicaban violaciones a derechos humanos". Igualmente toma en cuenta la Corte Suprema de Justicia chilena, el Tribunal Constitucional de Perú, la Corte Suprema de Uruguay y en Colombia, no sólo la Corte Constitucional sino también la Corte Suprema de Justicia de Colombia, destacando que según este órgano, "las normas relativas a los [d]erechos [h]umanos hacen parte del gran grupo de disposiciones de Derecho Internacional General, las cuales son reconocidas como normas de *[j]us cogens*, razón por la cual, aquellas son inderogables, imperativas […] e indisponibles". A fin de poner de relieve el diálogo judicial que se evidencia en esta materia, la Corte Interamericana cita

> La Corte Suprema de Colombia recordó que la jurisprudencia y las recomendaciones de los organismos internacionales sobre derechos humanos deben servir de criterio preferente de interpretación tanto en la justicia constitucional como en la ordinaria y citó la jurisprudencia de este Tribunal respecto a la inaceptabilidad de las disposiciones de amnistía para casos de violaciones graves a derechos humanos.[415]

Los efectos de esta línea jurisprudencial orientada a combatir la impunidad pueden constatarse con el dato empírico relativo al número de condenados y procesados por violaciones masivas y sistemáticas: desde 1983 hasta el presente en Argentina se registran 449 personas en causas por delitos de lesa humanidad, 404 han sido condenadas y 45 han sido absueltas.[416] En Chile, el Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales reporta un total de 535 acciones judiciales deducidas por el Programa de derechos humanos desde 2009, que abarca un total de 727 víctimas.[417] Perú sentó un precedente para la región en 2009 al condenar al ex presiden-

[415] CorteIDH. Caso Gelman *vs*. Uruguay. Sentencia del 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párrs. 215-224.

[416] Informe de la Procuración General de la Nación, Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado, Argentina, 2013. Disponible en: *http://www.mpf.gov.ar/docs/Links/DDHH/informe_de_la_web_marzo_2013.pdf*.

[417] Juicios por Derechos Humanos en Chile y la región, Observatorio de ddhh, Universidad Diego Portales, Boletín informativo Nº 20 – octubre y noviembre 2012, p. 3. Disponible en: *http://www.icso.cl/wp-content/uploads/2011/03/Bolet%C3%ADn-20-Estadisticas-y-noticias-sobre-causas-ddhh-en-Chile-y-la-regi%C3%B3n-oct-a-dic-2012.pdf*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

te Alberto Fujimori a 25 años de prisión como autor mediato de los delitos de homicidio calificado y lesiones graves (delito de lesa humanidad por las masacres de Barrios Altos y el caso La Cantuta). El rechazo a conceder el indulto en estos casos como se ha puesto de manifiesto en Chile en 2010[418] y Perú en 2013.[419]

En última instancia vale la pena citar un ejemplo de interacción que sirve para pavimentar el *ius constitutionale commune* por la permeabilidad constitucional y que se produce por la circulatoreidad de estándares como es el atinente a los DESC. En el desarrollo histórico de la regulación de los DESC tanto a nivel de los Estados como a nivel internacional e interamericano y comparado rige la premisa de que el cumplimiento de los principios de progresividad y no regresividad es esencial para la garantía efectiva de los DESC. Claudio Nash menciona que las jurisdicciones colombiana e interamericana sustentan su argumentación en el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas (1966) y en los pronunciamientos del Comité DESC.[420] En la famosa sentencia que alude a la extrema vulnerabilidad de la población desplazada (vulneración múltiple, masiva y continua de derechos fundamentales), la Corte Constitucional de Colombia (CCC) afirma el deber del Estado de "dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales de satisfacción progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población en aplicación de lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado «cláusula de erradicación de las injusticias presentes»" y, a la vez, reitera que el Estado "debe abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir".[421]

La CorteIDH, en el Caso Acevedo Buendía *vs*. Perú de 2009, se pronuncia igualmente sobre la progresividad y la no regresividad. Como una violación al derecho a la propiedad privada y al recurso judicial efectivo ca-

[418] Se destacó en la prensa el rechazo del presidente a otorgar indultos a condenados por crímenes de lesa humanidad. *Cfr*. *http://noticias.terra.com/noticias/chile_pinera_rechaza_indulto_a_represores_de_dictadura_/act2438240*.

[419] Noticia reflejada en los medios de comunicación. *Cfr*. *http://cnnespanol.cnn.com/2013/06/07/el-gobierno-de-peru-niega-indulto-al-expresidente-alberto-fujimori/*.

[420] Nash Rojas, C., "Relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos", en Capaldo *et al*. (dirs.), *Internacionalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, 2012, pp. 155 y ss.

[421] CCC, Sentencia T-025/04, de junio de 2004. Disponible en: *http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm*.o.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

lificó la CorteIDH que un grupo de pensionistas, durante un periodo de casi diez años, dejara de recibir la jubilación que legalmente le correspondía al momento de producirse dicha jubilación. A la justiciabilidad del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales se suma que "la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate, para lo cual se basa en los estándares internacionales".[422]

Pero además, al declarar la exigibilidad de los DESC y poner de relieve que son exigibles "en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello", cita la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Airey:

> El Tribunal no ignora que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica. Por otro lado, el Convenio [Europeo] debe interpretarse a la luz de las condiciones del presente […] y ha sido diseñado para salvaguardar al individuo de manera real y efectiva respecto de los derechos protegidos por este Convenio […]. Si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio.[423]

Por la vía de la interacción entre los tribunales se está gestando el *ius constitutionale commune*. No en vano se habla de la "viva interacción" entre las decisiones de la CorteIDH y el derecho interno de los países de la región, en palabras de Diego García Sayán, actual presidente de la CorteIDH. En su argumentación, cuando los órganos jurisdiccionales domésticos se nutren de la jurisprudencia interamericana se da la llamada "nacionalización" del derecho internacional de los derechos humanos.[424] Todo ello encuentra soporte en la estatalidad abierta consagrada a nivel constitucional.

c. Diálogo a favor de la incorporación de estándares del Mercosur

La tesis sostenida en esta investigación acerca de la construcción del *ius constitutionale commune* bajo un enfoque de protección multinivel de la demo-

[422] CorteIDH. Caso Acevedo Buendía *vs*. Perú. Sentencia del 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párrs. 102-103.

[423] ECHR, *Case of Airey v. Ireland*, Judgment of 9 October 1979, Serie A No. 32, para. 26.

[424] García Sayán, "Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos", *La Corte Interamericana de Derechos Humanos Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José, 2005, p. 325.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

cracia y los derechos humanos en Suramérica, apalancado por el diálogo jurisdiccional, encuentra tambien alguna manifestación en materia de la integración regional. En el ámbito del sistema de solución de controversias en el Mercosur está el conocido caso de las papeleras. La selección del caso obedece a su estricto vínculo con los derechos humanos.[425] En él tiene lugar un diálogo jurisdiccional por el que se reciben los estándares de los otros sistemas de protección para concretizar el *ius constitutionale commune*.

¿Cómo surge el conflicto? En 2003 el gobierno de Uruguay autorizó la construcción de una planta de celulosa en la margen izquierda del río Uruguay, sin tomar en cuenta el Estatuto del Río Uruguay que prevé el deber de las partes de comunicar a la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU) la realización de cualquier obra.[426] Como era de esperarse la reacción de Argentina fue contraria, dándose inicio a un conflicto diplomático, jurídico, social y ambiental en el que los derechos a la libre circulación de personas y bienes, al ambiente, a la libre expresión del pensamiento y de reunión, desataron impactos sustanciales tanto en los intereses económicos de las empresas transnacionales como en la prolongada tensión entre los dos países fundadores del Mercosur. Luego de varios intentos diplomáticos frustrados para solucionar la controversia,[427] Argentina introduce en 2006 una demanda contra Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya (CIJ) [428] alegando la autorización unilateral.[429] Uruguay, en cambio, en el mismo 2006, interpuso un reclamo por incumplimiento por parte de Argentina del Tratado de Asunción sobre el compromiso de garantizar la libre circulación de bienes y servicios, derivado de los "cortes de ruta".

¿Qué decidió el tribunal arbitral *ad hoc* del Mercosur? Acogió parcialmente la pretensión uruguaya y declaró que la ausencia de las debidas diligencias por parte de Argentina era incompatible con el compromiso asu-

[425] *Cfr*. Lixinski, L., "Human Rights in Mercosur", en Filho *et al*., *The Law of Mercosur*, Oxford, 2010, pp. 352 y ss.

[426] Estatuto del Río Uruguay, suscrito en Montevideo el 19 de noviembre de 1973 entre el gobierno de la República Argentina y el gobierno de la República Oriental del Uruguay.

[427] Véanse en detalles en Anglés Hernández, M., "Fallo de la Corte Internacional de Justicia en materia ambiental, evidenciado en el asunto de plantas de celulosa sobre el río Uruguay", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 11, 2011, pp. 77-98

[428] Cipolatti, V., "Caso Papeleras: el Fallo de la Corte Internacional de Justicia y sus repercusiones nacionales e internacionales", *Grupo de Estudios Internacionales Contemporáneos*, 2010, pp. 1-4. Disponible en: *http://www.geic.com.ar/2010/category/energia-y-ambiente/page/2/*.

[429] La Corte Internacional de Justicia decidió el 20 de abril de 2010 que Uruguay no violó sus obligaciones para evitar la contaminación ambiental. *Cfr*. Fallo de la CIJ, disponible en: *http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15877.pdf*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

mido por los Estados partes en el tratado fundacional del Mercosur.[430] Ello aunque Argentina había argumentado la imposibilidad de adoptar medidas más enérgicas que las disuasivas frente a los cortes de rutas, ya que implicaría el desconocimiento de la libertad de expresión, de reunión y de manifestación, que en su derecho interno revisten rango constitucional, mientras que el derecho de integración sólo reviste rango legal. Al respecto el Tribunal *ad hoc* señaló que el contenido del compromiso internacional no puede depender del derecho interno, con base en el artículo 27 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados de Viena de 1969.[431] El Tribunal *ad hoc*, esclareciendo el alcance del ejercicio de la libertad de expresión y reunión en el caso concreto, aborda la propia legislación argentina sobre el particular y asienta que "ni aun en el derecho argentino el derecho a la protesta es absoluto y debe limitarse cuando afecta el derecho de los demás". Ello lo expresa, dice el Tribunal, el artículo 29.2 de la Declaración Universal, el artículo 32.2 de la Convención Americana y el artículo 19.2 y 19.3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, "que son parte integrante de la Constitución de la Nación Argentina desde 1994 al haber sido incorporados en su artículo 75.22 (punto 139)".

¿Cómo actúa el Tribunal Permanente de Revisión (TPR)? Reacciona en la dirección de facilitar la permeabilidad hacia estándares tuitivos con miras a la conformación del *ius constitutionale commune* con una jurisprudencia *in nuce*.[432] El caso revela un diálogo más velado con el Tribunal de Justicia de

[430] Laudo del Tribunal arbitral "ad hoc" de Mercosur constituido para entender de la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre "omisión del Estado Argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay". Disponible en: *http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/controversias/laudo.html*, p. 27.

[431] El laudo cita: "Tratamiento de los nacionales polacos en el territorio de Danzig", 1933, PCIJ Series A/B No. 44, p. 4; *Cfr*. "S.S. Wimbledon", 1923, PCIJ, Series A No. 1; "Comunidades greco-búlgaras", 1930, PCIJ, Series B No. 17, p. 32; "Zonas Francas y el Distrito de Gex", 1930, PCIJ, Series A No. 24, p. 12 y Series A/B No. 46, pp. 96-167; "Caso de las Pesquerías", ICJ Reports, 1951, pp. 116-137; "Nottebohm" – Objeción preliminar, ICJ Reports 1953, pp. 111-123; "Reparación de daños sufridos al servicio de Naciones Unidas" ICJ Reports, 1949, pp. 176-180; "Elettronica Sicula" S.p.A. (ELSI)", ICJ Reports, 1989, p. 15.

[432] Opinión contraria sostiene Deisy Ventura, para quien se dejó pasar la oportunidad de pronunciarse sobre el derecho a la salud. *Cfr*. Ventura, D., "Saúde Pública e Integração Regional: Tensões entre o Direito à Saúde e o Comércio Internacional", en von Bogdandy *et al*. (eds.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucionale regional*, Río de janeiro, 2011, p. 470.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

la Unión Europea (TJUE) en tanto no lo cita en su fundamentación sino en los alegatos de las partes y un diálogo directo con un órgano jurisdiccional nacional, cuando cita a la Corte Suprema argentina.

El Tribunal arbitral reconoce su competencia para conocer asuntos vinculados con los derechos humanos, asunto cuestionado por Argentina por la naturaleza arbitral del órgano. El laudo dedica un título a los derechos humanos y dejó sentada la procedencia de los árbitros de países con historia de violaciones masivas de los derechos humanos como elemento condicionante de la sensibilidad hacia la temática.[433] Igualmente, en la lógica del Tribunal jugó el rol determinante el derecho internacional de los derechos humanos, pues para resolver el punto específico de las limitaciones a los derechos en conformidad con el estándar de la sociedad democrática, se remite al Preámbulo y el artículo XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, al artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y al artículo 32.2 del Pacto de San José de Costa Rica.[434]

¿Existe un diálogo jurisdiccional? Puede apreciarse un diálogo velado con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud de los argumentos aludidos por las partes: "Uruguay trae al caso el asunto resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Comisión c/Francia – Asunto C-265/95)[435] en el cual, frente al bloqueo de rutas en Francia dispuesta por particulares, el órgano judicial estableció la responsabilidad de este Estado por la omisión en restablecer la libre circulación" (punto 31 del laudo); Argentina acudió al precedente del caso Schmidberger en el que otorgó prioridad al derecho a la libre expresión del pensamiento sobre el derecho a la libre circulación de bienes, el cual resultó afectado por el corte de una ruta internacional dispuesto por un movimiento ambientalista

[433] "Los integrantes del Tribunal pertenecen a países en los cuales se ha experimentado el avasallamiento de los denominados derechos humanos, que nuclean el plexo normativo que ampara los aspectos más íntimamente ligados con la dignidad del ser humano, por lo que el planteo no deja de serles de alta sensibilidad" (Punto 126 del laudo).

[434] Levrat, N./Raducu, I., "Le metissage des ordres juridiques europeens (une 'theorie impure' de l'ordre juridique)", *Cahiers de droit europeen*, núm. 1, 2007, pp. 111-147.

[435] Sentencia del Tribunal de Justicia del 9 de diciembre de 1997. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa. Libre circulación de mercancías – Productos agrícolas – Obstáculos que resultan de actos de particulares – Obligaciones de los Estados miembros. Asunto C-265/95. Disponible en: *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61995J0265:es:html*. Sentencia disponible en: InfoCuria - Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, *http://curia.europa.eu*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

(Sentencia del TJCE —ahora TJUE— del 12 de junio de 2003, Asunto C-112/00,[436] tomado del punto 51 del Laudo decisorio).

La argumentación para decidir la incompatibilidad de las restricciones ocasionadas por los cortes de vía con la libertad de circulación de mercancías y servicios denotaba la influencia de los alegatos debatidos a nivel europeo.[437] Se decidió que por el "tiempo de los cortes; la arbitrariedad e imprevisibilidad de los mismos, las alternativas en la presentación y duración de su práctica" (punto 113 del laudo); así como por la intermitencia, insistencia y continuidad de los cortes (punto 114 del laudo), había una violación del derecho de la integración. Parafraseando a Laurence Burgorgue-Larsen cuando advierte que el diálogo entre la Corte de Estrasburgo y el Consejo Constitucional francés es de tipo furtivo,[438] en el razonamiento del Tribunal Arbitral se percibe la influencia y/o recepción de los criterios utilizados por el TJUE de la misma manera furtiva.

En cuanto al diálogo con la jurisdicción doméstica, el Tribunal arbitral, luego de destacar la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos (punto 135 del laudo), se apoya en una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina[439] para reiterar que "la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente que los poderes constituidos no pueden discutir (punto 136 del laudo).

El TPR toma en cuenta la jurisprudencia del TJUE en otros casos como los relativos a la no discriminación. Por ejemplo en su Laudo No. 5 cita el criterio reiterado que "las medidas nacionales que puedan obstaculizar el comercio intracomunitario pueden estar justificadas por exigencias im-

[436] Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-112/00 Eugen Schmidberger – Internationale Transporte und Planzüge, 12 de junio de 2003. Disponible en: InfoCuria - Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, *http://curia.europa.eu*.

[437] En el caso C-265/95 el TJUE decidió declarar que Francia incumplió las obligaciones de no restringir la circulación de bienes al no adoptar todas las medidas necesarias y proporcionadas, sino que más bien fueron manifiestamente insuficientes para que determinadas acciones de particulares no obstaculicen la libre circulación de frutas y hortalizas; mientras que en el caso C-112/00 contra Austria, el TJUE afirmó que los manifestantes ejercieron pacíficamente y de forma legal su derecho de expresión y de reunión, tuvieron el cuidado de advertir a los automovilistas de ambos lados de la frontera en tiempo útil y sólo bloquearon el acceso de una única ruta, en una única ocasión y durante un tiempo limitado. TJUE, Asunto C-265/95, sentencia de 9 de diciembre de 1997, y Asunto C-112/00, sentencia de 12 de junio de 2003. Disponibles en: InfoCuria - Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, *http://curia.europa.eu*.

[438] Burgorgue-Larsen, L., "De la internacionalización del diálogo entre los jueces", en von Bogdandy *et al.* (coords.), *Estudos Avançados de Direitos Humanos. Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, São Paulo, 2013, p. 245.

[439] CSJN Argentina, autos "Chocobar, Sixto" del año 1996 (Fallos 319:3241).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

perativas derivadas de la protección del medio ambiente, siempre que las medidas de que se trate sean proporcionadas el objetivo perseguido".[440] La apertura hacia el diálogo con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es manifiesta y se ha calificado como "reenvío".[441] Valga citar el ejemplo relativo a la consideración del régimen de la interpretación prejudicial del sistema andino como el más apropiado por corresponderse con la realidad mercosureña y con la realidad latinoamericana en general. Aludiendo al carácter evolutivo del derecho, interpreta que las consultas prejudiciales coadyuvan a la concientización de los órganos judiciales nacionales respecto al derecho comunitario (o derecho de la integración) y las opiniones consultivas facilitan la adecuación a las nuevas circunstancias, incluso para modificar un criterio cuando se estime pertinente.[442]

En síntesis, según mi opinión, queda demostrada esa construcción paulatina del *ius constitutionale commune* tuitivo de la democracia y los derechos humanos gracias a la concurrencia de tres factores como son la permeabilidad constitucional, ya que son las propias Constituciones las que incorporan los tratados de derechos humanos con rango constitucional y éstos deben ser considerados como parámetros de control por los órganos jurisdiccionales; el enfoque multinivel de protección de los derechos como sistemas que están en interacción, y en última instancia, como expresión principal de la tendencia hacia el diálogo jurisdiccional. En Suramérica se constata una pluralidad de actores jurisdiccionales relevantes que van configurando un marco constitucional común construido colectivamente.

B. *El control de convencionalidad*

El mecanismo del control de convencionalidad también contribuye a configurar y expandir el *ius commune*. Se trata de un proceso de ajuste a la CADH, que da origen al fenómeno que denomino como interamericanización, caracterizado precisamente por la expansión de los estándares de la

[440] El Laudo declaró violatoria de la normativa del Mercosur la prohibición de Argentina de importar cauchos remoldeados procedentes de Uruguay por ser desproporcionada. Citas a las sentencias del TJUE en los asuntos C-463/01, C-309/02, C-320/03. Puntos 15 y 16 del Laudo. Disponible en: *http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2005_es.pdf*.

[441] Cippitani, R., "El 'derecho de la integración' en la jurisprudencia de las Cortes de Latinoamérica", en Pampillo Balino y Rabinovich-Berkman (coords.), *Derecho supranacional, globalización e integración jurídica*, México, 2012, p. 539.

[442] Opinión consultiva N° 01/2007, solicitud cursada por la Corte Suprema de Justicia del Paraguay. Disponible en: *http://www.tprmercosur.org/es/docum/opin/OpinCon_01_2007_es.pdf*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

CorteIDH en los respectivos órdenes domésticos. Comprende el alcance de los derechos fijados por el órgano jurisdiccional, estableciendo estándares normativos así como las restricciones permitidas en una sociedad democrática, precisando las obligaciones positivas de los Estados, utilizando los estándares internacionales y de otras latitudes. Uno de los aportes esenciales y a la vez uno de los desafíos permanentes de la Corte Interamericana se centra, precisamente, en la capacidad de guiar la actuación de los Estados democráticos y la jurisprudencia de los tribunales nacionales.

Con el mecanismo del control de convencionalidad, que debe ser ejercido *ex officio* por todas las autoridades y no sólo del Poder Judicial",[443] emerge, como destaca Ferrer Mac-Gregor, "un nuevo entendimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos al concebirse ahora como un "sistema integrado", que involucra las instancias interamericanas (Comisión y CorteIDH) y autoridades nacionales de los Estados parte del Pacto de San José, lo que "está forjando progresivamente un auténtico *Ius Constitutionale Commune Americanum* como un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región".[444]

Los jueces de la CorteIDH, a través de sus votos razonados, han jugado un papel relevante en la configuración del control de convencionalidad, tanto en la fase de génesis del mecanismo como en la fase de la expansión. Sergio García Ramírez sostuvo que

> …existe un "control de convencionalidad" depositado en tribunales internacionales —o supranacionales—, creados por convenciones de aquella naturaleza, que encomienda a tales órganos de la nueva justicia regional de los derechos humanos interpretar y aplicar los tratados de esta materia y pronunciarse sobre hechos supuestamente violatorios de las obligaciones estipuladas en esos convenios, que generan responsabilidad internacional para el Estado que ratificó la convención o adhirió a ella.[445]

Antônio Cançado Trindade, reiterativamente, expusó que

> ...los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho

[443] CorteIDH. Caso Gelman *vs*. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párrs. 193 y 239.

[444] Ferrer Mac- Gregor Poisot, E., Voto razonado a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Gelman *vs*. Uruguay.

[445] Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs*. Perú, sentencia del 24 de noviembre de 2006, párr. 5.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

> Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer *ex officio* el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana.[446]

Eduardo Ferrer Mac-Gregor, siendo juez *ad hoc*, propuso la caracterización del "control difuso de convencionalidad" a la luz de su desarrollo jurisprudencial, enunciando sus rasgos esenciales, a saber: el carácter "difuso" debido a que todos los jueces nacionales "deben" ejercerlo; su mayor o menor intensidad depende de la competencia para inaplicar o declarar la invalidez de una norma general en la medida que se trate de un sistema de justicia constitucional concentrado o difuso; el ejercicio es "de oficio", sea invocado o no por las partes; el alcance o parámetro del control lo define el "bloque de convencionalidad", incluyente de la jurisprudencia interpretativa de la CorteIDH es la interpretación del "*corpus juris* interamericano" con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad, y, por último, sus efectos son retroactivos cuando sea necesario para lograr la plena efectividad del derecho o libertad.[447]

También el juez *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas ha manifestado que la Convención Americana, adoptada libremente por los Estados del continente americano, equivale a una "Constitución supranacional" en lo atinente a los derechos humanos y todos los poderes públicos en las distintas esferas (federales, estadales o municipales) están obligados a respetarla y adecuarse a ella.[448]

La partida de nacimiento del control de convencionalidad es la sentencia en el caso Almonacid Arellano *vs.* Chile,[449] que se reconoce como *leading case*:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones

[446] Voto razonado del juez A. Cançado Trindade en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs*. Perú, sentencia del 24 de noviembre de 2006, párr. 2.

[447] Ferrer Mac-Gregor, E., "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores *vs*. México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 131, 2011, p. 928 y ss.

[448] Voto razonado del juez *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas en el caso Gomes Lund y otros ("guerrilha do araguaia") *vs.* Brasil del 24 de noviembre de 2010, párr. 6.

[449] CorteIDH. Caso Almonacid Arellano *vs*. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrs. 123-125. Sergio García Ramírez ya se había pronunciado sobre la conveniencia del control de convencionalidad. *Cfr.* voto del juez Sergio García Ramírez en el caso Myrna Mack Chang *vs*. Guatemala, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párr. 27.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.[450]

El control de convencionalidad es expansivo. Una primera expansión del control de convencionalidad se dio en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs*. Perú. En efecto, en este fallo se invoca el criterio del Caso Almonacid Arellano sobre el "control de convencionalidad" y lo "precisa" en dos aspectos: (i) procede "de oficio" sin necesidad de que las partes lo soliciten; y (ii) debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.

Una segunda expansión implica la consolidación y diversificación de la doctrina en diversos casos contenciosos, entre los cuales en Suramérica se pueden mencionar: *La Cantuta* vs. *Perú* (2006); *Manuel Cepeda Vargas* vs. *Colombia* (2010); *Comunidad Indígena Xákmok Kásek* vs. *Paraguay* (2010); *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña* vs. *Bolivia* (2010); *Vélez Loor* vs. *Panamá* (2010); *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia)* vs. *Brasil* (2010), y *Gelman* vs. *Uruguay* (2011).

En el caso *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia)* vs. *Brasil* (2010) la Corte Interamericana deslinda el control de convencionalidad que ella ejerce como tribunal constitucional en sentido estricto y el control de convencionalidad que corresponde a los jueces (llamado difuso, descentralizado) en su condición de jueces "interamericanos" como guardianes de la Convención[451]). En efecto, la CorteIDH deja sentado que

> …no está llamada a realizar un examen de la Ley de Amnistía en relación con la Constitución Nacional del Estado, cuestión de derecho interno que no

[450] CorteIDH. Caso Almonacid Arellano *vs*. Chile, párr. 124.

[451] Ferrer Mac-Gregor, E., "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional", en Fix-Zamudio y Valadés (coords.), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, 2010.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

> le compete, y que fuera materia del pronunciamiento judicial en la Acción de Incumplimiento No. 153, sino que debe realizar el control de convencionalidad, es decir, el análisis de la alegada incompatibilidad de aquella ley con las obligaciones internacionales de Brasil contenidas en la Convención Americana.

Más adelante, la Corte insiste en el control de convencionalidad que corresponde a los jueces en estos términos:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El Poder Judicial, en tal sentido, está internacionalmente obligado a ejercer un "control de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.[452]

En palabras de Néstor Sagüés, el "control de convencionalidad" cumple un doble papel, pues invalida la aplicación de las normas nacionales (incluso las constitucionales) opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la propia CorteIDH, a la vez que obliga a interpretar todo el derecho nacional conforme al Pacto y a la jurisprudencia, excluyendo las interpretaciones que se opongan a éstos.[453] El parámetro del "control difuso de convencionalidad" por parte de los jueces nacionales (con independencia de si ejercen o no control de constitucionalidad) es el Pacto de San José y la jurisprudencia de la CorteIDH que la interpreta.[454]

Como lo ha ilustrado Sergio García Ramírez, el parámetro del control de convencionalidad es muy amplio, ya que la finalidad es que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos

[452] CorteIDH. Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) *vs*. Brasil. Serie C No. 219, párr. 176.

[453] Sagüés, N. P., "Dificultades operativas del 'Control de Convencionalidad' en el sistema interamericano", *La Ley*, Buenos Aires, 2009, p. 1.

[454] CorteIDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México, párr. 227.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

por el Estado. Comprende todo el *corpus iuris*, lo que implica tener a la vista no sólo la aplicabilidad y aplicación del Pacto de San José sino también otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que sea parte el Estado en cada caso concreto como serían el Protocolo de San Salvador, el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera.[455]

Conforme lo apunta Humberto Nogueira, todo juez de un Estado Parte, sea ordinario o constitucional, está llamado a desarrollar el control de convencionalidad "en aplicación del deber jurídico de respetar y garantizar los derechos convencionales de conformidad con el artículo 1 de la CADH, y la obligación de aplicar las medidas jurisdiccionales para asegurar la adecuación al sistema interamericano exigida por el artículo 2 de la misma CADH, aplicando como estándar mínimo los atributos de los derechos y garantías contenidos en la CADH y el *corpus iuris* interamericano, lo que constituye un control diferente y distinto del control de constitucionalidad", pues obedecen a distintos parámetros de control, el primero es "el *corpus iuris* interamericano, cuyo texto central y básico es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mientras que el control de constitucionalidad tiene como parámetro básico la Constitución Política de la República.[456]

Existe ya reconocimiento expreso de la justicia nacional hacia el control de convencionalidad en los términos expuestos por la propia CorteIDH, lo que permite dar un paso más en la construcción del *ius constitutionale commune*.

La adopción del control de convencionalidad en los órdenes nacionales puede determinarse claramente en la jurisprudencia Argentina. En noviembre de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), al examinar la norma que establece un régimen indemnizatorio específico para el personal militar y declarar su inconstitucionalidad, basa su argumentación en la estatalidad abierta producida tras la reforma constitucional de 1994.[457] Reitera se jurisprudencia en el sentido del deber de tener en cuenta "las direc-

[455] Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, respecto de la sentencia del caso citado, del 24 de noviembre de 2006, párr. 3.

[456] Nogueira Alcalá, H., "Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011", *Estudios constitucionales*, vol. 10, núm. 2, 2012, p. 64.

[457] CSJN, R. 401. XLIII. REX, Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra, fallo de 27/11/2012. Disponible en: *http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=697165*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

tivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos", el deber del control de convencionalidad y su aplicación en el caso argentino.[458] En efecto, la CSJN, partiendo de su precedente "Mazzeo" (Fallo: 330:3248), que data de 2007, enfatiza que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano, esa Corte admite que la interpretación que realiza la CorteIDH de la CADH constituye "una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia".[459]

Desde el mismo precedente "Mazzeo" se recoge el *leading case* "Almonacid", en el que la CorteIDH dejó sentado el control de convencionalidad y que la CSJN transcribe íntegramente. Para la CSJN la incuestionable obligatoriedad del ejercicio de oficio del control de convencionalidad conlleva la "descalificación" de las normas internas que se opongan a la CADH.

Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (artículo 75, inciso 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa —formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos— que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango.[460]

La CSJN destaca que

> ...la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución"...

Y agrega que la declaración de inconstitucionalidad al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un

[458] CSJN, M. 2333. XLII. REX, Mazzeo Julio Lilo y otros, fallo de 13/07/2007, CSJN, G. 147. XLIV. RHE, García Mendez Emilio y Musa Laura Cristina, fallo de 02/12/2008; G. 291. XLIII. REX, Gualtieri Rugnone de Prieto Emma Elidia y otros, M. D. S. R. y otra /s ordinario s/, dictamen de 07/06/2011, entre otros.

[459] CSJN, M. 2333. XLII. REX, Mazzeo Julio Lilo y otros, fallo de 13/07/2007, considerando 20.

[460] CSJN, R. 401. XLIII. REX, Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra, fallo de 27/11/2012, considerando 12.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio de *última ratio*.[461]

Ciertas voces se manifiestan contrarias a esta nueva figura del control difuso de convencionalidad, argumentando que la jurisprudencia de la CorteIDH no es unívoca y refleja deficiencias conceptuales al confundir el control de convencionalidad que es ejercido por el órgano interamericano con la "interpretación de derecho y libertades acorde a tratados" que corresponde a cargo de los poderes judiciales nacionales.[462] Sin embargo, la postura asumida en este trabajo coincide con la valoración formulada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor:

> …la trascendencia de la nueva doctrina sobre el "control difuso de convencionalidad" es de tal magnitud, que probablemente en ella descanse el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un auténtico "diálogo jurisprudencial" —entre los jueces nacionales y los interamericanos—, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas.[463]

El desafío está en desarrollar los mecanismos de protección de la estatalidad abierta sobre la base de que, como afirma Antônio Cançado Trindade, el futuro de la efectiva protección de los derechos humanos en el contexto global está condicionado a los mecanismos nacionales de implementación.[464]

[461] CSJN, R. 401. XLIII. REX, Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra, fallo de 27/11/2012, considerando 14.

[462] Castilla, K., "El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco", *Anuario mexicano de Derecho Internacional*, vol. 11, 2011, pp. 593-624, p. 605 y ss. Disponible en: *http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/11/pim/pim20.pdf*.

[463] *Cfr*. Voto razonado del juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la CorteIDH en el caso Cabrera García y Montiel Flores *vs*. México, del 26 de noviembre de 2010, párr. 88.

[464] Cançado Trindade, A. A. y Ventura Robles, M. E., *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos y UNHCR, 2004, p. 91.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

C. *Vulneración de la estatalidad abierta: La excepción confirma la regla*

La configuración de un *ius constitutionale commune* no es lineal, sino presenta oscilaciones y hasta cierto retroceso: Venezuela es la excepción que confirma la regla de la construcción del *ius constitutionale commune*. Este país ha presentado el preaviso de denuncia de la CADH[465] y su Tribunal Supremo de Justicia, frente a una decisión de la CorteIDH,[466] sostiene la tesis de inejecutabilidad de los fallos del contencioso interamericano.[467] De concretarse esta solicitud, transcurrido un año, Venezuela entrará en la lista de los Estados miembros de la OEA que no son parte de la CADH.[468] El país estaría vinculado por la Declaración Americana, la Carta de la OEA y demás instrumentos de esta organización, pero no por la CADH ni bajo la jurisdicción contenciosa de la CorteIDH. Este paso va en la dirección de reforzar la existencia en el hemisferio de "dos clases de habitantes o de ciudadanos", lo que contraviene el interés por alcanzar la "verdadera universalización de los derechos humanos en América".[469]

Representantes de la OEA y la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos instaron inmediatamente a la reconsideración de esta decisión.[470] También las organizaciones no gubernamentales[471] y la acade-

[465] Disponible en: *http://www.oas.org/dil/esp/Nota_Republica_Bolivariana_de_Venezuela_al_SG_OEA.pdf*.

[466] CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") *vs*. Venezuela. Sentencia del 5 de agosto de 2008.

[467] Sentencia No. 1939 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ("TSJ"). Expediente No. 08-1572. Sentencia del 18 de diciembre de 2008. Disponible en: *http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html*.

[468] Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Cuba, Estados Unidos, Guyana, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tobago.

[469] Discurso del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, juez Diego García-Sayán, ante la XLI Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, San Salvador, 7 de junio de 2011.

[470] El secretario General de la OEA lamentó la decisión en un comunicado de prensa (C-307/12), que la referida convención es "uno de los pilares de la normativa legal que ampara la defensa de los derechos humanos en el continente"; la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, Navi Pillay, instó enérgicamente a Venezuela a reconsiderar su decisión de retirarse de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y advirtió que eso podría ser un serio revés para la protección de los derechos humanos en Venezuela y en toda la región (Ginebra, 11 de septiembre de 2012).

[471] Amnistía International, Declaración Pública, 12 de septiembre de 2012. Decisión de Venezuela de denunciar la Convención Americana es una afrenta a las víctimas de violaciones de derechos humanos y a generaciones futuras de venezolanos. Disponible en: *http://www.amnesty.org/es/library/info/AMR53/005/2012/es*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

mia se manifestaron en contra de la denuncia de la CADH.[472] El giro radical desde las decisiones de la antigua Corte Suprema de Justicia incorporando estándares de la CADH y de tratados internacionales (por ejemplo en el ya citado *leading case* Mariela Morales *vs*. Ministerio de Justicia de 1990) hasta la alegación de usurpación en la soberanía argumentada por el Tribunal Supremo de Justicia (por ejemplo caso Apitz y otros) se erigen como excepción en el extremo de rechazo sistemático. La tendencia, por el contrario, se evidencia del modelo diálogico y coevolutivo que han experimentado los otros países mediante los mecanismos de protección en el plano de la jurisdiccionalidad (progresivo diálogo y control de convencionalidad).

La respuesta del propio sistema interamericano da lugar para el optimismo. Frente a este tipo de retrocesos, se activa por primera vez en la historia la garantía colectiva prevista en la propia CADH (artículo 65) respecto al deber de la CorteIDH de enviar informes anuales a la Asamblea General de la OEA informándole, entre otros, el no cumplimiento de sus decisiones por los Estados partes.[473] El desafío actual es avanzar en el entendimiento del Estado abierto como condición indispensable de la protección supranacional de la democracia y los derechos humanos, sin menoscabo del orden constitucional, sino producto del mismo. Las decisiones nacionales están bajo la supervisión de las autoridades supranacionales y por ello no se trata de un *domaine réservé* del Estado, como pretende asumirlo el Estado venezolano.

[472] Acción de nulidad por inconstitucionalidad presentada 27 de septiembre de 2012. Disponible en: *http://www.observatoriodeconflictos.org.ve/oc/wp-content/uploads/2012/09/Accion-inconst-DENUNCIA-CADH-270912.pdf*.

[473] Resolución CorteIDH, del 23 de noviembre de 2012, en la cual "estableció la negativa de Venezuela a dar cumplimiento a la sentencia de fecha 5 de agosto de 2008 en el caso *Apitz Barbera y otros* vs. *Venezuela*. De conformidad con el artículo 65 de la Convención Americana, la Corte informa a la Asamblea General de la OEA que Venezuela, no ha dado cumplimiento a la sentencia mencionada, por lo que solicita que inste a dicho Estado a cumplir con la sentencia de la Corte". *Cfr*. Informe Anual 2012, p. 68. Disponible en: *http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2012.pdf*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Capítulo segundo

APORTES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS EN LA PROTECCIÓN SUPRANACIONAL DE LA DEMOCRACIA

En este capítulo se analiza la protección supranacional de la democracia en el sistema interamericano de derechos humanos. Es conocido que al momento de entrar en vigencia la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), muchos de los países de Suramérica estaban gobernados por dictaduras.[1] Por ello, la sincronización entre la transición a la democracia de las décadas de los ochenta y noventa y la aceptación de la jurisdicción de la CorteIDH significó un avance para la garantía de la democracia en la región y una señal positiva de los Estados de someterse a los estándares supranacionales.[2] Sin embargo, los autores más críticos afirman que la democratización que se delineó como tendencia dominante en los países suramericanos en ese periodo no ha llevado a la construcción, ni tampoco a la realización del Estado democrático de derecho según el modelo europeo y norteamericano.[3] El discurso de la transición del autoritarismo hacia la democracia[4] denota restricciones, que dejan en evidencia más bien una constitucionalización simbólica.[5] En la etapa actual, habiendo transcurrido la transición democrática,

[1] Jorge Rafel Videla en Argentina, Hugo Banzer en Bolivia, Humberto Castello Branco, Arthur da Costa e Silva y la junta militar de Brasil, Augusto Pinochet en Chile, Alfredo Stroessner en Paraguay y Juan María Borderry en Uruguay. *Cfr.* Cerna, C. M., "The Inter-American Commission on Human Rights", en Smith y Van der Anker (eds.), *The Essentials of Human Rights*, Londres, 2005, p. 184.

[2] Prefacio de Buergenthal, T. y Pasqualucci, J. M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court on Human Rights*, Cambridge, 2003, p. XV.

[3] Se habla de "una otra institucionalización", O'Donnell, G., "Uma outra institucionalização", *Lua Nova - Revista de Cultura e Política*, núm. 37, São Paulo, 1996, pp. 5-31.

[4] Véase, entre otros, Alcántara, M. y Crespo, I. (orgs.), *Los límites de la consolidación democrática en América Latina*, Salamanca, 1995; O'Donnell, G., "Illusions About Consolidation", *Journal of Democracy*, vol. 7, núm. 2, abril de 1996, pp. 34-51.

[5] Neves alude al denominado constitucionalismo bolivariano de modo crítico, pues observa una democracia monolítica. *Cfr.* Neves, M., "La concepción del Estado de Derecho y su vigencia práctica en Suramérica, con especial referencia a la fuerza normativa de un

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

se cuestiona la persistencia de elementos que dificultan la consolidación democrática, entre ellos la desigualdad, la violencia y la debilidad institucional.[6]

No obstante, la tesis principal que intentaré demostrar es que el derecho interamericano[7] se ha configurado en función de la salvaguarda de la democracia en un sentido amplio,[8] que abarca no sólo la arista procedimental (focalizada en las elecciones y la participación política)[9] sino fundamentalmente la sustancial[10] (vinculada al contenido esencial de los derechos humanos),[11] incluyendo la dimensión social[12] y que procura unos estándares mínimos de exigibilidad[13] con base en la no discriminación. En el contexto interamericano, el principio de no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos consagra la igualdad entre las personas e impone a los Estados ciertas prohibiciones, en lo que se refiere al goce y ejercicio de los derechos sustantivos consagrados en los instrumentos inter-

Derecho Supranacional", *Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, en von Bogdandy (eds.), Madrid, 2009, pp. 70 y ss.

[6] *Cfr*. CEPAL, trigésimo tercer período de sesiones, La hora de la igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir, Brasilia 2010, pp. 6-7. *http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/39710/100604_2010-114-SES.33-3_La_hora_de_la_igualdad_doc_completo.pdf*.

[7] En la doctrina se introduce el término "Carta Interamericana de Derechos Humanos" aludiendo al omnicomprensivo marco jurídico integrado por todos los instrumentos del sistema. *Cfr*. Fajardo Morales, Z. A., "La plena vigencia de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre: una utopía por construir", *American University International Law Review*, núm. 25, 2009, pp. 77 y ss.

[8] Arrighi, J. M., "Derecho Internacional y democracia en el Sistema Interamericano", *Estudios de derecho internacional*, Santiago de Chile, 2008, pp. 503-521.

[9] *Cfr*. Szmolka Vida, I., "Los regímenes políticos híbridos: democracias y autoritarismos con adjetivos. Su conceptualización, categorización y operacionalización dentro de la tipología de regímenes políticos", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 147, enero-marzo de 2010, pp. 103-135.

[10] En palabras de Ferrajoli sería la democracia sustancial. Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, 1999, p. 17.

[11] En palabras de Jürgen Habermas, "los derechos humanos hacen posible el proceso democrático, sin el cual ellos, a su vez, no pueden positivizarse y concretizarse en el marco de un Estado Constitucional garantista de los derechos humanos", Habermas, J., *Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte* (paper de discusión). Traducción propia.

[12] Arango Rivadeneira, R., "Los derechos sociales en Iberoamérica: Estado de la cuestión y perspectivas de futuro", en von Bogdandy *et al*. (eds.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Río de Janeiro, 2010, pp. 379-396.

[13] Documento de la OEA-PNUD, La democracia de ciudadanía. Una agenda para la construcción de ciudadanía en América Latina, Secretaría General de la Organización de Estados Americanos y del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2009, disponible en: *http://www.nuestrademocracia.org/pdf/OeaPnud-DemocraciaDeCiudadania-2009.pdf*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

nacionales.[14] Este desarrollo ha ocurrido de forma paralela y complementaria con la condicionalidad política de la OEA, pero a distintas velocidades. La tríada democracia-derechos humanos-elemento social son ideas-fuerza que marcan el constitucionalismo latinoamericano[15] y que guardan correspondencia con los desarrollos del derecho internacional.[16] El propósito es examinar los rasgos básicos y el alcance de dicha protección en la región suramericana.[17]

En la primera parte (I) reviso el contexto del surgimiento del sistema y elaboro una reconstrucción del cambio de paradigma de la promoción a la protección supranacional de la democracia, con una visión panorámica de los principales instrumentos y declaraciones. La Carta Democrática Interamericana (CDI) cristaliza el cambio de paradigma. Este instrumento fue concebido como "una herramienta para actualizar, interpretar y aplicar la Carta fundamental de la OEA en materia de democracia representativa, y demuestra un desarrollo progresivo del Derecho Internacional".[18] Una vez descrito el origen y estructura de la CDI, se procede a indagar el alcance de lo que denomino el llamado "test de la democracia", que abarca la tipología de los elementos esenciales de la democracia y los componentes fundamentales del ejercicio democrático establecidos en los artículo 3 y 4 de la CDI.

La segunda parte (II) se dedica al análisis del régimen jurídico de la protección partiendo de la premisa del vínculo entre la protección de la democracia y la protección de los derechos humanos. Los parámetros tuitivos de la CDI se revisan desde su concepción como complemento de la expresión del consenso de los Estados en cuanto al alcance de la democracia. Este consenso no ha estado ajeno al desarrollo del régimen jurídico de los derechos humanos, conformado durante más de seis décadas por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre (1948); más de cinco déca-

[14] Criterio sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), en su opinión consultiva OC-18/03 de 2003.

[15] De Figueiredo Moreira Neto, D., "Nuevas funciones constitucionales en un Estado democrático de Derecho. Un estudio de caso en Brasil", *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 183, 2010, p. 10.

[16] *Cfr.* Carta de París por una nueva Europa; Declaración universal sobre la democracia, adoptada por el Consejo Interparlamentario en Egipto en 1997.

[17] Úbeda de Torres, A., *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, 2007, pp. 29 y ss.

[18] Nikken Bellshaw-Hógg, P. y Ayala Corao, C., *Defensa colectiva de la Democracia: definiciones y mecanismos, Comisión Andina de Juristas*, Lima, 2006, pp. 9 y ss., disponible en: Serie: *Difusión de la Carta Democrática Interamericana*, *http://www.cartercenter.org/documents/defensacolectivadelademocracia.pdf*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

das 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). Dada la complejidad de la temática, en este estudio me limito a las premisas de la condicionalidad entre democracia y derechos humanos y a la ilustración de la configuración del *ius constitutionale commune* mediante la protección de dos elementos esenciales de la democracia (derecho a elegir y ser elegido e independencia del Poder Judicial) y a dos componentes fundamentales de su ejercicio en sentido amplio (transparencia a la luz de las aministías y derechos sociales a la luz de los pueblos indígenas como grupo vulnerable). La selección de tales categorías tiene como sustrato los casos contenciosos suramericanos en los cuales la CorteIDH ha hecho mención de la CDI y el análisis está entrelazado con las garantías de la CADH.

La parte tercera (III) se focaliza en los mecanismos políticos y jurisdiccionales de protección. En el primer supuesto se trata del mecanismo de protección colectiva previsto en la CDI, regulado en losartículos 17 al 20. Se explora el contenido normativo y se toma como referencia el monotípico caso venezolano en la crisis institucional de 2002 a los fines de indagar su aplicabilidad práctica. Por el contrario, el mecanismo jurisdiccional se explica a través de la jurisprudencia tuitiva de la democracia en sentido amplio por parte del órgano supranacional, CorteIDH, sistematizando los estándares respecto a la libertad de expresión, piedra angular de la sociedad democrática. En este marco el propósito central es comprobar el aporte del sistema de derechos humanos en la construcción del *ius constitutionale commune* de la democracia.

Según el Tribunal de San José, no existe democracia sin derechos humanos ni se protegen los derechos humanos sin democracia,[19] de modo que su jurisprudencia está orientada a dar estricto cumplimiento a los parámetros de la sociedad democrática. Esta constelación se seleccionó por constituir la garantía convencional mayormente citada por la CorteIDH cuando alude a la CDI, destacando su carácter de componente fundamental para el ejercicio de la democracia.

[19] Voto Concurrente del juez Alirio Abreu Burelli, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva Oc-18/03 de 17 de septiembre de 2003, p. 4.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

I. El Sistema Interamericano a la luz de la democracia

Es válida la premisa respecto a admitir un vínculo con el principio democrático desde los propios orígenes del orden interamericano, aun cuando el sistema nace con el rasgo parodójico de los regímenes dictatoriales imperantes a la fecha. Respecto a la Organización de Estados Americanos (OEA), las primeras iniciativas en *pro* de consagrar mecanismos externos para la defensa de la democracia se destaca su relación de tensión con el principio de la no intervención, ya que permanecían latentes la experiencia y el temor por las diferentes intervenciones realizadas, básicamente por los Estados Unidos de América.[20] Los vaivenes para proteger la democracia han estado marcados por una inspiración en el ideario democrático, la intención de pasar del texto a la práctica y la (re) invención permanente de fórmulas diversas. En este sentido, se persigue reconstruir retrospectivamente la contextualización de la génesis del sistema, incluyendo el carácter coadyuvante del nivel supranacional ejercido por el órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (I) así como el enfoque predominante de este tribunal en la ruta trazada para atender el pasado dictatorial, la transición democrática y la consolidación de la democracia (II).

1. *Contextualización del Sistema Interamericano*

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948 deja abierto el umbral del derecho internacional de los derechos humanos en el primer considerando de su Preámbulo como es "que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana". A partir de este instrumento, como bien lo explica Flávia Piovesan, comienza el andamiaje de los tratados internacionales sobre derechos humanos, que reflejan la consciencia ética contemporánea compartida por los Estados de asegurar un "mínimo ético irreductible".[21]

Caminos distintos para la tutela de los derechos humanos se siguieron, de acuerdo a las peculiaridades de cada región y la ruta americana no es una excepción, pues obedece auténticamente a sus precedentes, condicio-

[20] Vaky, V. P. y Muñoz, H., *The Future of the Organization of American States*, Nueva York, 1993, pp. 9 y 10. Un análisis sobre la dictadura chilena y los documentos aparecidos con posterioridad, en: *Estados Unidos y el golpe de Estado en Chile contra Salvador Allende*, Santiago, Archivo Chile, 2005.

[21] Piovesan, F., "El derecho internacional de los derechos Humanos y el acceso a la justicia en el ámbito interno y en el ámbito internacional", *Políticas públicas de derechos humanos en el Mercosur. Un Compromiso regional*, Montevideo, 2004, p. 81.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

nes contextuales, demandas y expectativas particulares, como se mostrará a continuación. Se encuentra un precedente importante en la Conferencia Interamericana de Chapultepec, México, sobre Problemas de la Guerra y la Paz, 21 de febrero al 8 de marzo de 1945, que incluía declaraciones sobre derechos como la libertad de información.[22] Pero, además de su origen, la reconstrucción del cambio de paradigma de la promoción a la protección perfila el nuevo rumbo iniciado hace ya más de dos décadas. Es posible identificar la ruta seguida por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en cuyo avance se dejan ver sus raíces en las convicciones compartidas, determinadas en la Carta de la OEA, la Declaración de 1948, la Convención de 1969, los Protocolos de reforma de la Carta de la OEA y la Carta Democrática Interamericana, configurando un *corpus juris* creciente, con la actuación de protagonistas nacionales, supranacionales y no-gubernamentales. Se trata de una trayectoria, con sus ondulaciones, que delinean un movimiento convergente hacia una protección singular de la democracia.[23]

A. *Origen y primeros instrumentos alusivos a la democracia: la DADH y la Carta de la OEA*

La aprobación de la Declaración Universal de 1948 marca una tendencia progresiva de los mecanismos menos vigorosos hacia los que ofrecen un mayor grado de garantía y de fuerza vinculante, según lo comenta Pedro Nikken.[24] El desarrollo del constitucionalismo a partir de la Segunda Guerra Mundial, sobre la base de una nueva concepción de los derechos humanos, condujo, como asevera Amaya Ùbeda de Torres, a admitir la necesidad de un control internacional del respeto de éstos por parte de los Estados, una vez comprobado que el "Estado ya no es sólo contemplado como el garante y defensor último de los derechos, sino también como el principal violador de los mismos".[25] Luigi Ferrajoli señala que bajo el prisma del paradigma constitucional o garantista de las modernas democracias constitucionales es

[22] García Ramírez, S., "Panorama sobre la Corte Interamericana de derechos humanos", *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un* ius constitutionale commune *en América Latina?*, von Bogdandy *et al.* (coords.), México, 2010, pp. 369 y s.

[23] García Ramírez, S., "El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 117, 2006, pp. 637-670, p. 640.

[24] Nikken, P., *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Madrid, 1987, p. 39.

[25] Ùbeda de Torres, A., *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, 2007, p. 41.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

posible hablar de la existencia de una garantía supranacional de democracia, una especie de embrionaria constitución del mundo, representada en la Carta de la ONU, la Declaración Universal de los Derechos del Humanos, los dos Pactos sobre los Derechos de 1966 de las Naciones Unidas.[26]

En ésta órbita venían girando los países latinoamericanos, convergiendo en la idea de un orden de paz y justicia. Desde la Conferencia para la Consolidación de la Paz (Buenos Aires, 1936) se puso de relieve la defensa de la democracia, en la Conferencia Interamericana sobre problemas de Guerra y de Paz (Conferencia de Chapultepec, México, 1945) se vincula por primera vez en el ámbito regional la democracia, los derechos humanos y la paz y, en el momento fundacional de la OEA, esta organización internacional se convierte en la primera que incluyó el concepto de democracia representativa en su documento constitutivo. En el Preámbulo se enunciaba "Seguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre". Del mismo modo se incluyó que el principio de "solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa". En palabras de Eduardo Meier García, "independientemente de su origen más o menos genuino, es evidente que desde el mismo momento fundacional la Organización de Estados Americanos y sus predecesores apuntaban a la democracia y a la democratización".[27]

Fue en el marco de la Novena Conferencia Internacional Americana, que los países del continente americano firmaron en abril de 1948, en Bogotá, la Carta de constitución de la OEA y adoptaron la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), junto a otras resoluciones destinadas a la "Concesión de los derechos civiles de la mujer", "Concesión de los derechos políticos de la mujer", "Condición económica de la mujer trabajadora" y se aprobó la "Carta Internacional de Garantías Sociales",[28] que pudo significar, esta última, el germen de garantía de los de-

[26] Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia.* T. II: *Teoría de la democracia*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alonso Ruiz Miguel, Madrid, 2011, p. 475.

[27] Meier García, E., *Constitucionalismo y protección internacional de los derechos humanos: El caso venezolano*, Getafe, 2012, p. 74 (en prensa).

[28] Sobre la gestación del sistema interamericano, véase el Prólogo de García Ramírez, S., en Burgorgue-Larsen y Ùbeda de Torres, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruselas, 2008, p. VII-LXXXVI.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

rechos del trabajador en una visión interdependiente de los derechos sociales. Sin embargo, a este instrumento se le atribuye únicamente un reducido valor declarativo, por cuanto no contó con el apoyo de los Estados.

La Declaración Americana de Derechos Humanos (DADH), al pronunciarse sobre el alcance de los derechos del hombre, dispone que "Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático" (artículo XXVIII). Una declaración sin precedentes, pues la Universal llegó meses más tarde.[29]

Independientemente de que la protección en los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y en los Estados que sólo son parte de la DADH y de la Carta OEA es asimétrica, la DADH, desde cuyo debate de gestación se controvertía su naturaleza,[30] es hoy un instrumento vinculante para los Estados miembros de la OEA y, por lo tanto, constituye una fuente de obligaciones internacionales, tal como lo ha expresado el Tribunal de San José desde 1989. En los términos expresados por la CorteIDH "la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos especiales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración". Y agrega "la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales". [31] La Asamblea General de la Organización ha reconocido reiteradamente que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA. Puede considerarse que, a manera de interpretación autorizada, los Estados miembros han entendido que la Declaración contiene y define

[29] Antônio Cançado Trindade, citando a René Cassin, destaca la influencia de la DADH en la DUDH. *Cfr*. Cançado Trindade, A., "The Inter-American system of protection of Human Rights: the developing Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights (1982-2005)", en Gómez Isa y de Feyter (eds.), *International protection of Human Rights: Achievements and Challenges*, Bilbao, 2006, p. 491.

[30] Tres tendencias se fraguaron al momento del debate sobre su alcance: como un pacto (Brasil y Uruguay), un documento de naturaleza más bien informativa (Colombia entre otros) y negativa a ultranza de una Convención en virtud de la realidad latinoamericana, como se lee en el informe del relator de la Sexta Comisión de la IX Conferencia Interamericana, citado por: Nieto Navia, R., *Introducción al sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Bogotá, 1993, pp. 39 y ss.

[31] *Cfr*. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, del 14 de julio de 1989, párrs. 43 y 45.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA. El valor de la DADH es una verdad inobjetable en el ámbito interamericano[32] que se ha interpretado a la luz de la evolución y de la situación actual del SIDH.

A *grosso modo*, la DADH evidencia una visión integral de los derechos humanos, comprensiva de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales,[33] incluso sin separación categórica entre los derechos, sino en un amplio catálogo regulado del artículo I al XXVII. Se prevé la garantía democrática en cuanto al aspecto procesal estipulando los tradicionales derechos políticos, en particular las elecciones, al igual que la garantía material de la democracia, concretamente con los derechos sociales. La DADH refuerza además el valor de los derechos sociales para proclamar una democracia solidaria. Esta concepción se irradió también en la Carta Interamericana de Garantías Sociales, que fue adoptada simultáneamente. Por ello se puede admitir que la DADH recoge el paradigma democrático como ideal común imperante en esa fase histórica, pero a la vez sentó las bases para un futuro régimen protector. De allí que se justifique resaltar la enunciación de los derechos de la DADH, bajo el prisma de la indivisibildad que proclama:

Derechos civiles y políticos	
Artículo XX. Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres.	Derecho de sufragio y de participación en el gobierno.

[32] Salvioli, F. O., *El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la Protección Internacional de los Derechos Humanos*, México, pp. 680 y ss., disponible en: *http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/45.pdf*.

[33] Cançado Trindade, A., "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-1995): evolución, estado actual y perspectivas", *Derecho internacional de los derechos humanos, Libro conmemorativo de la XXIV Sesión del Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de La Haya*, San José, 1996, p. 49.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Artículo XXI. Toda persona tiene el derecho de reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole.	Derecho de reunión.
Artículo XXII. Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.	Derecho de asociación.
Artículo IV. Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.	Derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión.

Derechos sociales	
Artículo XI. Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.	Derecho a la preservación de la salud y al bienestar.
Artículo XII. Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas. Asimismo tiene el derecho de que, mediante esa educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad. El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado. Toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente la educación primaria, por lo menos.	Derecho a la educación.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Artículo XIII. Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos. Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor.	Derecho a los beneficios de la cultura.
Artículo XIV. Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia.	Derecho al trabajo y a una justa retribución.
Artículo XV. Toda persona tiene derecho a descanso, a honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico.	Derecho al descanso y a su aprovechamiento.
Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.	Derecho a la seguridad social.

La Carta de la OEA marca un paradigma en cuanto a la definición que adopta sobre la democracia representativa al señalar en el Preámbulo que "es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región". Por otro lado indica que "el régimen de libertad individual y de justicia social debe estar fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre, dentro del marco de las instituciones democráticas".[34] La Corte-IDH por su parte, se refiere a la democracia representativa como *"un «principio» reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano"*.[35]

[34] Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), disponible en: *http://www.cidh.oas.org/basicos/carta.htm*.

[35] *Cfr.* La Expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, párr. 34.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

En su artículo 2 b) la Carta dispone como uno de sus propósitos esenciales el "promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención". Asimismo, el artículo 3 d) afirma que "La solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa". Lo que significa que la promoción de la democracia forma parte de los objetivos de la Organización.

Una década más tarde, pero todavía en la etapa forjadora del sistema en la protección de la democracia en el marco de la OEA, se dictó la Declaración de Santiago de 1959[36] con la intención de enunciar ciertos atributos de la democracia que perfilaban un nuevo rumbo. En el listado que distingue el principio democrático a la época se encuentran:

> (1) El principio del imperio de la ley debe ser asegurado mediante la independencia de los Poderes y la fiscalización de la legalidad de los actos del gobierno por órganos jurisdiccionales del Estado; (2) Los gobiernos de las Repúblicas Americanas deben surgir de elecciones libres; (3) La perpetuación en el poder, o el ejercicio de éste sin plazo determinado y con manifiesto propósito de perpetuación, son incompatibles con el ejercicio de la democracia; (4) Los gobiernos de los Estados Americanos deben mantener un régimen de libertad individual y de justicia social fundado en el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana; (5) Los derechos humanos incorporados en la legislación de los Estados Americanos deben ser protegidos por medios judiciales eficaces; (6) El uso sistemático de la proscripción política es contrario al orden democrático americano; (7) La libertad de prensa, de la radio y la televisión, y en general la libertad de información y expresión son condiciones esenciales para la existencia de un régimen democrático;(...).

En suma, un atisbo de protección de la democracia sujeta al respeto de los derechos humanos, en procura de justicia social y transcribiendo la cláusula autóctona de no perpetuación en el poder.

B. *Cambio de paradigma en la OEA: de la promoción a la protección de la democracia*

Inspirados por una doctrina de la vida digna y produciendo una simbiosis con el diálogo entre la justicia constitucional supranacional y las na-

[36] Resolución XXVII de la Quinta Reunión Consultiva de los Ministros de Relaciones Exteriores, Acta Final, OEA/Ser.C/II.5, pp. 4-6.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

cionales, en el sistema interamericano se pasó de la no-intervención a la promoción y la protección de la democracia y de los derechos humanos. Diversas reformas tuvieron lugar para avanzar hacia la protección y no sólo a la promoción de la democracia (resolución 1080 (1991), Washington (1992), la Declaración de Nassau (1992), la Declaración de Managua (1993), la Declaración de Québec (2000).

Entre los distintos avances, menciono en particular la aprobación de la resolución 1080 en Santiago de Chile (1991) y el Protocolo de Washington en 1992 por tratarse de Resoluciones dirigidas a imponer sanciones a los regímenes dictatoriales. En el plano de la institucionalidad, también debo resaltar la creación de la Unidad de Promoción de la Democracia[37] y el inicio del denominado proceso de Cumbres de las Américas.[38] La primera concebida como una instancia de asesoramiento y la segunda, las Cumbres de las Américas, que reúne a los jefes de Estado y de gobierno del hemisferio, representa un foro trianual de debate del más alto nivel, para afirmar valores comunes (entre ellos principalmente la democracia) y comprometerse a acciones concertadas a nivel nacional y regional.[39] El diálogo y el consenso sirven de ejes a estas Cumbres, mecanismo predilecto de la región para avanzar en la búsqueda de soluciones de problemas colectivos, con una fuerza persuasiva reconocida.

Mediante la Resolución 1080, la Asamblea General de la OEA prevé que el Consejo Permanente deberá ser convocado cuando la democracia en un país miembro esté amenazada, a fin de investigar la situación y tomar las medidas adecuadas. Los Estados americanos articularon, en el Compromiso de Santiago y la llamada Resolución 1080 sobre Democracia Representativa, una respuesta multilateral ante las amenazas de golpe de Estado, creando un mecanismo que cataliza un proceso de consulta regional frente a la interrupción súbita o irregular del proceso institucional democrático o del ejercicio ilegítimo del poder por un gobierno elegido democráticamente en un Estado miembro de la OEA.[40] Apenas un año más tarde la Carta de la OEA quedó enmendada en ese sentido a través del Protocolo de Wash-

[37] Véase Resolución AG/RES. 1063 (XX-O/90), junio de 1997.

[38] Para un análisis evolutivo, véase Ramacciotti, B. M., *Democracia y derecho internacional en las américas*, Argentina, 2009, pp. 144 y ss.

[39] Desde la Primera hasta la Sexta Cumbre, realizada en abril de 2012, la agenda procura atender los desafíos y problemas de las Américas. Un tema recurrente es la democracia. Véase todos los documentos en la página oficial de las Cumbres. Disponible en: *http://www.summit-americas.org/sextacumbre.htm*.

[40] AG/RES. 1080 (XXI-0/91). Véase Farer, T. (ed.), *Sovereignty, Collectively Defending Democracy in the Americas*, Baltimore, 1996.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

ington.[41] Desde entonces, de conformidad con el artículo 9 de la Carta de la OEA, es posible suspender determinados derechos de un Estado miembro, cuando un gobierno electo democráticamente haya sido derrocado por la fuerza.[42]

La imposición de la sanción es una facultad que compete a la Asamblea General de la OEA adoptada, en periodo extraordinario de sesiones, por el voto afirmativo de los dos tercios de los Estados miembros y su levantamiento requiere asimismo de la aprobación de los dos tercios, según la Carta de la OEA (artículo 9, letras b y f). En el supuesto del levantamiento no se disponen los requisitos del voto afirmativo ni del periodo extraordinario de sesiones, sino se establece que su entrada en vigor será de modo inmediato (artículo 9, letra c), sin necesidad de comunicación o notificación alguna.

Eduardo Vio formula algunas consideraciones generales sobre la democracia prevista en la Carta de la OEA, a saber: al hacer referencia a la democracia representativa y aunque no se incorpore una definición de la misma, está excluyendo cualquier otra forma o tipo, como serían por ejemplo la democracia directa o la democracia participativa, aunque tampoco amplía en su definición; considera a la democracia como una institución jurídica interamericana "autónoma", distinta de otras instituciones, como los derechos humanos (artículo 3, letra l); limitada por el principio de no intervención (artículo 3, letra e). Según el autor, de ello se colige que cada Estado miembro de la OEA es competente "para crear la democracia en su seno" así como para "determinar libremente su sistema político, económico y social, debiendo respetar, con todo, la democracia representativa". El rasgo más importante es que, al regular este instrumento convencional a la democracia, "ésta deja de ser un asunto únicamente de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva de sus Estados miembros, para pasar a ser también del ámbito del derecho internacional".[43]

Con la Carta Democrática Interamericana se dio paso a una visión renovada de la OEA.[44] Quedaba superado un paradigma democrático restric-

[41] A-56: Protocolo de Reformas a la Carta de La Organización de Los Estados Americanos "Protocolo De Washington", disponible en: *http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-56.html*.

[42] En la visión panorámica ya expuesta, se tiene la Declaración de Santiago (1959), los protocolos de la reforma a la Carta de la OEA de Cartagena (1985) y Washington (1992), la Resolución 1080 (1991), la Declaración de Nassau (1992), la Declaración de Managua (1993), la Declaración de Québec (2000) y la Carta Democrática Interamericana (CDI).

[43] Vio, E., "La Carta Democrática Interamericana con referencias al caso de Honduras", *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, Santiago de Chile, 2010, p. 347.

[44] Gaviria, C., *La OEA 1994-2004: una década de transformación*, Washington D. C., 2004.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

tivo, relacionado sólo con el origen electoral del gobierno (democracia de origen), para incorporar un régimen jurídico bajo el prisma de las prácticas y el desempeño (democracia de ejercicio).[45] Se abría camino el concepto de interconexión entre democracia, libertades, derechos sociales y desarrollo integral, más allá de una mera solidaridad y sensibilidad común. La Carta Democrática Interamericana (CDI) cristaliza los avances de los Estados en la vía para construir mecanismos de protección efectiva de la democracia. En la expresión de Beatriz Ramacciotti, la CDI contiene, sistematiza y trata de armonizar las normas que abarcan los propósitos y principios de la Carta de la OEA, las resoluciones de la Asamblea General sobre la materia, bajo una visión "omni-comprensiva" de la democracia.[46]

C. *Dimensión del nuevo paradigma de la protección democracia-derechos humanos*

Después del momento constitutivo con la DADH y la Carta de la OEA, el sistema de derechos humanos también evolucionó progresivamente. El nexo entre derechos humanos y democracia marca la diferencia con la CADH. Esta Convención, como lo expresa Meier García, forma parte del andamiaje jurídico e institucional destinado a apuntalar las garantías externas de la protección y promoción de los derechos humanos, y, además, de aquéllas destinadas al control del poder y a la estabilidad democrática.[47] Fue un proceso de cambio, cuyas etapas pueden sintetizarse en cuatro hitos principales desde 1959:

Fecha	*Instrumento*
1959	Proyecto para crear una Convención Interamericana y creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).
1965	Ampliación de las facultades de la CIDH: recibir comunicaciones o quejas individuales.
1967	Reforma a la Carta de la OEA: la CIDH como órgano de la organización.
1969	Convención Americana sobre Derechos Humanos: CIDH y CorteIDH. Entra en vigencia en 1978.

[45] Ramacciotti, B. M., "El nuevo paradigma democrático y la protección internacional de la democracia en las Américas", *Ius et Veritas*, Perú, 2005.

[46] Ramacciotti, B. M., "La internacionalización de la democracia en el Sistema Interamericano", *Georgetown University – Universia*, *vol.* 2, núm. 1, 2008, p. 68.

[47] Meier García, E., *Constitucionalismo y protección internacional de los derechos humanos: El caso venezolano*, Getafe, 2012, p. 105 (en prensa).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

A partir de la entrada en vigor de la CADH en 1978, el Sistema Interamericano se caracteriza por una doble estructura y un doble régimen: a los Estados no signatarios de la Convención sino sólo como miembros de la OEA se les aplica la Declaración Americana y cuentan con un órgano de protección (CIDH); los Estados signatarios tienen dos órganos de protección (CIDH y CorteIDH). Se han adoptado además los Protocolos (DESC y Contra la Pena de Muerte) y las convenciones. Todos los instrumentos, incluida la Carta Democrática, constituyen parte del *ius constitutionale commune*.

Una reconstrucción normativa del sistema interamericano permite comprobar un reforzamiento evolutivo de la concepción amplia de la democracia de la CDI y los instrumentos del sistema interamericano. La Convención, al articular un catálogo de derechos y libertades fundamentales, representa el instrumento esencial para la salvaguarda de los derechos en una sociedad democrática. Básicamente prevé derechos civiles y políticos, desde el derecho a la vida, a la integridad, a la libertad personal, a las debidas garantías judiciales, a la honra y dignidad, la libertad religiosa, de conciencia y de expresión, derecho de reunión y asociación, derecho de sufragio activo y pasivo o la expresa mención a la prohibición de esclavitud y servidumbre. Los pasos escenciales andados para hacer efectivo el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador" se dan apenas a fines del *milenio*. Más de 10 años desde la adopción, más de 15 años hasta la activación del mecanismo de Informes y apenas en el 2012 se produce la aprobación de los indicadores de DESC. La evolución cronológica indica:

Paso	*Año*
Adopción del Protocolo DESC	1988
Entrada en vigor del Protocolo DESC	1999
Carta Democrática Interamericana	2001
Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador	2005
Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de DESC	2008
Constitución del Grupo de Trabajo (GT) para elaborar los Indicadores de Progreso	2010
Indicadores para la medición de los derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador	2012
Carta Social de las Américas	2012

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

El Protocolo de San Salvador, que entró en vigor en noviembre de 1999, ha sido ratificado por 15 Estados miembros. Hasta la fecha, de los países suramericanos objeto de estudio, sólo Chile y Venezuela no lo han ratificado. El instrumento estableció el compromiso de los Estados partes de la OEA para elaborar informes periódicos sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento del Protocolo. Un impulso decisivo para avanzar en esta materia se recogió en el artículo 13 de la CDI al contemplar la promoción y observancia de los DESC como "consustancial a la consolidación de la democracia". Sin embargo, a pesar del consenso de los Estados y de la gravedad de los datos estadísticos sobre la pobreza (según la OEA, el 34 % de la población americana, unos 300 millones de personas, es pobre), los avances en cuanto a la determinación de los criterios para los informes nacionales han sido lentos y es en el 2012 cuando se aprueban los indicadores DESC, que efectivizan estos derechos, y la Carta Social de las Américas, aprobada por la Asamblea realizada en Cochabamba, Bolivia.[48] Ambas iniciativas obedecen a "una concepción amplia de la democracia, que trasciende los límites del régimen político, y viene acompañada por una visión extendida de la ciudadanía".[49]

No es un paso menor, porque el trasfondo es llenar las falencias que había dejado la deficiente inclusión de los DESC en la Convención Americana y avanzar en hacer efectivo el mecanismo fundamental de seguimiento del Protocolo de San Salvador. Era indispensable una metodología de seguimiento y reporte para que los Estados cumplan con sus Informes. Los "Indicadores de Progreso para la medición de los derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador", específicamente los indicadores del derecho a la seguridad social, salud y educación, representan una concretización muy positiva y para ello ha sido determinante el papel que ha jugado la participación de la sociedad civil y las ONGs bajo el lema de tomarse los DESC en serio y advirtiendo que no admiten más espera.[50] Considero que tanto los Indicadores como la Carta Social de las Américas representan una forma de poner en práctica lo establecido en el artículo 13 de la CDI y comprueba el argumento de la progresiva construcción de *ius constitutionale commune*

[48] Cumbre de Cochabamba, junio de 2012.

[49] Décimo aniversario de la Carta Democrática Interamericana. Un compromiso hemisférico con la democracia, OEA, pp. 24 y 25. Disponible en: *http://www.oas.org/docs/publications/Decimo%20Aniversario%20 de%20la%20Carta%20Democratica%20Interamericana.pdf*.

[50] Véase Campaña de la sociedad civil para la aprobación de los indicadores de seguimiento al Protocolo de San Salvador. Los derechos económicos, sociales y culturales no admiten más espera. *De Justicia*, abril de 2012.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

democrático intrínsecamente enlazada con la dimensión social, aunque la velocidad sea distinta a la deseada.

La concepción de la Carta (CDI) se enlaza con el papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órgano que ha desarrollado una jurisprudencia con base en criterios que se irradian hacia la legislación, la jurisprudencia y la práctica de los Estados partes del Pacto de San José, mediante el ejercicio no sólo de su competencia contenciosa, sino también en el marco de su competencia consultiva, fijando estándares para viabilizar ese cambio de paradigma de la promoción a la protección recogido en la CDI y en todos los instrumentos del SIDH. Lo novedoso del enfoque que propongo radica en no ser fragmentado entre la protección colectiva de la democracia en los términos de la CDI y el SIDH, sino más bien conectado con la evolución de ese sistema. Sobre este punto insistiré más adelante en este mismo capítulo.

Por ahora basta reiterar que, con una estrategia paso a paso, la CorteIDH ha contribuido de modo determinante en la instrumentación del concepto de democracia en sentido material, vinculada a la salvaguarda de los derechos humanos, entendidos éstos desde su indivisibilidad. Óscar Parra ordena los escenarios en los que han tenido lugar los casos contenciosos en tres etapas: atendiendo al contexto dictatorial (primera etapa en los años 70-80), a la transición democrática (finales de la década de los ochenta en adelante) y al periodo de las democracias relativamente estables con temas emergentes (nuevo milenio). Claro está que no tienen una continuidad lineal, sino que, especialmente durante los últimos años, confluyen casos sobre violaciones graves y sistemáticas con litigios relacionados con temas emergentes y estratégicos.[51]

2. *La Carta Democrática Interamericana (CDI)*

El nuevo milenio se inauguró en el Continente con un instrumento recoge el consenso sobre la concepción amplia de la democracia en la CDI.[52] Ésta "fue concebida como una herramienta para actualizar, interpretar y aplicar la carta fundamental de la OEA en materia de democracia represen-

[51] Parra, O., "Lucha contra la impunidad, independencia judicial y derechos de los pueblos indígenas. Algunos avances y debates en torno a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Rey (dir.), *Los derechos en Latinoamérica: tendencias judiciales recientes*, Madrid, 2012, pp. 363-416.

[52] Nikken Bellshaw-Hógg, P. y Ayala Corao, C., *Defensa colectiva de la Democracia: definiciones y mecanismos*, Lima, 2006, pp. 9 y ss., Serie*: Difusión de la Carta Democrática Interamericana*, disponible en: *http://www.cartercenter.org/documents/defensacolectivadeladelademocracia.pdf*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

tativa, y representa un desarrollo progresivo del derecho internacional".[53] Es un instrumento que representa la cúspide en el avance de los Estados en la vía para construir mecanismos de protección efectiva de la democracia.[54]

La CDI es un hito en la historia democrática del hemisferio. Abarca múltiples alcances como se ha afirmado, sentando nuevos paradigmas: en lo político se pasa de una versión minimalista electoral a un concepto amplio basado en la dignidad humana; en lo histórico, ve hacia el futuro desde su pasado y antecedentes; en lo social aspira a satisfacer el derecho a la democracia que sienten los pueblos de América y en lo jurídico, aunque se trata de una Resolución y no de un Tratado, su condición es particular al entenderse como instrumento de actualización e interpretación de la Carta fundacional de la OEA. En la Carta se les concede a los pueblos de América el derecho a la democracia.

En la opinión de Diego García "se ha consolidado gradualmente la concepción de que no existe oposición entre el principio de no intervención, la defensa de la democracia y los derechos humanos, entre otras razones porque los compromisos en materia de defensa de los derechos humanos y de la democracia son contraídos por los países en el libre ejercicio de su propia soberanía". Para el juez de la CorteIDH asistimos en la actualidad "al desarrollo y profundización de los derechos políticos identificándose, incluso, lo que algunos han denominado el "derecho humano a la democracia". Ese desarrollo se expresa en la Carta Democrática Interamericana, el instrumento jurídico que el sistema interamericano ha generado para fortalecer la democracia y los derechos a ella vinculados, en cuyo primer artículo se estipula que "Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla".[55]

[53] CJI/RES. 159 (LXXV-O/09) Elementos esenciales y fundamentales de la democracia representativa y su vinculación con la acción colectiva en el marco de la Carta Democrática Interamericana.

[54] OEA, Carta Democrática Interamericana, AG/RES. 1 (XXVIII-E/01) (11.09.2001). La CID está dividida en seis capítulos, a saber: I. la democracia y el sistema interamericano; II. La democracia y los derechos humanos; III. Democracia, desarrollo integral y combate a la pobreza; IV. Fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática; V. la democracia y las misiones de observación electoral; y VI. Promoción de la cultura democrática. Se señala que los tres primeros capítulos constituyen la parte dogmática de la Carta, mientras los tres últimos definen los mecanismos relativos a los procedimientos de la OEA para su aplicabilidad.

[55] Voto concurrente del juez Diego García-Sayán, Caso Yatama *vs.* Nicaragua, sentencia del 23 de junio de 2005, párrs. 6 y 7.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

La CDI establece en los artículos 17 a 22 un mecanismo para su implementación.[56] Además, la Carta permite tomar medidas incluso en aquellos casos en los que las instituciones democráticas queden debilitadas, aun sin llegar a una caída forzosa del gobierno. Si bien la Carta Democrática, como resolución de la Asamblea General, carece de carácter inmediatamente vinculante, justamente el mecanismo de imposición normado en ella para proteger la democracia adquiere vinculatoriedad porque es considerado como precisión del artículo 9 de la Carta de la OEA al invocar el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.[57]

A. *Origen de la CDI*

La carta democrática se aprobó el 11 de septiembre de 2001 por aclamación, una vez que el secretario de Estado Colin Powell comentaba la tragedia ocurrida en el World Trade Center de Nueva York y decía que la mejor muestra de solidaridad se expresaba con la firma de la Carta Democrática, para demostrar el apego del hemisferio a los principios.[58] Pero el proceso embrionario y de gestación también estuvo imbuido de innovación y creatividad.

Con referencia a la elaboración de la Carta, la literatura especializada en el tema coincide en que el proceso fue corto pero complejo y su trasfondo era la misión de la OEA en Perú en el año 2000, durante la grave crisis democrática provocada por Alberto Fujimori. Avanzar en la protección supranacional de la democracia era un objetivo claro.[59] Detrás de los bastidores, la diplomacia que caracterizó la gestación de la CDI también adoptó el mestizaje típico de la región, pues combinó la diplomacia de tipo *top-down* (multilateralismo de club) con nuevos elementos *bottom-up* (diplomacia llamada multilateralismo de red- *networked multilateralism*) y de relaciones

[56] Nikken Bellshaw-Hógg, P. y Ayala Corao, C., *Defensa colectiva de la Democracia: definiciones y mecanismos*, Lima, 2006, pp. 9 y ss.

[57] Lagos, E. y Rudy, T., "In defense of democracy", *The University of Miami Interamerican Law Review*, núm. 35, 2004, pp. 283-304.

[58] Powell, C. L., "Reflexiones sobre la Carta Democrática Interamericana", *Américas*, vol. 63, núm. 4, julio-agosto 2011, pp. 32 y ss.

[59] En la literatura especialidad de la ciencia política se inscribe bajo la nomenclatura del Régimen Democrático Interamericano (REDI) y la norma democrática. El REDI, también llamado Paradigma de Solidaridad Democrática, es el régimen colectivo para la defensa de la democracia en las Américas, *Cfr*. Cooper A. F. y Legler T. F., *Intervention without intervening*, Basingstoke, 2006, p. 2; Farer, T. (ed.), *Sovereignty, Collectively Defending Democracy in the Americas*, Baltimore, 1996, pp. 1-25.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

horizontales transfronterizas, que ampliaron la legitimidad del instrumento. Entre los rasgos definitorios del proceso preparatorio de la CDI se enuncian la ruptura de las dinámicas tradicionales de cooperación estado céntrico así como la inclusión de la sociedad civil y de las ONG (no limitada a actores estatales), todo con el fin de alcanzar el propósito de incluir la defensa colectiva de la democracia en la región.[60]

La cesión de un mayor poder a favor de la OEA para que vigile e intervenga pacíficamente a escala nacional en defensa de la democracia, acorde con otras esferas regionales como la europea, se cristalizó de modo singular en la regulación del llamado "derecho a la democracia". De allí que la Carta tuvo como nutriente las experiencias histórico-culturales de los Estados parte de la OEA, enriquecidas por los procesos colectivos de aprendizaje que se plasmaron en los principios constitucionales y valores que los respaldan, entendidos en la doctrina como "preferencias colectivas". Dentro de estas preferencias colectivas los principios democráticos y del Estado de derecho junto a la paz y la seguridad así como el respeto a la dignidad humana son los ejes determinantes.

Las disposiciones de la Carta tienen la función de ser una especie de "cláusula de corte transversal" constitucional que deben permear la totalidad de los órdenes jurídicos, lo cual también postula e incluye el precepto de homogeneidad entre la Carta y las Constituciones nacionales, garantizando la gramática de la democracia.[61] Existe una "cultura común" que se ha creado en materia de democracia que induce al reconocimiento de ciertos principios y valores comunes entre los Estados del hemisferio.[62]

[60] Neus Ramis, *La OEA y la promoción de la democracia en las Américas: un objetivo en construcción*, Institut Català Internacional per la Pau, ICIP Working Papers 2010/07, Barcelona, noviembre 2010, pp. 17 y ss.

[61] Todas las Constituciones establecen el principio democrático, a título de ejemplo las tres más recientes, artículo 2 de la Constitución de Venezuela (1999) dispone que "se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia..."; según el artículo 1 de la Constitución de Bolivia (2009), "se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías..."; conforme al artículo 1 de la Constitución del Ecuador (2008), "es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...". Algunas consideraciones críticas se aprecian en Alcántara y Crespo (eds.), *Los Límites de la Consolidación Democrática en América Latina*, Salamanca, 1995; También Neves, M., "Symbolische Konstitutionalisierung und faktische Entkonstitutionalisierung: Wechsel von bzw. Änderung in Verfassungstexten und Fortbestand der realen Machtverhältnisse", *Verfassung und Recht in* Übersee, núm. 29(3), 1996, pp. 309 y ss.

[62] Las jurisdicciones constitucionales, aun cuando sean ejercidas por Cortes Supremas, están en sintonía con la jurisprudencia de la CorteIDH. Para un ejemplo, véase el caso

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

B. *Estructura de la CDI*

A los fines de la presente investigación el eje central a resaltar es la condicionalidad recíproca entre democracia y derechos humanos (artículo 7 y 8), en interdependencia con lo social (artículos 11 al 13). La clave, no obstante, la brinda el test de la democracia, denominación que empleo para referir los elementos esenciales de la democracia representativa (artículo 3) y los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia (artículo 4). En la primera categoría se ubican el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, y la separación e independencia de los poderes públicos. La segunda categoría comprende la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

En la línea argumentativa de este trabajo vale la pena poner de relieve que, según el artículo 7 de la CDI, la democracia "es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos". Se refuerza el nexo entre democracia y derechos humanos en el artículo 8.2 de la CDI cuando se establece la intención de los Estados miembros de fortalecer el sistema interamericano de protección de los derechos humanos para la consolidación de la democracia en el hemisferio".

Igualmente Conforme al artículo 12, la pobreza, el analfabetismo y los bajos niveles de desarrollo humano son factores que inciden negativamente en la consolidación de la democracia. Los Estados miembros de la OEA se comprometen a adoptar y ejecutar todas las acciones necesarias para la creación de empleo productivo, la reducción de la pobreza y la erradicación de la pobreza extrema, teniendo en cuenta las diferentes realidades y condiciones económicas de los países del hemisferio. Este compromiso común frente a los problemas del desarrollo y la pobreza también destaca la importancia de mantener los equilibrios macroeconómicos y el imperativo de fortalecer la cohesión social y la democracia. La Carta avanza en el

Argentino, vid. Simón, julio Héctor y otros – Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) 2005-06-14 – Fallos: 328:2056.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

pronunciamiento específico en cuanto a los DESC y dispone en el artículo 13 que "La promoción y observancia de los derechos económicos, sociales y culturales son consustanciales al desarrollo integral, al crecimiento económico con equidad y a la consolidación de la democracia en los Estados del Hemisferio".

A modo de síntesis y siguiendo a Eduardo Vio, para que pueda ejercerse el derecho a la democracia previsto en el artículo 1 de la CDI y cumplir las obligaciones derivadas de la concepción de democracia contenida en la Carta de la OEA, se deben considerar los factores que la democracia fundamenta o sustenta. Propone en esta categoría: el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas (inciso 2, artículo 1); el Estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados miembros de la OEA (artículo 2), y el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos (artículo 7). Agrega el autor que la CDI agrupa los factores que inciden o influyen en la democracia, enumerando entre ellos

…"la participación permanente, ética y responsable de los ciudadanos en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional" (artículo 2), siendo "la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo", un "derecho" y una "responsabilidad" (artículo 6) y también una "condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio" de aquélla (artículo 2); "la eliminación de toda forma de discriminación", "la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas" (artículo 9); el "ejercicio pleno y eficaz de los derechos de los trabajadores y la aplicación de normas laborales básicas, tal como están consagradas en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo" (artículo 10); el "desarrollo económico y social" (artículo 11); "la pobreza, el analfabetismo y los bajos niveles de desarrollo humano" (artículo 12); "la promoción y observancia de los derechos económicos, sociales y culturales" (artículo 13); "la preservación y el manejo adecuado del medio ambiente" (artículo 15); y la "educación" (artículo 16).[63]

Este amplio espectro es la base sobre la cual se construye el *ius constitutionale commune* de la democracia, en su vínculo inexorable con los derechos humanos, pero particularmente con los derechos sociales.

[63] Vio, E., "La Carta Democrática Interamericana con referencias al caso de Honduras", *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, Santiago de Chile, 2010, p. 350.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

C. *Aproximación al impacto de la CDI*

La CDI se ha convertido en un instrumento fundamental para la defensa, protección y mejoramiento de las democracias de los pueblos de las Américas, que son sus destinatarios. Pueden mencionarse tres impactos concretos y tres déficits persistentes. Un primer impacto se mide en el hecho de que los tradicionales golpes de Estado, enemigos clásicos de las democracias en América Latina, al violar tan flagrantemente este instrumento, no tienen cabida y se rechazan automáticamente. El único caso después de su entrada en vigor ocurrió fuera del subcontinente, en Honduras, y de inmediato se produjo la suspensión.[64]

Un segundo impacto se traduce en la preocupación de la OEA en afinar los mecanismos de protección colectiva. Ello se manifestó particularmente con motivo del décimo aniversario de la CDI, por cuanto se sistematizó el legado en materia de promoción y protección de la democracia. Por una parte, se sostiene que la CDI, al estipular los elementos esenciales de la democracia y los componentes fundamentales de su ejercicio, "puede ser concebida como un «programa de la República Democrática». Como todo programa político, incluye un ideal que se quiere alcanzar y establece la dirección hacia la cual los Estados miembros deberían dirigir sus esfuerzos". Se admite que este paradigma de la democracia republicana es clave para definir, priorizar y seleccionar las líneas de acción de la OEA. Por otra parte, en la valoración retrospectiva, entendiendo el significado de superar el periodo de dictaduras y conflictos armados, la CDI es la afirmación y el reconocimiento colectivo de la democracia representativa "como único régimen político de gobierno legítimo en las Américas", producto de la construcción de consensos y por ello se le califica "como el cenit de ese consenso regional", que regula el compromiso colectivo de mantener y fortalecer este sistema de gobierno y plasma una concepción amplia de democracia.[65]

[64] La Asamblea General Extraordinaria tomó su decisión después de haber escuchado el informe del Secretario General Insulza sobre las gestiones realizadas en las 72 horas anteriores para intentar restablecer la democracia, el Estado de derecho y al presidente Zelaya en su puesto, tal y como le instruyó la propia Asamblea General Extraordinaria. Véanse AG/RES. 1 (XXXVII-E/09); resolución aprobada por la XXXVII Asamblea General Extraordinaria de la OEA del 4 de julio de 2009 y todo el seguimiento posterior. La resolución que decidió "levantar, con efecto inmediato, la suspensión del derecho de participación del Estado de Honduras" en la OEA recibió la votación a favor de 32 de los 33 miembros activos de la organización en la Asamblea General extraordinaria, con excepción de Ecuador, que votó en contra.

[65] Insulza, J. M., *La construcción de un legado en materia de promoción y protección de la democracia*, *Décimo aniversario de la Carta Democrática. Un compromiso hemisférico con la democracia*, OEA, 2011, pp. 2 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Sin duda, la ola de cláusulas que han emergido en instancias regionales o subregionales obedece, básicamente, a los avances de la CDI. Todas establecen normas para sancionar al país miembro en el que se produzca la ruptura del orden democrático (por ejemplo la Comunidad Andina o la Cumbre Iberoamericana, entre tantas otras). Con distintos matices, han seguido la línea trazada por la OEA. Ello no impide que puedan darse otros criterios, medidas distintas y, llegado el caso, decisiones diferentes.

Un tercer impacto se distingue en el papel creciente que juega la CDI a la hora que el órgano jurisdiccional del sistema interamericano lo cita como el instrumento que recoge el consenso de los Estados en cuanto al alcance de la democracia, sus elementos esenciales y los componentes fundamentales de su ejercicio, como demostraré más adelante con los casos, votos razonados y hasta alegatos de los peticionarios. Para la Corte, la Carta constituye un instrumento apropiado para la interpretación de la CADH. Sostiene por ejemplo: "Leída la Convención Americana a la luz de estas evoluciones conceptuales que el *consenso interamericano* ha expresado en la Carta Democrática resulta, pues, que la libre expresión de la voluntad de los electores se vería afectada si autoridades elegidas conforme al Estado de Derecho (legitimidad de origen) ejercen sus funciones en contravención al Estado de Derecho".[66]

El Tribunal de San José afirma que "la propia esencia conceptual de la democracia representativa supone y exige vías de representación que, a la luz de lo estipulado en la Carta Democrática, serían los partidos y «*otras organizaciones políticas*» a los que se trata no sólo de proteger sino de fortalecer conforme se estipula en el artículo 5".[67] José de Jesús Orozco, al analizar el vínculo de los derechos políticos con los pueblos indígenas que ocupó a la CorteIDH, señala que ésta argumenta en función de lo dispuesto en el artículo 6 de la CDI para promover y fomentar diversas formas de participación como medios para fortalecer la democracia. Sobre esta base, la Corte "destacó que los Estados pueden diseñar normas orientadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad, tales como los miembros de las comunidades indígenas y étnicas".[68]

Pedro Nikken es de la opinión que cuando la Corte invoca la CDI, aun cuando no es un tratado, puede ser "el punto de partida para reconocer

[66] CorteIDH. Caso Yatama *vs*. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No. 127, párr. 23. (resaltado por Mariela Morales Antoniazzi).

[67] CorteIDH. Caso Yatama *vs*. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No. 127, párr. 24.

[68] Orozco Henríquez, J. J., "Derechos políticos", en Corzo Sosa (coord.), *La América de los derechos*, Madrid, 2013, p. 67 (en prensa).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

cierto efecto legalmente vinculante de la Carta, basado tal vez en el último párrafo de su Preámbulo", en la medida que se tiene en consideración "el desarrollo progresivo del derecho internacional y la conveniencia de precisar las disposiciones contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos e instrumentos básicos concordantes relativas a la preservación y defensa de las instituciones democráticas, conforme a la práctica establecida".[69]

En su línea jurisprudencial destinada a poner de relieve el valor de la CDI, la Corte ha puntualizado que "(e)n el sistema interamericano la relación entre derechos humanos, democracia representativa y los derechos políticos en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana", concluyendo que "el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención".[70]

Hay consistencia en la jurisprudencia de la Corte en las que se acude a la CDI para reforzar el nexo entre la garantía convencional y un elemento esencial de la democracia (por ejemplo para garantizar los derechos de los partidos y de otras organizaciones políticas, o para la defensa del ejercicio efectivo de los derechos políticos), bien para realzar el rol de los componentes fundamentales del ejercicio democrático, como es la defensa de las libertades de expresión y de prensa.[71]

Sin embargo, como observa Jean-Michel Arrighi, esto no quiere decir que los desafíos de la Carta hayan desaparecido. Por el contrario, el desarrollo de nuevas amenazas contra la estabilidad democrática, algunas muy sofisticadas, generan tensiones para su aplicación y, en consecuencia, se producen déficits. Especialmente se trata de situaciones en las que es el propio poder público el transgresor de los elementos característicos de la democracia. Siguiendo la crítica de este autor, el primer déficit encuentra el germen en la referencia de la CDI al "gobierno", que pareciera dar a entender que sólo el Poder Ejecutivo está facultado para activar este tipo de mecanismos de protección colectiva. El segundo déficit se refleja en la imprecisión del término "una alteración del orden constitucional que afecte gravemente

[69] Nikken, P., "Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana", *Revista IIDH*, San José, 2006, p. 25.

[70] CorteIDH. Caso Castañeda Gutman *vs*. México. Sentencia del 6 de agosto de 2008, párr. 140.

[71] Entre los casos no suramericanos, véase por ejemplo Herrera Ulloa *vs*. Costa Rica, Yatama *vs*. Nicaragua, Castañeda Gutman *vs*. México.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

su orden democrático". El predominio del ejecutivo deja sin posibilidades a los otros poderes del Estado, en caso de que ellos sean los afectados por acciones del Poder Ejecutivo.[72] En la práctica se configuran supuestos de un desgaste sistemático y/o sostenido de los elementos esenciales de la democracia o de los componentes para su ejercicio (test de la democracia). Hasta la fecha, no obstante, no han sido planteadas propuestas de reformas convencionales que amplíen el espectro cubierto por las normas vigentes.[73]

El tercer déficit se desprende de las formulaciones contenidas en la última Resolución de la Asamblea General de la OEA de junio de 2013, relativa al seguimiento de la CDI. Se trata de la mención a lo que denomino la "vía constitucional", que, según mi criterio, busca blindar a los "gobiernos" constitucionales en el sentido de que han sido elegidos y con ello pretenden excluir los supuestos de aplicación de la cláusula a los casos de erosión de la democracia. Mediante frases ambivalentes como "la democracia es una de las más preciadas conquistas de nuestra región y que la transmisión pacífica del poder *por vías constitucionales* y *con apego a los preceptos constitucionales* de cada uno de nuestros Estados", pero a la vez agregan "es producto de un proceso *continuo e irreversible* sobre el que la región *no admite interrupciones ni retrocesos*".[74] Elocuente es la mención reiterativa de que se continuará promoviendo la cooperación democrática a fin de "respaldar *a los Estados Miembros que así lo soliciten*",[75] sin desconocer el papel de la participación de todos los sectores de la sociedad, "incluida la sociedad civil", en la consolidación de la democracia".[76]

Estos términos parecen mostrar una flexibilización respecto a los contenidos que se habían asignado, de modo más directo y claro, por el Comité al compromiso de respetar los elementos esenciales de la democracia representativa y los componentes fundamentales del ejercicio de la misma enumerados en la CDI, incluso como límite al derecho que todo Estado tiene

[72] El Comité Jurídico Interamericano, haciéndose eco de esta preocupación del Secretario General, aprobó en el año 2009 un Informe titulado "Elementos esenciales y fundamentales de la democracia representativa y su vinculación con la acción colectiva en el marco de la Carta Democrática Interamericana", CJI/RES.159 (LXXV-O/09). *La democracia en los trabajos del Comité*, p. 601.

[73] Arrighi, J. M., "Democracia y Derechos Humanos en la Carta Democrática Interamericana", *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, vol. 12, núm. 12, Fortaleza, Brasil, 2012, pp. 206 y s.

[74] AG/RES. 2766 (XLIII-O/13), Promoción y fortalecimiento de la democracia: seguimiento de la carta democrática interamericana, Resolución del 5 de junio de 2013, considerando segundo.

[75] *Ibidem*, puntos resolutivos 1, 3, 5, 6 y 8.

[76] *Ibidem* punto resolutivo 10.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga". A los artículos 3 y 4 de la CDI se le reconocía el valor que tienen "para prevenir y anticipar las causas mismas de los problemas que afectan el sistema democrático de gobierno"; se advertía categóricamente que "el régimen democrático no se agota en los procesos electorales, sino que se expresa también en el ejercicio legítimo del poder dentro del marco del Estado de derecho que incluye el respeto a los elementos, componentes y atributos de la democracia".[77]

II. Régimen normativo: complementación progresiva

El examen del régimen normativo aglutina dos instrumentos como son la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la Carta Democrática Interamericana (CDI). Estos instrumentos los concibo como siameses en este siglo XXI, para destacar la concordancia de sus contenidos normativos en aras de ofrecer el concepto común de la democracia, como conjunto de valores de su régimen jurídico en el sistema interamericano, vigente para los países objeto de estudio, que procura la configuración paulatina de un *ius constitutionale commune*. En este trabajo asumo que se trata, *mutatis mutandis* como se calificó la Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos de 1993,[78] de un "decálogo para más de 500 millones de habitantes".

Ambos instrumentos, la CADH y la CDI, son producto de la voluntad de los Estados para expresar sus consensos en lo que concierne a la democracia y los derechos humanos. Como asevera la CorteIDH, cuando los Estados deciden aprobar los tratados de derechos humanos, se someten a un orden jurídico dentro del cual ellos, por el bien común, asumen obligaciones hacia los individuos bajo su jurisdicción.[79] El régimen jurídico de la protección supranacional (la Convención Americana de Derechos Humanos

[77] CJI/RES. 159 (LXXV-O/09), Elementos esenciales y fundamentales de la democracia representativa y su vinculación con la acción colectiva en el marco de la Carta Democrática Interamericana, de fecha 12 agosto 2009, puntos resolutivos 2, 4 y 7.

[78] Amaya Ùbeda de Torres cita a Antonio Cassese. *Cfr*. Ùbeda de Torres, A., *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, 2007, p. 47.

[79] CorteIDH. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

como Constitución del continente[80] y la propia Carta Democrática Interamericana en principio *soft law* pero aplicada en la jurisprudencia del órgano jurisdiccional nacional) se imbrica con los órdenes de las Constituciones nacionales, y hacen que la condicionalidad recíproca entre democracia y derechos humanos adquiera una fuerza expansiva y sean de obligatorio cumplimiento por los poderes públicos de todos los Estados, configurando en el plano conceptual y teórico el sistema interamericano uno de los más desarrollados y protectores.[81]

La Convención Americana sobre Derechos Humanos es un instrumento que, además de regular un amplio catálogo de derechos y garantías e inspirarse en su homóloga europea,[82] tiene características singulares en cuanto a la concepción amplia de la democracia. Por una parte, está a tono con la que fuera una vanguardista corriente universal de imbricación entre el concepto de democracia y la facultad de los Estados de imponer límites a los derechos[83] y en esta línea cumple una función de "barrera o muro de contención" en su artículo 32.2.[84] Por otra parte, conforme al artículo 29, inciso *c*, se excluye cualquier interpretación que permita excluir o limitar derechos derivados "de la forma democrática representativa de gobierno" y, según el inciso *d*, la hace permeable a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre "y a otros actos internacionales de la misma naturaleza", cumpliendo una función de "puerta de entrada". La CADH

[80] *Cfr*. Salgado Pesantes, H., "Derecho procesal constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de derechos humanos", en Ferrer Mac-Gregor y Lelo de Larrea (eds.), *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio. La ciencia del derecho procesal constitucional*, México, 2008, pp. 641-666.

[81] Brewer-Carías, A. R., "El derecho administrativo y el derecho a la democracia: una nueva perspectiva para el necesario equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos del administrado", *Video Conferencia en las Jornadas Académicas inaugurales del departamento de Derecho Administrativo*, Nueva York-Bogotá, 2008; *Cfr*. también Carazo, P., "El sistema interamericano de derechos humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica", ¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal, en von Bogdandy *et al*. (eds.), Cuadernos y debates 197, Madrid, 2009, pp. 231 y ss.

[82] Wolny, K., "Menschenrechtsschutz auf regionaler Ebene: das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte im Vergleich zum europäischen Schutzsystem", *Recht*, núm. 21(3), 2003, pp. 93-100.

[83] Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 29.2.

[84] Según el artículo 32.2 de la CADH "Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática". *Cfr*. Casal, J. M., "Las restricciones al ejercicio de los derechos humanos y la cláusula de la sociedad democrática en el sistema interamericano", en Saiz Arnaiz *et al*. (coords.), *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración*, País Vasco, 2011, pp. 477 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

tiene pues la función de puerta, por la que entra un amplio espectro garantista que comprende la dimensión global y regional y la función de muro de contención para frenar regresiones en la concepción amplia de democracia.

La CDI, por su parte, tiene un valor como fuente de inspiración y pilar fundamental para la interpretación del alcance de la democracia, que complementa a la CADH. Como lo expresa Pedro Nikken, la CDI contiene una reafirmación del compromiso de la OEA y sus Estados miembros con la defensa, vigencia y garantía de los derechos humanos, remiten al procedimiento de denuncias individuales ante el SIDH y se comprometen de modo genérico al fortalecimiento del mismo SIDH.[85] Se trata de la protección de los derechos civiles y políticos y de los derechos sociales. Según los términos exactos de la CDI, "la promoción y observancia de los derechos económicos, sociales y culturales son consustanciales al desarrollo integral, al crecimiento económico con equidad y a la consolidación de la democracia en los Estados del hemisferio", confirmando categóricamente, en mi opinión, la concepción amplia de democracia.

En este estudio se parte del *test de la democracia* para determinar el alcance del régimen normativo "protector" de la democracia y las garantías convencionales, incorporando la interpretación dada por el órgano jurisdiccional del SIDH, la CorteIDH. Ello significa esbozar los contornos de tal régimen en función de los artículos 3 y 4 de la CDI. Primeramente se delinea la premisa central que rige para la protección como es la doble condicionalidad entre democracia y derechos humanos. Luego, entre los elementos esenciales de la democracia representativa se entrará a tratar, dentro del elemento esencial "el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales", una constelación paradigmática del contexto como es la lucha contra la impunidad, vinculada al legado de las dictaduras. Se exploran además la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto (derecho a alegir y ser elegido) y la separación e independencia de los poderes públicos, en particular se explora la categoría de la independencia del Poder Judicial. Entre los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia se abordará el respeto de los derechos sociales. Los estándares tuitivos de la libertad de expresión, como otro componente fundamental, se desarrollan en el apartado correspondiente a los mecanismos de protección jurisdiccional.

[85] Nikken, P., "Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana", *Revista IIDH*, San José, vol. 43, 2006, p. 17.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

1. *Premisa: la condicionalidad recíproca entre democracia y derechos humanos*

El artículo 3 de la CDI comienza enunciando como primer elemento esencial de la democracia representativa el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales. Este elemento esencial se ve reforzado por la condicionalidad recíproca dispuesta en el capítulo II de la CDI titulado "La democracia y los derechos humanos", en especial los artículos 7 y 8. Conforme al 7, la democracia tiene carácter de indispensabilidad de "para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos". Además, el artículo 8 establece que cualquier persona o grupo de personas que consideren que sus derechos humanos han sido violados, "pueden interponer denuncias o peticiones ante el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos".

La conexidad entre la democracia y los derechos humanos ha sido tratada por la CorteIDH en diversos fallos que declaran la violación por parte de los países suramericanos objeto de análisis.[86] Tomo como inspiración la tipología propuesta por Flávia Piovesan referida a la actuación de la Corte Interamericana en los casos concernientes a cinco distintas categorías de violaciones a los derechos humanos, destacando la autora la fuerza catalizadora del SIDH para promover avances en el régimen de derechos humanos en su recorrido de rechazar las violaciones de los regímenes dictatoriales, exigir el fin de la impunidad en las transiciones democráticas y demandar el fortalecimiento de las instituciones democráticas. Su tipología de casos abarca: violaciones que reflejan el legado del régimen autoritario dictatorial; violaciones que reflejan cuestiones de la justicia de transición; violaciones que reflejan desafíos acerca del fortalecimiento de instituciones y de la consolidación del Estado de derecho; violaciones de derechos de grupos vulnerables; y violaciones a derechos sociales.[87] Recientemente se incluye el

[86] CorteIDH. Ricardo Canese *vs*. Paraguay. Sentencia del 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 85. Entre la abundante literatura sobre el tema de los DDHH en el contexto interamericano, Hauser, D., "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la Declaración americana sobre los Derechos y Deberes del hombre", *Protección internacional de los derechos humanos. Nuevos desafíos*, Courtis *et al*. (eds.), México, 2005, pp. 123-146. Sobre el trabajo de la Comisión, véase Faúndez Ledesma, H., "Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano", en varios autores, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso. DESC, libertad personal y libertad de expresión*, San José, 2005, pp. 91-180.

[87] Piovesan, F., "Fuerza integradora y catalizadora del sistema interamericano de protección de los derechos humanos: desafíos para la formación de un constitucionalismo re-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

abordaje de otros casos, configurando una sexta categoría relativa a las violaciones a nuevos derechos en agenda contemporánea, según F. Piovesan.[88]

La conexidad entre la CDI y la agenda de la protección de la democracia y los derechos humanos se demuestra en la argumentación de la CorteIDH y sus jueces en los votos razonados, así como de los representantes de las víctimas a partir de la utilización de este instrumento. Como se desprende de la tabla infra, en dicha agenda conviven los casos de violación de los elementos esenciales (artículo 3) como de los componentes fundamentales para el ejercicio democrático (artículo 4). El mayor número de casos, no obstante, se corresponde con la violación de la libertad de expresión como componente fundamental. Siempre responden al patrón de sancionar la disidencia. A esta garantía convencional se dedica el estudio del alcance de los estándares jurisdiccionales debido particularmente a su incidencia (Parte C.II).

También se constata que la jurisprudencia abarca casos del derecho a elegir a la independencia del Poder Judicial. Especialmente relevantes son los casos en los cuales la CorteIDH menciona la CDI en desaparizaciones forzadas, como en Gelman dentro del Plan Cóndor y Cepeda por militancia en partidos comunistas. También en el marco de la ampliación del espectro de cobertura de los derechos sociales, como apuntan las tipologías de casos ya referidas, es muy relevante la cita a la CDI en el caso de la violación del derecho a la consulta previa en una comunidad indígena. A modo de síntesis y en orden cronológico puede constatarse tal evolución en la siguiente tabla:

Casos	Año	CADH	CDI-CorteIDH
Caso Ricardo Canese *vs*. Paraguay (C 111)	2004	Libertad de expresión	Componentes fundamentales artículo 4
Caso Claude Reyes y otros *vs*. Chile (C 151)	2006	Libertad de expresión y acceso a la información	Componentes fundamentales artículo 4 y participación ciudadana (artículo 6); Resoluciones de la OEA "Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la democracia" 2003-2006

gional", *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un* ius constitutionale commune *en América Latina?*, von Bogdandy *et al*. (coords.), México, 2010, t. II, pp. 431-448.

[88] La autora incluye dos recientes casos en el espacio centroamericano, a saber fertilización "in vitro" y las medidas provisionales acordadas en el caso de la interrupción del embarazo por anencefalia fetal. Véase respectivamente CorteIDH. Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") *vs*. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012 y CorteIDH, Medidas provisionales contra El Salvador, adoptadas el 23 de mayo de 2013.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Caso Kimel *vs.* Argentina (C 177)	2008	Libertad de expresión	Componentes fundamentales artículo 4, voto razonado juez García Sayán
Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") *vs.* Venezuela (C 182)	2008	Independencia del poder judicial	El representante invocó violación del artículo 3 en concordancia con el artículo 29 c y d CADH
Caso Ríos y otros *vs.* Venezuela (C 194)	2009	Libertad de expresión	Componentes fundamentales artículo 4 Los representantes alegaron incompatibilidad con el sistema de principios y valores de la CDI
Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela (C 195)	2009	Libertad de expresión	Componentes fundamentales artículo 4 Los representantes alegaron incompatibilidad con el sistema de principios y valores de la CDI
Caso Manuel Cepeda Vargas *vs.* Colombia (C 213)	2010	Vida, integridad personal, libertad de expresión, honra, libre circulación	Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, […] el régimen plural de partidos y organizaciones políticas… artículo 3
Caso Gelman *vs.* Uruguay (C 221)	2011	Reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal	La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanete respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. (...) Voto concurrente razonado juez García Sayán

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Caso López Mendoza *vs.* Venezuela (C 233)	2011	Derecho a ser elegido	En el Sistema Interamericano la relación entre derechos humanos, democracia representativa y los derechos políticos en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana. Voto razonado juez García Sayán
Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Ecuador (C 245)	2012	Derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural	Promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas […], contribuy[e] al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana, artículo 9

Esta jurisprudencia de la CorteIDH hace posible comprobar mi tesis acerca de la construcción progresiva de un *ius constitutionale commune* para salvaguardar la democracia en sentido amplio. Como concierne a la protección supranacional en *Suramérica*, tomo sólo en consideración los casos referidos a este contexto geográfico. Los postulados que inspiran el accionar de la CorteIDH para efectivizar la doble condicionalidad simbolizan el hilo conductor del régimen normativo complementario que siguen en las próximas líneas.

2. *La protección de los elementos esenciales de la democracia y de los componentes fundamentales de su ejercicio*

Si el régimen jurídico de la protección supranacional de la democracia gira en torno a la Convención Americana de Derechos Humanos como carta magna del continente[89] y a la propia Carta Democrática Interamericana, puede afirmarse que mediante la labor de la CorteIDH ha adquirido una fuerza expansiva que lo configura en el plano conceptual y teórico como uno de los más desarrollados y protectores.[90] Interesante es la postura

[89] *Cfr.* Salgado Pesantes, H., "Derecho procesal constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de derechos humanos", en Ferrer Mac-Gregor y Lelo de Larrea (eds.), *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio. La Ciencia del derecho procesal constitucional*, México, 2008, pp. 641-666.

[90] Brewer-Carías, A. R., "El derecho administrativo y el derecho a la democracia: una nueva perspectiva para el necesario equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos del administrado", *Video Conferencia en las Jornadas Académicas inaugurales del departa-*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

de Miguel Revenga, que cita a Peter Häberle en cuanto al surgimiento de "fermentos de crecimiento" de un espacio público, en el que la contribución más relevante procede precisamente de las aportaciones realizadas por la Corte a la "interpretación común". Agrega el autor que a las decisiones de este órgano jurisdiccional se les debe reconocer "un enorme potencial centrípeto para la construcción de un sistema común de derechos fundamentales, o cuando menos coincidente en sus rasgos básicos".[91] Ahonda el autor en señalar que ha habido una "evolución que sitúa a las decisiones emanadas de la Corte como el referente por antonomasia de un constitucionalismo común de alcance continental".[92]

Las decisiones de la jurisdicción de San José han condenado las ejecuciones extrajudiciales, desapariciones y torturas, centrando su foco de atención en las violaciones masivas y sistemáticas. Las dictaduras latinoamericanas vulneraron, entre otras tantas, la prohibición de ejecutar arbitrariamente a las personas (artículo 4, CADH), la prohibición de la tortura (artículo 5, CADH) y la prohibición de la privación ilegal de la libertad personal (artículo 7, CADH). Estas prohibiciones, de carácter absoluto, han sido objeto de una amplia jurisprudencia supranacional y hay un relativo consenso sobre su aceptación.

Siempre entrelazada con la democracia, la jurisprudencia de la CorteIDH ha ampliado su espectro de acción. El contencioso interamericano ya no sólo se ocupa de los casos relativos a violaciones masivas, sino también atiende el patrón de discriminación estructural y hace girar sus sentencias a favor de los grupos más vulnerables (mujeres, migrantes, indígenas, niños) y otros derechos que están en la esencia de la democracia (elecciones, independencia judicial, libertad de expresión).

mento de Derecho Administrativo, Nueva York-Bogotá, 2008; *Cfr*. también Carazo, P., "El sistema interamericano de derechos humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica", en von Bogdandy *et al.* (eds.), *¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal, Cuadernos y debates 197*, Madrid, 2009, pp. 231 y ss.

[91] Revenga, M., "Posibilidades y límites de la integración a través de derechos", en en Saiz Arnaiz *et al.* (coords.), *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: un análisis desde la Unión Europea*, Oñati, 2011, pp. 424 y ss.

[92] Dejando al margen los obstáculos que enfrenta el SIDH, admite Miguel Revenga que puede hablarse de modo general de un "cierto paralelismo con respecto a lo que ocurrió en Europa a raíz del 'descubrimiento' por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de un *ordre public européen* del que el propio Tribunal vendría a ser custodio, y que impediría a los Estados sujetar la adhesión al Convenio a condiciones temporales, territoriales o sustantivas (la cita de referencia es, en este sentido, el Párrafo no. 75 del caso *Loizidou contra Turquía*, fallado en 1995).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Comparto la manera clara y determinante con la que Deisy Ventura, Flávia Piovesan y Juana Kweitel resumen el extraordinario aporte que ha brindado el SIDH para la promoción de los derechos humanos, el Estado de derecho y la democracia en la región: el sistema interamericano combatió los regímenes dictatoriales, exigió justicia y el fin de la impunidad en las transiciones democráticas y ahora demanda el fortalecimiento de la democracia, contra las violaciones de los derechos y la protección de los grupos más vulnerables.[93]

En esta evolución, la jurisprudencia de la CorteIDH está estrechamente vinculada a cambios más estructurales que deben implementarse en los Estados y en consecuencia impactan en la voluntad política de modo evidente. Algunas voces críticas califican como intromisión antidemocrática y antiliberal por parte de la CorteIDH sus sentencias de reparaciones que interfieren en las funciones expresivas de la soberanía estatal (judicial, legislativa y ejecutiva).[94] El enfoque que asumo es diametralmente opuesto: en contextos no favorecedores de cambios hacia un mayor nivel de democracia de los Estados, el Tribunal de San José adopta las medidas pertinentes para que tengan un efecto preventivo y emblemático en el sentido de aprovechar el fragmento de casos que efectivamente llega a la Corte para que la sentencia impacte más allá del caso concreto.[95] El predominio de una actitud a favor del cumplimiento de los estándares fijados por el Tribunal de San José y las convergencias con los órganos jurisdiccionales nacionales,[96] sirven de aval para analizar la tutela del orden público democrático que ha construido la CorteIDH.

La Corte Interamericana ha hecho girar su jurisprudencia en torno al concepto de la "sociedad democrática". Insisto, como lo hace la CorteIDH, que el énfasis hay que ponerlo en el vínculo indisoluble entre derechos hu-

[93] Ventura, D. *et al.*, *O assunto de hoje: Comissão de direitos humanos da OEA. Sistema interamericano sob forte ataque*. Disponible en: *http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/59213-sistema-interamericano-sob-forte-ataque.shtml*.

[94] Malarin, E., "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y derecho penal internacional*, Montevideo, 2010, pp. 25 y ss.

[95] Beristain, C. M., *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos*, Costa Rica, t. II, 2008, p. 463.

[96] Góngora, M., "Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Tribunales Constitcionales", *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito* público, von Bogdandy *et al.*, São Paulo, 2013, pp. 312 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

manos efectivos con condiciones de desarrollo democrático,[97] sobre todo en favor de amplios sectores vulnerables.[98] En una construcción que denomino expansiva, pero estrictamente apegada a su doctrina de la vida digna, acota la imposibilidad del Estado de fundar alguna actividad sobre el desprecio a la dignidad humana.[99] En el contexto suramericano, como bien se argumenta, la agenda de los derechos humanos es una agenda marcada por el carácter de límite a la actividad de la autoridad pública, que en la última década ha experimentado un cambio gradual hacia la convivencia de asuntos "tradicionales" (justicia transicional, por ejemplo) con casos relacionados con los problemas endémicos de la desigualdad y la exclusión social. La obligación general de garantizar los derechos humanos reconocidos en la Convención, contenida en su artículo 1.1, puede ser cumplida de diferentes maneras, en función del derecho específico que el Estado deba garantizar y de las particulares necesidades de protección. Esta obligación implica el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.[100]

La Corte ha sostenido, frente a los factores que erosionan las democracias suramericanas, un enfoque protector en el marco de la interdependencia entre derechos humanos, elemento social y democracia, aportando estándares y principios que rijan la actuación estatal. Esta ampliación del

[97] Para la concepción dual suramericana sobre democracia vinculada a los derechos humanos *cfr*. la Corte interamericana, *Un cuarto de siglo*, 2005.

[98] *Cfr*. por ejemplo la Opinión Consultiva de septiembre de 2003, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (OC-18/03, Serie A No. 18); CorteIDH. Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs*. Nicaragua. Sentencia del 1o. de febrero de 2000. Serie C No. 66; CorteIDH. Comunidad Moiwana *vs*. Suriname. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C No. 124; CorteIDH. Comunidad Indígena Yakye Axa *vs*. Paraguay. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C No.125; CorteIDH. Yatama *vs*. Nicaragua. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C No. 127; CorteIDH. Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs*. Paraguay. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; CorteIDH. González y otras ("Campo Algodonero") *vs*. México. Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

[99] Primera sentencia en caso contencioso de la CorteIDH. Caso Velásquez Rodríguez *vs*. Honduras. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 154, p. 32.

[100] Un bloque amplio del carácter tuitivo se desprende de labor consultiva. La doctrina de la Corte también se corrobora desde 1982 con las Opiniones consultivas OC-1/82 sobre "Otros tratados internacionales", la OC-2/82 sobre "Reservas a la Convención Americana", la OC-3/83 sobre "Restricciones a la pena de muerte", la OC-4/84 sobre la "Modificación de la Constitución de Costa Rica" y las célebres OC-5/85 sobre "Colegiación Obligatoria de los Periodistas", OC-6/86 sobre "La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención" y OC-7/86 sobre "El derecho de rectificación y respuesta".

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

foco de acción de la Corte busca, a través de la decisión de casos particulares, enmarcarlos en patrones estructurales de discriminación y dictar pautas para corregir las amenazas provenientes de las brechas sociales y la exclusión, en la búsqueda de igualdad. En esta línea, es esencial poner de relieve los estándares y principios que deben orientar la actuación de los poderes públicos de los Estados democráticos.[101]

La CorteIDH ha señalado que la interpretación de la Convención debe orientarse por las justas exigencias de la democracia "y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas".[102] Asimismo, la Corte ha mencionado que "el Preámbulo de la Convención reafirma el propósito de los Estados Americanos de "consolidar en [el] Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en el respeto de los derechos y deberes esenciales del hombre". Este requerimiento se ajusta a la norma de interpretación consagrada en el artículo 29.c de la Convención[103] y la Corte así establece el alcance de la obligación del artículo 1.1 respecto a la obligación de respetar y garantizar los derechos. La CorteIDH reconoce que todos los derechos tienen componentes civiles, y económico, sociales y culturales.[104]

En el ámbito del sistema regional interamericano es necesario reiterar, para evitar la erosión de la democracia, las tres premisas reconocidas en la doctrina, pues el sistema simboliza la consolidación de un constitucionalismo regional destinado a salvaguardar los derechos humanos fundamentales en la instancia supranacional que representa la Corte; a su vez la Convención Americana encarna una sistematización como una "Constitución" latinoamericana en materia de derechos humanos y la Corte Interamericana es su guardián[105] y, en tercer lugar, producto del consenso de los Estados objeto de esta investigación, la CADH representa el piso mínimo y no la cobertura

[101] El mecanismo del control de convencionalidad al que están obligados tanto el Ejecutivo, como el Legislativo y el judicial puede generar el efecto armonizador e integrador deseado. *Cfr*. Ferrer Mac-Gregor, E., *El control difuso de convencionalidad*, México, 2012.

[102] La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 44.

[103] CorteIDH. Caso del Tribunal Constitucional *vs*. Perú. Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C No. 74, párr. 111.

[104] CorteIDH. Caso "Instituto de Reeducación del Menor" *vs*. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 149, p. 94.

[105] Binder, C., "¿Hacia una Corte Constitucional Latinoamericana? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las am-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

máxima de protección, con la intención de promover e incentivar avances a nivel doméstico y evitar retrocesos.[106]

La CorteIDH ha ampliando los derechos fundamentales constitucionales con base en la norma del sistema interamericano invocada para dirimir el conflicto, ha llenado el concepto del derecho interno de ciudadanía activa, materia intrínsecamente constitucional, y lo vincula a la regulación internacional, gracias a la interpretación que hace en su papel de "tribunal constitucional".[107] Los estándares interamericanos apuntan a la configuración del *ius constitutionale commune* comprometido con la dignidad y la libertad de la persona, pero también con la igualdad.

En esta construcción la línea central ha sido la expansión de la jurisprudencia supranacional para proteger contra la erosión de la democracia mediante la garantía de los derechos de los grupos o colectivos que se encuentran en las situaciones de especial vulnerabilidad. La jurisprudencia de la CorteIDH en la etapa de la postransición democrática, caracterizada por un escenario de democracias constitucionales con un déficit de las instituciones y una desigualdad aberrante, gana mayor legitimidad para asegurar la garantía básica de los derechos en situaciones de desigualdad estructural en el plano doméstico, aun cuando exista una cierta injerencia en los asuntos internos.

La dignidad humana representa un límite a la soberanía y los aportes que brinda el órgano supranacional contribuyen a definir las cuestiones prioritarias en la agenda de la protección en el contexto regional. Como se afirma en la doctrina, "la subordinación estructural de ciertos sectores sociales presenta características similares a la asfixia política en cuanto al cierre de la esfera pública por los Estados autoritarios. Se trata de situaciones

nistías", en von Bogdandy *et al.* (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización*, México, 2010.

[106] Carazo Ortiz, P., "El sistema interamericano de derechos humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica", ¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal, von Bogdandy *et al.* (eds.), Madrid, 2009, p. 231; véase también Burgorgue-Larsen, L., "El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos entre clasicismo y realidad", ¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal, von Bogdandy *et al.* (eds.), Madrid, 2009, p. 311.

[107] Véase Ferrer Mac-Gregor, E., "La Corte Interamericana como Tribunal Constitucional", *La justicia constitucional: prolegómeno de un* ius constitutionale commune en *America Latina*, Instituto Max Planck de Derecho Internacional Público y Derecho Comparado, 18 y 19 de noviembre de 2009.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

extremas en las que el espacio político del estado nacional funciona como una prisión".[108]

Un postulado básico del *ius constitutionale commune* es, en consecuencia, asumir una idea de igualdad como protección para los grupos vulnerables y no sólo en su acepción tradicional de no discriminación, centrada en la eliminación de privilegios o de diferencias irrazonables o arbitrarias, buscando reglas generales y anclada en una suerte de neutralidad estatal.[109] En cambio, la nueva fórmula persigue una igualdad sustantiva, en la que el Estado tiene obligaciones positivas para generar equilibrios sociales y proteger a los desiguales en razón de procesos históricos o estructurales de discriminación. Esta redefinición del concepto de igualdad trae aparejada una redefinición del rol del Estado como garante activo de los derechos y se traduce en deberes concretos en función de la debida diligencia.[110] Es un enfoque igualmente presente a nivel global.[111] Con el propósito de reaccionar al patrón de desigualdad o exclusión y darle visibilidad a los grupos vulnerables se busca evitar la erosión de la democracia. En la región se ha reconocido que, invocándose un nuevo pacto y una nueva forma de relación entre las élites y los sectores sociales populares e invisibilizados, pueden emerger también nuevas manifestaciones del populismo, incluso autoritario, que erosiona la democracia. De allí la relevancia de tener como marco la jurisprudencia del órgano supranacional para evitar retrocesos en el *ius constitutionale commune* de la democracia.

A. *Protección de los elementos esenciales de la democracia*

En la evolución histórica del SIDH de hacer justicia y reparar a las víctimas, pero a la vez atender la situación estructural de violaciones de de-

[108] Abramovich, V., "Autonomía y subsidiariedad: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales", en Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Argentina, 2011, pp. 211-230, pp. 221 y ss.

[109] Clérico, L. y Aldao, M., "La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Estudios constitucionales*, año 9, núm. 1, 2011, pp. 157-198.

[110] Según la CIDH, la naturaleza eminentemente grupal o colectiva del principio de igualdad y no discriminación exige ir más allá de la norma en apariencia neutral y considerar su impacto respecto del grupo. *Cfr*. Informe de la sobre *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68. 20 de enero 2007, párr. 77.

[111] Entre tantos instrumentos, véase la Observación General N° 20 "La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)". E/C.12/GC/20.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

rechos humanos jugó un papel determinante hacerle frente a los gobiernos autoritarios, acompañar el proceso de las transiciones y procurar la consolidación de la democracia. Uno de los aportes principales ha sido declarar inaceptables leyes de amnistía por violaciones a los derechos humanos (Argentina, Chile, Perú, Uruguay). Ésta es la razón por la cual en este apartado se sintetizan los estándares más emblemáticos sobre las amnistías, para relacionarlo con el elemento esencial de la democracia del respeto a los derechos y garantías, de acuerdo al artículo 3 de la CDI. De la misma manera se esquematizan los aspectos nucleares del derecho a elegir y ser elegido así como la independencia del Poder Judicial, como los otros dos elementos esenciales objeto de análisis.

a. El respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales: el caso de las Amnistías

Dentro de este espectro tan amplio sólo me voy a limitar a lo que encierra la protección de la democracia para dejar atrás el legado de las dictaduras y la transición democrática. Una reconstrucción de los estándares respecto a las amnistías, desde Barrios Altos c., pasando por Almonacid Arrellano c. Chile en 2006, La Cantuta c. Perú, 2010, Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") c. Brasil, y Gelman c. Uruguay en 2011, confirma líneas claras por parte del Tribunal de San José en el sentido de que el paisaje contencioso interamericano propicia, como apunta Antônio Cançado Trindade, una sanción por la Corte del reglamento amnésico del pasado. En su voto razonado en el caso Barrios Altos se lee:

> Hay que tener presente, en relación con las leyes de autoamnistía, que su legalidad en el plano del derecho interno, al conllevar a la impunidad y la injusticia, se encuentra en flagrante incompatibilidad con la normativa de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, acarreando violaciones de *jure* de los derechos de la persona humana. El *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos pone de relieve que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional, y aún más cuando están en juego valores superiores (como la verdad y la justicia).[112]

Una línea sostenida de modo constante por el Tribunal del San José está dada por la aseveración de la inconvencionalidad *per se* de las leyes que organizan la amnistía de los autores de violaciones masivas de los derechos

[112] Voto razonado en del juez Antônio Cançado Trindade el caso Barrios Altos, párr. 6.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

humanos.[113] Entre la opinión consultiva No. 14[114] y el caso Suárez Rosero[115] confirmado magistralmente en el famoso caso Barrios Altos[116] —y precisado en los importantes casos juzgados en el otoño de 2006—[117] la Corte ratifica esta cuestión de la inconvencionalidad *per se* de las leyes de amnistía. Desde Barrios Altos las máximas del Tribunal de San José se orientan hacia su inadmisibilidad así como considera inadmisibles

> ...las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.[118]

Según la CorteIDH, este tipo de leyes "conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana", además de impedir la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente".[119]

[113] Burgorgue-Larsen, L., "La erradicación de la impunidad: Claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *El derecho en movimiento. En homenaje a Elena Highton*, Dreyzin de Klor, Buenos Aires, 2012.

[114] En este caso la Corte afirma, en contrario, que: En el caso de que la ley no sea de aplicación inmediata y no haya sido aún aplicada a un caso concreto, la Comisión no puede comparecer ante la Corte para someter un caso contra el Estado con base en la sola emisión de la ley. La ley que no es de aplicación inmediata es mera facultad dada a las autoridades para tomar medidas de acuerdo con ella. No representa, per se, violación de los derechos humanos. CorteIDH, 9 de diciembre de 1994, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A No. 14, OC 14/94, párr. 42.

[115] CorteIDH. Suárez Rosero *vs*. Ecuador. Fondo. Sentencia del 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

[116] CorteIDH. Barrios Altos *vs*. Perú. Fondo. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

[117] CorteIDH. Almonacid Arrellano *vs*. Chile. Fondo y reparaciones. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154 y CorteIDH. La Cantuta *vs*. Perú. Fondo y reparaciones. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

[118] CorteIDH. Caso Barrios Altos *vs*. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia del 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 41.

[119] CorteIDH. Caso Barrios Altos *vs*. Perú. Serie C No. 83, párr. 43.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Hay que resaltar que la CorteIDH es coherente en su línea jurisprudencial, de la que fuera pionera a nivel internacional por haber sido la primera en decidir sobre casos de desapariciones forzadas imponiendo a los Estados que sigan investigando mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida, por ser una "justa expectativa" de los familiares de la víctima conocer cuál fue el destino de ésta.[120] Desde su primera sentencia, el Tribunal interamericano estima que "el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención".[121] Y ratifica la relevancia del derecho a la verdad, aunque no lo considere explícitamente como un derecho autónomo.[122] En la misma argumentación la CorteIDH asume que los Estados partes que mantenían vigentes este tipo de leyes incumplían las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana y violaban asimismo los artículos 8 y 25 del mismo instrumento internacional.

Es emblemático el caso Almonacid Arellano y otros *vs*. Chile de 2006[123] por el surgimiento de la doctrina de control de convencionalidad con base en el artículo 2 de la Convención Americana, como ya se mencionó supra. La CorteIDH estimó como un adelanto positivo que las leyes de amnistía en Chile no estuviesen siendo aplicadas, pero lo declaró insuficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en tanto se debe suprimir toda norma violatoria a la CADH y, además, ante el hecho de que se produzca un cambio de criterio de los tribunales nacionales, las disposiciones tornarían aplicables disposiciones por ser parte del orden interno vigente.[124] Repite que "los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna".[125]

[120] CorteIDH. Velásquez Rodríguez *vs*. Honduras. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1987. Serie C No. 4, párr. 181.

[121] CorteIDH. Velásquez Rodríguez *vs*. Honduras. Serie C No. 4, párr. 201.

[122] CorteIDH. Blanco Romero y otros *vs*. Venezuela. Sentencia del 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párr. 62; CorteIDH. Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) *vs*. Venezuela. Sentencia del 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 55.

[123] CorteIDH. Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

[124] CorteIDH. Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile. Serie C No. 154, párr. 121.

[125] CorteIDH. Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile. Serie C No. 154, párr. 114.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Un estadio más adelante, admitiendo que en casos de graves violaciones a las normas del derecho internacional de los derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, la CorteIDH determinó que la democracia no es absoluta y reiteró su imbricación con las obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la CADH. Insistiendo en la primacía de un "control de convencionalidad", que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial, sienta un precedente en materia de reparación en el ámbito doméstico. El Estado debería realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad internacional, en el plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia. En la sala de la Asamblea General, acompañado por el presidente de la Suprema Corte de Justicia y por el vicepresidente de la República, y con la presencia de las víctimas, Macarena y Juan Gelman, el presidente de Uruguay reconoció la responsabilidad del Estado por la desaparición de María Claudia García de Gelman.[126]

Bajo la máxima de que "toda forma de amnistía general es violatoria *per se* de la Convención Americana", la CorteIDH en el Caso Gelman *vs.* Uruguay[127] utiliza una fórmula de intangibilidad del núcleo democrático del orden supranacional: la preeminencia de la sanción de las violaciones graves de los derechos humanos respecto a las manifestaciones de democracia directa, en concordancia con el concepto que sostengo, anclado en la propia CDI. Se expresa la Corte en los siguientes términos:

> §238. El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía […] se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél.
>
> 239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos huma-

[126] Información disponible en: *http://www.elpais.com.uy/120321/ultmo-631856/ultimomomento/Estado-asumio-responsabilidad-por-desaparicion-de-Maria-Claudia-Garcia-de-Gelman*.

[127] CorteIDH. Gelman *vs*. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

> nos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad" [(supra párr. 19)], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.

En el marco de la llamada "justicia transicional", calificadas como "auto-amnistías" en el contexto suramericano, la Corte ha establecido una jurisprudencia reiterada[128] que declara contraria a la Convención toda forma de amnistía, perdones o indultos generales en casos de graves violaciones a los derechos humanos, regla que tiene efectos generales e implica su obligatoriedad para los Estados Partes.[129] Una obligación jurídica concreta para los jueces internos se deriva del control de convencionalidad, mecanismo que vio luz justamente en un caso de amnistía.[130]

La CorteIDH, al tratar la incompatibilidad de las leyes de amnistía relativas a graves violaciones de derechos humanos con el derecho internacional y las obligaciones internacionales de los Estados, afianza su estilo dialogal en el caso Gelman y se apoya en tres pilares: en la doctrina de la propia ComisiónIDH,[131] en distintos pronunciamientos de instituciones

[128] Perú (Barrios Altos y La Cantuta), Chile (Almonacid Arellano y otros) y Brasil (Gomez Lund y Otros). En el caso Barrios Altos como *leading case* (masacre que involucró la ejecución de 15 personas por parte de agentes policiales y recibieron amnistía por una ley). Perú fue condenado a reabrir investigaciones judiciales (Chumbipuma Aguirre y otros *vs*. Perú). Sentencia del 14 de marzo de 2001. *Cfr*. "Advocacy Before Regional Human Rights Bodies: a Cross-Regional Agenda", *American University Law Review*, núm. 59, p. 163.

[129] Por ejemplo, la Corte dejó sin efectos fallos proferidos por jueces chilenos, a la vez que le ordenaba al país "asegurarse que el Decreto Ley No. 2191 no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano".

[130] Se solicitó la invalidez del decreto-ley 2191/78, que perdonaba los crímenes cometidos entre 1973 y 1978 durante el régimen Pinochet. CorteIDH. Caso Almonacid Arellano y otros *vs*. Chile. Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

[131] Entre los casos referidos a Suramérica, *Cfr*. CIDH, Informe No. 28/92, Casos 10.147; 10.181; 10.240; 10.262; 10.309, y 10.311. Argentina, d 2 de Octubre de 1992, párrs. 40 y 41; Informe de fondo No. 34/96, Casos 11.228; 11.229; 11.231, y 11.282. Chile, d 15 de Octubre de 1996, párr. 70; CIDH, Informe de fondo No. 20/99, Caso 11.317. Perú, de 23 de febrero de 1999, párrs. 159 y 160; CIDH, Informe de fondo No. 55/99, Casos 10.815; 10.905; 10.981; 10.995; 11.042 y 11.136.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

universales[132] así como en la jurisprudencia nacional,[133] mediante una sistematización del inventario existente sobre la cuestión del alcance de las leyes de amnistía. De esta jurisprudencia, en un tema marcado por la tensión entre el derecho a la verdad y la reconciliación (útil para la catarsis colectiva en toda sociedad postdictatorial), se deduce que, conforme al criterio de la Corte, en ningún caso puede excluirse la verdad judicial.[134]

Las decisiones sobre la anulación de leyes de amnistía y la consolidación del derecho a la verdad, tiene un elevado impacto, porque los familiares de las víctimas y la sociedad, como un todo, deben ser informados de las violaciones, destacando el deber del Estado de investigar, procesar, punir y reparar violaciones a los derechos humanos. La Corte estima que las leyes de "auto-amnistía" perpetúan la impunidad, propician una injusticia continuada, impiden a las víctimas y a sus familiares el acceso a la justicia y al derecho de conocer la verdad y de recibir la reparación correspondiente, vulnerándose la Convención Americana.[135]

El tema de las amnistías no está exento de tensiones. Hay opiniones que advierten la necesidad de revisar los casos en que las normas de amnistía se den dentro del contexto de un proceso orientado a poner término por la vía negociada a un conflicto armado no internacional y que se evalúen márgenes para el ejercicio de la ponderación de los intereses para "conjugar los propósitos de investigación, sanción y reparación de graves violaciones a los

[132] La Corte comparte argumentos de organismos internacionales. Un solo ejemplo: Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. U.N. Doc. S/2004/616, del 3 de agosto de 2004, párr. 10.

[133] Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. Caso Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, Causa 17.768, Resolución del 14 de junio de 2005; Corte Suprema de Justicia de Chile. Decisión del Pleno respecto de la instancia que verá la aplicación de la Ley de Amnistía en el caso del secuestro del mirista Miguel Ángel Sandoval, Rol No. 517-2004, Caso 2477, del 17 de noviembre de 2004, Considerando 33; Tribunal Constitucional de Perú, Caso Santiago Martín Rivas, Recurso extraordinario, Expediente No. 4587-2004-AA/TC, Sentencia del 29 de noviembre de 2005, párr. 63; Suprema Corte de Justicia de Uruguay, Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet, Sentencia No. 365, párrs. 8 y 9.

[134] Burgorgue-Larsen, L., "La erradicación de la impunidad: Claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *El derecho en movimiento, En homenaje a Elena Higthon*, Dreyzin de Klor, Buenos Aires, 2012.

[135] Análisis completo en Binder, C., "¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías", en von Bogdandy *et al*. (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización* ¿Hacia un ius constitutionale commune *en América Latina?*, México, 2012.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

derechos humanos, de un lado, con los de reconciliación nacional y salida negociada de un conflicto armado no internacional, por el otro".[136] Ezequiel Malarino, como uno de los más críticos a la actuación de la CorteIDH en éste ámbito, califica la prohibición de las amnistías como una tendencia de contenido antidemocrático y antiliberal, que puede entenderse como si se tratara de un órgano de un máximo tribunal de casación y de legislador supranacional.[137]

Si bien en derecho comparado es posible que la búsqueda de la reconciliación pueda ser un fin legítimo que justifique ciertas restricciones respecto a la sanción de los autores, ubicándose entre los asuntos pertenecientes a la esfera política, también está claro que hay un límite absoluto: que se pretenda evitar la rendición de cuentas, favoreciendo la impunidad y propiciando nuevas violaciones de derechos humanos.[138] En el contexto suramericano, la jurisprudencia tuitiva de la CorteIDH relativa al rechazo de las autoamnistías contribuye precisamente a combatir la impunidad y evitar nuevas vulneraciones a la CADH, todo lo cual favorece la consolidación democrática.

b. El derecho a elegir y ser elegido

La democracia se distingue como el sistema en el cual los gobernantes son electos periódicamente por los electores; el poder se encuentra distribuido entre varios órganos con competencia propias, con base en un sistema de equilibrios y controles recíprocos, así como de responsabilidades establecidas en la Constitución, a fin de asegurar los derechos humanos que la propia Constitución reconoce directamente o los contenidos que han permeado por la vía de los instrumentos internacionales que el país ha aceptado y ratificado.[139]

[136] Voto concurrente del juez Diego García-Sayán Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador* del 25 de octubre de 2012.

[137] Malarino, E., "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Ambos *et al.* (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo, 2010, p. 57.

[138] Alicia Gil Gil cita a Anjia Seibert-Fohr. Gil Gil, A., "Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho Penal Internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y derecho penal internacional*, *cit.*, p. 308.

[139] Carpizo, J., "El contenido material de la democracia: tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano", von Bogdandy *et al.* (eds.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Río de Janeiro, 2010, p. 3.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

En este orden de ideas, la garantía de los derechos políticos, entendidos como aquéllos que confieren a su titular la facultad o prerrogativa de participar en los asuntos públicos del Estado, por sí mismo o a través de sus representantes,[140] juegan un papel esencial en la democracia.[141] "Los derechos políticos protegidos en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político".[142] Según la CorteIDH los derechos políticos son aquellos que "se refieren a los derechos de la persona como ciudadano, esto es, como titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos, como elector a través del voto o como servidor".

Según el artículo 3 de la CDI "la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo" constituye un elemento esencial de la democracia. La regulación de este derecho está contenida en el artículo 23 de la CADH en los siguientes términos:

> Derechos Políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

La concepción del derecho de los ciudadanos a determinar en libertad e igualdad a través de elecciones y votaciones de manera personal y objetiva la conformación del poder público representa un elemento esencial del principio democrático. Ha sido objeto de amplios desarrollos el anclaje de

[140] *Cfr.* Orozco Henríquez, J. J. y Silva Adaya, J. C., *Los derechos humanos de los mexicanos*, México, 2002, p. 44.

[141] A la llamada democracia política se le atribuye principalmente un carácter procedimental, ya que viabiliza el principio de la soberanía popular. *Cfr.* Bobbio, N., *El futuro de la democracia*, trad. de Fernández Santillana, México, 1986, p. 7; Orozco Henríquez, J. J., "Consideraciones sobre los principios y valores tutelados por el derecho electoral federal mexicano", *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, 2006, pp. 291 y 295-299.

[142] CorteIDH. Caso Yatama *vs.* Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 192.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

este derecho a la participación libre e igual en el poder público en la dignidad humana.[143]

La garantía del artículo 23.1 de la CADH, para cualquier ciudadano, destaca tres aristas claves como son poder participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de *representantes libremente elegidos*, de votar y ser elegido en *elecciones* periódicas *auténticas*, realizadas por sufragio universal y por voto secreto, y de tener acceso, *en condiciones de igualdad,* a las funciones públicas. Implícitamente, este derecho abarca otros sub-derechos, entre los que vale la pena mencionar: *a)* sufragio universal, ya que no pueden existir exclusiones al voto activo y pasivo por razones de sexo, raza, religión o renta; *b)* el voto debe ser libre y secreto, sin coacción alguna; *c)* las elecciones deben ser imparciales, objetivas y equitativas; en este aspecto se encuentran temas como la financiación de las elecciones, gastos máximos, topes de las contribuciones privadas, equidad en los medios, especialmente los electrónicos, prohibición de prácticas desleales de autoridades, partidos políticos y candidatos; *d)* las elecciones deben realizarse periódicamente en los plazos que señala la Constitución y la ley; *e)* deben existir partidos políticos que participen en las elecciones; la democracia no es concebible con la existencia de un solo partido político, o de varios pero únicamente uno tiene posibilidades de obtener el triunfo electoral; *f)* la existencia de órganos electorales imparciales para la organización de las elecciones, y *g)* la existencia de recursos de impugnación ante órganos imparciales, de preferencia de carácter judicial, incluyendo los que permitan analizar cuestiones de legalidad, de constitucionalidad y de convencionalidad.

Como puntualizó Jorge Carpizo, la concurrencia de estos requisitos es necesaria, pues en caso contrario no se realizan efectivamente elecciones, sino simulacros o farsas. De allí que el concepto de democracia aplicable involucra la protección y defensa de los derechos humanos para cumplir la máxima que "la democracia implica, por esencia, respeto a la dignidad humana. La autocracia, por el contrario, su desprecio".[144] En esta línea se inscribe la pauta hermenéutica de la necesidad en una sociedad democrá-

[143] Emblemática es la cita al peritaje elaborado en el Caso Yatama relativa a la constelación de las comunidades indígenas que reza textualmente "El Estado debe respetar la dignidad de los pueblos indígenas, que tienen "derecho a elegir" sus gobiernos, de acuerdo a sus costumbres y tradiciones". CorteIDH. Caso Yatama *vs.* Nicaragua, párr. 110.a.5.

[144] CorteIDH. Caso Leopoldo López Mendoza contra Venezuela. *Cfr.* Dictamen rendido ante fedatario público (affidávit) por el perito Jorge Carpizo el 20 de enero de 2011 (expediente de fondo, tomo III).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

tica para calificar todas las restricciones a los derechos de la Convención, incluidos los derechos políticos.[145]

Esta garantía encuentra arraigo en la máxima general del respeto necesario de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales. De allí que en este ámbito concreto puede compartirse la consideración de Flávia Piovesan respecto a que a nivel doméstico, gracias a las posibilidades de intervención del instrumentario internacional, se generan procesos de redefinición y reconstrucción del propio concepto de ciudadanía.[146] Ello es coherente con la concepción propuesta por la OEA respecto a una democracia de ciudadanía.[147] Pero además, esta garantía se vincula concretamente con el sistema democrático representativo. Al interpretarse esta garantía recogida en la CADH debe hacerse en su integralidad. Ello implica que en el SIDH resulta indispensable el pleno respeto al artículo 23 de la Convención Americana en estrecha relación con los artículos 8.1 y 25 así como con los artículos 1.1 y 2 de dicha Convención.

Para la CorteIDH,

> …el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de "oportunidades". Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos.[148]

Las restricciones al derecho contemplado en el artículo 23 de la CADH deben cumplir los parámetros establecidos en la propia Convención. Humberto Nogueira analiza la dimensión de los presupuestos relativos a las limitaciones o restricciones a los derechos, subrayando en concreto que debe indagarse si satisface una necesidad social imperiosa, esto es, está orientada a satisfacer un interés público imperativo en tanto su estricta necesariedad en una sociedad democrática. Agrega que la exigencia del cumplimiento del principio de proporcionalidad tiene que ajustarse a la revisión de los tres

[145] En el contexto interamericano véase CorteIDH. Caso Yatama *vs*. Nicaragua. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 206 y ss.

[146] Piovesan, F., *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo, 2012.

[147] OEA/PNUD, La Democracia de Ciudadanía. Una Agenda para la Construcción de Ciudadanía en América Latina, 2009. Disponible en: *http://www.enlaceacademico.org/uploads/media/La_democracia_de_ciudadania.pdf*.

[148] CorteIDH. Caso López Mendoza *vs*. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 1o. de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 108.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

principios como son adecuación o conformidad de los medios a los fines, necesidad o intervención mínima y al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.[149]

Las normas electorales confrontan el dilema de satisfacer fines plurales como son facilitar la representación popular, favorecer la gobernabilidad y la estabilidad del gobierno, y permitir una adecuada y equilibrada representación, que exige un margen de libertad estatal en la elección de esos fines y de los medios para su consecución.[150] Por ello, los órganos jurisdiccionales de derechos humanos europeo[151] e interamericano[152] coinciden en que el Estado puede ponderar diversos fines y medios en el diseño del sistema electoral, siempre que sean legítimos y se encuentren justificados en una sociedad democrática.

Como quedó expuesto, la CADH en su artículo 23.2 establece expresamente la posibilidad-necesidad de regulación de los derechos políticos.[153] La CorteIDH sujeta la aplicación de las restricciones al cumplimiento del test de razonabilidad,[154] exigiendo que la medida se ajuste a las reglas de legalidad, necesidad y proporcionalidad y garantice el contenido esencial del derecho.[155]

Un caso vinculado al tema electoral es Leopoldo López Mendoza *versus* Venezuela,[156] pues la CorteIDH consideró que el Estado violó los artículos

[149] *Cfr*. Nogueira Alcalá, H., "Informe pericial caso López Mendoza *vs*. Venezuela", *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 1, 2011, pp. 339-362.

[150] García Roca, J., "Del compromiso internacional de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos", en García Roca y Santolaya (eds.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2009, p. 913.

[151] El TEDH inicialmente se limitó a reproducir el carácter institucional de la literalidad del derecho a las elecciones libres del artículo 3 del Protocolo 1 y posteriormente fue ampliando el alcance de este derecho a las elecciones. Entre la amplia jurisprudencia, *Cfr*. TEDH, Sentencia del 2 de marzo de 1987; TEDH, Sentencia del 6 de abril de 2000, Labita *vs*. Italia; Mathieu-Mohin y Clerfayt *vs*. Bélgica Sentencia del 19 de octubre de 2004, Melnitchenko *vs*. Ucrania; TEDH, Sentencia del 15 de junio de 2006, Lykourezos *vs*. Grecia.

[152] Sobre el test de razonabilidad, la Corte se pronunció desde su OC "*La Colegiación Obligatoria de los periodistas*" y Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

[153] González, W., "El Derecho al sufragio: análisis comparado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en von Bogdandy *et al*., *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito* público, São Paulo, 2013, pp. 533-554.

[154] CorteIDH. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

[155] CorteIDH. Caso Yatama *vs*. Nicaragua. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

[156] El caso versó sobre la compatibilidad o no de las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo y la consiguiente imposibilidad de que registrara su candidatura para cargos de elección popular y su incompati-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

23.1.b y 23.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Leopoldo López Mendoza. En efecto, el Contralor general de República Bolivariana de Venezuela, inhabilitó al señor Leopoldo López para el ejercicio de cargos públicos por incurrir en faltas administrativas contra la Hacienda Pública. La CorteIDH se pronuncia en el sentido de que la sanción administrativa no es causa justificada de restricción del derecho al sufragio pasivo, porque no cumple los elementos previstos en el párrafo 2 del artículo 23, no es impuesta por un juez competente, no se dicta en el marco de un proceso penal y por lo tanto no constituye una condena. La CorteIDH señala que los procedimientos administrativos seguidos contra el demandante vulneraron el derecho de defensa e incumplieron la garantía de tutela judicial del sufragio pasivo, lo que provocó la aplicación automática de la sanción.

De conformidad con la jurisprudencia europea la CorteIDH admite que las normas pueden contemplar un ámbito de discrecionalidad, lo que no es incompatible con el grado de previsibilidad que deben cumplir, siempre que pueda ser ejercido con claridad y supere el *test de previsibilidad de la norma*.[157] En este caso la norma no supera el test porque la de falta determinación de un plazo para la imposición de la sanción afecta el principio de seguridad jurídica y provoca que sea arbitraria. El sentido del artículo 23.2 de la CADH es que nadie puede ser privado o suspendido de su derecho político al sufragio, en sus modalidades de derecho activo y pasivo, sino es producto de un pronunciamiento judicial en el que se hayan salvaguardado todas las garantías.[158]

En el caso Leopoldo López *versus* Venezuela, el juez Diego García Sayán en su voto concurrente razonado expresó: "Los derechos políticos y su ejercicio propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político". Como lo ha dicho la Corte Interamericana, "[l]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte", y constituye "un «principio» reafirmado por los Estados americanos en la

bilidad con la Convención Americana. *Cfr.* CorteIDH. Caso López Mendoza *vs.* Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 1o. de septiembre de 2011. Serie C No. 233.

[157] La norma debe ser: 1) adecuadamente accesible, 2) suficientemente precisa, y 3) previsible. Este último implica el cumplimiento del "test de pervisibilidad", el cual contempla tres criterios para determinar si una norma es suficientemente previsible: 1) el contexto de la norma bajo análisis, 2) el ámbito de aplicación para el que fue creado la norma, y 3) el estatus de las personas a quien está dirigida la norma.

[158] *Amicus curiae* brief filed by: Human Rights Foundation, Inter-American Court of Human Rights, Case No. 12.668, Leopoldo López Mendoza *vs.* The Bolivarian Republic of Venezuela.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano". En el Sistema Interamericano la relación entre derechos humanos, democracia representativa y los derechos políticos en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana. En este instrumento interamericano se estipuló que entre otros elementos esenciales de la democracia representativa se encuentran el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho así como la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo.[159]

En el mismo caso Leopoldo López *versus* Venezuela el juez Eduardo Vio Grossi, con fundamento en el artículo 27 de la Convención de Viena, indica que la buena fe "importa partir del supuesto de que los Estados partes de la Convención efectivamente quisieron celebrarla y, en la especie, incluir en ella el artículo 23.2", razón por la cual la sentencia lo que hace es "descubrir o escudriñar" lo convenido por los Estados como creadores de la norma, "estimado que esa voluntad conlleva, conforme al principio *pacta sunt servanda*, la obligación de cumplir lo pactado, incluso con preeminencia de lo que dispongan sus respectivos derechos nacionales o internos". Eduardo Vio Grossi insiste en el *objeto y fin* de la CADH para subrayar que, siendo "el debido respeto y resguardo de los derechos humanos al que los Estados partes se han comprometido, no puede sino concluirse de que lo que pretende con su artículo 23.2 es, por lo tanto, que se restrinjan o reglamenten lo menos posible los derechos y oportunidades consagrados en su artículo 23.1, entre ellos, el derecho a ser elegido o derecho de sufragio pasivo".[160]

La CorteIDH reitera la relevancia de la garantía convencional relativa al derecho a elegir y ser elegido, consolidando este estándar del *ius constitutionale commune* democrático.

c. Independencia del Poder Judicial

Siguiendo el estudio de la CDI y la CADH como instrumentos regulatorio del régimen de protección de la democracia, reitero que la CDI ubica dentro de los elementos esenciales de la democracia "la separación e independencia de los poderes públicos" (artículo 3). Por su parte, conforme al

[159] Voto concurrente razonado del juez Diego García-Sayán, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - caso López Mendoza *vs*. Venezuela, del 1o. de septiembre de 2011, párr. 26.

[160] Voto concurrente del juez Eduardo Vio Grossi, Sentencia de la CorteIDH. Caso López Mendoza *vs*. Venezuela. Sentencia del 1o. de septiembre de 2011, párrs. 1 y 4.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

artículo 8.1 de la CADH referido a las garantías judiciales, "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley".

Un precedente de características singulares en la región lo representó el caso del Tribunal Constitucional contra Perú (2001),[161] porque se trató de la destitución de jueces en el periodo fujimorista,[162] y la Corte reconoció necesario asegurar la independencia de cualquier juez en un Estado de derecho, especialmente en tribunales constitucionales, lo que demanda: *a)* un adecuado proceso de nombramiento, *b)* un mandato con plazo cierto y *c)* garantías contra presiones externas.

Sin embargo, los rasgos focales del desarrollo jurisprudencial por parte de la CorteIDH en cuanto a la independencia del Poder Judicial pueden sintetizarse a partir del caso paradigmático Chocrón Chocrón *versus* Venezuela,[163] en el que se hace hincapié en los estándares sobre el alcance de las garantías judiciales y la protección judicial efectiva para los jueces. El órgano supranacional ha precisado que dicha independencia es "esencial para el ejercicio de la función judicial"[164] y "constituye uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos",[165] a fin de evitar que "el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por

[161] CorteIDH. Caso Aguirre Roca y otros *vs*. Perú (Caso del Tribunal Constitucional). Sentencia del 31 de enero de 2001.

[162] La carencia de independencia judicial y el llamado "acoso" del ejecutivo sobre los órganos de justicia se puso de manifiesto en la época del régimen de Fujimori bajo el pretexto "medidas" y "reformas" aparentando una lucha contra la corrupción y condujeron, entre otros, a la destitución de tres Magistrados del Tribunal Constitucional por la mayoría parlamentaria. El control se realizó a través de la denominada Comisión Ejecutiva del Poder Judicial y de la designación generalizadas y mayoritaria de jueces provisionales, todo lo que con el retorno a la democracia se demostró con los "vladivideos", "llamadas telefónicas", etcétera. *Cfr. Presunción fundada: pruebas que comprometen a Fujimori*, Human Rights Watch, vol. 17, núm. 6 (B), Perú, 2005, pp. 5 y ss.

[163] CorteIDH. Caso Chocrón Chocrón *vs*. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1o. de julio de 2011. Serie C No. 227.

[164] CorteIDH. Caso Reverón Trujillo *vs*. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 67. También manifestó este criterio en el Caso Palamara Iribarne *vs*. Chile. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 145.

[165] CorteIDH. Caso del Tribunal Constitucional *vs*. Perú. Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C No. 74, párr. 73 y CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") *vs*. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 55.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación".[166] Derivadas de la independencia judicial se enuncian una serie de derechos como un adecuado proceso de nombramiento,[167] la inamovilidad en el cargo[168] y la garantía contra presiones externas. Apoya su criterio en los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura[169] y en jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.[170]

Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos Pelayo analizan, entre las características particulares que se generan de la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, el tema de la estabilidad e inamovilidad de los jueces. Basan su análisis en las decisiones de la CorteIDH en los tres casos relativos a la destitución y no reincorporación de jueces en Venezuela desde 2009, ya que su común denominador está dado por el hecho "de enmarcarse directa o indirectamente en el procedimiento de reestructuración del Poder Judicial en ese país iniciado en 1999". El Tribunal de San José se ha pronunciado en los *Casos Apitz Barbera y otros*[171] y *Reverón Trujillo* de 2009 contra Venezuela,[172] así como *Chocrón Chocrón* en el 2011.[173]

Destacan el aporte de la CorteIDH al encontrar

[166] CorteIDH. Caso Reverón Trujillo *vs*. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 67.

[167] CorteIDH. Caso del Tribunal Constitucional *vs*. Perú. Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C No. 74, párr. 75.

[168] CorteIDH. Caso Reverón Trujillo *vs*. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de junio de 2009. Serie C No. 197 párr. 70.

[169] CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs*. Chile. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 156. Ver también Principios 2, 3 y 4 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

[170] ECHR, Case of Campbell and Fell *vs*. the United Kingdom, Judgment of 28 June 1984, Series A No. 80, párr. 78; ECHR Case of Langborger *vs*. Sweden, Judgment of 22 January 1989, Series A No. 155, párr. 32.

[171] CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") *vs*. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

[172] CorteIDH. Caso Reverón Trujillo *vs.* Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.

[173] CorteIDH. Caso Chocrón Chocrón *vs.* Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1o. de julio de 2011. Serie C No. 227.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

> …violaciones concretas al deber de adoptar medidas de derecho interno por parte del Estado venezolano por distintos motivos, que van desde la omisión legislativa para expedir las normas que tienen la finalidad de regular el procedimiento de reestructuración del Poder Judicial, hasta la ausencia de garantías de inamovilidad que deben estar previstas y hechas efectivas en la práctica para que los jueces puedan ejercer su función jurisdiccional de forma independiente.

En este rubro se toman en cuenta tres garantías como son la inamovilidad, la independencia en sentido estricto y el mínimo de estabilidad.

Garantía de la inamovilidad

Respecto a Apitz Barbera y otros ex jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de Venezuela, destituidos en virtud de que supuestamente habían incurrido en un error judicial inexcusable, la CorteIDH en su sentencia del 5 de agosto de 2008, estableció que el Estado "no garantizó el derecho de los magistrados destituidos a ser juzgados por un tribunal imparcial" y además que

> ...el propio Poder Judicial venezolano ha condenado la omisión legislativa en la adopción del Código de Ética, lo cual ha influido en el presente caso, puesto que las víctimas fueron juzgadas por un órgano excepcional que no tiene una estabilidad definida y cuyos miembros pueden ser nombrados o removidos sin procedimientos previamente establecidos y a la sola discreción del TSJ.[174]

En este proceso, aunque no quedó demostrado que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (CFRSJ) haya actuado presionada por el Ejecutivo para destituir a los ex jueces, el Tribunal concluye que, debido a la libre remoción de los miembros de la CFRSJ, no existieron las debidas garantías para asegurar que las presiones que se realizaban sobre la Corte Primera no influenciaran las decisiones del órgano disciplinario.[175]

La garantía de la inamovilidad y la independencia del Poder Judicial están consideradas en los principios Básicos de las Naciones Unidas Relati-

[174] CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") *vs*. Venezuela. Sentencia del 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182 y CorteIDH. Caso Reverón Trujillo *vs*. Venezuela. Sentencia del 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.

[175] CorteIDH. Caso Reverón Trujillo *vs*. Venezuela. Sentencia del 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 147.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

vos a la Independencia de la Judicatura[176] y es jurisprudencia reiterada tanto de la Corte Interamericana como de la Corte Europea.[177] La Comisión Interamericana destaca por su lado la importancia de los mecanismos de designación de los jueces, la estabilidad en su cargo y la capacitación profesional como garantías necesarias para asegurar el cumplimiento adecuado e independiente de las funciones judiciales.[178]

Para la Corte la inamovilidad es una de las garantías básicas de la independencia judicial que el Estado está obligado a brindar a jueces titulares y provisorios por igual.[179] En el caso que nos ocupa, el Tribunal Interamericano observó además que los jueces provisorios eran nombrados discrecionalmente por el Estado, es decir, sin la realización de concursos públicos de oposición, y muchos de éstos habían sido titularizados a través del "Programa Especial para la Regularización de la Titularidad".[180] Esto quiere decir que las plazas correspondientes habían sido provistas sin que las personas que no formaban parte del Poder Judicial hubiesen tenido oportunidad de competir con los jueces provisorios para acceder a esas plazas, lo cual excluía de entrada a aquellos jueces destituidos previamente. La CorteIDH también encontró que a pesar de que a través del Programa Especial para la Regularización de la Titularidad se adelantan evaluaciones de idoneidad, este procedimiento otorgaba, en opinión de la Corte, estabilidad laboral a quienes fueron inicialmente nombrados con absoluta discrecionalidad ya que el Programa Especial de Regularización no podía equipararse a un concurso de oposición.[181]

En el marco de esta investigación es interesante resaltar que en el Caso *Apitz Barbera y otros* vs. *Venezuela*, el representante de los afectados alegó que

[176] Casos citados: CorteIDH. Tribunal Constitucional *vs*. Perú. Sentencia del 31 de enero de 2001, párr. 75; CorteIDH. Palamara Iribarne *vs*. Chile. Sentencia del 22 de noviembre de 2005, párr. 156, y CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros *vs*. Venezuela, párr. 138. Principio 12 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura.

[177] CorteIDH. Caso del Tribunal Constitucional *vs*. Perú. Sentencia d 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 75; CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs*. Chile. Sentencia d 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 156. CEDH. Case of Campbell and Fell *v.* the United Kingdom, Judgment of 28 June 1984, Series A No. 80, párr. 78; Case of Langborger *v.* Sweden, Judgment of 22 January 1989, Series A No. 155, para. 32. Principio 10 de los Principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura.

[178] CorteIDH. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. 22 de octubre de 2002, párr. 229.

[179] CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros *vs*. Venezuela, párrs. 75-79 y 114.

[180] *Ibidem*, párrs. 43, 244.

[181] *Ibidem*, párrs. 43, 244.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

el Estado había violado los derechos que derivan de la forma democrática representativa de gobierno (artículo 29 [c] de la Convención) y de la Carta Democrática Interamericana en relación con lo dispuesto por el artículo 29 [d] de la Convención. La CorteIDH, en su decisión, citó el argumento del representante que vale la pena transcribir:

> …la Carta Democrática Interamericana "no es una simple declaración política, desprovista de valor jurídico, sino que es el reflejo del Derecho preexistente". Agregó que en dicho instrumento "los Estados han asumido obligaciones internacionales que no pueden ser irrelevantes para el ejercicio de los derechos humanos". Según el representante, la lectura conjunta de estos artículos permite deducir un "derecho a la democracia" que en este caso se relaciona con "el ejercicio del poder de conformidad con el Estado de Derecho, la separación de poderes y la independencia del [P]oder [J]udicial". En este sentido, alegó que "la violación de los derechos de los peticionarios es […] una consecuencia del debilitamiento de la democracia y de la falta de independencia de los poderes públicos en Venezuela", toda vez que responde a "a injerencia del Poder Ejecutivo, directamente a través del presidente de la República, en las funciones constitucionales del Poder Judicial". La Comisión no alegó violación de estos artículos, pero sí anunció su "utilización […] como pauta interpretativa" El Estado no presentó alegatos sobre este punto."[182]

El Tribunal de San José al decidir no consideró procedente la alegada violación del artículo 29.c) y 29.d) de la Convención Americana en relación con el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana, ya que, según su criterio, los problemas interpretativos del caso se habían analizado a la luz de los artículos 8 y 25 de la Convención.[183]

Garantía de la independencia judicial en sentido estricto

El *Caso Reverón* se refiere a la destitución arbitraria del cargo de juez que la señora Reverón Trujillo ocupaba en febrero de 2002. La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia al decidir el recurso interpuesto por la prenombrada señora Reverón, decretó en 2004 la nulidad del acto de destitución por considerar que no estuvo ajustado a derecho, sin ordenar su restitución, ni el pago de los salarios y beneficios sociales dejados

[182] *Ibidem,* párr. 216; CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros ("corte primera de lo contencioso administrativo") *vs*. Venezuela. Sentencia del 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 216.

[183] CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros *vs*. Venezuela, párr. 223.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

de percibir. El Tribunal Interamericano consideró que el Estado violó el artículo 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, puesto que, en primer lugar, el recurso al cual tuvo acceso la señora Reverón Trujillo no brindó las reparaciones adecuadas, no obstante haber resultado a su favor en términos declarativos. En segundo lugar, porque no existía motivo justificado para no reincorporar a la señora Reverón Trujillo al cargo judicial que ocupaba y saldarle los salarios dejados de percibir. En consecuencia, el recurso intentado no resultó *efectivo* por incapaz de remediar, en forma integral, la violación a sus derechos.[184]

El mismo patrón de destitución arbitraria se sigue en el caso *Chocrón Chocrón* vs. *Venezuela* de 2011.[185] La Corte consideró que el Estado incumplió tanto con su deber de motivar la decisión que dejó sin efecto el nombramiento de la señora Chocrón Chocrón como jueza temporal, como con su obligación de permitir una defensa adecuada, vulnerando las garantías establecidas en el artículo 8.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.[186] El Tribunal Interamericano notó que la reestructuración del Poder Judicial en Venezuela a través de la creación de los tribunales disciplinarios previstos para tal efecto, no se había materializado al dictar sentencia, a pesar de que la Constitución de ese país estableció que la legislación referida al Sistema Judicial debía ser aprobada dentro del primer año luego de la instalación de la Asamblea Constituyente.[187]

Garantía de un mínimo de estabilidad

Para la CorteIDH resultó especialmente importante el hecho de que diversos pronunciamientos de la Comisión Judicial y del Tribunal Supremo de Justicia habían defendido el criterio de libre remoción de los jueces provisorios y temporales, a pesar de que este tipo de jueces deben contar con un mínimo de estabilidad.[188]

Así, la CorteIDH determinó que la inexistencia de normas y prácticas claras sobre la vigencia plena de garantías judiciales en la remoción de jueces provisorios y temporales, por sus consecuencias específicas en el caso concreto, generaban una afectación al deber de adoptar medidas idóneas y

[184] CorteIDH. Caso Reverón Trujillo *vs.* Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 2.

[185] CorteIDH. Caso Chocrón Chocrón *vs.* Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1o. de julio de 2011. Serie C No. 227.

[186] *Ibidem*, párr. 141.

[187] *Ibidem*, párr. 56.

[188] *Ibidem*, párr. 142.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

efectivas para garantizar la independencia judicial, lo cual trajo como consecuencia el incumplimiento del artículo 2 en relación con los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana.[189]

B. *Protección de los componentes fundamentales del ejercicio democrático*

La evolución de la construcción del *ius constitutionale commune* para garantizar el respeto por los derechos sociales como uno de los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia (artículo 4), única categoría a analizar en este apartado, abarca diversas etapas. La CADH estipula sólo una norma sobre los derechos sociales (DESC) y durante las fases iniciales estos derechos se protegieron por la vía de la conexidad con otros derechos. Más adelante la CorteIDH, como ya he mencionado, dicta sentencias para proteger a grupos vulnerables que han estado sometidos a patrones de desigualdad estructural y exclusión. Esta es la ruta que se detallará en las siguientes líneas.

Mucho se ha debatido acerca de que los niveles de garantías de los derechos sociales no adolecen "de una especie de inexistente alergia a su defensa jurídica".[190] Sin embargo, hay una limitación natural proveniente del tenor literal de la CADH, ya que es evidente la "austeridad" con la que se regula el régimen de los derechos sociales. Sólo contempla una disposición sobre la aplicación progresiva de los derechos sociales (artículo 26), sumado a que el Protocolo de San Salvador, relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, prevé el sistema de peticiones individuales exclusivamente para los derechos a la educación y a la libertad sindical (artículo 19.6).

Como se desprende de la ampliación de la agenda de la jurisprudencia garantista de la democracia en sentido material, hay abundantes pronunciamientos del Tribunal de San José atinentes a dar respuesta a las violaciones de la democracia por incumplir el respeto de los derechos sociales como lo dispone la CDI en su artículo 4, componente fundamental para el ejercicio democrático.

En la jurisprudencia se ha acudido a una interpretación evolutiva para desarrollar la jurisprudencia tuitiva de los DESC, aplicando la conexión con los derechos civiles y políticos, la llamada protección indirecta de los

[189] *Ibidem*, párr. 142.

[190] En la doctrina española, se ha advertido que nada hay en la estructura de los derechos sociales o de prestación que impida considerarlos auténticos derechos: Escobar Roca, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Madrid, 2005, pp. 58 y ss. En la doctrina latinoamericana, entre múltiples estudios, *Cfr*. Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, 2002, p. 20.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

DESC.[191] A la luz de una interpretación dinámica de la Convención Americana como un instrumento vivo,[192] el Tribunal de San José afirma que el derecho a la vida no puede ser concebido restrictivamente, sino, por el contrario, contiene tanto una dimensión negativa —el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente— así como la dimensión positiva —medidas estatales positivas apropiadas para la protección del derecho a la vida digna—. En este contexto es constatable un cambio de paradigma desarrollado por la CorteIDH acerca de la protección de grupos vulnerables, pues han pasado de ignorados a protagonistas, de significativo impacto en la región más desigual del mundo.[193] Antônio Cançado Trindade y Alirio Abreu Burelli, ex jueces de la CorteIDH, señalan que "las necesidades de protección de los «más débiles» requieren en definitiva una interpretación del derecho a la vida de modo que comprenda las condiciones mínimas de una vida digna".[194]

Paradigmático por ejemplo es el caso Ximenes Lopes *vs.* Brasil,[195] en el que la Corte no se pronuncia directamente sobre la violación de los DESC, pero deja sentado una doctrina sobre el contenido del derecho a la salud, insertando su protección y efectividad en el contexto de las obligaciones *erga omnes* (inclusiva de obligaciones derivadas de las relaciones inter-individuales),[196] destacando que existe un deber de cuidar y un deber de

[191] Aguilar Cavallo, G., "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos sociales", en von Bogdandy *et al*. (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, México, 2011.

[192] Corte Interamericana. Villagrán Morales *et al vs*. Guatemala (Caso Niños de la Calle). Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

[193] Entre tantas fuentes, *Cfr*. Panorama social y la hora de la igualdad de la Cepal, Mundo Indígena, CELS y ONGs de derechos humanos.

[194] Voto concurrente conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli en el Caso de los "Niños de la Calle" [Villagrán Morales y otros], Sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párr. 7.

[195] CorteIDH. Caso Ximenes Lopes *vs*. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

[196] "La Corte, además, ha establecido que la responsabilidad estatal también puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Las obligaciones *erga omnes* que tienen los Estados de respetar y garantizar las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los derechos, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales". CorteIDH. Caso Ximenes Lopes *vs*. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 85, p. 27.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

regular, de los cuales emanan, por supuesto, obligaciones positivas para el Estado.

Básicamente las decisiones de protección de los DESC están imbuidas de la idea de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. En materia de derecho a la salud, la Corte se ha pronunciado en el caso Anzualdo Castro *vs.* Perú sobre el deber del Estado en cuanto a su gratuidad, inmediatez, adecuación y efectividad, así como amplitud a la cobertura de medicamentos.[197] Ha invocado no sólo el derecho a la vida, sino también la protección al derecho a la integridad personal, como en el caso Albán Cornejo y otros *vs*. Ecuador, referente a la supuesta negligencia médica en hospital privado. Contra Perú se han decidido casos paradigmáticos en materia de DESC: en el caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)[198], que versó sobre el despido arbitrario de 257 trabajadores, la Corte protegió el derecho al trabajo por la vía de la violación al debido proceso legal y protección judicial; en el caso "Cinco Pensionistas",[199] relativo a la modificación del régimen de pensiones en Perú, la Corte condenó al Estado con fundamento en la violación al derecho de propiedad privada y no con base en la violación al derecho de seguridad social y en el caso Huilca Tecse[200] invocó la libertad sindical. En el caso Acevedo Buendía y otros contra Perú,[201] se marca un nuevo hito con una sentencia "de principio" (*arrêt de principe*),[202] pues la Corte llenó de contenido a la cláusula de progresividad para asegurar su justiciabilidad.

Otra ampliación característica de la expansión del derecho a la vida se manifiesta en el "derecho a crear y desarrollar un proyecto de vida". Esta interpretación ha establecido un importante horizonte para la protección

[197] Véase igualmente CorteIDH. Caso Anzualdo Castro *vs*. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 203, p. 63.

[198] Corte Interamericana. Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs*. Perú. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

[199] Corte Interamericana. Caso Cinco Pensionistas *vs*. Perú. Sentencia del 28 febrero de 2003. Serie C No. 98.

[200] CorteIDH. Huilca Tecse *vs*. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121; CorteIDH. Cantoral Huamaní y García Santa Cruz *vs*. Perú. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 10 de julio de 2007. Serie C No. 167.

[201] CorteIDH. Acevedo Buendía y otros *vs*. Perú. Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 1o. de julio de 2009. Serie C No. 198.

[202] Burgorgue-Larsen, L., "La metamorfosis del trato de los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la corte interamericana de los derechos humanos. Los avances del asunto Acevedo Buendía *vs*. Perú", en von Bogdandy *et al*. (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, México, 2011.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

de los derechos sociales.[203] En diversos casos del contexto suramericano, la Corte ha considerado el proyecto de vida en materia de reparaciones de modo singular. Por ejemplo en el caso Valle Jaramillo y otros *vs.* Colombia fijó que en la relación con el daño al proyecto de vida y la alteración a sus condiciones de existencia que se gestione una beca que se ofrezca en Colombia para un curso y estudio en la rama, oficio y temática que la[s] víctimas deseen estudiar.[204] Además respecto al derecho a la salud, específicamente la atención médica y psicológica y debido tratamiento de medicamentos, dispuso que el Estado brinde dicha atención gratuitamente y de forma inmediata, adecuada y efectiva a través de sus instituciones de salud especializadas.[205]

Luego de esbozadas estas directrices se hace indispensable ratificar que, bajo el enfoque sostenido en esta investigación, la efectivización de los derechos sociales tiene una preeminencia en la agenda del ejercicio democrático en la región, debido precisamente a la desigualdad y exclusión social que la caracteriza, como se perfiló desde la introducción como uno de los rasgos que dibujan el vaso medio vacío de la democracia. La contrapartida es la inclusión, entendida como uno de los conceptos claves del *ius constitutionale commune*.[206]

a. Reiterando la justiciabilidad de los DESC

En efecto, el artículo 26 de la Convención establece que:

[203] Entre la abundante bibliografía, Cançado Trindade, A., "A Justiciabilida de dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano internacional", *Presente y futuro de los derechos humanos: ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, San José, 1998; García Ramírez, S., "Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales", *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 9, 2003; Rossi, J. y Abramovich, V., "La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en Martín *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, 2004. En perspectiva comparada, Langford, M., *Social Rights Jurisprudence, Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, 2009.

[204] CorteIDH. Caso Valle Jaramillo y otros *vs*. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 227, pp. 67-68.

[205] CorteIDH. Caso Valle Jaramillo y otros *vs*. Colombia. Serie C No. 192, párr. 238, p. 69.

[206] Particularmente desde el proyecto del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público. *Cfr*. von Bogdandy *et al* (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, México, 2011; von Bogdandy, A., "Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea", en González Pérez y Valadés (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, 2013, pp. 57 y s.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

> Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Se encuentran diversas críticas relativas no sólo a la formulación de la disposición en concreto, sino también por las diversas posturas respecto al tema general de la justiciabilidad de los derechos sociales (DESC). En cuanto a la norma, se argumenta que puede considerarse superflua y débil, en el entendido de que la protección de los DESC encuentra fundamento en la Carta de la OEA y en la DADH.[207] Ciertamente, el régimen jurídico interamericano en materia de DESC se configura por la Carta de la OEA, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador así como los instrumentos *soft law* y la propia jurisprudencia interamericana, que se explicará más adelante. Como bien se afirmó desde 1993, "la democracia, la estabilidad y la paz no pueden sobrevivir mucho tiempo en condiciones de miseria crónica, desposeimiento y abandono".[208]

En relación al debate más general sobre la justiciabilidad de los DESC, antes identificados como derechos programáticos,[209] hoy la mayor parte de los autores afirman su justiciabilidad, independientemente de la escueta formulación del artículo 26 de la CADH. Tomarse en serio los derechos sociales fundamentales, en la expresión de Roberto Gargarella, ha significado prestar atención a los "tiempos sociales" y atender asuntos sensibles a cuestiones básicas de justicia. Los DESC generan sistemáticamente numerosos "mitos".[210] No obstante, en el ámbito latinoamericano se ha elaborado una sólida argumentación dogmático-jurídica para pasar del paradigma de la no justiciabilidad al nuevo paradigma de su plena exigibilidad como derechos capaces de ser reclamados por vía judicial, del mismo modo que los

[207] Gros Espiell, H., "La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l'homme: analyse comparative", *RCADI*, vol. 218, 1989, p. 291.

[208] ONU, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, doc. A/CONF.157/PC/62/Add.5, 26 de marzo de 1993.

[209] Rodríguez Rescia, V., *Los derechos económicos sociales y culturales en el marco del sistema interamericano: mecanismos para su protección*, San José, 2004, p. 1.

[210] Mejía R., "Cinco mitos sobre los DESC", *Revista CEJIL*, núm. 3, septiembre de 2007, pp. 58-69.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

derechos civiles y políticos. Como afirma Flávia Piovesan, es equivocada y simplista la visión que clasifica a los derechos en función de las prestaciones positivas y negativas en cabeza del Estado, imputando a los DESC las primeras y a los derechos civiles y políticos una mera abstención estatal.[211]

Entre los planteamientos básicos se citan la inconsistencia del argumento relativo al mayor coste económico de los derechos sociales y la carencia de validez de la distinción binaria entre derechos que comportarían una obligación de intervención (sociales) y derechos que conllevarían una obligación de abstención (civiles). Por el contrario, el disfrute de los derechos civiles y políticos acarrea un coste nada desdeñable.[212] Los derechos económicos, sociales y culturales, como todos los demás derechos humanos, imponen una serie de obligaciones (tanto positivas como negativas) a los Estados y que los tribunales y otros órganos jurisdiccionales pueden determinar, caso por caso, si los derechos han sido violados, ya sea por la acción del Estado, la inacción o una combinación de ambos. Se reconoce la influencia de la doctrina internacionalista en este cambio de paradigma originario de una categorización ternaria extensible a todos los derechos y que implica una obligación de proteger, de respetar y de realizar.[213]

Un sector de la doctrina ha puesto de relieve la regulación de la progresividad, destacando su convergencia con la normativa internacional y que el artículo 26 de la CADH es el equivalente del principio de progresividad y no regresividad del Pacto Internacional sobre DESC, aunque no debe tenerse como una base jurídica justiciable.[214] El Pacto Internacional contempla la posibilidad del monitoreo vía informes periódicos y el Comité ha precisado la naturaleza y la extensión de las obligaciones de los Estados. En el ámbito interamericano le correspondería al juez decidir con base en el principio de no discriminación o extraer todas las consecuencias de la obligación de adoptar las medidas precisas.

La (re) construcción normativa del régimen normativo común en materia de derechos sociales no está determinada por el contenido literal de la Convención. Por el contrario, factores contextuales determinan el llamado

[211] Piovesan, F., "Protección de los derechos sociales. Retos de un *ius commune* para Sudamérica", *Construcción y papel de los derechos fundamentales*, México, 2011, p. 353.

[212] González Martín, N. y Chávez Sánchez, O., *Dos temas torales para los derechos humanos: acciones positivas y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, México, 2008.

[213] Por ejemplo, ya Van Hoof, F., "The legal nature of economic, social and cultural rights: A rebuttal of some traditional views", Alston y Tomasevski (eds.), *The Right to Food*, Utrecht, 1984, p. 97.

[214] Comentario de Laurence Burgorgue-Larsen sobre el caso Acevedo Buendía, p. 3.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

"constitucionalismo de la pobreza"[215] en la región suramericana, vinculado a la necesidad de superar los grandes niveles de desigualdad material. En lo concerniente al contexto[216] y tomando en cuenta la historia poscolonial, parece insoslayable vincular la construcción de la democracia no sólo a la superación de dictaduras militares, sino también superar el legado de desigualdad y pobreza.[217]

El cambio del paradigma y de la agenda respecto a los DESC viene marcado por una doble corriente doctrinaria y jurisdiccional: en primer lugar, enmarcar hechos particulares en patrones estructurales de discriminación y violencia contra grupos o sectores sociales vulnerables (léase mujeres, niños, pueblos indígenas, migrantes, personas con discapacidad física/mental, personas privadas de libertad, entre otros), y, en segundo lugar, utilizar la interpretación del principio de igualdad en clave social para trascender el alcance tradicional limitado a los derechos civiles y políticos establecidos en la Convención Americana. El instrumentario interamericano siempre va de la mano con el internacional y por ello se inscribe en el espíritu que ha movido a la Asamblea General de las Naciones Unidas a adoptar el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que pretende llenar el vacío respecto a la inexistencia de procedimientos efectivos de protección internacional de los derechos consagrados en este instrumento.[218]

La ruta interamericana viene determinada esencialmente por la creación de estándares jurisprudenciales. Tal como se viene sosteniendo, los pronunciamientos del Tribunal de San José se han ocupado, particularmente, de proteger los DESC de los grupos vulnerables (migrantes, personas privadas de libertad, mujeres, pueblos indígenas, entre otros.) Se limitará el

[215] Cifuentes Muñoz, E., "El constitucionalismo de la pobreza", *Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 4, núm. 2, 1995, pp. 53-78.

[216] Rodolfo Arango simboliza la diferencia contextual con Europa con la metáfora de madre e hija: Europa aprendió a lo largo de su historia a ser democrática y construyó una comunidad solidaria gracias a las luchas políticas y sociales en pos de la libertad y en contra de regímenes absolutistas y totalitarios. Latinoamérica, pese a ser hija de Europa, ha venido construyendo su conciencia común bajo un desafío diferente al de la falta de libertad. Arango Rivadaneira, R., "Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia. Aporte a la construcción de un *ius constitutionale commune* en Latinoamérica", *Construcción y papel de los derechos fundamentales*, México, 2011.

[217] Los estudios empíricos demuestran que al día de hoy, todavía en Latinoamérica hay 184 millones de pobres y 68 millones de indigentes (Panorama Social, CEPAL, 2011). Según los datos de los objetivos del milenio persiste la desigualdad porque 10% más rico acapara el 40% de los ingresos totales (Banco Mundial).

[218] Courtis, C., *Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Bogotá, 2008.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

examen de la jurisprudencia sobre los pueblos indígenas por guardar esta una triple relación con el objeto de esta obra. Primero, porque pone de manifiesto la protección pionera de la CorteIDH por configurar el *ius constitutionale commune* en materia de grupos vulnerables. Segundo, porque evidencia uno de los caracteres de los Estados suramericanos en cuanto a su multiculturalidad, aunque muestre distintos matices. Tercero, esta jurisprudencia remarca la estrecha relación entre condiciones de existencia digna, igualdad y participación, puntos centrales del principio democrático.

b. Protegiendo los DESC de los grupos vulnerables: los pueblos indígenas

La CorteIDH ha sido pionera en su jurisprudencia garantista de los derechos de los pueblos indígenas desde su *leading case* Mayagna Awas Tingni *vs*. Nicaragua (2001).[219] Desde ese entonces hasta ahora la evolución jurisprudencial se orienta por el postulado de la protección de este grupo desde su especial situación de vulnerabilidad y bajo el entendido de su necesaria garantía para la consolidación democrática. En esta dirección, al conocer la CorteIDH del caso reciente (2012) relativo al otorgamiento por parte de Ecuador de un permiso a una empresa petrolera privada para realizar actividades de exploración y explotación petrolera en territorio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, se pronunció sobre la Carta Democrática Americana. Citó específicamente el artículo 9 que dispone que "la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas […], contribuy[e] al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana".[220] Éste es el enfoque asumido en esta investigación.

La vulnerabilidad como principio rector de la jurisprudencia supranacional interamericana respecto a las comunidades indígenas, basada en la relevancia del derecho a la vida, a la subsistencia tanto física como cultural, a la integridad personal tanto de los miembros individualmente considerados como del grupo y a su propia existencia como grupo, étnica y culturalmente diferenciado, representa un valioso legado de garantía de la demo-

[219] CorteIDH. Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community *vs*. Nicaragua. Sentencia del 31 de agosto 2001, Serie C No. 79.

[220] CorteIDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs*. Ecuador. Sentencia del 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 299.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

cracia y puede catalogarse como uno de los acervos de mayor impacto del *ius commune* tuitivo de los derechos de las comunidades indígenas.[221]

Referido a los pueblos indígenas, que en toda Latinoamérica representan un 10% de la población según la estadística de 2010,[222] se observa la paradoja entre normatividad y praxis: 9 de las 10 Constituciones de los países analizados regulan los derechos de los pueblos indígenas, todos han suscrito el Convenio 169 de la OIT y todos han votado a favor de la Declaración del los Derechos de los Pueblos Indígenas, pero los casos de violación de sus derechos son notorios, como lo demuestra la destrucción ambiental y social de la Amazonía ecuatoriana que involucra a la empresa Chevron-Texaco, el plan para construir una carretera transoceánica a través de un territorio indígena boliviano o las exigencias expuestas en Brasil en los trabajos preparativos de Río+20 para la inclusión de la cultura como cuarto pilar del desarrollo sostenible.[223]

Al centrarnos en este estudio en diez países suramericanos, se ejemplificará este desarrollo garantista de las comunidades indígenas como grupos históricamente vulnerables[224] con los casos paradigmáticos contra Paraguay. La CorteIDH ratifica la amplia dimensión del derecho fundamental a la vida,[225] su concepción sobre la propiedad comunal[226] y la preservación de la propia identidad cultural de los pueblos indígenas.[227] Todo ello sirve de marco para la salvaguarda de los DESC de este grupo vulnerable.

[221] Aguilar Cavallo, G., "¿Emergencia de un derecho constitucional común? El caso de los pueblos indígenas (Parte I)", *Revista Derecho del Estado*, núm. 25, diciembre de 2010, pp. 41-83, pp. 47 y ss.

[222] En América Latina los pueblos indígenas tienen una gran diversidad, representan un 10% de la población general, pero con porcentajes diferentes de país a país (en Bolivia constituyen la mayoría de la población, en Venezuela el 2%) y la mayoría de las comunidades indígenas viven en pobreza. C*fr*. El mundo indígena 2010, IWGIA, Copenhagen, 2010, disponible en la siguiente dirección electrónica: *http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0281_MI_10.pdf*.

[223] *Cfr*. Mikkelsen, C., *El Mundo Indígena 2012*, Copenhagen, 2012, pp. 116-207.

[224] Burgorgue-Larsen, L. y Ùbeda de Torres, A., *Les Grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruselas, 2008.

[225] *LeadingCcase* "Niños de la Calle". *Cfr*. CorteIDH. Caso Villagrán Morales y Otros *vs*. Guatemala. Fondo. Sentencia del 19 noviembre de 1999. Serie C No. 63.

[226] El *leading case* la Comunidad Awas Tingni. *Cfr*. CorteIDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs*. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

[227] En el punto 13 del voto razonado del juez Cançado Trindade en el caso Comunidad Yakye Axa se cita "Uno no puede vivir en un constante desarraigo y abandono. El ser humano tiene necesidad espiritual de raíces. Los miembros de comunidades tradicionales valoran particularmente sus tierras, que consideran que a ellos pertenece, así como, al revés, ellos

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

La vida y la propiedad de los pueblos indígenas en la sociedad democrática

En primera instancia hay que partir de la protección del derecho a la vida. La CorteIDH afirma que "es fundamental en la Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. Al no respetarse el derecho a la vida, todos los demás derechos desaparecen, puesto que se extingue su titular. En razón de este carácter fundamental, no son admisibles enfoques restrictivos al derecho a la vida. En esencia, este derecho comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna".[228] Formando parte del derecho a la vida regulado en el artículo 4 de la CADH, la CorteIDH sostiene la obligación del Estado de garantizar asistencia médica sanitaria así como el acceso a la alimentación, porque de lo contrario incurre en violación del mencionado artículo 4. Según la CDI, se contribuye al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana cuando se elimina "toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas" (artículo 9, CDI).

En el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, la Corte asegura el derecho de los pueblos indígenas a medidas específicas que garanticen el acceso a los servicios de salud, pero adecuados a su perspectiva cultural, incluyendo cuidados preventivos, prácticas curativas y medicinas tradicionales. De modo igualmente vinculado con los rasgos propios de este grupo vulnerable, el órgano jurisdiccional determina la dimensión colectiva que para los pueblos indígenas tiene la salud y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra ejerce un efecto perjudicial sobre la salud de estas poblaciones.

La CorteIDH de modo reiterado vincula la salvaguarda de los derechos de las comunidades indígenas en torno al concepto de propiedad colectiva. Clarifica que "la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra

"pertenecen" a sus tierras. En este caso, la entrega definitiva de las tierras a los miembros de la Comunidad Yakye Axa es una forma necesaria de reparación, que además protege y preserva su propia identidad cultural y, en última instancia, su derecho fundamental a la vida lato sensu.". *Cfr*. voto razonado del juez Cançado Trindade, Comunidad Indígena Yakye Axa *vs*. Paraguay. Sentencia del 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142.

[228] CorteIDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa *vs*. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 161, p. 88.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras".[229] El "elemento de la conservación sobre la simple explotación de los recursos naturales. Su forma comunal de propiedad mucho más amplia que la concepción civilista (iusprivatista)… La preocupación por el elemento de la conservación refleja una manifestación cultural de la integración del ser humano con la naturaleza y el mundo en que vive. Esta integración, creemos, se proyecta tanto en el espacio como en el tiempo, por cuanto nos relacionamos, en el espacio, con el sistema natural de que somos parte y que debemos tratar con cuidado, y, en el tiempo, con otras generaciones (las pasadas y las futuras).[230]

Avanzando en la interpretación amplia del concepto de propiedad contenido en el artículo 21 de la CADH, en el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, el Tribunal de San José señala que "los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta "no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad". Según el Tribunal de San José, "desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas".[231] Los linderos de esta concepción abarcan

> 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tra-

[229] CorteIDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa *vs*. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 131, p. 79. En el voto razonado del juez Cançado Trindade se cita "Las generaciones futuras comienzan a atraer la atención de la doctrina contemporánea del derecho internacional". *Cfr*. Kiss, A. C., "La notion de patrimoine commun de l'humanité", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, núm. 175, 1982, pp. 109-253; Brown Weiss, E., *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, Tokyo, 1989, pp. 1-351; Symonides, J. (ed.), *Human Rights: New Dimensions and Challenges*, París, 1998, pp. 1-153.

[230] *Cfr*. voto razonado del juez Cançado Trindade. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs*. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

[231] CorteIDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs*. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 120, p. 70.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

> dicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas.[232]

El respeto a la identidad cultural de los pueblos indígenas

El Tribunal de San José propugna una concepción que asocia la propiedad sobre la tierra con la garantía de conservación del patrimonio cultural de los miembros de las comunidades indígenas.[233] Atendiendo también a los desarrollos del derecho internacional, especialmente la tríada de las significativas Convenciones de la Unesco, conformada por la Convención de 1972 sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, la Convención de 2003 para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, y la Convención de 2005 sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de Expresiones Culturales, la CorteIDH advierte que

> [l]as afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia.[234]

De modo placativo Antônio Cançado Trindade pone de relieve que esta jurisprudencia tuitiva se inscribe en la línea de la "*humanización* del derecho internacional, y la conformación de un nuevo *ius gentium* en este inicio del siglo XXI, de un derecho internacional para la humanidad".[235] La CorteIDH

[232] CorteIDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs*. Paraguay. Serie C No. 146, parr. 128, p. 71.

[233] CorteIDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa *vs*. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 146, p. 82.

[234] CorteIDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa *vs*. Paraguay. Serie C No. 125, párr. 167, p. 90.

[235] Cançado Trindade, A., "General Course on Public International Law – International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 2005, cap. XIII.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

apuesta por el reforzamiento de la identidad cultural bajo un enfoque antihomogeneizador.[236] Se argumenta que no es posible el desarraigo, dada la necesidad espiritual del ser humano por sus raíces.

> Los miembros de comunidades tradicionales valoran particularmente sus tierras, que consideran que a ellos pertenece, así como, al revés, ellos "pertenecen" a sus tierras. En el presente caso, la entrega definitiva de las tierras a los miembros de la Comunidad Yakye Axa es una forma necesaria de reparación, que además protege y preserva su propia identidad cultural y, en última instancia, su derecho fundamental a la vida *lato sensu*.[237] Reconstruyendo la universalidad de los derechos a partir del relativismo cultural, la ingeniosa Corte se apoya en la especificidad de las características económicas, sociales y culturales de los pueblos indígenas, en sus usos, costumbres y tradiciones, en la necesidad de salvaguardarlos y prescribe un propio derecho indígena.[238]

La Corte expresó que

> [l]a cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.[239]

Responder a la "marginalización": las medidas positivas y los DESC de los pueblos indígenas

Mención aparte es ineludible respecto al más reciente caso contra Paraguay, referido a la Comunidad Indígena Xákmok Kásek,[240] porque además

[236] Los Estados nacionales se formaron bajo el prisma de la homogeneidad. Para un estudio exhaustivo sobre la nueva normatividad indígena, las reivindicaciones multiculturales y las resistencias homogeneizadoras, *Cfr*. Giraudo, L. (ed.), *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América latina contemporánea*, Madrid, 2008.

[237] Voto razonado del juez Antônio Cançado Trindade en el caso de la comunidad Yakye Axa *vs*. Paraguay. Serie C No. 125, párr. 13.

[238] Burgorgue-Larsen, L. y Ùbeda de Torres, A., *Les Grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruselas, 2008, p. 72.

[239] CorteIDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa *vs*. Paraguay. Serie C No. 125, párr. 135, p. 79.

[240] CorteIDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek *vs*. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

de reiterar que los elementos incorporales que se desprenden de la propiedad comunal indígena deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana y que los Estados deben brindar las prestaciones básicas en materia de acceso y calidad de agua, alimentación, servicios de salud y educación para proteger el derecho a una vida digna de un determinado grupo de personas en condiciones de especial vulnerabilidad (riesgo especial, real e inmediato),[241] la Corte se pronuncia sobre la marginalización. La Corte estableció que se evidencia una discriminación *de facto* en contra de un determinado grupo de personas, cuando son marginalizados en el goce de sus derechos, sin que se adopten las medidas positivas necesarias para revertir tal exclusión. Hay una falta de recursos adecuados y efectivos que protejan los derechos de los indígenas; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a dichos miembros, en especial, alimentación, agua, salud y educación; y a la prevalencia de una visión de la propiedad que otorga mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas, desconociéndose, con ello, su identidad cultural y amenazando su subsistencia física.[242]

Agrega el Tribunal de San José, al tratar el tema de la educación que, conforme a los estándares internacionales, los Estados tienen el deber de garantizar la accesibilidad a educación básica gratuita y la sostenibilidad de la misma[243]. En particular, cuando se trata de satisfacer el derecho a la educación básica en el seno de comunidades indígenas, el Estado debe propiciar dicho derecho con una perspectiva etno-educativa[244]. Lo anterior implica adoptar medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable desde una perspectiva étnica diferenciada.[245] Sin duda, en el caso de la situación de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek se dejó claro que está estrechamente vinculada a la falta de sus tierras. Y la Corte asevera: "En efecto, la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y auto-sostenibilidad de sus miembros, de acuerdo a sus tradiciones ancestrales, los lleva a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales,

[241] CorteIDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek *vs*. Paraguay, párrs. 194-217.

[242] *Ibidem*, párr. 271.

[243] Véase artículo 13.3a del Protocolo de San Salvador, sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, que indica que "la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente".

[244] *Cfr*. Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, artículo 27.1.

[245] *Cfr*. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU, Observación General No. 13, 8 de diciembre de 1999, E/C.12/1999/10, párr. 50.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

sino en la miseria". Un aporte concreto para avanzar en el *ius constitutionale commune* democrático en la región suramericana.

C. *Rasgos comunes en la protección*

¿Cómo comprender el alcance de esta protección? En este espacio de los derechos humanos, el arraigo o no de la cultura jurídica representa un factor decisivo para avanzar en la internacionalización o para resistirse a ella.[246] Por esta razón, la incorporación de los estándares del derecho internacional en la cotidianeidad ciudadana ha logrado concretización en virtud de dos premisas características del contexto suramericano: el enfoque de complementariedad entre los distintos sistemas de protección de derechos humanos y el impulso de la sociedad civil y del litigio estratégico para encauzar las políticas públicas domésticas en materia de la efectivización de tales sistemas de protección.

En cuanto a la complementariedad apunta Flávia Piovesan que

> …los sistemas global y regional no son dicotómicos, sino complementarios. Inspirados por los valores y principios de la Declaración Universal, componen el universo instrumental de protección de los derechos humanos, en el plano internacional. Bajo esta óptica, los diversos sistemas de protección de derechos humanos interaccionan en beneficio de los individuos protegidos. Al adoptar el valor de la primacía de la persona humana, estos sistemas se complementan, sumándose al sistema nacional de protección, a fin de proporcionar la mayor efectividad posible en la tutela y promoción de los derechos fundamentales. Esta es incluso la lógica y premisas propias del Derecho de los Derechos Humanos.[247]

Desde 1948, el Preámbulo de la DADH se perfiló por afirmar que la estipulación de los derechos esenciales del hombre allí contenida está *unida* a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados. Del mismo tenor es el pronunciamiento del Preámbulo de la CADH al reconocer "que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la

[246] García Ramírez, S., Reseña a la obra "La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México" de Caballero Ochoa, J., en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 18, núm. 128, mayo-agosto de 2010, pp. 959-968, pp. 960 y ss.

[247] Piovesan, F., "Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional", en de Mesquita Benevides *et al*. (coords.), *Direitos Humanos, Democracia e República*, São Paulo, 2009, pp. 460 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". Han sido los propios que han expresado su voluntad de configurar al sistema de modo coadyuvante, como herramienta eficaz para garantizar la efectiva protección de los derechos, por cuanto existe la expectativa de que la incorporación del derecho internacional aumenta los niveles de efectividad del derecho interno.[248]

El sistema interamericano le ofrece a las víctimas la posibilidad de acudir a él cuando sus derechos han sido vulnerados y el propio Estado no ha brindado la protección ni garantías a nivel nacional. En el marco de este entendimiento se argumenta que los órganos de protección, en particular la CorteIDH, intervienen "porque un Estado no cumple, y por lo tanto no debe considerarse una intromisión sino un complemento o corrección de aquellos sistemas legales domésticos que, de cumplir, no harían factible ni necesaria la intervención".[249] Dicha intervención, hasta de modo masivo en las estructuras fundamentales del derecho interno, no está libre de tensiones.[250] Héctor Fix-Zamudio considera que el control complementario externo se ha revelado como un instrumento idóneo y deseable para impulsar la garantía eficaz de los derechos humanos.[251] Se afirma que el control complementario permite la fijación de estándares comunes para que los jueces nacionales los utilicen como parámetros de interpretación, originando una mayor cobertura de la vigencia de los derechos mediante el diálogo interjudicial.[252]

En este sentido se interpreta que las decisiones de la CorteIDH repercuten en el "fortalecimiento de la vitalidad democrática de autoridades na-

[248] Vereshchetin, V. S., "New Constitutions and the Old Problem of the Relationship between International Law and National Law", *European Journal of International Law*, vol. 1, 1996, pp. 2 y ss.

[249] Contesse Singh, J., "Constitucionalismo interamericano: algunas notas sobre las dinámicas de creación e internalización de los derechos humanos", en Rodriguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, 2011, pp. 252.

[250] *Cfr.* Herdegen, M., "La internacionalización del orden constitucional", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Uruguay, 2010, p. 75.

[251] Fix-Zamudio, H., "Relaciones entre los tribunales constitucionales latinoamericanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Corzo Sosa (ed.), *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, México, 2009, pp. 599-695, p. 670.

[252] Del Toro Huerta, M. I., "El diálogo interjudicial entre las jurisdicciones constitucionales y los tribunales internacionales de derechos humanos. Especial referencia al sistema interamericano", en Corzo Sosa (ed.), *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, México, 2009, pp. 531-575, p. 537.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

cionales, en el reforzamiento de la capacidad institucional al interior de los Estados, y, en particular, de los tribunales".[253] Incluso se advierte que si la tutela del ser humano es la decisión fundamental primordial en las Constituciones nacionales y en los textos internacionales, los dilemas se diluyen y la coincidencia surge sin generar conflictos.[254]

El otro rasgo que caracteriza la incorporación de los estándares del derecho internacional en la cotidianidad ciudadana es el activismo transnacional y la participación de la sociedad civil. En la construcción simultánea y convergente de los órdenes nacionales y supranacionales originario del *ius constitutionale commune* ha jugado un papel fundamental la sociedad civil.[255] Se ha constatado el fenómeno de "refuerzo normativo" entre el derecho internacional de los derechos humanos y los órdenes constitucionales domésticos, gracias en gran medida a las ONGs por la "espiral normativa virtuosa" descrita por Laurence Helfer.[256] En la doctrina se explica esta espiral en función de las figuras de las "cascadas normativas" de armonización de los órdenes nacional e internacional así como de la "rutinización" de la aplicación de estándares internacionales.[257]

En el Sur incluso ha ocurrido un cambio de paradigma. El círculo o espiral comenzó con la presión de los movimientos de derechos humanos en las esferas global y nacional, que como audiencia interesada en la promoción de los derechos humanos, asumió una actuación en *pro* de la adopción formal de los instrumentos tuitivos en el orden internacional y que, en un

[253] Discurso del presidente de la CorteIDH, juez Diego García-Sayán, ante la XLI Asamblea General de Estados Americanos, San Salvador, 7 de junio de 2011.

[254] Informe del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Asamblea General de la OEA, Sergio García Ramírez, Panamá, 6 de junio de 2007, p. 3. Disponible en: *http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garcia_06_06_07.pdf*.

[255] Ciertas contribuciones específicas en el marco interamericano, Cardoso, E., *Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos*, Belo Horizonte, 2012 (Coleção Fórum Direitos Humanos, 4), p. 96; Tramontana, E., "La participación de las ONG en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: avances, desafíos y perspectivas", en von Bogdandy *et al*. (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un* ius cosntitucionale commune *en América Latina?*, Mexico, 2010, t. II, pp. 533-556; Araújo Prado, F., "Dos Direitos Humanos e as Organizações nãogovernamentais: casamento marcado?", en Oliveira (coord.), *O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos: Interface com o direito constitucional contemporâneo*, Belo Horizonte, 2007, pp. 205-228, especialmente pp. 220-222.

[256] Helfer, L. R., "Overlegalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash Against Human Rights Regimes", *Columbia Law Review*, vol. 102, 2002, pp. 1832-1911, p. 1832.

[257] López-Medina, D. E. y Sánchez Mejía, A. L., "La armonización del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho penal colombiano", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 12, edición especial 2008, pp. 317-352, p. 322.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

segundo paso, aparejó la regulación interna para facilitar la aplicación de los tratados internacionales por los operadores del sistema judicial en los casos concretos, cumpliéndose las obligaciones convencionales. La justiciabilidad mediante tal rutinización gracias al florecimiento y espacios ganados por el llamado "Tercer sector", implicó, sin embargo, un cambio de tácticas para enfrentar la violencia endémica y hacerlo contra un enemigo más difuso en las nuevas democracias,[258] reflejado en los casos expuestos a lo largo de esta investigación.

Como bien afirma Martín Abregú, las ONG de derechos humanos han sido actores claves en los procesos de consolidación democrática suramericana, primeramente reclamando las violaciones masivas y sistemáticas de las dictaduras y procurando para las víctimas lograr verdad y justicia en las transiciones post-dictatoriales, así como mediante la extensión de la nueva agenda hacia los temas de la lucha contra la pobreza y la corrupción, metamorfosis que ha estado acompañada de la "oficialización" por parte de los Estados, cuyos gobiernos pasaron de enemigos declarados de los derechos humanos a la promoción y defensa de estos derechos, aunque sea fundamentalmente retórica.[259]

El litigio estrátegico ha atendido los casos del contexto dictatorial, los de la transición democrática y los del periodo de las democracias relativamente estables con temas emergentes.[260] El empoderamiento en la esfera pública de los grupos anteriormente invisibilizados ha sido posible, en gran medida, por el activismo legal transnacional y los movimientos sociales en la región. De allí que en Suramérica mantienen lugar prioritario en la agenda de derechos humanos temas de memoria, verdad y justicia junto a la construcción de indicadores de progreso en materia de DESC, discriminación, racismo y xenofobia o la protección de los de las personas con discapacidad, por citar algunas áreas.[261]

[258] El-Chichini Poppovic, M. y Nader Conectas, L. "Derechos humanos: la construcción de una organización internacional desde/en el sur", *SUR*, vol. 8, núm. 15, 2011, pp. 165-189, p. 167.

[259] Abregú, M., "Derechos humanos para todos: de la lucha contra el autoritarismo a la construcción de una democracia inclusiva - una mirada desde la Región Andina y el Cono Sur", *SUR*, São Paulo. Disponible en: *http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo8.php?artigo=8,artigo_abregu.htm*.

[260] Para una visión general, *Cfr.* Cardoso, E. L. C., *Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos*, Belo Horizonte, 2012. Ejemplo de ello es el Caso Karen Atala que dio lugar a la primera sentencia por discriminación por orientación sexual y que fue llevado por la academia y la sociedad civil.

[261] Véase el Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos del Mercosur, organización regional conformada por representantes de la sociedad civil de Argentina, Brasil,

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Ambos elementos, complementariedad y participación de la sociedad civil, están presentes en la evolución de esta protección de la democracia y los derechos humanos, incluida la dimensión social como factores claves de la construcción del *ius constitutionale commune*.

III. Mecanismos de protección de la democracia

En la OEA y sus Estados miembros, la promoción del régimen del sistema interamericano democrático representa un conjunto de disposiciones regionales con diferentes grados de juridización y jurisdiccionalización así como diversas velocidades en cuanto a su consolidación. Sin embargo, no se trata de un régimen relativo solamente a la promoción de la democracia, sino fundamentalmente destinado a su protección. La construcción de este régimen garantista ha implicado adoptar normas que condicionan y reflejan la existencia soberana de significados y prácticas, además de los métodos para instrumentar la llamada diplomacia multilateral pro-democracia y, paralelamente, desarrollar estándares convergentes con la noción de democracia recogida en los textos normativos, pero por la vía del órgano jurisdiccional supranacional.

Por una parte, examino el mecanismo de condicionalidad *stricto sensu* regulado en la CDI, buscando precisar los criterios jurídicos que indican una violación grave para justificar o desencadenar acciones por parte del Consejo Permanente y/o la Asamblea General. Se sistematizan, *grosso modo*, los parámetros de la condicionalidad democrática. Por otra parte, entendiendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la institución judicial autónoma de la OEA cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la CADH y de "otros" instrumentos, se estudia el novedoso acervo jurisprudencial en su interconexión con los valores de la CDI y se esbozan posibilidades de diálogo.

1. *Mecanismo político*

Pareciera inherente y consustancial a la naturaleza *sui generis* del subcontinente moverse entre paradojas, complejidades y hasta incongruencias. Si bien existe una discursiva sobre la democracia como el régimen de gobierno con mayor aceptación por parte de la ciudadanía, los tonos no obstante, son

Paraguay y Uruguay que funciona desde el año 2004 para monitorear e incidir en las políticas públicas de derechos humanos. Véase *www.observatoriomercosur.org.uy*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

diversos y arrojan una policromía en cuanto a su caracterización concreta en el subcontinente. El consenso democrático de comienzos de la primera década del milenio ha cambiado vertiginosamente, (re) inventándose la democracia participativa en lugar de la democracia representativa o intentando combinarlas. Los recientes acontecimientos pueden poner en entredicho el futuro del régimen de protección supranacional, no sólo como requisito de membresía para participar en los nuevos y existentes foros multilaterales de la región, sino también para aplicar el mecanismo de sanción en casos de repetidas muestras de la reincidencia autoritaria por parte de algunos Estados miembros, a pesar de las disposiciones de la Carta Democrática Americana e invocarla en supuestos de amenazas a la institucionalidad democrática.[262] Mi propósito es delinear el alcance del principio democrático, más allá de la democracia de origen (democracia electoral) y revisar su estreno en Venezuela en 2002.

A. *La protección colectiva según la CDI*

De conformidad con los artículos 17 al 22 de la CDI, la Carta permite tomar medidas incluso en aquellos casos en los que las instituciones democráticas queden debilitadas, aun sin llegar a una caída forzosa del gobierno. El punto clave está en establecer los límites de la protección supranacional en el marco de los mecanismos previstos en la CDI, para algunos considerados muy ambiguos.[263] Aportar una aproximación a los criterios que dibujan el escenario en cada caso es indispensable como paso previo a la propia sistematización de los parámetros aplicables vía creación jurisprudencial.

Según el artículo 17 de la CDI, "cuando el gobierno de un Estado miembro" considere que está en riesgo su proceso político institucional democrático o su legítimo ejercicio del poder, podrá recurrir al secretario general o al Consejo Permanente a fin de solicitar asistencia para el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática". El artículo 18 ratifica que "con el consentimiento previo del gobierno afectado" y cuando en un Estado miembro se produzcan situaciones que pudieran afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder…". Por su parte el artículo 19 hace alusión a la "ruptura del orden democrático o una alteración del orden constitucional que afecte

[262] La Organización de Estados Americanos no se ha mostrado capaz para responder adecuadamente en varias ocasiones en Ecuador o Venezuela.

[263] *Cfr*. Nikken Bellshaw-Hógg, P. y Ayala Corao, C., *Defensa colectiva de la democracia: definiciones y mecanismos*, Lima, 2006.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

gravemente el orden democrático en un Estado Miembro", y el artículo 20 contempla que "En caso de que en un Estado Miembro se produzca una alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático...". En el marco del cuestionamiento sobre el alcance de esta preservación han tenido lugar intensos debates jurídicos. Según el último Informe del Comité Jurídico Interamericano, las tres principales «limitaciones» de la CDI se manifiestan en *a)* la carencia de precisión en los criterios para definir cuándo y en qué medida se han alterado las instituciones democráticas de un país, cuando la OEA se enfrenta a una situación de alteración o de interrupción inconstitucional del orden democrático y cuando hay una crisis; *b)* la tensión obvia entre el principio de no intervención y la posibilidad de proteger la democracia a través de mecanismos colectivos; *c)* los problemas de acceso para aquellos que intentan beneficiarse de los mecanismos de la Carta.[264]

Pedro Nikken[265] sistematiza los supuestos en una tabla que brinda una visión de conjunto para clarificarlos. Es útil advertir que las siglas SG y CP se refieren al secretario general y al Consejo Permanente, respectivamente:

CDI	Hecho Fundante: Escala de crisis	Procedimiento: Escala de decisiones y gestiones	Alternativas: Escala de escenarios Resultantes
Artículo 17	Riesgo para el proceso institucional democrático. Amenaza a los artículos 3 y/o 4 de la CDI. Originadas en factores sociales o políticos distintos del gobierno *stricto sensu*. Fuera de control por el gobierno legítimo.	*Iniciativa*: el gobierno afectado. *Acciones:* no previstas expresamente. Flexibilidad dentro de alternativas diplomáticas.	Superación de la crisis: se termina la acción colectiva. Agravamiento de la crisis y falta de cooperación del gobierno: estancamiento. Agravamiento de la crisis a pesar de la cooperación del gobierno: posible aplicación del artículo 18.

[264] Informe CJI/RES. 160.

[265] Nikken, P., "Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana", *Revista IIDH*, San José, 2006, pp. 46 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Artículo 18	Un grave riesgo: situaciones que pudieran afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder. Pueden provenir de la frustración de las acciones bajo el artículo 17. No debe haberse materializado "alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático" (Artículo 19) o una "ruptura del orden democrático" (Art. 20).	*Iniciativa:* SG o CP con el consentimiento del Estado afectado. Acciones: (a) Primera etapa: visitas u otras acciones. (b) Segunda etapa: Informe del SG al CP que toma decisiones dirigidas a la preservación de la institucionalidad democrática y su fortalecimiento. Mayoría absoluta. No se requiere formalmente consentimiento del gobierno afectado; pero su eficacia requiere aceptación.	Superación de la crisis: se termina la acción colectiva. Ineficiencia de medidas del CP: estancamiento. Agravamiento de crisis: posible aplicación del artículo 20.
Artículo 20	Crisis actual: alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático. Grave violación de la Constitución que implique infracciones de artículos 3 y/o 4 de CDI. No debe haberse materializado una *ruptura del orden constitucional* (artículo 20).	*Iniciativa:* SG o CP sin necesidad de consentimiento del Estado interesado. Sin embargo, su cooperación es necesaria para las acciones. Acciones: Primera etapa: CP aprecia la situación y emprende acciones diplomáticas. Segunda etapa: AG Extr. Que adopta las decisiones que estime apropiadas, incluyendo gestiones diplomáticas	Superación de la crisis: se termina la acción colectiva. Ineficiencia de gestión diplomática: continuación estancamiento. Agravamiento de la crisis ruptura del orden democrático artículo 21.
Artículo 21	Crisis actual: Ruptura del orden democrático. La ruptura puede no ser total. Basta que sea esencial. Graves violaciones del artículo 3 y, eventualmente, del artículo 4. Fracaso de gestiones diplomáticas.	Iniciativa: AG Extr., convocada por CP. Acciones: Suspensión de la OEA con voto de 2/3 de Miembros. Gestiones diplomáticas durante suspensión.	Si no se logra mayoría de 2/3 estancamiento + gestiones diplomáticas. Suspensión + gestiones diplomáticas. Superada la crisis: levantamiento de suspensión por AG con votos de 2/3 de miembros.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

a. Premisa: gravedad de la ruptura democrática

La defensa colectiva de la democracia en las Américas siguió un sistema de respuesta diplomática ante las crisis políticas, procurando primeramente el arreglo pacífico de las controversias mediante negociación, investigación, mediación, conciliación, antes de acudir a adoptar sanciones. El trasfondo subyacente al preverse un mecanismo de defensa colectiva era logar un enfoque de "una talla que le sirve a todos".[266]

Técnicamente hablando, existe una gradualidad entre las situaciones que pudieran afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder, la ruptura del orden democrático o una alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático. Sin embargo, independientemente de la vaguedad de los términos empleados en la cláusula de condicionalidad, la doctrina internacional mayoritaria está de acuerdo en resumir en tres eventos específicos que pueden dar el giro de un Estado hacia la "anti-democracia", como son el golpe de Estado, una situación similar a un golpe de Estado y la erosión de la democracia (a "coup d'état;" a "coup-like situation;" y de "erosion" of democracy).[267]

Determinar con exactitud los criterios que rigen esta graduación es un proceso complejo. El golpe de Estado y la situación semejante al golpe de Estado parecieran más claras y la práctica de la OEA así lo demuestra. En la primera década de vigencia de la CDI, el único caso de golpe militar ocurrido fuera del contexto geográfico suramericano (Honduras) produjo la medida de suspensión de inmediato.[268] Por ello se critica la CDI como una carta antigolpes. Se estimaba que las dictaduras militares formaban parte del pasado,[269] pero siguen como zombies rondando también el subcontinente.

Se suponía que, en contraste con la etapa de la Guerra Fría, los golpes o autogolpes ya no sólo eran inaceptables, sino que también los otros supuestos regulados en la CDI estarían sujetos a la condena internacional y a las diversas formas de intervención previstos en la CDI. Sin embargo, los casos de la denominada *desinstitucionalización* que se están observando en la región,

[266] Cooper A. F. y Legler T. F., *Intervention without intervening*, Basingstoke, 2006; Legler, T., "La Carta Democrática Interamericana: retórica o realidad", en Boniface *et al.* (eds.), *Promoting Democracy in the Americas*, Baltimore, 2007, pp. 113-130.

[267] El-Hage, J., "Should Paraguay be Expelled from the OAS, Mercosur and Unasur?", *Americas Quarterly de la Sociedad de las Américas y el Consejo de las Américas*, 25 de junio de 2012.

[268] Caso de suspensión de Honduras en 2009.

[269] Mähler, A., "Wie autoritär ist Lateinamerika?", *GIGA Focus Lateinamerika*, núm. 8, 2008, pp. 1-8.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

que representan arenas movedizas que oscilan entre democracias aparentemente participativas hasta autocracias electorales,[270] no han generado la misma reacción.

Por el contrario, frente a las "amenazas" a la democracia, las élites políticas y sus representantes diplomáticos optan por la negociación política y las maniobras, en el marco general de esa tendencia hacia las respuestas graduales y flexibles, y menos producto de una lógica estrictamente jurídica. En el contexto suramericano, priva la oscilación entre el (re) surgimiento del principio de la no intervención y el principio de la no indiferencia, instrumentado por la diplomacia brasileña, con base en la hegemonía consensual.[271] Ello complica aún más precisar los linderos jurídicos para aplicar la CDI en casos de erosión de la democracia.

Argumento en esta investigación que la CDI contiene provisiones para ocuparse potencialmente de amenazas golpistas y no golpistas a la democracia,[272] ya que abarca los mecanismos de prevención. "La Carta ha servido como instrumento útil disponible para la OEA en momentos de crisis democrática (…) pero la comunidad internacional está virtualmente inmovilizada siempre que un líder democráticamente elegido gana apoyo público para sus acciones por medios plebiscitarios, sin importar el efecto de estas acciones sobre la calidad o la estabilidad de la democracia".[273] De lo contrario, se dejaría sin efecto el lanzamiento de la CDI para consolidar el régimen más allá de un énfasis minimalista en la defensa contra los golpes de Estado. Sería nugatorio de la CDI y de todo el acervo creado durante los años 1990, periodo en que los miembros de la OEA construyeron un nuevo régimen precisamente para proteger la democracia de las amenazas de retrocesos autoritarios (Protocolo de Cartagena de Indias, 1985), Resolución 1080, el Protocolo de Washington (1992/1997) y la Carta Democrática Interamericana (CID, 2001). Además, esta protección ha sido puesta en práctica en numerosas ocasiones en la propia región suramericana.[274]

[270] Hadenius, A. y Teorell, J., "Pathways from Authoritarianism", *Journal of Democracy*, núm. 1, 2007, pp. 143-156.

[271] Baras, A., *Brasil en Sudamérica: De la indiferencia a la hegemonía*, Madrid, 2008.

[272] Legler, T., "La Carta Democrática Interamericana: retórica o realidad", en Boniface *et al.* (eds.), *Promoting Democracy in the Americas*, pp. 113-130. *Cfr.* En materia de la cláusula democrática Morales Antoniazzi, M., "La ampliación y su condicionalidad democrática en el Mercosur", en Dreyzin y Morales Antoniazzi (eds.), *Ampliación del Mercosur: El caso Venezuela*, Buenos Aires, 2009.

[273] Informe CJI/RES. 160.

[274] Bolivia (2003, 2005, 2008), Ecuador (1997, 2000, 2005), Paraguay (1996, 1999), Perú (1992, 2000) y Venezuela (1992, 2002).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Hay una diversidad de razones que explican la complejidad de la graduación. Las debilidades de la aplicación de los mecanismos abarcan factores jurídicos, identificados en la propia formulación normativa, mientras otros provienen de la praxis. Se trata de un ámbito regido por un policentrismo jurídico, que se expresa en la multiplicidad de fuentes que sirven de parámetros para la interpretación del alcance de los elementos esenciales y componentes fundamentales enumerados en los artículos 3 y 4 de la CDI y que despejarían el panorama en los casos de erosión. Este elemento se solapa con la tendencia dominante de desarticulación entre el SIDH y el sistema de protección de la democracia y pretende vaciarla de su contenido.

b. Elementos procesales para la aplicación de la condicionalidad democrática

La CDI regula, primordialmente, un mecanismo que condiciona la intervención a la invitación del Estado parte, salvo la excepción de un golpe militar. Se afirma en la doctrina que la condicionalidad democrática regula una iniciativa por parte de los Ejecutivos, también conocida como el particular estilo elitista de soberanía: *soberanía ejecutiva*.[275] En la escala prevista en la CDI, el artículo 17 faculta a los Estados para solicitar asistencia en el caso de una amenaza anti-democrática, el artículo 18 establece que el secretario general o el Consejo Permanente requieren el consentimiento previo del Gobierno afectado antes de tomar medidas colectivas pro-democracia. Según lo establecido en los artículos 23 y 25, el monitoreo por parte de la OEA de las elecciones también requiere una invitación formal por parte del Estado miembro. Se cuestiona que el ejercicio de la soberanía democrática se enfoca *ad personen* en la medida en que está protagonizada por los líderes elegidos y responsables a través de elecciones al frente de los "gobiernos", que en Suramérica se reduce al presidente, con las graves implicaciones que genera en la medida de que se trata de regímenes de hiperpresidencialismo.[276]

[275] Cooper, A. F. y Legler, T. F., *Intervention without intervening*, Basingstoke, 2006; Legler, T., "La Carta Democrática Interamericana: retórica o realidad", en Boniface *et al.* (eds.), *Promoting Democracy in the Americas*, pp. 113-130; Comité de Relaciones Internacionales, 2010.

[276] Es grave esta formulación de la CDI, en especial por la llamada democracia delegativa, en la que los presidentes tratan de eludir el Congreso a través del uso de los decretos. En Suramérica se puede encontrar históricos ejemplos de intensos conflictos políticos entre el Ejecutivo y el Legislativo, baste citar el caso del presidente Gutiérrez de Ecuador (2004-2005), o la reciente crisis de Paraguay con el juicio político al presidente Lugo en junio de 2012 es un ejemplo de estas nocivas desestabilizaciones democráticas.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

El método, en la praxis de la diplomacia interamericana, está limitado al protagonismo del jefe de Estado o de gobierno o sus designados o sus representantes diplomáticos para fijar posiciones y podría calificarse con la metáfora del semáforo: la luz verde se enciende cuando los Ejecutivos dan la señal.[277] Conforme al capítulo XVI de la Carta de la OEA, el secretario general de la OEA es responsable ante la Asamblea General en el cumplimiento de todas sus obligaciones y funciones. En el campo concreto de las cláusulas operativas de la condicionalidad democrática, el secretario general, conforme a los artículos 17 y 18 de la CDI, juega un papel relevante en la diplomacia preventiva. Incluso, de acuerdo al artículo 20, el secretario general tiene la competencia de convocar una reunión del Consejo Permanente en el caso de producirse una alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático. El Consejo Permanente es, en última instancia, el órgano autorizado para adoptar las decisiones que estime conveniente. Todos los supuestos quedaron descritos en la sistematización contenida en la tabla supra.

Para adoptar la decisión, debería considerarse el marco normativo integrado por la Carta de la OEA y la DADH, también por el documento fundamental aclaratorio del contenido de la democracia en el SIDH como fue la Declaración de Santiago de 1959 sobre los atributos de la democracia, así como por la CADH y la propia CDI. Para la interpretación de la CADH debe acudirse a la doctrina sentada por el órgano competente para su interpretación, es decir, la CorteIDH, junto a los determinantes aportes de la Comisión IDH (CIDH). Propongo acudir al criterio jurisprudencial, dejando al margen la riqueza del acervo de la CIDH,[278] que no será examinado porque uno de los objetivos principales de este trabajo consiste en identificar estándares que emergen del diálogo jurisdiccional.

c. Documentos relativos al seguimiento de la aplicación de la CDI

Los instrumentos *soft law* han jugado un papel relevante en la construcción de los parámetros de aplicabilidad del mecanismo de protección demo-

[277] Legler, T., "¿Ocaso del régimen interamericano para la promoción de la democracia?", en von Bogdandy *et al.* (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, País Vasco, 2012, pp. 111-134.

[278] El aporte de la CIDH en la defensa de los DDHH es una verdad de perogrullo. Todos los documentos de las ONGs en el marco de la pretendida reforma del SIDH emprendida en la actualidad (2012) insisten en la prioridad de resguardar el "tesoro" del acervo producido en la CIDH. Voces críticas provenientes de la doctrina (Víctor Abramovich Autonomía *vs.* Subsidiariedad), Países de la OEA (Brasil, Colombia, el eje bolivariano).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

crática. Una fuente de interpretación para aplicar el test de la democracia se deriva de la concepción predominante en las resoluciones del Comité Jurídico Interamericano (CJI). Como órgano consultivo de la OEA en asuntos jurídicos de carácter internacional y promotor del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional en la región,[279] ha sido un actor importante en la preparación de resoluciones e informes para dejar sentado que el ejercicio efectivo de la democracia representativa constituye un bien o valor jurídico protegido.[280] Son documentos que apuntan a llenar de contenido el test democrático, entre ellos los relativos al Perfeccionamiento de la Administración de Justicia en las Américas. Protección y Garantías a los Jueces y Abogados en el Ejercicio de sus Funciones;[281] Aspectos Jurídicos de la Interdependencia entre Democracia y Desarrollo Económico y Social;[282] Seguimiento de la Aplicación de la Carta Democrática Interamericana.[283]

El Comité Jurídico Interamericano en su Informe Anual presentado a la Asamblea General en 2010 incorpora un análisis exhaustivo (documental y doctrinario) que, sin duda, debe contribuir a la promoción y fortalecimiento de la democracia en la región, cónsona con los elementos y componentes sustanciales descritos en los artículos 3 y 4 de la CDI y deja al descubierto sus "falencias" actuales. [284] En 2011, luego de una década de vigencia, hay consenso sobre la relevancia de un instrumento como la Carta Democrática Interamericana, aunque puede ser perfectible.

El punto de partida de la concepción amplia de democracia ha sido reiterado en las Resoluciones de la Asamblea General.[285] Las directrices comunes parten de aceptar que el régimen democrático no se agota en los procesos electorales, sino que se expresa también en el ejercicio legítimo del poder dentro del marco del Estado de derecho, que incluye el respeto

[279] Para las competencias del CJI véanse los artículos 53 y 99 al 105 de la Carta de la OEA, el Estatuto (Resolución de la Asamblea General, AG/RES.89 (II-O/72), su Reglamento y las posteriores enmiendas aprobadas por el propio CJI. Disponibles en la página oficial de la OEA.

[280] CJI/RES. I-3/95, CJI/RES. I-2/96, CJI/RES. 17 (LVII-O/00), CJI/RES. 23 (LVIIIO/01), CJI/RES. 32 (LIX-O/01), CJI/RES. 41 (LX-O/02) y CJI/RES. 64 (LXIII--O/03).

[281] CJI/doc.7/99.

[282] CJI/doc.190/05 rev. 3, 20 de marzo de 2006.

[283] CJI/doc.317/09 corr.1.

[284] CJI/doc.317/09 corr.1 Seguimiento de la aplicación de la Carta Democrática Interamericana (presentado por el doctor Jean-Paul Hubert). *Cfr.* también los documentos anteriores CJI/doc.335/09, CJI/doc.332/09 rev.1.

[285] AG/RES. 2154 (XXXV-O/05) y AG/RES. 2251(XXXVI-O/06). OEA/Ser.G, CP/doc.4184/07.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

a los elementos, componentes y atributos de la democracia. Por otra parte, la graduación o categorización dispuesta en la propia CDI establece cuatro tipos: riesgos al proceso político institucional democrático o al legítimo ejercicio del poder (artículo 17 de la CDI); las situaciones que pudieran afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder (artículo 18 de la CDI); la ruptura del orden democrático (artículo 19 y 21 de la CDI), y la alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático (artículo 19 y 20 de la CDI).

La interpretación de estas cuatro categorías debe apreciarse a la luz de la vigencia de los elementos esenciales de la democracia representativa y de los componentes fundamentales del ejercicio de la misma, como enuncia en Comité Jurídico Interamericano. Entre dichos estándares, el tema del ejercicio eficaz y transparente de la función judicial como termómetro del orden democrático, es necesario fortalecer poderes judiciales independientes, provistos de autonomía e integridad, carácter profesional y no partidario y sujetos a un régimen de selección no discriminatorio.[286] En mi opinión, dicha determinación tiene que guiarse por los parámetros que se desprenden de los informes de la CIDH y de los estándares de la Corte IDH.

Esta concepción no se opone al principio de no intervención, sino es consustancial a la defensa de la democracia y los derechos humanos, en función de las obligaciones convencionales asumidas por los países en el libre ejercicio de su propia soberanía.[287] Como derecho político, el derecho a la democracia es entendido como un derecho ciudadano a la existencia de un régimen político en el cual se garanticen los *elementos esenciales y los componentes fundamentales* que enumera la CDI. Aunque es cierto que la mayoría de esos elementos esenciales de la democracia se configuran en las Constituciones como derechos políticos individualizados, como el derecho a ejercer funciones públicas, el derecho al sufragio, o el derecho de asociación en partidos políticos, pero considerados en su conjunto, y destacándose en particular entre ellos el principio de la separación de poderes, se pueden configurar globalmente como integrando un derecho a la democracia, para garantizar

[286] Cotejar todos los lineamientos del CIJ. CJI/RES. I-3/95, CJI/doc.190/05 rev. 3, CJI/doc.317/09 corr. 1, CJI/doc.7/99, disponible en: *http://www.oas.org/dil/esp/XXXVIII_Curso_Derecho_Internacional_descripcion_ curso_Elizabeth_Villalta_carta_democratica_tratado_seguridad.pdf. http://www.oas.org/cji/CJI-RES_160_ LXXV-O-09_esp.pdf*.

[287] El artículo 1o. de la CDI establece que los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. La CDI, recoge el consenso de los Estados sobre este derecho de los pueblos de las Américas. Es de esta postura la asume en el voto concurrente del juez Diego García-Sayán, párrs. 6 y 7. CorteIDH. Yatama *vs*. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

el control efectivo del ejercicio del poder por los gobernantes y, a través de ellos, del Estado.

Sostengo la pertinencia de la permeabilidad. Si en el ámbito político se constatan diferencias entra las élites políticas y el consenso popular sobre los significados y las prácticas de la democracia, que obviamente dificultan la protección de la democracia con base en la condicionalidad supranacional de la CDI, es posible superar estas dificultades acudiendo al acervo jurisprudencial de la CorteIDH, que explica el alcance de la democracia material prevista en la misma CDI y que se materializa en el nivel estatal.

B. *La condicionalidad democrática interamericana aplicada: Caso Venezuela 2002*

La protección supranacional de la democracia en Suramérica en el ámbito interamericano puede ilustrarse mediante la reconstrucción fáctica y normativa del caso venezolano, ya que a partir de la entrada en vigencia de la CDI, fue el primer país en aplicarse el citado instrumento en 2002. Los acontecimientos recibieron distintas calificaciones y el supuesto no encajaba en el patrón "tradicional" de golpe de Estado militar. El hilo conductor del análisis radica en el test de la democracia.

a. Génesis del caso

Los hechos acaecidos en Venezuela en abril de 2002 condujeron a una intervención sin precedentes de la OEA, el Centro Carter y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). En tal virtud, es necesaria una breve exposición de la situación fáctica desde una perspectiva evolutiva que comprende la narración del proceso de alteración del orden democrático en tres fases: la fase previa, esquematizando los factores desencadenantes de la crisis institucional; la fase de efervescencia de la crisis, materializada con la renuncia y restitución del presidente de la República en su cargo, la intervención activa y fracturada de las Fuerzas Armadas, la sociedad civil movilizada, huelgas y paros de amplios sectores del país y el lamentable fallecimiento de 18 personas y un gran número de heridos; y, la fase posterior a la crisis, con la intervención de las instituciones ya mencionadas.[288]

[288] La trayectoria de los hechos puede constatarse en diferentes medios de comunicación, en particular los nacionales como por ejemplo *El Universal*, *El nacional*, *Venezolana de Televisión*, *Radio Caracas de televisión*, *Venevisión*, *Globovisión*, entre otros.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Con la elección del presidente Chávez en 1998 se presagiaba el advenimiento de un ciclo de intensos cambios. En efecto, el polémico proceso constituyente, la nueva Constitución de 1999[289] y la promulgación de 44 leyes por vía gubernativa gracias a la Ley Habilitante de 2000,[290] desencadenaron el primer paro del sector empresarial (Fedecámaras), que exigían la rectificación y modificación de estas leyes. No hubo reacción alguna por parte del Ejecutivo para atender los reclamos expuestos, acrecentándose el escenario de polarización de la sociedad.[291] El 5 de marzo de 2002, diversos grupos de la sociedad firmaron el Primer Pacto de Gobernabilidad para conducir al país hacia una transición sin la participación de las autoridades gubernamentales. Un hecho inédito evidenció la enorme división en el seno del sector militar, caracterizado por alocuciones públicas de oficiales de baja y alta graduación, que se manifestaban contra el rumbo tomado por el gobierno. Paralelamente, la alta gerencia de la principal industria nacional, Petróleos de Venezuela (PDVSA), hizo entrada en el conflicto a raíz de la designación por parte del Ejecutivo Nacional de una nueva Junta Directiva, que no cumplía con los requisitos de la meritocracia y la tradicional metodología y normativa, según sus voceros.[292]

[289] Román Duque Corredor, ex magistrado de la CSJ, afirma que desde el Preámbulo de la Constitución de 1999, Venezuela se compromete con la construcción de un Estado democrático, basada en la forma de un gobierno republicano, electivo, alternativo, responsable, federal, descentralizado, civil y de respeto de las minorías y que garantice los derechos humanos. Véase Duque Corredor, R., *La reforma constitucional y sus límites éticos y políticos*, Conferencia dictada en el Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogados del Estado Sucre, 2007. En relación a la introducción de la democracia participativa, algunas voces afirman una seudoconstitucionalidad paralela Rodríguez García, A., "Participación ciudadana, institucionalidad local y Consejos Comunales en Venezuela", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV*, Caracas, núm. 129, 2007, pp. 144 y ss.

[290] El 11 de noviembre del año 2000 entró en vigencia la segunda Ley Habilitante otorgada al presidente Hugo Chávez Frías, para la aprobación de 44 leyes, en las áreas: Financiera, Económica y Social, Infraestructura, Seguridad Ciudadana, Ciencia y Tecnología y Organización y Funcionamiento del Estado. Siguiendo a O'Donnell, esta legislación por Decreto es anti institucionalizante para la democratización y ratifica alta personalización y concentración del poder en el Ejecutivo. VI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Panel: Democracia en transitoriedad: lo político y lo ético. Venezuela 1998-2001. *Cfr.* Romero Ríos, M. E., *Federalismo y municipalización: la dualidad de la descentralización política.* Disponible en: *http://cdi.mecon.gov.ar/biblio/docelec/clad/cong6/6nov/21/romerrio.pdf*.

[291] La polarización ha sido un fenómeno presente en las sociedades suramericanas en el presente siglo. entre los análisis teóricos, *Cfr.* Flores, M., "Democracia y polarización: ¿(in) compatibilidad?", *V Jornadas: Crisis y derechos humanos*, México, 2010, pp. 97-116.

[292] *Cfr.* Tablante, C., *Venezuela herida: un pacto por la democracia del futuro*, Caracas, 2003.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Justamente el detonante de la crisis de abril de 2002 fue la televisada destitución de parte de la directiva de la Industria en la cadena dominical Aló presidente.[293] El día 9 de abril de 2002, dos días después del referido anuncio, comenzó el segundo paro general en Venezuela, convocado por la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV) y la Federación de Cámaras Empresariales (Fedecámaras), al que se sumó la alta gerencia y los trabajadores de PDVSA, respaldados por organizaciones de la sociedad civil y partidos políticos de la oposición.[294] El gobierno anunciaba insistentemente a través de los medios de comunicación el fracaso de la convocatoria, mientras la Relatoría de Libertad de Expresión de la OEA se pronunció contra el abuso de los medios, tras recibir una denuncia de grupos de derechos humanos y advirtió del contenido del artículo 13 de la CADH así como de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana en Derechos Humanos.[295]

El 10 de abril un general activo de la Guardia Nacional, en abierta desobediencia, se dirige a la opinión pública a través de los canales de televisión y alerta sobre la intención de la autoridad pública de reprimir a los manifestantes frente a las instalaciones de PDVSA e hizo un llamado al *alto mando militar* a no acatar este tipo de instrucción.[296] Al día siguiente, el 11 de abril de 2002, convertido el paro en huelga general indefinida,[297] se produjo una multitudinaria manifestación pacífica, pero, al llegar a las inmediaciones del Palacio Presidencial, quince personas resultaron muertas por impacto de bala y más de un centenar de heridos.[298] Oficiales de alta graduación siguieron la línea de desobediencia ante las supuestas órdenes de poner en práctica el plan de seguridad denominado "Plan Ávila" para enfrentar la

[293] Rincón, O., "De celebrities pero motivadores pero tele-presidentes pero… ¿democracia?", *Los tele-presidentes: cerca del pueblo, lejos de la democracia* [crónicas de 12 presidentes latinoamericanos y sus modos de comunicar], Bogotá, 2008.

[294] Véase en detalles en: Brewer-Carías, A. R., *La crisis de la democracia venezolana, la Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, pp. 61-65, disponible en: *http://www.msinfo.info/default/acienpol/bases/biblo/texto/Brewer/L-1112.pdf*.

[295] Véase *El Nacional*, 10 de abril de 2002, pp. A-1; D-1 y D-2.

[296] Véase *El Nacional*, 11 de abril de 2002, p. D-1; Revista *Primicia*, Edición Especial, 20 de abril de 2002, p. 49. *Cfr.* la cita de esta declaración en la sentencia de la Sala Plena Accidental del Tribunal Supremo de Justicia del 14 de agosto de 2002 (Caso: Antejuicio de mérito a Oficiales de la Fuerza Armada Nacional).

[297] Véase *El Universal*, 11 de abril de 2002, pp. 1-1 y 1-8.

[298] *Cfr.* Comunicado de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) del 15 de abril de 2002, disponible en: *http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2002/15.02.htm*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

marcha.[299] Se desencadenaron una serie de acontecimientos reactivos a favor y en contra del uso represivo de la fuerza pública para restablecer el orden público quebrantado. Se argumentó un trato discriminatorio contra los sectores de oposición.[300] También se argüía que la ciudadanía se declarara en desobediencia según lo estipulado en la Constitución de 1999.[301] El comandante general del Ejército hizo una disculpa pública y llamó a desconocer cualquier orden de reprimir la protesta.

Nunca antes una crisis institucional evolucionó con tanta velocidad como el 12 de abril de 2002. Intentando una apretada síntesis: entre la madrugada del 12 y el 13 se anunciaba la renuncia del presidente a su cargo,[302] se auto juramentaba un presidente interino,[303] que entre otras medidas decretó la suspensión de sus cargos de los diputados principales y suplentes de la Asamblea Nacional, destitución de sus cargos del presidente y demás magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, fiscal general, del Contralor

[299] *Cfr.* Interpelación al General Manuel Rosendo, jefe del CUFAN. Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, Comisión Especial Política que investiga los hechos ocurridos los días 11, 12,1 3 y 14 de abril de 2002, 10-05-2002. Disponible en: *http://www.urru.org/11A/interpelaciones/MR1.htm*.

[300] En el procedimiento de antejuicio de mérito por ante el Tribunal Supremo de Justicia, de La República Bolivariana de Venezuela, se puede leer la declaración del General Carlos Alfonzo Martínez quien expresa, …"resulta ser que detrás de los miembros de la Guardia Nacional habían miembros del otro bando, círculos bolivarianos o los que están estacionados al frente del Palacio de Miraflores y ellos sí ejercían violencia sobre el resto de los manifestantes y vimos como la Guardia Nacional en vez de reprimir a ambos frentes por igual o hacer acciones para separar ambos bandos, solamente se dirigió contra el bando de las personas que venían en forma pacífica...". Magistrado ponente: Franklin Arrieche Gutiérrez. Caracas, 14 de agosto de 2002. Disponible en: *http://www.tsj.gov.ve/decisiones/tplen/agosto/sentencia%20de%20los%20militares.htm*.

[301] La desobediencia estaría prevista en el artículo 68 de la Constitución de 1999 cuando "prohíbe el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones pacíficas" y en el artículo 25 que da derecho a los funcionarios de negarse a ordenar ni ejecutar actos que violen o menoscaben los derechos garantizados en la Constitución, aún cuando estén amparados por órdenes superiores, las cuales en ningún caso le pueden servir de excusa ante la responsabilidad en la cual incurrirían si las cumplen.

[302] El grupo de Río consideró la renuncia del presidente Chávez como un hecho cumplido, así como también la destitución del vicepresidente y de su gabinete, por lo cual no se solicitó su restitución como parte de las acciones necesarias para defender el orden constitucional. *Cfr.* Informe del Secretario General de la OEA, César Gaviria, en cumplimiento de la Resolución CP/RES. 81. Situación en Venezuela. Washington D.C. 18 de Abril de 2002. Disponible en: *http://www.oas.org/xxxiiga/espanol/documentos/informe_venezuela.htm*.

[303] *Cfr.* Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia Sala Plena Accidental de La República Bolivariana de Venezuela, Procedimiento de antejuicio de mérito mediante escrito que presentó el ciudadano Julián Isaías Rodríguez Díaz, Fiscal General de la República, el 24 de mayo de 2002, Caracas, 14-08-2002.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

y del defensor del pueblo y se revertía la situación con la renuncia del presidente autoproclamado, la restitución de los poderes públicos y el juramento como nuevo presidente del vicepresidente de la República. El día 13 de abril el presidente constitucional retomó nuevamente sus funciones.[304]

b. Actuación de la OEA

Partiendo de la duración e intensidad de la crisis, el análisis comprende tres momentos determinantes en función de las tres resoluciones de la organización, a saber Situación en Venezuela, abril de 2002,[305] Apoyo al Proceso de Diálogo en Venezuela, agosto de 2002[306] y Respaldo a la Institucionalidad Democrática en Venezuela y a la Gestión de Facilitación del Secretario General de la OEA, del 16 de diciembre de 2002.[307]

Fase inicial

Gracias a la coincidencia con la reunión del Grupo de Río, celebrada el día 12 de abril de 2002 en San José de Costa Rica, este Grupo dicta la Declaración de los presidentes de los países miembros del Mecanismo Permanente de Consulta y Concertación Política condenando la interrupción del orden constitucional en Venezuela, generada por un proceso de polarización creciente e insta tanto a la OEA a aplicar el artículo 20 de la Carta Democrática, como a la normalización de la institucionalidad democrática en el marco de la CDI y a dar los pasos necesarios para la realización de elecciones claras y transparentes, en consonancia con los mecanismos previstos por la Constitución venezolana.[308]

El día 13 de abril de 2002 la OEA, teniendo en cuenta la gravedad de lo ocurrido en Venezuela, aprueba la Resolución no. 811 mediante la cual condena los hechos y califica la situación como una alteración del orden constitucional, que da lugar a la aplicación de los mecanismos previstos en el artículo 20 de la CDI. Para ello insta a la normalización de la institucio-

[304] *Cfr*. Brewer-Carías, A., *La crisis de la democracia venezolana, la Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, p. 68, disponible en: *http://www.msinfo.info/default/acienpol/bases/biblo/ texto/Brewer/L-1112.pdf*.

[305] CP/RES. 811 (1315/02).

[306] CP/RES. 821 (1329/02).

[307] CP/RES. 833 (1348/02).

[308] *Cfr*. Declaración del Grupo de Río sobre la situación en Venezuela. San José, 12 de Abril del 2002. Disponible en: *http://www.resdal.org/gruporio-v.html*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

nalidad democrática y decide enviar a Venezuela una Misión encabezada por el secretario general, con el objeto de investigar los hechos y emprender las gestiones diplomáticas necesarias para promover la más pronta normalización de la institucionalidad democrática. Tenía lugar un estreno inesperado de la CDI, justo al año siguiente de su aprobación.

La magnitud de la crisis generaba dudas respecto a la determinación de las acciones a seguir en el marco de la CDI.[309] El secretario general en su informe permite identificar la interrupción del orden democrático que se produjo en Venezuela el 12 de abril en la auto-designación de un presidente interino y, por efecto de ello, el derrocamiento *de facto* del presidente constitucional y señala que, por lo menos hasta prueba en contrario, "los organizadores de la manifestación convocada por la oposición política y muchas organizaciones sociales en los días precedentes y en el propio 11 de abril, son diferentes de quienes usurparon el poder, detuvieron al presidente Chávez y trataron de instaurar lo que llamaron un gobierno provisional, cuyo ejercicio del mando encontró un amplio y generalizado rechazo no solo por su origen fáctico, sino además por las decisiones que tomó y que significaban el cierre de los organismos elegidos popularmente, la intervención del Poder judicial y de todos los organismos del llamado "poder moral", y en la práctica la derogatoria de la Constitución y de muchos de los actos realizados bajo su desarrollo". En la búsqueda del consenso y el respeto a las garantías y el pluralismo, el informe del secretario general de la OEA destaca que "El presidente de la República en todas sus alocuciones ha hablado de reflexionar, de rectificar, de enmendar". Aseguró "que no habría ánimos revanchistas, ni persecuciones, ni abusos". Ha dicho que lo ocurrido representa una "inmensa lección"; "que se debe hacer una profunda reflexión"; que hay que actuar ahora con "calma y cordura"; que es necesario "corregir lo que sea necesario corregir"; "restablecer el diálogo", y en ese sentido hace referencia a otra importante reflexión del presidente... Habló también de la "unidad respetando las diferencias" y señaló que el presidente designado de PDVSA, como la junta por él designada, habían renunciado, con lo cual se puso fin al asunto que dio origen a las últimas jornadas de protesta".

Es conveniente citar las acotaciones del llamado Informe Gaviria en cuanto a la polarización de la sociedad venezolana. Pone de relieve que si bien

[309] Gamus, R., *El entorno regional como legitimador de los proyectos políticos. El caso venezolano. Ponencia presentada en el XXXVI Congreso de LASA*, marzo 2006, disponible en: *http://www.reportero24.com/2011/04/juristas-en-el-pais-hay-golpes-de-estado-desde-el-estado-casi-a-diario/*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

> ...una buena cantidad de personeros de instituciones ajenas al gobierno han aceptado la llamada del presidente al diálogo, aun después de los fatídicos hechos del 11 y 12 de abril, existe una excesiva polarización no solo de los protagonistas naturales de la política, como lo son el gobierno, los partidos políticos, sino de casi todas las organizaciones laborales, empresariales, de la sociedad civil, los representantes de algunos de los otros poderes del Estado y los medios de comunicación. Esa excesiva polarización tiene connotaciones de intolerancia que en la práctica impiden el diálogo democrático y la búsqueda de acuerdos que permitan cierto entendimiento para mantener la paz social.[310]

Esta última apreciación presagiaba nuevos acontecimientos que enfrentarían al gobierno y oposición, por eso la OEA se mantuvo en su mayor tiempo comprometida con la salvaguarda de la democracia venezolana, apoyada en la CDI.

En síntesis, el "estreno" del mecanismo de protección supranacional surgía en un contexto *sui generis* debido a la antidemocracia institucional y la antidemocracia insurreccional. La adopción por parte del gobierno de medidas y acciones rechazadas contundentemente por un amplio sector de la sociedad civil, por considerarlas antidemocráticas y autoritarias que desembocaron en una ruptura del orden constitucional caracterizado por la disolución por decreto del Poder Legislativo y Judicial, la destitución o renuncia de un presidente, la auto designación de uno nuevo frente al alegato de un vacío de poder, la restitución de los poderes, la renuncia del autodesignado y la designación de un nuevo presidente, con la posterior reinstalación del presidente constitucional.

Mejor estreno imposible, pues la aplicación de la CDI se centraba, por una parte, en el contenido sustantivo sobre la democracia y los derechos humanos previstos en su capítulo I y, por la otra, en el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática a través de la promoción y construcción del diálogo, las gestiones diplomáticas, incluidos los buenos oficios, para promover la normalización de la institucionalidad democrática, conforme al capítulo IV.[311] Se reiteraba la disposición de la OEA de

[310] *Cfr.* Informe del Secretario General de la OEA, César Gaviria, en cumplimiento de la Resolución CP/RES. 811 (1315/02). Situación en Venezuela. Vigésimo noveno periodo extraordinario de sesiones Washington D. C., abril 18 de 2002. Disponible en: *http://www.oas.org/xxxiiga/espanol/documentos/informe_ venezuela.htm*.

[311] Resoluciones: CP/RES. 811 (1315/02) del 13 de abril de 2002, "Situación en Venezuela", la resolución AG/RES. 1 (XXIX-E/02) del 18 de abril de 2002 "Apoyo a la democracia en Venezuela"; la declaración AG/DEC. 28 (XXXII-O/02) "Declaración sobre la Democracia en Venezuela", de 4 de junio de 2002; la resolución CP/RES. 821(1329/02) del 14 de

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

brindar el apoyo y la ayuda que el gobierno de Venezuela requiriera para la consolidación de su proceso democrático.

Fase del diálogo

Ante la permanencia del enfrentamiento social en Venezuela y el fracaso de la propuesta de reconciliación, la OEA, el Centro Carter y el PNUD se avocaron a la búsqueda del diálogo.[312] La OEA adoptó la Resolución no. 821 el 14 de agosto de 2002, previendo una misión de conciliación social en Venezuela, pero cuestionada por su vaguedad. La Mesa de Negociación y Acuerdos, de composición paritaria entre el gobierno y la oposición, pero con previsión del veto a favor del presidente, se proponía facilitar el diálogo entre las élites políticas, cuya actividad debía regirse por la Declaración de Principios por la Paz y la Democracia en Venezuela para el desarrollo armónico y la facilitación del consenso, con objetivos específicos, a saber, el reforzar el sistema electoral, establecer una comisión de la verdad y el desarme civil. El papel de la Mesa tuvo sus críticos,[313] pero sirvió de plataforma para mostrar una OEA renovada, acorde con las exigencias del nuevo milenio recogidos en la propia CDI y con un estilo de tipo *bottom-up*.

Interesante para resaltar es el método del diálogo, que ha servido de eje para fortalecer el significado de la CDI. Tradicionalmente se ha recomendado el tipo de intervención internacional que combina medidas de un modo multilateral y multidimensional.[314] El enfoque seleccionado en este caso concreto dirigido a la promoción democrática multilateral característica de la OEA fue utilizar el diálogo democrático como el método innovador efectivo, plural e inclusivo, que permitiera resolver el conflicto.[315] El Grupo de Amigos, constituido por Brasil, México, España, Portugal, Estados Unidos y Chile, se había constituido como mecanismo paralelo de presión hacia la búsqueda del consenso. No obstante, el clima de desconfianza mutua

agosto de 2002 "Apoyo al proceso de diálogo en Venezuela"; y el Comunicado del presidente del Consejo Permanente de la OEA, del 9 de diciembre de 2002.

[312] Gaviria, C., *La OEA 1994-2004: una década de transformación*, Washington D. C., 2004, p. 55.

[313] OEA 2002d. Algunos críticos catalogaron la Mesa como una herramienta para salir de la crisis, pero no para el diálogo. También se cuestionó la Mesa como mecanismo dilatorio para que el Gobierno ganara tiempo extendiendo su legitimidad y prevenir nuevas confrontaciones (ONU 2009).

[314] Barahona de Brito, A. y Malamud, A., *The International Dimensions of Democratization: Debates, Paradoxes and Policy Options*, Lisboa, 2008.

[315] *Democratic Dialogue. A Handbook for Practitioners* (IDEA 2007).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

marcó el proceso de diálogo, aunque se mantuvo gracias al esfuerzo sostenido del tripartito (OEA, Centro Carter, PNUD). Dos resultados concretos se identifican en esta fase, como son la Declaración contra la Violencia, por la Paz y la Democracia y la convocatoria del referéndum revocatorio, con base en el artículo 72 de la Constitución venezolana. En este punto, se fortalecía la democracia procesal en cuanto se nombró un Consejo Nacional Electoral (CNE), observado y asistido por la OEA y el Centro Carter para la realización del referéndum, pero también se mantenía el concepto material en lo concerniente al pluralismo, la tolerancia y el respeto de garantías.[316]

Fase de los observadores electorales

Una vez finalizada la labor de la Mesa de Negociación y Acuerdos, la OEA, al PNUD y al Centro Carter asumieron un papel de observadores internacionales y asistentes técnicos del referéndum en agosto de 2004. La votación popular favoreció la permanencia del presidente,[317] aunque la fractura del país no quedaba superada, porque la agenda interna jugó un rol determinante. Desde esta intervención, es un caso *sui generis*, se ha abierto en el plano interamericano una bifurcación entre dos corrientes diversas en torno al consenso democrático recogido en la CDI, una en la línea de la concepción neoliberal y otra en la línea propuesta por los países miembros del bloque ALBA.[318] El consenso democrático está sujeto a serios cuestionamientos y conducido a la revisión de la aplicación de la CDI.

En la situación *de jure* puede concluirse, junto con la postura sostenida por el Comité de Juristas Interamericanos,[319] que la CDI se aplicó de conformidad con la legalidad y legitimidad interamericana. La premisa previa es la interpretación de la naturaleza de la CDI. El Comité Jurídico Interamericano dejó sentado en sus Observaciones y Comentarios sobre el Proyecto de Carta Democrática Interamericana,[320] que las

[316] Gaviria, C., *La OEA 1994-2004: una década de transformación*, Washington D. C., 2004, p. 59.

[317] Datos del CNE arrojan 70 % de participación, con 59% a favor del gobierno.

[318] Gratius, S., *A diez años de la Carta Democrática Interamericana*, disponible en: *http://www.fride.org/ publicacion/948/diez-anos-de-la-carta-democratica-interamericana*.

[319] CJI/doc.127/03 La democracia en el sistema interamericano informe de seguimiento sobre la aplicación de la carta democrática interamericana. Presentado por el Eduardo Vío Grossi.

[320] CJI/doc.76/01, del 16 de agosto de 2001.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

> …disposiciones de resoluciones de esta naturaleza tienen generalmente por objetivo interpretar disposiciones convencionales, constituir prueba de la existencia de normas consuetudinarias, dar debida cuenta de principios generales de derecho, o proclamar aspiraciones comunes, y pueden contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional. Las disposiciones de algunas resoluciones de un órgano de una Organización Internacional pueden tener efecto obligatorio dentro de la Organización cuando así lo dispone el instrumento constitutivo de la misma.

En consecuencia, la prescripción contenida en los artículos 17, 18 y 20 de la Carta Democrática Interamericana podría ser ubicada entre las disposiciones con efecto obligatorio dentro de la Organización. La CDI también puede ser útil para interpretar normas convencionales.

En cuanto a las cuestiones procesales conviene resaltar las siguientes cuestiones. En primer lugar, la competencia se enmarca dentro de las atribuciones del Consejo Permanente (artículos 70 y 82 de la Carta de la OEA) y debe interpretarse que la Asamblea General de la OEA "encomendó" al Consejo Permanente actuar en este tipo de casos. En segundo lugar, los procedimientos aplicados están previstos en los artículos 17, 18 y 20 de la Carta Democrática Interamericana. La Resolución CP/RES.811 (1315/02), que inició la intervención del sistema supranacional, se fundamenta en el artículo 20 de la CDI "considerando que en Venezuela se ha producido una alteración del orden constitucional que afecta gravemente su orden democrático..." y empleó la realización de gestiones diplomáticas para "promover la más pronta normalización de la institucionalidad democrática. Por su parte las otras dos resoluciones (CP/RES.821 (1329/02) y la CP/RES. 833 (1348/02), adoptadas de conformidad con el artículo 18, buscan consolidar el proceso democrático" y "preservar el libre ejercicio de los elementos esenciales de la democracia".

Un tercer aspecto controvertido fue la calificación de la situación venezolana no como "alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático" sino como una situación "que pudiera afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder". La OEA optó por pronunciarse a favor de "la preservación de la institucionalidad democrática y su fortalecimiento", la que, por ende, no habría sido o no estaría siendo alterada, sino que estaría vigente.

Sin embargo, respecto a la aplicación de la CDI algunos aspectos resultan particularmente controvertidos, a saber, que opera "sólo con invitación", puede reiterarse, reforzando un particular estilo elitista de soberanía:

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

la soberanía ejecutiva[321] y que se trate de un mecanismo tipo semáforo, esto es, que se debe esperar la luz verde de los Estados.[322] Si bien tradicionalmente el alcance del papel del secretario general en materia de acciones independientes de la Asamblea General y el Consejo Permanente en la defensa de la democracia es limitado (según las disposiciones del capítulo XVI de la Carta de la OEA), las cláusulas operativas de la CDI estipuladas en los artículos 17 y 18 describen un mayor rol en la diplomacia preventiva por parte del secretario general, aunque supeditado al consentimiento expreso del Estado miembro y, más concretamente, del jefe de Estado o de gobierno. El artículo 20 también autoriza al secretario general a convocar una reunión del Consejo Permanente en el caso de una alteración inconstitucional del régimen constitucional que afecte gravemente el orden democrático en un Estado miembro.

c. La erosión de la democracia a la luz del sistema de derechos humanos

Como ha quedado expuesto, en cumplimiento de la resolución CP/RES. 811 (1315/02) y en desarrollo del artículo 20 de la Carta Democrática para investigar los hechos ocurridos el 11 y 12 de abril, y emprender las gestiones necesarias, incluidos los buenos oficios para promover la más pronta normalización de la institucionalidad democrática, el secretario general se pronunció sobre la alteración del orden constitucional, el examen íntegro de la situación condujo a la consideración de "mirar aspectos de la vida institucional del país en relación con disposiciones de la Carta Democrática". En consecuencia, tuvo lugar un proceso de apoyo a la democracia venezolana, se instaló una "Mesa de Negociaciones" con participación del gobierno venezolano y de la oposición bajo la mediación del ex secretario general de la OEA, César Gaviria, buscando una salida democrática a la crisis, proceso que concluyó en 2004, luego del referéndum.[323]

Desde este primer caso de aplicación de la CDI se ha construido un acervo normativo o de criterios en torno a su alcance. Entre otros aspectos jurídicos relevantes, debo hacer mención particular a la interdependencia

[321] Cooper, A. F. y Legler, T. F., *Intervention Without Intervening*, Basingstoke, 2006; Legler, T., "La Carta Democrática Interamericana: retórica o realidad", en Boniface *et al*. (eds.), *Promoting Democracy in the Americas*, pp. 113-130.

[322] Legler, T., *Desaparición del régimen interamericano para promoción de la democracia?*, 2011.

[323] Toda la información está disponible en la página oficial de la OEA. *http://www.oas.org/xxxiiga/espanol/documentos/informe_venezuela.htm*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

entre democracia y desarrollo económico y social de 2005 (CJI/doc.190/05 rev. 3, 20 de marzo de 2006). En el año 2007, el secretario general de la OEA presentó el informe sobre este instrumento en la región.[324] El Comité Jurídico Interamericano ha desarrollado posturas que dan cuenta de la conveniencia de llenar los vacíos de la CDI en tanto no se precisan los supuestos de ruptura y los supuestos de erosión de la democracia.[325] Sin embargo, la crisis venezolana representa un caso "de laboratorio" para examinar el alcance del mecanismo en cuanto a que sus linderos grises entre golpe de Estado y erosión de la democracia han generado una reacción particular del sistema. Aplicar la condicionalidad ante golpes de Estado es evidente. No lo es tanto cuando se está frente a la erosión de la democracia, supuesto que se configura de un modo más diluido y solapado.

En vista de las alegadas falencias de la CDI, propongo focalizar este escrutinio en función de los parámetros y estándares establecidos por la Corte Interamericana para llenar de contenido la CDI y sus supuestos de aplicabilidad. En primer lugar debe superarse el enfoque que observa una evolución fragmentada entre condicionalidad democrática y sistema de derechos humanos,[326] pues como se viene sosteniendo existe una interrelación estrecha entre la democracia y los estándares de derechos humanos. Si se analizan los indicadores que arroja el sistema interamericano de derechos humanos es posible avanzar en los criterios para aplicar la CDI en casos de erosión, asumiendo que este instrumento recoge el consenso de la región sobre el contenido de la democracia.[327] De allí que sea el test de la democracia de la Carta Democrática Interamericana (CDI) el instrumento guía para aplicar la condicionalidad. A tales efectos, tanto los últimos informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) deben servir de parámetros. En el caso de Venezuela, en ambos indicadores se

[324] Resoluciones AG/RES. 2154 (XXXV-O/05) y AG/RES. 2251(XXXVI-O/06, OEA/Ser. G, CP/doc.4184/07.

[325] CJI/doc.317/09 corr.1. Seguimiento de la aplicación de la Carta Democrática Interamericana, presentado por el doctor Jean-Paul Hubert, CJI/doc.335/09, CJI/doc.332/09 rev.1 y el Informe del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General en 2010.

[326] Legler, T., "¿Ocaso del régimen interamericano para la promoción de la democracia?", en von Bogdandy *et al.*(coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, País Vasco, 2012, pp. 111-134.

[327] En el sistema interamericano la relación entre derechos humanos, democracia representativa y los derechos políticos en particular, quedó plasmada en esta Carta Democrática Interamericana. Véase el Voto Concurrente razonado del juez Diego García-Sayán. Sentencia de la CorteIDH. Caso López Mendoza *vs.* Venezuela. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, punto 26.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

reflejan serias críticas en lo concerniente al cumplimiento de los elementos esenciales de la democracia (artículo 3) y de los componentes fundamentales de la consolidación democrática (artículo 4).

Cabe preguntarse, ¿cómo vincular el mecanismo político y el jurisdiccional? Sin pretender dar una respuesta absoluta ni exhuastiva sino ilustrativa y siguiendo un orden cronológico, recopilo algunos datos relevantes demostrativos de las situaciones que afectan seria y gravemente el goce y disfrute de los derechos fundamentales que enfrenta Venezuela. Pueden constituir elementos definitorios de la erosión de la democracia en la medida que explicitan la contravención del test democrático previsto en los artículos 3 y 4 de la CDI.

En el Informe de 2003 la CIDH destaca su preocupación con relación a la extrema polarización política y la violencia que caracteriza los enfrentamientos entre los manifestantes de distintos sectores, la falta de aplicación cabal de la Constitución,

> …especialmente para la designación de las máximas autoridades del Tribunal Supremo de Justicia y del Poder Ciudadano, la percepción de la falta de independencia de los poderes del Estado, la creciente concentración de poder en el Ejecutivo Nacional, la impune actuación de los grupos civiles armados y de los grupos de exterminio, la tortura como práctica en los centros de detención, la tendencia a la confrontación y descalificación de la oposición política tradicional por parte del Gobierno, los constantes ataques contra periodistas y medios de comunicación, la tendencia hacia una militarización de la administración pública mediante el rol cada vez más protagónico de las Fuerzas Armadas, la politización de los cuerpos policiales, la creciente radicalización de las posturas políticas en un contexto de gran descontento social ante la insatisfacción de las demandas sociales, las controversias con relación al ejercicio de los derechos sindicales y el clima de marcada intolerancia política.[328]

En el Informe de 2004 la CIDH ratifica su preocupación por las "las continuas expresiones de desconocimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos emitidas por diversas autoridades del Estado" con base en el argumento de que se encuentran en contravención con "la soberanía nacional y responden a una concepción intervencionista de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos que carece de todo fundamento legal".[329]

[328] CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela, 2003, punto 55.

[329] CIDH, Informe anual 2005, OEA/Ser.L/V/II.122, Doc. 5 rev. 1, 23 febrero 2005, punto 145.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

En el año 2005, la Comisión continuó estudiando la situación de Venezuela manifestando su preocupación por la existencia de un ambiente hostil al disenso político, entre otros a través del despido laboral y la obstrucción de beneficios sociales.[330] Junto a ello, la censura y autocensura de medios de comunicación no parecen cónsonos con el sistema democrático, pues la Comisión denota la regulación arbitraria y la concesión discriminatoria de dinero y publicidad a favor de medios pro-gubernamentales.[331] En el Informe anual de 2006, el capítulo sobre Venezuela pone de relieve que "los derechos políticos... son por esencia derechos que propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político".[332] En dicho Informe la CIDH pone énfasis en cuestiones como la administración de justicia, la problemática del sicariato en Venezuela, la impunidad que rodea las denuncias sobre ejecuciones extrajudiciales a manos de funcionarios estatales, la precaria situación de los privados de la libertad y el ambiente de presión política que estarían recibiendo diversos sectores de la sociedad civil, especialmente de aquellos que no muestran un alineamiento expreso a las consignas y objetivos del actual gobierno.[333]

La CIDH decidió en su Informe de 2007 identificar a Venezuela, con fundamento en los criterios establecidos, como uno de los Estados miembros de la OEA cuyas prácticas en materia de derechos humanos merecen atención especial, valorando que la situación del país muestra la existencia de un ambiente hostil para el disenso político, la judicialización de la protesta social y el señalamiento u hostigamiento a organizaciones no gubernamentales o defensores de derechos humanos, lo que afecta gravemente el pleno goce y disfrute a los derechos protegidos por la Convención Americana de la cual Venezuela es parte desde 1977.[334] También en la doctrina hay

[330] CIDH, Informe anual 2005, capítulo IV Desarrollo de los Derechos Humanos de la Región, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7, del 27 febrero de 2006, punto 331.

[331] CIDH, Informe anual 2005, *ibidem*, punto 369.

[332] CIDH, Informe anual 2006, OEA/Ser.L/V/II.127, Doc. 4 rev. 1, 3 marzo 2007, punto 210. Sobre la necesidad del pluralismo político y la obligación de la jurisdicción constitucional de velar por su respeto y observancia, ver Casal, J. M., "Algunos cometidos de la Jurisdicción Constitucional en la Democracia", en varios autores, *La jurisdicción constitucional, democracia y Estado de derecho*, Caracas, 2005; Navas y Castillo, "Estado democrático y partidos políticos", *Revista forense*, Río de Janeiro, vol. 393, 2007, pp. 83-105.

[333] CIDH, Informe anual 2006, OEA/Ser.L/V/II.127, Doc. 4 rev. 1, 3 marzo 2007, punto 140.

[334] CIDH, Informe anual 2007, capítulo IV Desarrollo de los Derechos Humanos de la Región, OEA/Ser.L/V/II.130, Doc. 22 rev. 1, 29 diciembre de 2007, punto 222.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

pronunciamientos al respecto,[335] en particular sobre el ambiente hostil para el disenso político.[336]

En el informe de la CIDH sobre democracia y derechos humanos en Venezuela de 2009, este órgano deja constancia de la preocupación de que Venezuela aún no había cumplido a cabalidad la gran mayoría de las recomendaciones contenidas en su Informe sobre *La Situación de los Derechos Humanos en Venezuela* emitido en 2003.[337] Asimismo deja sentada la actitud general de rechazo hacia las recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos bajo el argumento de que contravienen la soberanía nacional.[338] Y agrega en dicho Informe que

> …la Comisión ha identificado que la intolerancia política, la falta de independencia de los poderes del Estado frente al ejecutivo, las restricciones a la libertad de expresión y a la protesta pacífica, la existencia de un ambiente hostil para el libre ejercicio de la participación política en disenso y para la actividad de monitoreo por parte de las organizaciones de derechos humanos, la inseguridad ciudadana, la violencia que afecta a las personas privadas de su libertad, a sindicalistas, a mujeres y a campesinos, y sobre todo la impunidad en la que se encuentran los casos de violaciones a los derechos humanos, son factores que limitan seriamente la vigencia de los derechos humanos en Venezuela. Con miras a consolidar el sistema democrático, el Estado debe aumentar sus esfuerzos para combatir estos desafíos y alcanzar una mejor y más efectiva protección de los derechos garantizados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[339]

[335] Una valoración sobre la situación del Estado de derecho en Venezuela se puede encontrar en: *Rule of Law*, Konrad Adenauer Foundation (ed.), The KAF Democracy Report 2006, Berlin, 2006, p. 283 y ss. Los informes anuales de PROVEA analizan tanto el contexto y el balance general como los derechos económicos, sociales, y culturales y los derechos civiles y políticos. Disponible en: *http://www.derechos.org.ve/actualidad/coyuntura/2007/ coyuntura_193.html#04*.

[336] Respecto al ambiente hostil para el disenso es importante acotar que en la doctrina se menciona, como elemento con efectos negativos para la democracia en Venezuela, el dominio del partido de gobierno sobre todos los poderes públicos, lo cual impide a la oposición ejercer su función de control dentro de estos poderes. Ello facilita la ejecución "sin límites" de la política del Ejecutivo. *Cfr.* Sobre el papel dominante del "chavismo", véase Erlingsen, K., *Auf dem Weg in ein Meer der Glückseligkeit? Venezuela unter Hugo Chávez*, octubre de 2005, disponible en: *http://www.weltpolitik.net/Regionen/Nord-%20und%20Lateinamerika/Gesamtregion/*.

[337] CIDH, Democracia y derechos humanos en Venezuela, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, 30 diciembre 2009, Conclusiones, punto 1160.

[338] *Ibidem*, Conclusiones, punto 1161.

[339] *Ibidem*, Conclusiones, punto 1163.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

La CIDH decidió en su Informe de 2010 continuar identificando a Venezuela como uno de los Estados miembros de la OEA cuyas prácticas en materia de derechos humanos merecen atención especial y reitera, una vez más, instar al Estado a cumplir con las obligaciones internacionales adquiridas al ratificar la Convención Americana, insiste en su interés de realizar una visita al país, ofreciendo su colaboración y asesoría para apoyarle en esta tarea.[340] A comienzos de 2011, el Estado reconoció "que tiene debilidades en el retardo procesal, el hacinamiento en las cárceles venezolanas y el alto índice de violencia".[341]

En el Informe 2012 la CIDH mantiene a Venezuela entre los países incorporados en el capítulo IV, debido a situaciones coyunturales o estructurales que afecten seria y gravemente el goce y disfrute de los derechos fundamentales consagrados en la CADH. En este Informe se hace hincapié en los aspectos relativos a la seguridad ciudadana democrática, al derecho al voto como derecho político, a la libertad de expresión. En cuanto al elemento esencial de la independencia del poder judicial, la Comisión insistió sobre el estándar

> …que la vigencia de los derechos y libertades en un sistema democrático requiere un orden jurídico e institucional en el que las leyes prevalezcan sobre la voluntad de los gobernantes, en el que exista un control judicial de la constitucionalidad y legalidad de los actos del poder público, vale decir, presupone el respeto del Estado de Derecho.

Amparada en los datos empíricos, en especial sobre la garantía de inamovilidad de los jueces, el análisis efectuado sobre la base de datos del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) arrojó que de un total de 2.950 jueces, sólo 775 son titulares. Tal situación revela una vulneración de los estándares del *ius constitutionale commune* democrático.[342]

El Estado venezolano rechazó abierta y reiterativamente los criterios de la CIDH.[343] Fue uno de los países que impulsó el llamado proceso de fortalecimiento, que tuvo una duración de casi dos años de reflexión y dis-

[340] CIDH, Informe anual 2010, capítulo IV Desarrollo de los Derechos Humanos de la Región, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 5, corr. 1, 7 de marzo de 2011, punto 837.

[341] *Ibidem*, nota al pie de página 1194.

[342] CIDH, Informe anual 2010, capítulo IV Desarrollo de los Derechos Humanos de la Región, OEA/Ser.L/V/II.147, Doc. 1, 5 de marzo de 2013, puntos 374 y ss. (seguridad); 383 y ss. (elecciones); 389 y ss. (libertad de expresión); 464 y ss. (independencia del Poder Judicial).

[343] CIDH, Informe anual 2010, capítulo IV Desarrollo de los Derechos Humanos de la Región, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 5, corr. 1, 7 de marzo de 2011, punto 837.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

cusión, para definir el futuro de la CIDH. Los académicos (142 expertos) y las ONGs (entre tantas CEJIL), llevaron a cabo una decisiva defensa de los ataques de los que era objeto la Comisión, pues se le imputaba falta de imparcialidad y discriminación con determinados países (bloque Alba).[344] Ello tuvo su impacto, pues finalmente, aunque el proceso ha quedado abierto, las pretensiones de reforma del Estatuto, el cambio de sede y la limitación de fondos para la Relatoría de la libertad de expresión no lograron eco por parte de los Estados de la OEA.[345]

Respecto a la jurisprudencia de la CorteIDH, como órgano judicial autónomo de la OEA encargado de la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se evidencia la violación de este instrumento por parte de Venezuela. En una apretada síntesis, el núcleo del acervo del *ius constitutionale commune* sistematizado por la CorteIDH respecto a estas garantías debe servir como parámetro para determinar el alcance de la erosión de la democracia en el caso venezolano.

En este milenio se han dictado decisiones paradigmáticas en el ámbito de las desapariciones forzosas,[346] ejecuciones extrajudiciales,[347] tres casos vinculados a violaciones a los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial y al principio de independencia judicial, como son el caso Apitz y otros,[348] caso Reverón Trujillo,[349] y el caso Chocrón Chocrón[350]; tres casos por violación por parte del Estado venezolano de la garantía conteni-

[344] *Cfr*. Sánchez, N. C., "El balance político de la reforma al sistema de derechos humanos de la OEA". Disponible en: *http://www.americasquarterly.org/el-balance-politico-de-la-reforma-al-sistema-de-derechos-humanos*.

[345] En la página oficial de la CIDH están disponibles todos los documentos del proceso de reflexión. Un comentario de balance Sánchez, N. C., "El balance político de la reforma al sistema de derechos humanos de la OEA".

[346] CorteIDH. Caso Blanco Romero y otros *vs*. Venezuela. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138 (desaparición de Oscar José Blanco Romero, Roberto Javier Hernández Paz y José Francisco Rivas Fernández).

[347] CorteIDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) *vs*. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150. Se refiere a la ejecución extrajudicial de 37 reclusos del Retén de Catia, la madrugada del 27 de noviembre de 1992.

[348] CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros *vs*. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182. *Cfr*. Ayala Corao, C., "La doctrina de la 'inejecución' de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)", en von Bogdandy *et al*. (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un* ius constitutionale commune *en América Latina*, México, 2010, pp. 85-157.

[349] CorteIDH. Caso Reverón Trujillo *vs*. Venezuela. Sentencia del 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.

[350] CorteIDH. Caso Chocrón Chocrón *vs*. Venezuela. Sentencia del 1o. julio de 2011. Serie C No. 227.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

da en el artículo 13 de la CADH relativa a la libertad de expresión, a saber el caso Ríos,[351] el caso Perozo[352] y el caso Usón Ramírez;[353] violación del derecho a la libertad personal y del derecho a no ser sometido a detención arbitraria,[354] la condenatoria en el caso López Mendoza por la violación del artículo 23.2 de la CADH (derecho a ser elegido) por haber inhabilitado, por vía administrativa, al señor López Mendoza para el ejercicio de la función pública[355] y el caso de la familia Barrios, por violaciones cometidas por agentes policiales en relación con los derechos a la vida, a la integridad y libertad personales, a la vida privada, a la propiedad privada y de residencia y circulación.[356]

En el tema carcelario es obligatorio hacer mención a las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a las condiciones de vida de las personas privadas de libertad en Venezuela,[357] que abarcan las medidas provisionales en los Asuntos Internado Judicial de Monagas (La Pica),[358] Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II,[359] Internado Judicial Capital El Rodeo I y El Rodeo II,[360] Centro Penitenciario de la Re-

[351] CorteIDH. Caso Ríos y otros *vs*. Venezuela. Sentencia del 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.

[352] CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs*. Venezuela. Sentencia del 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.

[353] CorteIDH. Caso Usón Ramírez *vs*. Venezuela. Sentencia del 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.

[354] CorteIDH. Caso Barreto Leiva *vs*. Venezuela. Sentencia del 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.

[355] CorteIDH. Caso López Mendoza *vs*. Venezuela. Sentencia del 1o. de septiembre de 2011. Serie C No. 233.

[356] CorteIDH. Caso Familia Barrios *vs*. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237. Agentes de la policía del Estado Aragua violaron los mencionados derechos de diversos integrantes de la familia Barrios. Véanse párrs. 313 y 314.

[357] Entre los informes, véase Provea, *Situación de los Derechos Humanos en Venezuela. Informe Anual octubre 2009-septiembre 2010*, Caracas, 2010, p. 391; Informes del Observatorio Venezolano de Prisiones que denuncian una alta cifra de aproximadamente 400 internos que mueren anualmente en las cárceles venezolanas. *Cfr*. Informe sobre los derechos humanos y el debido proceso de las personas privadas de libertad, en 10 centros penitenciarios, Venezuela, 2009, OVP, Caracas, 2010, pp. 191 y 192. Datos incluso oficiales del propio Estado. *Cfr.* CIDH, Informe anual 2010, capítulo IV Desarrollo de los Derechos Humanos de la Región, nota al pie de p. 1194. Algún avance para atender la problemática. *Cfr*. Situación de los Derechos Humanos en Venezuela, Informe Anual octubre 2010/septiembre 2011, Provea, Caracas, 2011, p. 365.

[358] Resoluciones de la CorteIDH desde febrero de 2006.

[359] Resoluciónes de la CorteIDH desde marzo de 2006.

[360] Resoluciónes de la CorteIDH desde febrero de 2008.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

gión Centro Occidental: Cárcel de Uribana,[361] Asunto Centro Penitenciario de Aragua "Cárcel de Tocorón",[362] Internado Judicial de Ciudad Bolívar "Cárcel de Vista Hermosa",[363] medidas provisionales a favor de la jueza Afiuni.[364]

Un nuevo caso alusivo a las violaciones de los derechos humanos de las personas privadas de libertad (Díaz Peña)[365] provocó una enfática reacción del Estado venezolano en contra del órgano jurisdiccional del sistema interamericano.[366] Dicha reacción se concretizó en la comunicación al secretario general de la OEA mediante nota oficial del 10 de septiembre de 2012, de denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos[367] y comenzó a correr el preaviso de un año previsto en el artículo 78 de la Convención, tal como ya se explicó en el capítulo I. Sólo cabe reiterar que la postura de Venezuela contraviene, tanto el régimen garantista de la Constitución de 1999, como la praxis anterior del Estado venezolano,[368] que había sido pionero en acudir a la figura jurídica de la solución amistosa con base en el "allanamiento" del Estado.[369] La justicia constitucional tampoco adop-

[361] Resoluciónes de la CorteIDH desde febrero de 2007.

[362] Resoluciónes de la CorteIDH desde noviembre de 2010.

[363] Resolución de la CorteIDH de mayo de 2011.

[364] Resolución de la CorteIDH de marzo de 2011 dejó sin efecto las medidas acordadas por el presidente.

[365] Véase CorteIDH. Caso Díaz Peña *vs*. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244.

[366] Véase declaración en el canal Telesur, disponible en: *http://www.telesurtv.net/articulos/2012/08/01/ presidente-venezolano-asegura-que-organismos-como-la-cidh-deben-desaparecer-4102.html*.

[367] Mediante comunicado de prensa C-307/12 de, el Secretario General de la OEA, José Miguel Insulza, del 10 de septiembre de 2012.

[368] CorteIDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) *vs*. Venezuela. Sentencia del 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 26.

[369] Sobre un análisis de los seis primeros casos de solución amistosa, *Cfr*. Salgado Pesantes, H., "La solución amistosa y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario*, México, 2003, p. 97.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

tó una posición dialógica con la CorteIDH.[370] La actitud de resistencia sistemática es contraria al acervo construido en el *ius constitutionale commune*.[371]

2. *Mecanismo de protección jurisdiccional: el ejemplo de la libertad de expresión*

En el ámbito de la protección jurisdiccional de la democracia tomo como ejemplo la libertad de expresión pues constituye un componente fundamental de la democracia según lo previsto en el artículo 4 de la CDI. Como afirma la CorteIDH, sin la garantía efectiva de esta libertad, "la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se comienzan a tornar inoperantes y, en definitiva, se crea el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad".[372]

La relevancia de la libertad de expresión, inclusiva de los principios de diversidad y pluralismo, está fuera de toda controversia, ya que juega un papel esencial no sólo en sí misma como derecho inalienable e inherente a todas las personas, sino también como herramienta para la defensa de otros derechos y elemento fundamental de la democracia.[373] Se trata de una libertad que, sin embargo, está siendo objeto de una creciente preocupación por las amenazas habituales y la vulneración que se evidencia en distintas latitudes.[374] Particularmente en el contexto suramericano, tanto en las primeras décadas de existencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

[370] Dos sentencias del TSJ declararon inejecutables fallos de la CorteIDH (N° 1939 de 18 de diciembre de 2008 en el Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") *vs*. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182; sentencia del 17.10.2011 para inejecutar la decisión del caso López Mendoza (CorteIDH. Caso López Mendoza *vs*. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 1o. de septiembre de 2011. Serie C No. 233).

[371] CorteIDH. Caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú. Competencia. Sentencia del 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 37; CorteIDH. Caso del Tribunal Constitucional *vs*. Perú. Competencia. Sentencia del 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párr. 36.

[372] *Cfr*. CorteIDH. Caso Ríos *vs*. Venezuela, párr. 105; CorteIDH. Caso Perozo *vs*. Venezuela, párr. 116.

[373] Criterio sentado por la CorteIDH desde 1985 en "La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70. En Europa, se puede consultar la reiterada jurisprudencia del TEDH desde los *leading cases* Handyside *vs*. Reino Unido, 7 de diciembre de 1976, Sunday Times *vs*. Reino Unido, 26 de abril de 1979 y Linges *vs*. Austria, de 6 de julio de 1986; también TJUE, Asunto C-71/02, Recopilación 2004, I-3025.

[374] *Cfr*. Declaración conjunta del décimo aniversario: Diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década, Washington DC, del 2 de febrero de 2010.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

como en la actualidad,[375] la vulneración de la libertad de expresión se asocia con el legado de las dictaduras (sanciones penales, censura previa estatal de libros, películas y obras de arte bajo el lema de la protección de la moral social, el orden público y las buenas costumbres),[376] y ahora aparece vestida con otros ropajes en los regímenes populistas (en la forma de asfixiantes leyes de prensa, manipulación de publicidad oficial, impunidad frente a los crímenes cometidos con el propósito de acallar la disidencia o el uso arbitrario de las nuevas tecnologías de comunicación).[377] La violación de la libertad de expresión representa una constelación de significativo alcance en la agenda del Tribunal de San José, pues las decisiones en esta materia ocupan una décima parte de su jurisprudencia y se rigen por el silogismo de destinarse para el "desarrollo integral de la persona y, de suyo, para la viabilidad correlativa de la democracia".[378]

Conforme a la jurisprudencia de la CorteIDH, la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática,[379] "es sustento y efecto de ésta, instrumento para su ejercicio, garantía de su desempeño".[380] En concordancia con la doctrina, que afirma que se trata de un derecho "que logra vertebrar al plexo de todos los dere-

[375] Véase a título de ejemplo los informes de país de la Comisión respecto a Cuba de 1962, República Dominicana de 1965, Haití de 1969. Según el Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión de 1999, las Américas era la región del mundo más peligrosa para el ejercicio de la profesión de periodista dado el alto número de periodistas asesinados, e innumerable cantidad de agresiones físicas y amenaza. *Cfr*. Informes anuales de la Relatoría. Disponibles en: *http://www.oas.org/es/cidh/expresion/informes/anuales.asp*. Según las cifras extraídas del Observatorio Iberoamericano de la libertad de prensa, en los once primeros años del siglo XXI, se han registrado en Suramérica 124 muertes violentas de periodistas. Disponible en: *http://www.infoamerica.org/libex/libex_portada.htm*.

[376] Por ejemplo el Comunicado No. 19, 24 de marzo de 1976, en Argentina, en el que se establecieron severas penas de prisión contra quien difundiera o comunicara imágenes provenientes o atribuidas a asociaciones ilícitas o personas o grupos notoriamente dedicados a actividades subversivas o al terrorismo. Diario La Prensa, 24 de marzo de 1976.

[377] Un estudio casuístico sobre el cambio de paradigma orientado al show mediático sustentado con oratoria populista, fondos públicos, amedrentamiento a los periodistas y normas regulatorias de los medios en Dinatale, M. y Gallo, A., *Luz, camara... ¡gobiernen! Nuevos paradigmas de la comunicación presidencial en America Latina*, Buenos Aires, 2010, pp. 17 y ss.

[378] Aguiar Aranguren, A., *La libertad de expresión y prensa: jurisprudencia interamericana (1987-2009)*, Miami, 2009, pp. 13 y 14.

[379] La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70.

[380] García Ramírez, S. y Gonza, A., *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos*, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos-Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2007, p. 17.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

chos humanos justificándolos sustantivamente",[381] que se reconoce como "derecho poliédrico"[382] y como "contrapeso" en democracias con una frágil separación de poderes,[383] la CorteIDH da amplia protección a la libertad de expresión, inspirada en los parámetros de una protección al *maximum* y una restricción al *minimum*.[384]

Con el propósito de sistematizar los estándares jurisprudenciales desarrollados en esta categoría paradigmática, sin ánimo exhaustivo sino únicamente ilustrativo, se examinan tres ejes relevantes: la evolución, la interpretación del contenido de este derecho como componente fundamental del ejercicio de la democracia y las restricciones posibles en una sociedad democrática. El análisis permite identificar los aportes de las decisiones de la CorteIDH en la construcción del *ius constitutionale commune* en éste ámbito concreto, logrado a través de la interpretación conforme al derecho internacional de los derechos humanos fijada en sus opiniones consultivas y en sus sentencias resolutorias de los casos contenciosos. Dichos estándares van creando efectos armonizadores y tuitivos de los derechos humanos vigentes en la región. Salvaguardar la libertad de expresión, desde las Constituciones pos independencia hasta esta hora del siglo XXI, representa todavía un desafío.

A. *Breve reconstrucción de la protección de la libertad de expresión*

En el sistema interamericano de derechos humanos la libertad de expresión está regulada tanto en el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH) de 1948 como en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969. Asimismo la Carta Democrática Interamericana (CDI) le asigna a este derecho un carácter de componente fundamental del ejercicio de la

[381] Aguiar Aranguren, A., "El derecho a la democracia. La democracia en el derecho y la jurisprudencia interamericana. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia", *Colección estudios jurídicos*, Caracas, núm. 87, 2008, p. 69.

[382] Bustos Gisbert, R., "Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática (artículo 10 CEDH)", en García Roca y Santolaya (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, pp. 529-563, p. 532.

[383] *Cfr.* Grossman, C., "La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", *Revista IIDH*, Costa Rica, vol. 46, 2007, pp. 157-191, p. 157.

[384] *Cfr.* Informe de la Relatoría de la libertad de expresión de 2009, pp. 240-317. *Cfr.* También caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, párr 96; CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 85.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

democracia (artículo 4) y en este sentido ha sido citado por la CorteIDH en sus sentencias relativas a la libertad de expresión.[385] Igualmente el acervo constituido por los propios estándares fijados por CorteIDH[386] amplía el nivel de protección de la libertad de pensamiento y expresión en el hemisferio, incluida Suramérica.[387]

Es importante destacar que la CorteIDH respalda su jurisprudencia con los estándares de protección aplicados a nivel universal y regional. Respecto a la importancia que reviste en la sociedad democrática la libertad de expresión, la CorteIDH cita diferentes casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)[388] así como los pronunciamientos tanto del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas[389] como de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.[390] En lo concerniente al derecho de acceso a la información, la Corte también incorpora expresamente las refe-

[385] CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs*. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 85; CorteIDH. Caso Ríos y otros *vs*. Venezuela, nota al pie de página 73; CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs*. Venezuela, nota al pie de página 61; Voto concurrente razonado del juez Diego García Sayán en el caso Rimel *vs*. Argentina del 2 de mayo de 2008, párr. 5. La Corte cita los artículos 4 y 6 de la CDI para hacer énfasis en la mayor participación ciudadana. *Cfr*. CorteIDH. Caso Claude Reyes y otros *vs*. Chile, párr. 79.

[386] La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70.

[387] Para un análisis pormenorizado y actual de los estándares del SIDH, *Cfr*. CIDH, Informe anual de la Relatoría especial para la libertad de expresión 2012, OEA, Washington DC, 2013. Disponible en: *http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202012.pdf*.

[388] Entre los tantos casos europeos citados, ECHR 2003-XI; Perna *v*. Italy [GC], no. 48898/98, § 39, ECHR 2003-V; Dichand and others *v*. Austria, no. 29271/95, § 37, ECHR 26 February 2002; ECHR, Lehideux and Isorni *v*. France, Judgment of 23 September, 1998, párr. 55; ECHR, Otto-Preminger-Institut *v*. Austria, Judgment of 20 September, 1994, Series A no. 295-A, párr. 49; ECHR, Castells *v*. Spain, Judgment of 23 April, 1992, Serie A. No. 236, párr. 42; ECHR, Oberschlick *v*. Austria, Judgment of 25 April, 1991, párr. 57; ECHR, Müller and Others *v*. Switzerland, Judgment of 24 May, 1988, Series A No. 133, párr. 33; ECHR, Case of Lingens *v*. Austria, Judgment of 8 July, 1986, Series A No. 103, párr. 41; ECHR, Barthold *v*. Germany, Judgment of 25 March, 1985, Series A No. 90, párr. 58; ECHR, The Sunday Times v. United Kingdom, Judgment of 29 March, 1979, Series A No. 30, párr. 65; y ECHR, Handyside *v*. United Kingdom, Judgment of 7 December, 1976, Series A No. 24, párr. 49.

[389] O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Aduayom y otros *v*. Togo (422/1990, 423/1990 y 424/1990), dictamen del 12 de julio de 1996, párr. 7.4.

[390] African Commission on Human and Peoples' Rights, Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project v. Nigeria, Communication Nos 105/93, 128/94, 130/94 and 152/96, Decision of 31 October, 1998, párr. 54.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

rencias a instrumentos *soft law* del contexto regional como las resoluciones específicas emitidas por la Asamblea General de la OEA,[391] la declaración de Nuevo León[392] e, igualmente, del contexto universal[393] y europeo.[394]

Como afirma el Tribunal de San José, existe convergencia entre los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y el universal en lo concerniente al rol esencial que desempeña la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática.[395] El contenido de tipo normativo del artículo 13 de la CADH se ve especificado por la Corte en su condición de intérprete autorizado de la Convención Americana.[396] Sin duda, todo el complejo de disposiciones normativas, incluyendo particularmente el *soft law* y el acervo jurisprudencial del órgano supranacional, configuran un régimen jurídico democrático en el espacio interamericano en el campo concreto de la libertad de expresión de amplio espectro.[397] Todavía, no obstante, quedan abiertas cuestiones a futuro, ya

[391] Entre otras se encuentran: Resolución AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03) de 10 de junio de 2003 sobre "Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia"; Resolución AG/RES. 2057 (XXXIV-O/04) de 8 de junio de 2004 sobre "Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia".

[392] Declaración de Nuevo León, aprobada el 13 de enero de 2004. *Cfr*. CorteIDH. Caso Claude Reyes y otros *vs*. Chile, párr. 80.

[393] Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada mediante Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 58/4 del 31 de octubre de 2003 (artículos 10 y 13); Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo realizada del 3 al 14 de junio de 1992 (principio 10). *Cfr*. CorteIDH. Caso Claude Reyes y otros *vs*. Chile, párr. 81.

[394] Resolución No. 428 adoptada el 23 de enero de 1970 por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa; Resolución Nº 854 adoptada el 1o. de febrero de 1979 por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa; Declaración sobre libertad de expresión e información, adoptada por el Comité de Ministros el 29 de abril de 1982; Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales de 1998; Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003 relativa al acceso del público a la información medioambiental; Recomendación No. R (2002)2, adoptada el 21 de febrero de 2002. *Cfr*. CorteIDH. Caso Claude Reyes y otros *vs*. Chile, párr. 81.

[395] CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs*. Paraguay, párr. 86.

[396] Las consideraciones de la CorteIDH "constituyen criterios generales de validez aplicables para todos los Estados parte, por implicar la interpretación autorizada del contenido concreto, convencionalmente protegido, de los derechos humanos garantizados en el Pacto de San José". *Cfr*. Ferrer Mac-Gregor, E. y Silva García, F., "La primera sentencia internacional condenatoria en contra del Estado mexicano", *Homenaje al doctor Emilio O. Rabasa*, México, 2010, pp. 109-156, p. 121.

[397] Eduardo Ferrer Mac-Gregor alude al auténtico "bloque de constitucionalidad" de los países latinoamericanos, creación de las jurisdicciones nacionales y que contempla no sólo

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

que hasta ahora la CorteIDH no se ha pronunciado sobre algunas materias como por ejemplo el derecho de acceso a los datos personales.[398]

a. Hitos jurisprudenciales: sin libertad de expresión no hay auténtica democracia

A partir de mediados de la década de los ochenta, en plena transición democrática, la CorteIDH comenzó a sentar las bases interpretativas del artículo 13 de la CADH para garantizar la libertad de expresión, con su estilo propio y destacando la especificidad del sistema interamericano, pronunciándose primeramente vía opinión consultiva,[399] ya que sólo en el siglo XXI ha tenido ocasión de dictar decisiones vía contenciosa.[400] Se trata de una jurisprudencia,[401] que sin estar totalmente acabada, destaca el alcance de esta libertad, los deberes del Estado respecto a su garantía y los estrictos criterios que rigen para su restricción, siempre en el entendido que la libertad de expresión es un pilar de la democracia y tiene una estrecha relación con otros principios básicos de una sociedad democrática como la transparencia, el pluralismo y la tolerancia.[402]

a los derechos humanos previstos en los pactos internacionales, sino también a la propia jurisprudencia de la CorteIDH para destacar que ocasionalmente el "bloque de convencionalidad" queda subsumido en el "bloque de constitucionalidad". *Cfr*. Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la CorteIDH en el caso Cabrera García y Montiel Flores *vs*. México, del 26 de noviembre de 2010, párr. 26.

[398] *Cfr*. Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Pamplona, 2009, p. 76.

[399] CorteIDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5; CorteIDH. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.

[400] CorteIDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) *vs*. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73; CorteIDH. Caso Ivcher Bronstein *vs*. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74; CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs*. Paraguay; Caso Palamara Iribarne *vs*. Chile; CorteIDH. Caso Claude Reyes y otros *vs*. Chile; CorteIDH. Caso Kimel *vs*. Argentina; CorteIDH. Caso Ríos y otros *vs*. Venezuela; CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs*. Venezuela; CorteIDH. Caso Usón Ramírez *vs*. Venezuela.

[401] *Cfr*. Aguiar Aranguren, A., *El derecho a la democracia*, Caracas, 2008, p. 69.

[402] En esta línea de favorecer la transparencia vale destacar que la CorteIDH se ha pronunciado sobre el papel de las ONG's y los defensores de derechos humanos en la democracia (CorteIDH. Caso Valle Jaramillo y otros *vs*. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 87).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Los aportes de la Corte Interamericana, en su expansiva construcción de la salvaguarda de la libertad de expresión, pueden dividirse en dos fases. El *dictum* fundacional, que se enunció en la opinión consultiva sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos) de 1985.[403] Este primer aporte se entrelaza con la opinión consultiva referida a la Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos) de 1986,[404] dado que representa justamente la contrapartida cuando se abusa de la libertad de expresión. En la década (2001-2011), la CorteIDH materializa el segundo periodo con una amplia doctrina de estándares para garantizar la libertad de expresión. Si bien la CorteIDH se ha ocupado de dictar medidas provisionales *prima facie* en materia de libertad de expresión cuando concurren los requisitos básicos de la extrema gravedad, urgencia y necesidad de prevención de daños irreparables a las personas, éstas no son objeto de examen.

b. El *dictum* fundacional vía competencia consultiva

La interpretación del artículo 13 de la CADH comienza a través del uso de la competencia consultiva de la CorteIDH, con motivo de examinar la colegiación obligatoria de periodistas y ante la solicitud formulada por Costa Rica.[405] En este caso, la Corte no fundamenta explícitamente su argumento en la libertad de asociación sino que aprovecha para pronunciarse sobre la libertad de expresión como "una materia que tiene especial importancia en el Continente".[406] Asimismo, la Corte se declaró competente para conocer la solicitud de Opinión Consultiva presentada por Costa Rica, aun cuando existía el antecedente de haberse presentando mediante una denuncia ante la Comisión Interamericana contra Costa Rica, que fue

[403] CorteIDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

[404] CorteIDH. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.

[405] El caso se refiere a un periodista estadounidense residente en Costa Rica que fue condenado a tres meses de prisión por ejercicio ilegal de la profesión al no haber cumplido el requisito de formar parte del Colegio de Periodistas de ese país, exigido por el orden doméstico.

[406] CorteIDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 25.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

desestimada por dicho órgano. La Corte aclaró que no existía causal de inadmisibilidad por tratarse de procedimientos legales diferentes.[407]

La Corte, al pronunciarse acerca de que toda persona debe poder ejercer el derecho de rectificación o respuesta, haya o no una ley que lo regule, establece un doble vínculo entre rectificación y libertad de expresión. En primer término, dice la Corte que la rectificación o respuesta por informaciones inexactas o agraviantes dirigidas al público en general, se corresponde con el artículo 13.2.a sobre libertad de pensamiento o expresión, que sujeta esta libertad al "respeto a los derechos o a la reputación de los demás".[408] En segundo lugar, partiendo de la ubicación en la propia Convención, la Corte afirma que el derecho de rectificación (artículo 14) refuerza la libertad de expresión (artículo 13), en una relación de complementariedad entre ambos derechos. Dicha relación, agrega, se desprende de la naturaleza de los derechos regulados en la Convención, mediante la cual los Estados partes están obligados, al regular la aplicación del derecho de rectificación o respuesta, a respetar el derecho de libertad de expresión que garantiza el artículo 13 de modo tal que en la interpretación de éste último no hagan nugatorio el derecho proclamado por el artículo 14.1 de la CADH.[409]

De la opinión consultiva OC-5 1985 se desprenden los criterios generales sobre el estándar democrático de la libertad de expresión, la doble dimensión de esta libertad, la interpretación restrictiva de las responsabili-

[407] CorteIDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 18-28. En doctrina también se rechaza que se tratara de un caso contencioso encubierto, en razón de que no se pretendía resolver un caso específico solapadamente habiendo Costa Rica ganado dicho caso ante la Comisión. *Cfr*. González Morales, F., "La libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos", en Revenga Sánchez y Viana Garcés (eds.), *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, 2008, pp. 225-269, p. 230.

[408] CorteIDH. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.

[409] CorteIDH. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7, párr. 25. Ratificando la concepción de que ambos derechos constituyen un conjunto unitario, el juez Gross Espiell destacó que "en su dimensión individual, el derecho de rectificación o respuesta garantiza al afectado la posibilidad de expresar sus puntos de vista y su pensamiento respecto de la información emitida en su perjuicio por inexacta o agraviante. En su dimensión social, la rectificación o respuesta permite a cada uno de los integrantes de la comunidad recibir una nueva información que contradiga o discrepe con otra anterior, inexacta o agraviante." *Cfr*. Opinión separada del juez Héctor Gros Espiell, párr. 5.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

dades ulteriores, que se proyectan como líneas básicas en los casos contenciosos, como se constata en los puntos sucesivos.

c. Casos en la década 2001-2011: de las dictaduras a los autoritarismos

La investigación se centra en los casos que se ha declarado la violación del derecho consagrado en el artículo 13 de la CADH por parte de la CorteIDH, es decir, de la libertad de pensamiento y expresión.[410] En la mayor parte de las constelaciones casuísticas conocidas por la CorteIDH por la vía contenciosa durante la década 2001-2011, se constata como denominador común la vulneración de la libertad de expresión cuando se trata de un discurso vinculado a temas de interés público (corrupción, desempeño de un funcionario público, abusos de las fuerzas militares), se recurre al derecho penal como medio para inhibir la circulación libre de ideas (quien da la información es denunciado, acusado y sentenciado), la restricción a la libertad de expresión proviene de la acción u omisión estatal y se limitan los mecanismos del debate, control y pluralismo democráticos.[411] El resto de los casos configuran censuras previas a la libertad de expresión y las nuevas formas de vulneración materializadas en actos de hostigamiento y agresión por funcionarios y particulares en perjuicio de personas vinculadas a los medios de comunicación.

Como corolario de lo anterior, la casuística puede sistematizarse con base en los estándares aplicados por la Corte en las cuestiones vinculadas a la censura previa (a), a los medios indirectos de amenaza a la libertad de expresión (b), a sanciones penales en casos de calumnias, injurias y desacato (c), respecto al acceso a la información (d) y a una novedosa constelación que podrían denominarse como "hostigamientos" del Estado o particulares en contra de los medios de comunicación (e). Debe advertirse que no se trata de categorías rígidas que no tengan aristas convergentes.[412] El propósito

[410] Aun cuando ha habido otros casos en los que se ha invocado tal violación, pero la Corte lo ha subsumido como una consecuencia accesoria de la violación de otros derechos. En Suramérica por ejemplo: CorteIDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro *vs*. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160; CorteIDH. Caso Albán Cornejo y otros *vs*. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.

[411] Arcila Cano, J. A., *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana (1985-2009)*, disponible en: *http://nemesis.unalmed.edu.co/forum/articulo6.pdf*, pp. 113-146, pp. 116 y s.

[412] En el caso de Palamara Iribarne se le dio por terminado su contrato anticipadamente en la institución pública donde laboraba, lo que se identifica en la sentencia como un medio

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

es dar una visión general, esbozando un breve relato de cada uno y subsumiéndolos en las cinco categorías mencionadas.

Una primera categoría relacionada con la censura previa, caso *Olmedo Bustos*, estuvo referido a la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película "La Última Tentación de Cristo", habiendo sido confirmada la decisión judicial por la Corte Suprema de Chile.

En la segunda categoría, atendiendo a los mecanismos indirectos para limitar la libertad de expresión, puede ubicarse el caso *Ricardo Canese*, quien fue condenado en Paraguay por el delito de difamación a una pena de privación de libertad, una multa y restricciones de salida del país por sus declaraciones durante la contienda electoral mientras era candidato presidencial, dirigidas en contra de otro candidato, al que vinculó con el ex dictador Stroessner en torno a un consorcio empresarial que participó en el desarrollo del complejo hidroeléctrico binacional de Itaipú, y, con otra modalidad pero en la misma categoría, el caso *Ivcher Bronstein*, a quien el Estado peruano privó arbitrariamente del título de nacionalidad adquirida por naturalización, pues era el accionista mayoritario, director y presidente del Directorio del Canal 2 —Frecuencia Latina— de la televisión peruana, con el objeto de desplazarlo del control editorial de dicho Canal y de coartar su libertad de expresión, la cual se manifestaba a través de denuncias de graves violaciones a derechos humanos y de actos de corrupción.

En la tercera categoría, que engloba los casos de quienes por ejercer su derecho a expresar libremente sus ideas y opiniones se vieron sometidos a la jurisdicción penal, se incluyen el caso de *Humberto Antonio Palamara Iribarne*, oficial retirado de la Armada chilena y funcionario civil al momento de los hechos, a quien se le juzgó en jurisdicción militar por el delito de desacato y se prohibió la publicación de su libro *Ética y servicios de inteligencia*, en el que abordaba aspectos relacionados con la inteligencia militar y la necesidad de adecuarla a ciertos parámetros éticos (en este caso se incautaron los ejemplares del libro y los originales tanto de la imprenta como del domicilio personal); el caso *Eduardo Gabriel Kimel*, conocido periodista, escritor e investigador histórico argentino, quien fue condenado a un año de prisión y multa por el delito de calumnia al haber publicado el libro *La masacre de San Patricio*, en el que expuso el resultado de su investigación sobre el asesinato de cinco religiosos y criticaba la actuación de las autoridades encargadas de

indirecto de restricción. *Cfr*. CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs*. Chile, párr. 94. En este mismo caso, la doctrina identifica una censura previa al prohibir la circulación del libro. *Cfr*. García Ramírez, S. y Gonza, A., *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos*, *cit*., 2007, pp. 35 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

la investigación de los homicidios, entre ellas la de un juez, quien inició el proceso penal en su contra; en el caso del general retirado *Francisco Usón Ramírez*, quien fue condenado por el fuero militar a cumplir una pena privativa de la libertad de cinco años y seis meses por el delito de *Injuria a la Fuerza Armada Nacional* venezolana, como consecuencia de declaraciones emitidas durante una entrevista televisiva en la que solicitaban su experticia en torno al uso de lanzallamas en un incendio ocurrido en una celda donde estaban recluidos soldados.

En la cuarta categoría se ubican los casos relativos al acceso a la información, a saber, el primer caso, calificado de inusual en la práctica interamericana,[413] fue el de *Claude Reyes* contra Chile, en el que el Estado se negó sin justificación a brindarle toda la información requerida al órgano público competente en relación con una empresa forestal involucrada en un proyecto de deforestación que podía ser perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible del país, y en el caso *Gomes Lund*, que extiende el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado en los casos de violaciones de derechos humanos, porque se negó a los familiares de los desaparecidos y de la persona ejecutada el acceso a la información sobre los hechos relacionados con la *Guerrilha do Araguaia* (detención arbitraria, tortura y desaparición forzada de 70 personas en el contexto de la dictadura militar de Brasil).

En la quinta y última categoría se inscriben los actos y omisiones consistentes en declaraciones de funcionarios públicos y actos de hostigamiento y agresiones físicas y verbales, así como obstaculizaciones a las labores periodísticas cometidos por agentes estatales y particulares en perjuicio de personas vinculadas a medios de comunicación, como son los casos Ríos y Perozo *versus* Venezuela.

B. *El contenido de la libertad de expresión como componente fundamental del ejercicio de la democracia*

En efecto, asignarle una dimensión colectiva a la libertad de expresión, concebir la expresión y difusión como un núcleo indisoluble y alertar sobre la supresión radical del derecho como alteración de las condiciones básicas de una sociedad democrática,[414] conduce a reforzar la concepción simbióti-

[413] *Cfr*. Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Pamplona, 2009, p. 75.

[414] *Cfr*. La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrs. 39 y 45; CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs*. Chile, párr. 68.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

ca entre libertad de expresión y democracia y su condicionalidad recíproca (si se pierde la libertad de expresión, peligra la garantía de todos los otros valores y principios democráticos, y viceversa, sin democracia, no hay salvaguarda de expresar las ideas libremente y no hay plena vigencia del resto de los derechos humanos). Por ello, se presentan los rasgos básicos del estándar relativo al alcance de la libertad de expresión en tanto parámetro de orientación general y presupuesto del estándar democrático propiamente dicho así como la gradualidad de la supresión del derecho en cuestión.

a. Un alcance del artículo 13 CADH coherente con la sociedad democrática

Postulado esencial: máxima cobertura, mínima restricción

La Corte sostiene que "las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron estructuradas para ser las más generosas y para reducir al *mínimum* las restricciones a la libre circulación de las ideas".[415] En este marco y siguiendo su vocación tutelar, la Corte-IDH puntualiza la especificidad de la regulación del derecho a la libertad de expresión contenida en el artículo 13 de la Convención Americana al compararla con otros instrumentos jurídicos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 19: 1) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.[416] El artículo 13 de la Convención Americana no admite la censura previa como mecanismo de restricción y dispone claramente las limitaciones a la libertad de expresión y su carácter excepcional, lo que en la doctrina se ha denominado la bipolaridad típica de la CADH en cuanto a los dos mecanismos de restricción de la libertad de expresión: uno ilegítimo, como es la censura previa y otro legítimo, dado por la determinación de las responsabilidades ulteriores.[417]

[415] La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 50.

[416] Se distingue el CEDH de la CADH en dos aspectos esenciales: el primero, que el Convenio Europeo regula separadamente la libertad de pensamiento y la libertad de expresión y el segundo, que en el texto europeo se abarcan las personas físicas y jurídicas dentro de esta libertad a diferencia de su homóloga americana. *Cfr*. Úbeda de Torres, A., *Democracia y derechos humanos en Europa y en América Latina. Estudio de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, 2007, pp. 463 y ss.

[417] González Morales, F., "La libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos", en Revenga Sánchez/Viana Garcés (eds.), *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, pp. 225-269, p. 242.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

No cabe duda que en el ámbito de la libertad de expresión y las modernas tecnologías también existe el riesgo de nuevas formas de censuras que puedan hacerse a internet, blogs o al periodismo ciudadano, bajo el alegato de proteger el derecho a la imagen, la privacidad o el uso del propio nombre[418] que generarán una evolución de la jurisprudencia y de los estándares de la CorteIDH en esas líneas. Estas cuestiones no han llegado todavía al Tribunal de San José.

Interpretando el alcance del artículo 13 del Pacto de San José respecto la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado la Corte especifica sus connotaciones, a saber: contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, protege a toda persona sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal y permite a su vez que la información circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla.[419] La Corte Interamericana ha determinado que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeta a un sistema restringido de excepciones.[420]

Dimensión individual y colectiva

Conforme a la argumentación de la Corte, el contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión tiene una doble dimensión, esto es, como derecho de cada individuo (que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento) y como derecho colectivo (a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno).[421] En su dimensión individual, "la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino

[418] En Argentina por ejemplo se mencionan más de 100 decisiones judiciales de amparo que ordenan a los buscadores como Yahoo y Google, impedir la búsqueda de ciertos nombres. Ponencia de Eduardo Bertoni, Director del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, en el Primer Foro Nacional Sobre Libertad de Expresión y Prensa, 13 de agosto, 2009.

[419] *Cfr.* Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile, párr. 77; CorteIDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") *vs.* Brasil, párr. 197.

[420] *Cfr.* Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile, párr. 92; CorteIDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") *vs.* Brasil, párr. 199.

[421] *Cfr.* Corte IDH. Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica, párr. 108; CorteIDH. Caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú, párr. 146; "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros *vs.* Chile), párr. 64 y La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios".[422] Uno de los pilares de esa libertad de expresión para difundir las ideas es el derecho a usar el propio idioma.[423] La dimensión social facilita el intercambio de ideas e informaciones y de comunicación masiva entre los seres humanos, permite el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros, porque ambas caras son importantes para el ciudadano común.[424] En esta doble dimensión también se reconoce el derecho de acceso a la información.[425] La plena efectividad del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión exige que ambas dimensiones deban ser garantizadas con base en su complementariedad y simultaneidad.[426]

Indivisibilidad de la expresión y la difusión

Según la Corte existe una indivisibilidad entre la expresión y la difusión del pensamiento y de la información, por lo que cualquier limitación a las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.[427] De modo reite-

Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 30.

[422] Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 31; CorteIDH. Palamara *vs*. Chile. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 73.

[423] Fuera del contexto suramericano, el caso es de gran relieve por tratarse de un miembro de una comunidad garífuna hondureña, privado de libertad, a quien se prohibía usar su idioma materno. *Cfr*. CorteIDH. Caso López Álvarez *vs*. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1o. de febrero de 2006. Serie C No. 141, párrs. 164, 168 y 169.

[424] *Cfr*. CorteIDH. Caso Ivcher Bronstein *vs*. Perú, párr. 148; CorteIDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros *vs*. Chile), párr. 66 y La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 32.

[425] Romero Silvera, G., "Implicaciones jurídicas del desarrollo del derecho de acceso a la información pública en el marco del derecho a la libertad de expresión y los derechos humanos", *American University International Law Review*, vol. 26:1, 2010, pp. 157-182, p. 162.

[426] Un ejemplo es el del señor Canese, quien difundió comentarios en contra del candidato adversario. *Cfr*. CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs*. Paraguay, párr. 81; CorteIDH. Caso Ivcher Bronstein *vs*. Perú, párr. 149; CorteIDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros *vs*. Chile), párr. 67 y La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 32.

[427] *Cfr*. CorteIDH. Caso Ivcher Bronstein *vs*. Perú, párr. 147; CorteIDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros *vs*. Chile), párr. 65 y La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 36.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

rado y sistemático, la Corte sostiene que "quienes están bajo la protección de la Convención tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole", así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás,[428] e incluso accediendo a la información bajo el control del Estado, con la consecuente obligación positiva de éste de suministrarla o negarla con base en algún motivo permitido por la Convención.[429]

b. La tríada de su funcionalidad democrática

La originalidad de la Corte puede dibujarse a través de sus aseveraciones, que tienen en cuenta no sólo el contexto en el que tendrán aplicación sino particularmente su vocación tutelar amplia, orientada por los principios que deben regir el debate, control y el pluralismo en una sociedad democrática,[430] combinando las reglas de interpretación más favorable a la persona humana y la no discriminación. Adoptando la tríada para su operatividad, la CorteIDH como regla general, afirma que debe tratarse de una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, porque sin ella, "la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se comienzan a tornar inoperantes y, en definitiva, se crea el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad".[431]

El libre discurso y debate político

Algunas máximas que emplea la Corte son clarificadoras de la relevancia que le asigna a la libertad de expresión para favorecer el libre discurso y debate político, esencial para la consolidación de la vida democrática de las sociedades.

[428] *Cfr.* La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 30; CorteIDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros *vs.* Chile), párr. 64; CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, párr. 77; CorteIDH. Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile, párr. 76; CorteIDH. Caso Kimel *vs.* Argentina, párr. 53.

[429] *Cfr.* CorteIDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") *vs.* Brasil, párr. 198.

[430] *Cfr.* CorteIDH. Caso Fontevecchia y D'Amico *vs.* Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párrs. 44, 47, 94.

[431] *Cfr.* CorteIDH. Caso Ríos y otros *vs.* Venezuela, párr. 105; CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, párr. 116.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre: cuando la Corte Interamericana se refiere al vínculo estrecho entre democracia y libertad de expresión como elemento fundamental para la existencia de una sociedad democrática,[432] pone énfasis en que este derecho resulta indispensable para la formación de la opinión pública y es "*conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre."[433]

La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia: dado que muchas veces los Estados invocan conceptos como el bien común u orden público para restringir la libertad de expresión, la Corte se ha manifestado en clave democrática para favorecer la máxima cobertura del discurso público interpretado bajo los parámetros de la Convención admitiendo como orden público "las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios"[434] y como bien define el "concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos",[435] siendo uno de sus imperativos fortalecer el funcionamiento de las instituciones democráticas.[436] Ambas nociones deben interpretarse de forma "ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática",[437] que en el sistema interamericano se orientan a la democracia representativa.[438] El concepto de orden público reclama que, dentro

[432] Desde la OC sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 70. Hasta las últimas sentencias Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") *vs*. Venezuela, párr. 131; Ríos y otros *vs*. Venezuela, párr. 105; Perozo y otros *vs*. Venezuela, párr. 116; Usón Ramírez *vs*. Venezuela, párr. 47; Caso Kimel *vs*. Argentina, párrs. 87 y 88.

[433] La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 70 y CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs*. Paraguay, párr. 82.

[434] La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 70 y CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs*. Paraguay, párr. 82.

La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 64.

[435] *Ibidem*, párr. 66.

[436] *Ibidem*, párr. 66.

[437] CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs*. Chile, párrs. 72 y 73; CorteIDH. Caso Claude Reyes y otros *vs*. Chile, párr. 91.

[438] La Expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, párrs. 30 y 34.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto.[439]

El debate público incluye discursos no gratos: la libertad de expresión, particularmente en asuntos de interés público, garantiza tanto la difusión de información o ideas tanto la difusión de información o ideas calificadas como inofensivas o indiferentes así como las que resultan ingratas para el Estado o cualquier sector de la población.[440] En doctrina se habla de la presunción de *cobertura ab initio* de los discursos de toda naturaleza, incluidos los discursos ofensivos, chocantes o perturbadores.[441]

El control ciudadano

Del análisis jurisprudencial emergen dos caracteres distintivos de la función de la libertad de expresión para facilitar el control democrático que se pueden sintetizar en dos máximas.

Transparencia y fiscalización van de la mano: el control democrático por parte de la sociedad, a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública.[442] La Corte ha resaltado que en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión, en sus dos dimensiones, es un bastión fundamental para el debate y herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores y representa "un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión".[443] En una sociedad democrática debe garantizarse la posibilidad del cuestionamiento e indagación "sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar".[444]

Publicidad y transparencia como "deber": la Corte vincula el control con el deber del Estado de ajustar su actuación a los principios de publicidad y

[439] La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 69.

[440] CorteIDH. Caso Manuel Cepeda *vs*. Colombia, párr. 172; CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs*. Venezuela, párr. 116.

[441] Nomenclatura utilizada por la relatoría de libertad de expresión. *Cfr*. Informe 2009, pp. 241-256.

[442] CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs*. Paraguay, párr. 97.

[443] CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs*. Paraguay, párr. 88.

[444] *Ibidem*, párr. 90.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

transparencia en la gestión pública, a fin de que pueda ejercerse el control democrático de las gestiones estatales, cuestionando, indagando y considerando si está cumpliendo adecuadamente las funciones públicas. En este orden de ideas, agrega el órgano supranacional que cuando se trata de asuntos de interés público, el acceso a la información bajo el control del Estado y el control social deben convergir, facilitando la participación en la gestión pública a través de dicho control social.[445]

El pluralismo

Una revisión del estándar democrático en lo atinente al pluralismo revela las distintas aristas que se desprenden de la interpretación jurisprudencial dada por la Corte, que pueden agruparse en las siguientes máximas.

Las voces de oposición resultan imprescindibles para una sociedad democrática: en los tiempos actuales de polarización de las sociedades latinoamericanas es orientadora la afirmación de la Corte en lo concerniente a que el "disenso y las diferencias de opinión e ideas son consustanciales al pluralismo que debe regir en toda sociedad democrática".[446] Los Estados están en la obligación de garantizar la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios.[447]

El eco de la diversidad social en los discursos de funcionarios públicos: este postulado trae como consecuencia que se genere confianza entre la ciudadanía y se posibilite un debate abierto entre los diferentes sectores de la sociedad sobre temas de interés nacional. Para la Corte, la actuación de los servidores públicos debe estar regida por la máxima prudencia ya que "en tanto funcionarios públicos tienen una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas y, por tanto, sus declaraciones no pueden desconocer éstos".[448] En la doctrina se argumenta que este deber tiene su fundamento en la necesidad de proteger los derechos de terceros e "impedir que sectores

[445] CorteIDH. Caso Claude Reyes y otros *vs*. Chile, párr. 86.

[446] CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs*. Venezuela, párr. 74; *Cfr*. CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") *vs*. Venezuela, párr. 131.

[447] CorteIDH. Caso Manuel Cepeda *vs*. Colombia, párr. 176.

[448] CorteIDH. Caso Ríos y otros *vs*. Venezuela, párr. 139.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

afines a un gobierno consideren que una declaración es una autorización implícita para llevar a cabo acciones en contra de sectores de oposición".[449]

La equidad para asegurar el pluralismo informativo: en razón de la relevancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática, "el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones —distintas corrientes—[450] en el debate público". En sus últimas decisiones, al referirse a la máxima de que la equidad debe regir el flujo informativo, la Corte ha puesto de relieve la protección de los derechos humanos de "quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas".[451]

El papel plural de los medios de comunicación: en una sociedad democrática, los medios de comunicación deben ser verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, lo que trae consigo el deber de recoger las más diversas informaciones y opiniones.[452] Entendida la libertad de expresión como un componente esencial de la libertad de prensa, no implica, sin embargo, que sean sinónimos o que el ejercicio de la primera esté condicionado a la segunda. Dicha libertad requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación y ello tiene dos implicaciones, pues por una parte, no puede haber individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a los medios y, por otra parte, es indispensable que exista pluralidad de medios, por lo que es imperativa la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, "cualquiera sea la forma que pretenda adoptar".[453] La Corte insiste en que los periodistas deben gozar de protección e independencia para realizar sus funciones a cabalidad, ya que "son ellos los que mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad".[454]

Conforme al parámetro del Tribunal de San José,

[449] Arcila Cano, J. A., *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana (1985-2009)*, disponible en: *http://nemesis.unalmed.edu.co/forum/articulo6.pdf*, pp. 113-146, p. 124.

[450] CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs*. Venezuela, párr. 117.

[451] CorteIDH. Caso Kimel *vs*. Argentina, párr. 57; CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs*. Venezuela, párr. 117.

[452] CorteIDH. Caso Ivcher Bronstein *vs*. Perú, párr. 147.

[453] La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 34. Más recientemente CorteIDH. Caso Kimel *vs*. Argentina, párr. 57.

[454] CorteIDH. Caso Ivcher Bronstein *vs*. Perú, párr. 150.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

> …el ejercicio del periodismo por tanto, requiere que una persona se involucre en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención. A diferencia de otras profesiones, el ejercicio profesional del periodismo es una actividad específicamente garantizada por la Convención y no puede ser diferenciado de la libertad de expresión.[455]

Conforme a la Convención Americana no puede regularse por vía de ley la colegiación de periodistas el impedimento de ejercer el periodismo a quienes no sean miembros del colegio y limitar el acceso a *éste a los graduados en una determinada carrera universitaria;*[456] exigir la colegiación infringiría principios primarios del orden público democrático.[457] En referencia a personas vinculadas a un determinado medio de comunicación, la Corte ha establecido que es posible que la libertad de expresión se vea ilegítimamente restringida por condiciones *de facto* que coloquen, directa o indirectamente, en situación de riesgo o mayor vulnerabilidad a quienes la ejerzan. La Corte pone en cabeza del Estado el deber de abstención para no propiciar, estimular, favorecer o profundizar esa vulnerabilidad[458] y la obligación de prevenir y proteger a quienes se encuentren en tal situación.[459]

Responsabilidad en el ejercicio de su función social: los periodistas, al emitir sus opiniones, deben basarse en hechos constatados de modo razonable, aunque no debe tra tarse de una verificación exhaustiva, en razón del derecho de la sociedad de no recibir versiones manipuladas de los hechos que se informan o comentan. Ello implica una exigencia para los periodistas: buscar informaciones de manera diligente, tomar cierta "distancia crítica" de sus fuentes y confrontar las informaciones que ellas les acercan con otros datos

[455] CorteIDH. Caso Fontevecchia y D'Amico *vs*. Argentina, párr. 46.

[456] La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 81.

[457] La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 76.

[458] *Cfr*. CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs*. Venezuela, párr. 118 y CorteIDH. Caso Ríos y otros *vs*. Venezuela, párr. 107.

[459] *Cfr*. CorteIDH. Caso Ríos y otros *vs*. Venezuela, párr. 107 y CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs*. Venezuela, párr. 118; CorteIDH. Caso Manuel Cepeda *vs*. Colombia, párr. 172. En este último caso, la Corte considera que "la ejecución extrajudicial de un oponente por razones políticas no sólo implica la violación de diversos derechos humanos, sino que atenta contra los principios en que se fundamenta el Estado de Derecho y vulnera directamente el régimen democrático", párr. 177.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

pertinentes.[460] Los medios deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan.[461]

c. La dignidad humana y la no discriminación

La Corte recurre a lo dispuesto en el artículo 29 de la Convención para afirmar que no tienen aplicabilidad restricciones previstas en otros instrumentos internacionales, porque "si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana".[462]

En la reciente jurisprudencia de la CorteIDH sobre libertad de expresión se hace un pronunciamiento acerca de la distinción entre el artículo 1.1 de *no discriminación* y el artículo 24 de *igualdad ante la ley.* Según el órgano jurisdiccional, tal diferencia radica en que si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 (norma de carácter general cuyo contenido implica que todo tratamiento discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma) mientras que si la discriminación se refiere a una protección desigual ante la ley interna, violaría las disposiciones del artículo 24 de la misma Convención (que prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal), por lo que la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados parte, "de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley".[463]

[460] CorteIDH. Caso Kimel *vs.* Argentina, párr. 79, *Cfr.* La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos. Documento del equipo de trabajo del Programa sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC).

[461] *Cfr.* CorteIDH. Caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú, párr. 149; CorteIDH. Caso Fontevecchia y D'Amico *vs.* Argentina, párr. 44.

[462] *Cfr.* particularmente, Pinto, M., "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Abregú/Courtis (Comps.), Buenos Aires, 1997.

[463] *Cfr.* CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") *vs.* Venezuela, párr. 209; CorteIDH. Caso Ríos y otros *vs.* Venezuela, párr. 348 y en el mismo sentido, CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, párr. 379.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

En el contexto de la libertad de expresión resulta de gran relevancia esta clarificación de extensión de la garantía de no discriminación a cualquier otra regulación legal realizada por el Estado en el ámbito doméstico y no limitada a los derechos contenidos en la Convención Americana.

C. *Restricciones de la libertad de expresión compatibles con la democracia*

La reiterada mención a las "instituciones democráticas", "democracia representativa" y "sociedades democráticas" en la jurisprudencia impone analizar cualquier restricción a la libertad de expresión por parte de un Estado a la luz de las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas. El término restricción alude "a la conducta definida legalmente como generadora de responsabilidad por el abuso de la libertad de expresión".[464] La regla en el sistema interamericano es que el abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido,[465] en lo que se diferencia del sistema universal y del sistema europeo.[466] Por ello, se hace mención al postulado básico de que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y al test tripartito en concreto.

a. Alcance de la restricción

No es un derecho absoluto

En su línea jurisprudencial constante, la Corte ha dejado sentado que la libertad de expresión no es un derecho absoluto,[467] advirtiendo recientemente que tampoco el derecho de acceder a la información pública en poder del

[464] Colegiación de Periodistas, párr. 35; CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs*. Chile, párr. 79; CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs*. Paraguay, párr. 95.

[465] *Cfr*. Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión de 1999, Capítulo II. Disponible en: *http://www.cidh.org/annualrep/98span/volumen%20iii%20capitulo%205.htm*.

[466] Rivera Rugeles, J. C., "Las sanciones penales frente a expresiones sobre temas de relevancia pública: ¿Limitación o violación a la libertad de expresión?", *American University International Law Review*, vol. 26:1, 2010, pp. 7-32, pp. 13 y ss.

[467] CorteIDH. Caso Herrera Ulloa *vs*. Costa Rica, párr. 120; CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs*. Paraguay, párr. 95 y CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs*. Chile, párr. 79; CorteIDH. Caso Valle Jaramillo y otros *vs*. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 196; CorteIDH. Caso Kimel *vs*. Argentina, párr. 95.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Estado es un derecho absoluto.[468] Este derecho puede ser objeto de restricciones, en particular, cuando interfiere con otros derechos garantizados por la Convención.[469] El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones, no obstante, tienen carácter excepcional, se rigen por el criterio de la necesariedad y no deben convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.[470] La restricción debe producirse interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión[471] y que debe ser necesaria para una sociedad democrática, lo cual debe ser respetado incluso por los órganos judiciales.[472] Estos criterios son aplicables para la restricción legítima del acceso a la información pública,[473] destacando la presunción de que toda la información en poder del Estado es pública y accesible y que el régimen de excepciones tiene carácter limitado.[474] Toda forma de restricción ilegítima a la libertad de expresión, comprendido el derecho de acceso a la información, genera responsabilidad del Estado, provenga del Ejecutivo, Legislativo o Judicial[475] o de la actuación de particulares que han generado situaciones de vulnerabilidad para quienes ejercen el derecho a la libertad de expresión.[476]

[468] *Cfr.* CorteIDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") *vs.* Brasil, párr. 229.

[469] *Cfr.* CorteIDH. Caso Kimel *vs.* Argentina, párr. 56; CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") *vs.* Venezuela, párr. 131; CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, párr. 117.

[470] *Cfr.* CorteIDH. Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica, párr. 120; CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, párr. 95, y CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, párr. 79.

[471] La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 46; CorteIDH. Caso Kimel *vs.* Argentina, párr. 83 y CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, párr. 85; CorteIDH. Caso Usón Ramírez *vs.* Venezuela, párr. 79.

[472] La Corte destaca la importancia de que los órganos judiciales argentinos aseguren que los procedimientos internos en los cuales se debate el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, cumplan con el propósito y fin así como las demás obligaciones derivadas de la Convención Americana. CorteIDH. Caso Fontevecchia y D'Amico *vs.* Argentina, párr. 94.

[473] CorteIDH. Caso Gómes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") *vs.* Brasil, párr. 229.

[474] *Ibidem*, párr. 230.

[475] CorteIDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros *vs.* Chile), párr 72.

[476] CorteIDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia, párrs. 113 y 123; CorteIDH. Valle Jaramillo y otros *vs.* Colombia, párrs. 77 y 78. *Cfr.* CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, párrs. 120 y 121.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Ante las formas más generalizadas de amenazar y atacar gravemente la libertad de expresión, como son la censura previa, las leyes de desacato y la imposición de responsabilidades posteriores mediante las figuras de la injuria, calumnia y difamación que "asfixian" la democracia,[477] la jurisprudencia de la CorteIDH ha delineado con precisión los estándares para rechazar cualquier tipo de censura previa y acotar las restricciones permitidas respecto a las responsabilidades ulteriores. Especial relevancia muestran estos estándares desarrollados por la CorteIDH en materia de interpretación restrictiva de las restricciones, de una clara inspiración europea y, en esencia, evidencian una tendencia a abogar por la despenalización de los delitos de opinión y de desacato, de la difamación, de la injuria, de la calumnia.[478] Ahora bien, la Corte sostiene que la sanción penal *per se* no se encuentra excluida de la Convención, pero su uso debe ser conforme a la concepción de un orden punitivo en una sociedad democrática.[479] Sostiene que la posibilidad de sanción penal merece especial cautela,

> …ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación.[480]

Categóricamente debe sostenerse que la postura favorable al derecho penal mínimo se muestra más compatible con el estándar de la sociedad democrática, porque "la desmesura penal vulnera el código jurídico y el sustento político de la sociedad democrática".[481]

[477] *Cfr*. Grossman, C., "La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", *Revista IIDH*, vol. 46, Costa Rica, 2007, pp. 157-191, p. 158.

[478] *Cfr*. Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Pamplona, 2009, p. 76.

[479] González Morales, F., "La libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos", en Revenga Sánchez y Viana Garcés (eds.), *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, pp. 225-269, pp. 256 y s.

[480] *Cfr*. CorteIDH. Caso Kimel *vs*. Argentina, párr. 78.

[481] Sergio García Ramírez afirma: "Si la vía penal no es ese medio adecuado, su empleo contravendrá la exigencia de 'necesidad' que invoca el artículo 13.2, el imperativo de 'interés general' que menciona el artículo 30, y las razones vinculadas a la 'seguridad de todos y a las justas exigencias del bien común' que menciona el artículo 32. Esa vía será, por lo tanto, incompatible con la Convención Americana y deberá ser reconsiderada." Voto Sergio García Ramírez, Caso Kimel *vs*. Argentina, párr. 19. *Cfr*. García Ramírez, S. y Goza, A., *La libertad*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

La reputación como límite

El propio artículo 13.2 CADH dispone que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión debe *"asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás"*. Es por ello que el derecho a la honra aparece como el referente jurídico esencial para la ponderación,[482] dado que la necesidad de proteger los derechos a la honra y a la reputación, así como otros derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados al respecto por la propia Convención.[483] Asimismo, el artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, derivando así en límite a la expresión, ataques o injerencias que provengan de los particulares o del Estado. Por ello, es legítimo que quien se sienta afectado en su honor recurra a los mecanismos judiciales que el Estado disponga para su protección.[484]

Un umbral diferenciado de protección

La Corte ha fijado claros estándares señalando que en una sociedad democrática los funcionarios públicos o las personas que ejercen funciones de una naturaleza pública están más expuestos al escrutinio y la crítica del público.[485] Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente, sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público, tienen mayor acceso a la réplica y deben tener un mayor margen de

de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2007, pp. 69 y ss.

[482] Voto concurrente razonado del juez Diego García-Sayán en el caso Kimel *vs*. Argentina, de 2 de mayo de 2008, párr. 7.

[483] Comenta Asdrúbal Aguiar que en el Caso Kimel *vs*. Argentina, el Tribunal de San José se refiere a los medios de comunicación y a los periodistas como "poder" a ser enfrentado, pues pueden violentar derechos humanos, como el honor de los funcionarios públicos. *Cfr.* Aguiar Aranguren, A., "La libertad de expresión: ¿piedra angular de la democracia?", *La Ley*, Buenos Aires, año LXXII, núm. 142, 25 de julio de 2008.

[484] CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs*. Paraguay, párr. 101.

[485] CorteIDH. Caso Fontevecchia y D'Amico *vs*. Argentina, párr. 47.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

aceptación a la crítica.[486] Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza.[487]

Ajustada a la intrínseca vinculación entre democracia y libertad de expresión, la Corte ha establecido los perfiles de este umbral en los que debe existir un mayor margen de tolerancia, incluso por parte de las propias instituciones o entidades del Estado. Un supuesto claro se da frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio del control democrático,[488] también como consecuencia del requerimiento de la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público,[489] en los debates políticos a fin de facilitar la transparencia de las actividades estatales,[490] para promover la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública,[491] en las campañas electorales cuando las opiniones o declaraciones de interés público se vierten en relación con una persona que se postula como candidato a la Presidencia de la República[492] y, todo lo que en definitiva, esté acorde con los principios del pluralismo democrático.[493]

[486] CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs*. Paraguay, párr. 100; CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs*. Chile, párr. 83; CorteIDH. Caso Kimel *vs*. Argentina párrs. 86-88.

[487] *Cfr*. CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs*. Paraguay, párr. 103 y CorteIDH. Caso Kimel *vs*. Argentina, párr. 86.

[488] CorteIDH. Caso Usón Ramírez *vs*. Venezuela, párr. 83; CorteIDH. Caso Claude Reyes y otros *vs*. Chile, párr. 87; CorteIDH. Caso Kimel *vs*. Argentina, párr. 86 y CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs*. Chile, párr. 83.

[489] La noción de asuntos de interés público se expresa en todos los que la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, afecta intereses o derechos generales, o le acarrea consecuencias importantes. CorteIDH. Caso Herrera Ulloa *vs*. Costa Rica, párr. 113; CorteIDH. Caso Kimel *vs*. Argentina, párr. 87 y CorteIDH. Caso Claude Reyes y otros *vs*. Chile, párr. 81.

[490] En la expresión el Expresidente de la Corte IDH Sergio García Ramírez "La democracia se construye a partir de la opinión pública, debidamente informada, que con base en esa información orienta su juicio y toma sus decisiones. Así, el ingreso en el ámbito de esas cuestiones resultará mucho más holgado que el correspondiente a los asuntos estrictamente privados, propios de la vida personal o íntima, que no trascienden sus estrictos linderos. La llamada 'transparencia' tiene en aquel ámbito uno de sus espacios naturales". *Cfr*. voto concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana sobre el caso Kimel, del 2 de mayo de 2008.

[491] CorteIDH. Caso Ivcher Bronstein *vs*. Perú, párr. 155.

[492] CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs*. Paraguay, párr. 98.

[493] *Cfr*. CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs*. Paraguay, párr. 100; CorteIDH. Caso Ivcher Bronstein *vs*. Perú, párr. 152; CorteIDH. Caso Kimel *vs*. Argentina, párr. 87.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

b. El *test* tripartito de la restricción

A lo largo de su jurisprudencia, la Corte ha revisado los casos de aplicación de la responsabilidad ulterior en el marco del cumplimiento del requisito de necesidad en una sociedad democrática.[494] La responsabilidad exigible se corresponde con el desbordamiento, desviación, exceso, abuso, en suma, la ilicitud en el ejercicio de la libertad de expresión.[495] La Corte condiciona la necesidad y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión al requisito de estar orientadas a satisfacer un interés público imperativo.[496]

En la doctrina se pone de relieve que sólo en un 10% de los casos la CorteIDH ha empleado el principio de proporcionalidad.[497] Ello ha tenido lugar en tres momentos de la evolución jurisprudencial en materia de libertad de expresión, con connotaciones distintas, a saber: en la Opinión Consultiva No. 5 la Corte se enfoca en los subprincipios básicos del principio de proporcionalidad a efecto de determinar la restricción del derecho a la libertad de expresión del artículo 13 de la CADH, en la segunda etapa, con el caso "Última Tentación de Cristo" *vs.* Chile, acude a la subsunción y no a la ponderación, en la medida que el artículo 13 de la CADH determina la regla de prohibición de censura previa, y en la tercera fase, la ponderación y el principio de proporcionalidad sirven para resolver el conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la honra (Caso Kimel *vs.* Argentina y caso Usón *vs.* Venezuela).[498] Si bien en el caso Usón Ramírez, la CorteIDH examinó el conflicto entre el derecho individual a la libertad de expresión, por un lado, y el supuesto derecho al honor que la normativa interna reconoce a la institución de las Fuerzas Armadas, por otro, también

[494] *Cfr*. CorteIDH. Caso Fontevecchia y D'Amico *vs*. Argentina, párr. 54.

[495] *Cfr*. García Ramírez, S. y Gonza, A., *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos*, *cit.*, p. 36.

[496] Con base a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, asume que en una restricción "necesaria" no es suficiente demostrar que sea "útil", "razonable" u "oportuna". *Cfr*. TEDH, Case of Editions Plon v. France, Sentencia de 18 de mayo de 2004, párr. 42 y Case of MGN Limited v. The United Kingdom, Sentencia de 18 de enero de 2011, párr. 139. *Cfr*. CorteIDH. Caso Fontevecchia y D'Amico *vs*. Argentina, párr. 54.

[497] *Cfr*. Clérico, L., *La proporcionalidad y la Corte Interamericana de derechos Humanos. Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad o el ritmo que impone la tragedia de los casos*. Ponencia, Buenos Aires, 3 al 6 de octubre de 2010. Publicado en: Capaldo *et al*., *La internacionalización del derecho constitucional; la constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, EUDEBA, 2012, pp. 199-219.

[498] Nogueira Álcala, H., "El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión", *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 1, 2011, pp. 119-156.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

ha acudido al "interés público" a la hora de examinar la restricción al derecho de la libertad de expresión.[499]

Lo interesante en torno al estándar de la sociedad democrática se focaliza en la insistencia, por parte de la Corte, en el postulado de la concurrencia de la legalidad, la finalidad legítima y la idoneidad de la medida, dejando sentado que "la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión".[500] La Corte verifica que la restricción sea definida en forma precisa y clara a través de una ley,[501] que persiga objetivos permitidos por la Convención (finalidad legítima de acuerdo con la Convención e idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida)[502] que cumpla con la necesariedad en una sociedad democrática,[503] además de analizar la estricta proporcionalidad de la medida.[504]

B. *Una reparación para la consolidación democrática*

La jurisprudencia de la CorteIDH en cuanto a las reparaciones es basta y tiene un carácter singularmente "interamericano".[505] A los efectos del es-

[499] CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs*. Chile, párr. 85; CorteIDH. Claude Reyes y otros *vs*. Chile párr. 91, CorteIDH. Caso Kimel *vs*. Argentina, párr. 51; CorteIDH. Caso Fontevecchia y D`Amico *vs*. Argentina, párr. 54.

[500] La Colegiación obligatoria de periodistas, párr. 46; CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs*. Paraguay, párr. 96.

[501] La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 40; CorteIDH. Caso Kimel *vs*. Argentina, párr. 63; CorteIDH. Caso Claude Reyes y otros *vs*. Chile, párr. 89 y CorteIDH. Caso Usón Ramírez *vs*. Venezuela, párr. 55.

[502] *Cfr*. CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs*. Chile, párr. 85; Opinión Consultiva La Colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), párr. 43.

[503] *Cfr*. Opinión Consultiva La Colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), párr. 39; CorteIDH. Caso Kimel *vs*. Argentina, párr. 83.

[504] Respecto a los cuatro criterios en detalle, *Cfr*. CorteIDH. Caso Usón Ramírez *vs*. Venezuela, párrs. 49-68.

[505] En el caso concreto de la libertad de expresión *Cfr*. García Ramírez, S. y Gonza, A., *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos*, *cit.*, pp. 57 y ss. Para una evaluación crítica en razón del alto número de casos bajo supervisión de sentencias, véase Herencia Carrasco, S., "Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos", en Ambos *et al*., *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo, 2011, t. II, pp. 371-392.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

tudio de la libertad de expresión como componente fundamental de la democracia, sólo se pretende esbozar aquí los estándares establecidos respecto a las categorías de no repetición y satisfacción en los casos de violación de la libertad en cuestión, sin entrar a considerar la reparación en el sentido de indemnización de los daños materiales e inmateriales.[506] En estas dos categorías seleccionadas, se aprecia la originalidad de la CorteIDH en materia de reparaciones por el impacto en los órdenes nacionales.[507]

En cuanto a la no repetición, la CorteIDH ha sido consecuente en ordenar la modificación de la normativa y de la práctica interna, cuando éstas son violatorias, en sí mismas, de la Convención Americana, desde el caso paradigmático de la reforma constitucional en Chile con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película "La última tentación de Cristo",[508] hasta las resoluciones destinadas a derogar y modificar cualesquiera normas internas que sean incompatibles con los estándares internacionales en materia de libertad de pensamiento y de expresión y así permitir el control democrático de todas las instituciones estatales y de sus funcionarios. La Corte, aun cuando se haya acometido la reforma del Código Penal para derogar el desacato, ha pedido modificar la normativa interna;[509] ha solicitado adoptar medidas necesarias para evitar restricciones indebidas y obstaculizaciones directas o indirectas al ejercicio de la libertad de buscar, recibir y difundir información;[510] ha requerido modificar un artículo del Código Orgánico de Justicia Militar porque no delimita estrictamente la conducta delictuosa,[511] ha resuelto ordenar a un Estado la corrección de imprecisiones del ordenamiento jurídico en relación con la libertad de expresión.[512]

[506] *Cfr.* CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, párrs. 239, 242, 246, 247; CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, párrs. 206 y 207.

[507] Entre tantos análisis, *Cfr.* Cançado Trindade, A., "Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones", *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un* ius constitucionale commune *en América Latina?*, *cit.*, , pp. 189-214; Cassel, D., "El alcance e impacto cada vez mayores de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en el mismo libro *La justicia constitucional…*, pp. 215-247.

[508] CorteIDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros *vs.* Chile), párr. 97.

[509] CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, párr. 254.

[510] CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, párr. 416 y Caso Ríos y otros *vs.* Venezuela, párr. 406.

[511] CorteIDH. Caso Usón Ramírez *vs.* Venezuela, párr. 173.

[512] CorteIDH. Caso Kimel *vs.* Argentina, párr. 128. La CorteIDH había solicitado la reforma legal de los delitos de calumnias e injurias, y de las normas del Código Civil por no ser normas precisas. *Cfr.* CorteIDH. Caso Kimel *vs.* Argentina, párr. 127.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

En referencia a la satisfacción de la víctima, la Corte se pronuncia con un amplio abanico de medidas, como por ejemplo permitir la publicación del libro,[513] dejar sin efecto las sentencias condenatorias,[514] entregar la información solicitada por las víctimas,[515] capacitar a los funcionarios en materia de derecho de acceso a la información en poder del Estado[516] y siempre ordena la publicación de la sentencia,[517] aunque la sentencia *per se* constituye una medida de reparación,[518] todo para atender a la satisfacción moral del lesionado.

Los parámetros fijados por la CorteIDH al precisar el contenido de la libertad de expresión forman parte del acervo del *ius constitutionale commune*, pues es una garantía convencional que representa un pilar fundamental de la democracia.[519] Es un acervo de especial relieve para los países suramericanos ya que demanda todavía una mayor protección efectiva y acorde con el cumplimiento de los estándares jurisdiccionales.[520]

[513] CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs*. Chile, párr. 250.

[514] CorteIDH. Caso Palamara Iribarne *vs*. Chile, párr. 253, CorteIDH. Caso Usón Ramírez *vs*. Venezuela, párr. 168 y CorteIDH. Caso Kimel *vs*. Argentina párr. 123.

[515] CorteIDH. Caso Claude Reyes y otros *vs*. Chile, párr. 157.

[516] *Ibidem*, párrs. 164 y 165.

[517] CorteIDH. Caso Ríos y otros *vs*. Venezuela, párr. 405; CorteIDH. Caso Perozo y otros *vs*. Venezuela, párr. 415; CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs*. Paraguay, párr. 209; CorteIDH. Palamara Iribarne *vs*. Chile, párr. 252.

[518] CorteIDH. Caso Ríos y otros *vs*. Venezuela, párr. 403; CorteIDH. Perozo y otros *vs*. Venezuela, párr. 413.

[519] Aguiar Aranguren, A., *La libertad de expresión y prensa: jurisprudencia interamericana (1987-2009)*, Miami, 2009, p. 16.

[520] Los datos empíricos sobre la situación de la libertad de expresión en la región aparecen registrados en el índice de Libertad de Prensa de Freedom House, los Informes Anuales de la Relatoría de la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Sociedad Interamericana de Prensa, en particular la Conferencia de Chapultepec, entre otros. *Cfr*. Gómez Gamboa, D. A., "La colegiación de periodistas en la jurisprudencia venezolana y peruana", *Cuestiones Jurídicas*, Maracaibo, Venezuela, vol. II, núm. 2, 2008, pp. 31-50. *http://www.uru.edu/fondoeditorial/revista/pdf/cj2n2/REVISTA CUESTIONES JUR%C3%8DDICAS VOL 2 N%C2%B0 2 (sin subrayados).pdf*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Capítulo tercero

APORTES DEL SISTEMA DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA EN LA PROTECCIÓN DE LA DEMOCRACIA EN EL MERCOSUR

La idea de la integración suramericana es de vieja data,[1] aunque renace a partir de la década de los noventa en el marco del regionalismo abierto,[2] en confluencia con el proceso de transición democrática. El afianzamiento de los regímenes democráticos de los Estados de la región representa uno de los objetivos claves de esta nueva concepción de unificación. Si bien la integración suramericana contemporánea evidencia tensiones entre los paradigmas decadentes y emergentes en cuanto a un enfoque más diverso e impregnado de pragmatismo,[3] el Mercado Común del Sur (Mercosur) surge como la organización más significativa debido a su impacto interno e internacional.[4] Revela rasgos de originalidad[5] y apertura,[6] aunque su desarrollo muestra un panorama de claroscuros.[7]

[1] Un balance histórico general rico en proyectos, pero escasos acuerdos y pobres resultados. *Cfr*. Álvarez, M., "Los 20 años del Mercosur: una integración a dos velocidades", *CEPAL - Serie* Comercio *internacional*, Santiago de Chile, vol. 108, 2011, p. 7.

[2] *Cfr*. Caballero, S., "Comunidades epistémicas en el proceso de integración regional sudamericana", *Cuadernos sobre Relaciones Internacionales, Regionalismo y Desarrollo*, Venezuela, vol. 4, núm. 8, julio-diciembre de 2009, p. 18.

[3] Gardini, G. L., "Unity and Diversity in Latin American Visions of Regional Integration", en Gardini y Lambert, *Latin American Foreign Policies. Between Ideology and Pragmatism*, Nueva York, 2011, pp. 235-254.

[4] *Cfr*. Bouzas, R., "El Mercosur diez años después: ¿proceso de aprendizaje o déjà vu?", *Desarrollo Económico*, Buenos Aires, vol. 41, núm. 162, 2001, pp. 179-200.

[5] Guedes de Oliveira, M. A., "Political Development and Comparative Issues with EU - The European Union as a Model for the Development of Mercosur? Transnational Orders between Economic Efficiency and Political Legitimacy", *Zentrum und Peripherie*, Múnich, vol. 4, 2007, pp. 9 y ss.

[6] Sobre la flexibilidad de la institucionalidad, Filadoro, M. J., "Eficacia de las instituciones en el Mercosur. El caso de la Secretaría Técnica", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, pp. 667 y ss.

[7] Un compendio actualizado de la evolución entre merco-pesimismo y merco-optimismo véase en Briceño Ruiz (ed.), *El Mercosur y las complejidades de la integración regional*, Buenos Aires, 2011.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Mercosur se crea a través del Tratado de Asunción (TA)[8] suscrito por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay en 1991. Han ingresado con el estatus de miembros asociados Chile y Bolivia (1996), Perú (2003), Colombia y Ecuador (2004). Venezuela comenzó su proceso de adhesión en la condición de miembro pleno desde 2005[9] y adquirió tal condición en julio de 2012, bajo circunstancias políticas y jurídicas controvertidas.[10] Conforme al artículo 1 del TA, el objetivo principal del Mercosur es la conformación de un mercado común, permeable al libre tránsito de bienes, personas, capitales y servicios. No obstante, en el Mercosur se ha configurado progresivamente una dimensión política,[11] que trasciende el ámbito económico.[12] A pesar de la ausencia del carácter de estricta supranacionalidad,[13] se devela una *cuasi* supranacionalidad en el ámbito del principio democrático, vinculado a los derechos humanos[14] y comprensivo de la dimensión social.[15]

El sistema de integración constituye una dimensión adicional del acervo creado con basamento en la estatalidad abierta y como un nivel complementario del sistema interamericano. Gracias a la transformación del concepto de soberanía, la apertura hacia la integración es concebida en el espacio suramericano como un mecanismo de garantía de la democracia, que posibilita un doble compromiso democrático, tanto hacia el interior

[8] La naturaleza del Tratado de Asunción generó en la doctrina posturas críticas respecto a su carácter de tratado marco. *Cfr.* Vera, T. *et al.*, "Diagnóstico y evaluación de lo acordado", en Abreu Bonilla, *La construcción del Mercosur. Mercosur e integración*, Montevideo, 1991, p. 47.

[9] *Cfr.* Preusse, G., "Consecuencias de la salida de Venezuela de la CAN y su entrada al Mercosur", en Hummer y Drnas de Clément, *Mercosur y Unión Europea*, Argentina, 2008, pp. 187 y ss.

[10] Perotti, A., "La justificación jurídica del ingreso de Venezuela al Mercosur es totalmente nula", abogados.com.ar del 02/10/12. Disponible en: *http://www.abogados.com.ar/la-justificacion-juridica-del-ingreso-de-venezuela-al-mercosur-es-totalmente-nula/10986*.

[11] Drummond, M. C., "Democracia e Direitos Humanos no Mercosul", *Trends in the International Law of Human Rights, Liber Amicorum Antonio Augusto Cançado Trindade*, Porto Alegre, 2005, pp. 465, 470 y ss.

[12] Los logros económicos no son menospreciables (85% de zona de libre comercio y una unión aduanera imperfecta). *Cfr.* Samtleben, J., "Rechtspraxis und Rechtskultur in Brasilien und Lateinamerika. Beiträge aus internationaler und regionaler Perspektive", *Schriften der deutsch-brasilianischen Juristenvereinigung*, vol. 40, Aachen, 2010, p. 439.

[13] Dreyzin, A., "Las iniciativas de integración: el Mercosur jurídico", en Von Bogdandy *et al.*, ¿Integración sudamericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal, Madrid, núm. 197, 2009, colección Cuadernos y Debates, p. 485.

[14] *Cfr.* Lixinski, L., "Human Rights in Mercosur", en Filho *et al.*, *The Law of Mercosur*, Oxford, 2010, pp. 352 y ss.

[15] Vale citar como iniciativas para incrementar la participación social, la Agenda Social y Cumbres Sociales del Mercosur iniciadas desde 2006.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

como hacia el exterior, vinculando la Constitución con otros niveles normativos.[16] Se reconoce la necesaria redimensionalidad de los poderes públicos en función de que su ejercicio se ajuste a la armonización derivada de los contextos supranacionales.[17] Si bien el Mercosur se rige por la intergubernamentalidad, en esta contribución asigno la característica de *cuasi* supranacionalidad en lo concerniente a la democracia y los derechos humanos porque sus protocolos obligan directamente a los Estados y entran en el llamado bloque de constitucionalidad por ser tratados híbridos (integración-derechos humanos).

El presente capítulo se dedica a analizar el aporte del Mercosur hacia la construcción de un *ius constitutionale commune* protector de la democracia, entendida como condición esencial de este proceso integracionista y sustento esencial de su legitimidad.[18] Se estructura en tres partes: la primera concierne a la vinculación evolutiva entre integración y democracia, la segunda se dedica al régimen jurídico mercosureño para la protección de la democracia y la tercera parte explora los mecanismos que garantizan esta protección, siguiendo el mismo hilo conductor de los capítulos anteriores.

En efecto, el aporte del Mercosur se caracteriza por tener origen en una multiplicidad de fuentes, se forja a la luz del policentrismo jurídico y adopta un patrón heterárquico y no jerárquico, como ya se ha constatado a nivel del sistema interamericano de derechos humanos.[19] Su construcción, al igual que la del propio bloque de integración,[20] muestra marchas y contramarchas. Actualmente el bloque del Cono Sur enfrenta el dilema entre profundización y ampliación.[21] Por una parte se plantea continuar favoreciendo

[16] Maliska, M. A., *Fundamentos da Constituição. Abertura – Cooperação – Integração*, Curitiba, 2013, p. 103.

[17] Ferrera Mendes, G., "A justiça constitucional nos contextos supranacionais", en Neves (coord.), *Transconstitutionalidade do direito*, São Paulo, 2010, pp. 282 y ss.

[18] Bazán, V., "El Mercosur en prospectiva: la dimensión constitucional del proceso integrativo. La opción axiológica en favor de la seguridad jurídica comunitaria y de la protección de los derechos fundamentales", *El Derecho*, Buenos Aires, 10 de diciembre de 1998, pp. 10-16.

[19] Respecto al sistema interamericano, *cfr*. Góngora Mera, M. E., *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José, 2011.

[20] Se ha sostenido que el Mercosur poscrisis es un Mercosur por defecto y no por proyecto. En todo caso, sólo se notaría un proyecto de Brasil. *Cfr*. Moreira, C., "Mercosur, democracia y desarrollo: una mirada desde la política regional reciente", en de Sierra y Bernales Alvarado (comps.), *Democracia, gobernanza y desarrollo en el Mercosur. Hacia un proyecto propio en el Siglo XXI*, Uruguay, 2004, pp. 89 y ss.

[21] Debate prolongado en la historia del Mercosur. *Cfr.* Dreyzin de Klor, A., *Ampliación del Mercosur. El caso Venezuela*, Buenos Aires, 2009, pp. 17 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

do la institucionalización y la armonización de los estándares garantistas de la democracia y los derechos humanos, por otra parte la ampliación traza una flexibilización de este acervo normativo y jurisprudencial construido durante más de dos décadas. Un balance muestra un país fundador suspendido, un nuevo miembro pleno que denunció el Acuerdo de Cartagena para ingresar al bloque del *cono sur* y que denuncia la Convención Americana de Derechos Humanos y nuevas solicitudes de adhesión en curso.[22] Por ello es relevante aproximarse al alcance del derecho constitucional común suramericano, desde el arista de la mercosurización, para comprender el impacto de la cláusula democrática.

En primer término explico la interdependencia entre la integración regional suramericana y la democratización de los países del *cono sur* ocurrida en la década de los ochenta. Especifico los hitos que marcaron el germen del bloque y las influencias que en su gestación provenían de otros modelos integracionistas preexistentes, específicamente de la Comunidad Andina, en lo referente a la protección de la democracia (parte I). En un segundo estadio, el eje primordial lo representa el régimen jurídico del principio democrático y la garantía de los derechos humanos. En consecuencia, destaco el alcance del Protocolo de Asunción (cláusula de los derechos humanos) y el proyecto de reforma de la cláusula democrática contenido en el Protocolo de Montevideo, conocido como Ushuaia II. Se reflexiona acerca del posible efecto democratizador proveniente de la oleada del regionalismo posliberal,[23] como se cataloga el proceso de Unasur,[24] en el que se inspira la reforma en Mercosur. Aventurar una crítica general en torno a la reconceptualización del valor de la democracia es, por tanto, ineludible (parte II).

En el tercer estadio (parte III), acogiendo la premisa afirmativa de la construcción de un *ius constitutionale commune* democrático en el espacio mercosureño, sistematizo los mecanismos de su salvaguarda. En el mecanismo político esbozo los rasgos básicos de la condicionalidad democrática regulada en el Protocolo de Ushuaia (cláusula democrática), su arista procedimental y material, sus cuestionamientos en lo relativo a su vigencia *de facto* y *de jure*. El estudio de caso se limita a la suspensión de Paraguay por aplicación

[22] Se trata de Paraguay, Venezuela y Bolivia, mientras Ecuador también considera formular su solicitud como miembro pleno en el 2013.

[23] Sanahuja, J. A., "Del 'regionalismo abierto' al 'regionalismo post-liberal'. Crisis y cambio en la integración regional en América Latina", *Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe*, Buenos Aires, vol. 8, 2010, pp. 11-54.

[24] *Cfr*. Gajate, R. M., "Hacia la construcción de la UNASUL. Institucionalidad y convergencia", en Hummer y Drnas de Clément, *Mercosur y Unión Europea*, Argentina, 2008, pp. 139 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

de la cláusula democrática y al ingreso de Venezuela como ejemplo de (in) aplicación.

Examino asimismo el mecanismo de protección jurisdiccional *in nuce*, en su imbricación con la competencia del Tribunal Permanente de Revisión (TPR), *ratione materiae*, en torno al Protocolo de Ushuaia. Ocupan lugar preferente las preguntas finales acerca de los avances hacia una protección supranacional mercosureña y, en este sentido, se corrobora el significado de dos herramientas, como son la creación de una Corte de Justicia para el Mercosur y las interacciones entre las agendas de la mercosurización y la interamericanización mediante el acercamiento naciente entre ambos sistemas.

I. El sistema de integración Mercosur a luz de la democracia

La díada democracia-integración encuentra en el bloque mercosureño su mejor exponente en la región suramericana, ya que la emergencia de este proceso integracionista está intrínsecamente unida con el retorno a la democracia de Argentina y Brasil a mediados de la década de los ochenta. En esta reconstrucción retrospectiva vale la pena poner el énfasis en tres momentos fundamentales como fueron el contexto detonante de la integración (etapa pre-constitutiva), la fase de reacción del Mercosur ante las amenazas de retorno al autoritarismo (etapa constitutivo-normativa) y la coyuntura actual luego de alcanzar más de dos décadas de vigencia del bloque (etapa re-constitutiva). Argumento en este trabajo que la evolución del vínculo entre democracia e integración se caracteriza por una configuración gradual y progresiva del orden normativo para la salvaguarda de la institucionalidad democrática y del respeto de los derechos humanos, sin desconocer sus marchas y contramarchas.[25]

La etapa pre-constitutiva concierne a la situación previa a la democratización y cómo se relaciona con el camino a la integración. La irrupción masiva de las *fuerzas armadas* en la escena política y, con ello, la multiplicación sin precedente de regímenes militares, incluso en países con tradiciones cívicas como Uruguay,[26] habían repercutido negativamente y ensombrecido

[25] Se ha sostenido que el Mercosur poscrisis es un Mercosur por defecto y no por proyecto. En todo caso, sólo se notaría un proyecto de Brasil. *Cfr.* Moreira, C., "Mercosur, democracia y desarrollo: una mirada desde la política regional reciente", en de Sierra y Bernales Alvarado (comps.), *Democracia, gobernanza y desarrollo en el Mercosur. Hacia un proyecto propio en el Siglo XXI*, pp. 89 y ss.

[26] Murga Frassinetti, A. y Hernández Palacios, L., "Contrarevolución, lucha de clases y democracia en América Latina", *Cuadernos Políticos*, México, vol. 25, julio-septiembre de 1980, pp. 85-100.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

los ideales de integración de las décadas de los sesenta y setenta. Dichos regímenes militares, salvo algunos matices nacionales, impulsaron dos claras tendencias: por una parte, el modelo económico neoliberal[27] y, por la otra, la militarización de la política exterior, con una visión de la defensa de la soberanía a ultranza. Esta tendencia tenía el soporte de la doctrina de contención al comunismo impulsada por Estados Unidos.[28]

El panorama era complejo. Los gigantes regionales como Argentina y Brasil, que se habían mantenido a la zaga de la construcción democrática, apostaron por la transición iniciando acuerdos bilaterales, a los que se van a sumar Uruguay y Paraguay. Este último no sólo tuvo la dictadura militar más prolongada, sino que su transición democrática se calificó más como una "mutación de las formas políticas, pero sin mutación de los actores políticos ni de las condiciones económicas, sociales y culturales del país".[29] Cuando la democracia se convierte en el *desiderátum,* se articulan nuevamente esfuerzos de integración bajo la lógica de derribar las fronteras y crear un espacio común. Se pretendía la apertura de los límites territoriales así como el estrechamiento de los vínculos multilaterales, viabilizando acuerdos a nivel latinoamericano, como *el Consenso de Cartagena (1984), la Declaración y* el Plan de Acción de Quito (en 1985), el Grupo de los Ocho (1986), el Compromiso de Acapulco para la Paz, el Desarrollo y la Democracia (1987) o las Reuniones de Punta del Este (1988).[30]

El restablecimiento democrático se identifica como la causa motor de la integración, reconociendo como antecedente relevante el acercamiento político y la cooperación económica iniciada hacia el final de los regímenes militares argentino y brasileño, en su doble vertiente: internamente, la consolidación democrática y externamente, la buena vecindad.[31] También puede enunciarse como un factor coadyuvante del acercamiento y la posterior conformación del Mercosur, la mayor estabilidad monetaria al inicio

[27] Riis Halvorsen, K., "La política económica del régimen militar en Brasil", *Revistas Javerianas, Pap. Polít. Estud*, Bogotá, vol. 2, núm. 1, enero-junio de 2006, p. 150.

[28] Martín de la Guardia, R. M. y Pérez Sánchez, G. A., *El mundo después de la Segunda Guerra Mundial*, Madrid, 1999, pp. 7 y 8.

[29] Rodríguez, J. C., "Paraguay. Transición sin alternancia", *Nueva Sociedad*, vol. 157, septiembre-octubre de 1998, pp. 29-33.

[30] Quitral Rojas, M., "La integración económica latinoamericana en tiempos de crisis: alcances y limitaciones para su consolidación", *Revista Nueva sociedad*, Buenos Aires, vol. 222, julio-agosto de 2009, p. 39.

[31] Gardini, G. L., "In Defense of Oral History: Evidence from the Mercosur Case", *Journal of Politics in Latin America*, vol. 4, núm. 1, 2012, p. 118.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

de la década de los noventa, con una disminución de la inflación y el mejoramiento de las tasas negativas de crecimiento.[32]

El Mercosur adopta una concepción que permite a los países miembros sobrevivir en un mundo globalizado[33] y gravita en los adelantos de los modelos integracionistas andino y europeo en cuanto a la protección de la democracia como condición esencial de la integración.[34] En la fase de efervescencia del retorno a la democracia, ya creado el Mercosur mediante el Tratado de Asunción, se dictan los primeros documentos tipo *soft law* para garantizar la vigencia del principio democrático, como fueron la Declaración de Las Leñas de 1992 y la Declaración sobre Compromiso Democrático de 1996.

La segunda etapa sería la constitutivo-normativa, lapso en el cual se concretiza el cambio de paradigma hacia la regulación de la condicionalidad democrática, en respuesta a las amenazas de resurgimiento del autoritarismo. Esta fase alcanza su cúspide en 1998 con la promulgación del Protocolo de Ushuaia, y de otros instrumentos que asocian la protección de la democracia con la garantía de los derechos humanos, tales como: la Declaración política del Mercosur, Bolivia y Chile como Zona de Paz y la Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores del Mercosur. Particular relevancia se asigna a la Declaración Socio Laboral. Dicha Declaración incluye expresamente en sus considerandos el compromiso de los Estados partes con las declaraciones, pactos, protocolos y otros tratados que han ratificado. También señala la adhesión a los principios de la democracia política y del Estado de derecho, y del respeto irrestricto a los derechos civiles y políticos de la persona humana como base irrenunciable del proyecto de integración. Es un instrumento relevante de esta etapa en función de los principios de no discriminación e igualdad, así como del catálogo de derechos fundamentales de carácter social de dimensión individual y colectiva. Su normatividad ha ido en aumento sucesivo gracias a su aplicación preferente por la vía jurisprudencial.[35]

[32] Heymann, D., "Políticas de Reforma y Comportamiento Macroeconómico: La Argentina en Los Noventa", *Serie Reformas Económicas*, Santiago de Chile, vol. 61, 2000, pp. 11, 12, 31-33.

[33] Malamud, A., "Mercosur Turns 15: Between Rising Rhetoric and Declining Achievement", *Cambridge Review of International Affairs*, octubre de 2005, p. 425.

[34] *Cfr.* Casal, J. M., "Los derechos humanos en los procesos de integración", *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, año 3, núm. 2, 2005, pp. 255 y ss.

[35] A título de ejemplo vale citar una de las sentencias pioneras en Argentina dictada por la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, caso "Stringa Domingo Alberto c/Unilever de Argentina", Sentencia Definitiva N° 53.533, de 23.10.2000, que de-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Hablar de la historia del Mercosur a la luz de la protección de la democracia implica reconocer, en la diversidad de instrumentos, la oscilación entre la intergubernamentalidad y la supranacionalidad. Por una parte, la primera rigió en la etapa fundacional, que se correspondió principalmente con los acuerdos de cooperación, el diálogo político y las primeras declaraciones a favor de la democracia como principio constitucional del bloque. La etapa constitutivo-normativa, por el contrario, se ordena bajo una mixtura, aunque se inclina hacia la adopción de instrumentos vinculantes como es el caso del Protocolo de Ushuaia. Pertenece al derecho primario del Mercosur y obligatorio para los Estados partes. Otras "Declaraciones" de esta fase han trascendido la mera proclamación de principios éticos o propósitos políticos y tienen aplicabilidad, como ocurre con la Declaración Socio Laboral.

Un renovado impulso en la etapa constitutivo-normativa se produjo con el Protocolo de Asunción, contentivo de la cláusula de derechos humanos, por cuanto significó la protección de la democracia material. Según mi criterio, ambos Protocolos, el de Ushuaia y el de Asunción, pertenecen a los tratados híbridos en el sentido que implican integración económica y a la vez contienen normas de garantía de derechos humanos, con fundamento en las disposiciones constitucionales y en el marco del cambio al Mercosur con mayor acento político.[36] La naturaleza de los tratados de derechos humanos y las cláusulas de apertura justifican esta postura. Hace más de una década se vienen sintetizando los postulados de los órganos regionales de protección de los derechos humanos, el europeo y el interamericano, en materia del objetivo de este tipo de tratados como es instrumentar "una garantía colectiva para el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales" y los "Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción de Derechos Humanos tienen como el objetivo el establecimiento de un orden público común para la protección de los seres humanos".[37]

Conforme a la extensión de los enunciados de las cláusulas de apertura es posible afirmar que las disposiciones de los Protocolos de Ushuaia y

claró que la clandestinidad de la relación laboral viola la igualdad de trato que garantiza el artículo 1 de la DSL del Mercosur.

[36] Hirst, M., *La dimensión política del Mercosur: actores, politización y ideología*, São Paulo, vol. 10, núm. 27, mayo-agosto de 1996.

[37] Se citan los casos Soering (CorteEDH) y la Opinión Consultiva OC-2/82 (CorteIDH). *Cfr*. Dulitzky, A., "El retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de Perú. Análisis Jurídico", *Pensamiento constitucional*, Lima, vol. 6, núm. 6, 1999, p. 717.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Asunción pertenecen a las que adquieren aplicación directa y preeminente.[38] El ejemplo claro lo ofrece el artículo 75 Nr. 22 de la *Constitución de Argentina* de 1994 que, como expliqué en el capítulo I, enumera una serie de tratados a los que asigna rango constitucional[39] y deja "abierta" la posibilidad de extender este rango a otros instrumentos siguiendo un procedimiento específico.[40] Paralelamente, este texto constitucional incluye una cláusula cualificada de integración en el artículo 75, inciso 24, según la cual los tratados de integración deben respetar el orden democrático y los derechos humanos, a la vez que prevé la delegación de competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales y contempla la jerarquía superior a las leyes de las normas dictadas en la integración. En consecuencia, hay un reforzamiento del rango constitucional respecto a los tratados de integración que garantizan los derechos humanos. Bajo esta perspectiva, el acervo comunitario mercosureño para la salvaguarda de la democracia y los derechos humanos, gradualmente, ha adquirido su propio perfil en el plano de la normatividad y de la aplicación jurisdiccional.

La última etapa que explica la relevancia de la democracia en el bloque del *cono sur* tiene lugar a partir de la re-constitución, calificativo que utilizo para aludir al planteamiento de reforma de la cláusula democrática mediante el proyecto de Protocolo de Montevideo, conocido como Ushuaia II. Hay dos rasgos convergentes en esta fase: por una parte, la evolución del proyecto del Mercosur de un modelo liberal de integración basado en el libre comercio hacia un modelo pos liberal, orientado hacia un modelo social de la integración[41] y, por otra parte, la proliferación de cláusulas de-

[38] Sobre este debate, *Cfr.* Bazán, V., "El Mercosur en prospectiva: la dimensión constitucional del proceso integrativo y la opción axiológica a favor de la seguridad jurídica comunitaria", *Pensamiento Constitucional*, Lima, año 6, núm. 6, 1999, pp. 326 y ss.

[39] La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

[40] Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) por la Ley N° 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997; y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, mediante la Ley N° 25.778, publicada el 3 de septiembre de 2003.

[41] En ciencia política se distinguen generalmente tres períodos principales en la historia del Mercosur: el primero desde su creación hasta 1999, con logros en el comercio intra y extra bloque y el funcionamiento de sus instituciones; un segundo período negativo en razón

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

mocráticas en el subcontinente, constituyendo uno de los ejes de gravitación determinantes de la integración bajo una nueva concepción.[42]

En el Mercosur se plantea la reforma del Protocolo de Ushuaia siguiendo el estilo de la cláusula de Unasur. La democracia vuelve a estar en el centro del debate. La cuestión se enlaza con el llamado giro a la izquierda.[43] Algunas voces advierten que la democracia está atravesando por el fenómeno del populismo latinoamericano de la "tercera ola", definido como un régimen híbrido entre autoritarismo y democracia.[44] Se trata de un proceso en evolución, no concluido, en el que los interrogantes político-institucionales y jurídicos permanecen abiertos al debate y pueden producirse diversos escenarios.

La evolución descrita en mi propia tipología se clarifica en los apartados alusivos a la contextualización y al régimen normativo. En el contexto, limitado a su nexo con la democratización, tomo en consideración la alianza previa entre Argentina y Brasil, como elemento constitutivo, es decir, como precondición para la configuración del bloque. Además, el Mercosur se inserta dentro del fenómeno de la regionalización, que se producía a nivel global y afectaba positivamente el Subcontinente en la parte andina. La impronta de cada modelo convergió, sin embargo, en el cambio del paradigma hacia la protección supranacional.

Asimismo, el desarrollo normativo refleja un recorrido que lleva el sello mercosureño. A lo largo de una década, desde la entrada en vigor del Protocolo de Ushuaia, se da la transformación al Mercosur con mayor acento político[45] y se van insertando nuevas disposiciones para reafirmar que el respeto de los derechos humanos es indispensable para la construcción de sociedades libres y democráticas. En este sentido, la protección y la promoción de los derechos de los ciudadanos de los Estados partes y de los Estados asociados son objetivos esenciales del proceso de integración sudame-

de la un crisis económica, particularmente la que afectó a Argentina; y un tercer período, que comenzó a mediados de 2000, cuando el presidente Lula fue elegido en Brasil, Kirchner en Argentina y Tabaré Vásquez en Uruguay. *Cfr*. Coutinho, M. et al., "Indicadores e analise multidimensional do processo de integracao do Cone Sul", *Revista Brasileira de Politica Internacional*, vol. 51, 2008, pp. 98-116.

[42] Rojas Aravena, F., "La Celac y la integración latinoamericana y caribeña. Principales claves y desafíos", *Nueva Sociedad*, vol. 240, julio-agosto de 2012, p. 24.

[43] Castaneda, J., "Latin Americas Left Turn", *Foreign Affairs*, vol. 85, núm. 3, pp. 28-43.

[44] Gratius, S., "La 'tercera ola populista' de América Latina", *Working paper FRIDE*, Madrid, núm. 45, 2007, p. 1.

[45] Hirst, M., *La dimensión política del Mercosur: actores, politización y ideología*, São Paulo, vol. 10, núm. 27, mayo-agosto de 1996.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

ricana y constituyen valores comunes a las sociedades de Sudamérica.[46] El Protocolo de Asunción y otros instrumentos y declaraciones refuerzan esta tendencia, que avanza con el paso al Mercosur social, inspirado en la lucha contra la pobreza, en el entendido que la consolidación de la democracia en el Mercosur depende de la construcción de una sociedad más equitativa y justa, procurando el crecimiento económico con desarrollo social.[47]

Una mirada a las últimas transformaciones dibuja dos trayectorias claras en materia de democracia: una vinculada a dejar en el pasado la hegemonía de las dictaduras con base en la concepción de la democracia representativa y otra, correspondiente con el nuevo milenio, relativa a la emergencia de las democracias participativas como contra polo de las representativas. Una evaluación de estas trayectorias podría generar dos percepciones divergentes: una interpretación orientada a percibir que la región ha experimentado una madurez política y el debate no se centra entre democracia *versus* dictadura, sino la modalidad de democracia más adecuada; otra interpretación detecta en esta discusión un encubrimiento de retroceso al autoritarismo, el regreso a una economía fuertemente estatalizada, aunque con distintos cambios sociales e incorporando una dimensión étnica.[48] Es éste el entorno en el que se plantea la reforma al Protocolo de Ushuaia (Ushuaia II) y se reabre la necesidad de precisar el alcance y dimensión de la protección de la democracia y los derechos humanos en el Mercosur plus conformado por los países fundadores y Venezuela (Mercosur "núcleo"+ 1).

1. *Contextualización de la integración suramericana*

En el origen y gestación del bloque jugaron un papel determinante dos circunstancias concretas, a saber, la superación de la tradicional rivalidad entre Argentina y Brasil y el impulso proveniente de la experiencia integradora andina. Considero que son elementos influyentes en el momento fundacional, uno condicionante y otro concomitante. La vocación de unidad queda sellada con el Acta de integración argentino-brasileña de 1986. El objetivo propuesto en dicha Acta tenía un componente político-militar: fortalecer las incipientes democracias y descartar toda hipótesis de conflicto

[46] Considerandos del Borrador de Reglamento de la RADDHH, DT 010-05 CJ ES.

[47] Declaración de Presidentes del Mercosur, Iniciativa de Asunción Sobre Lucha Contra la Pobreza Extrema, 2005.

[48] de Abreu, S. A./Florencio Sobrinho, L., "Democracia representativa versus democracia participativa. ¿Nuevo modelo de expansión? ¿Avance o retroceso en América del Sur?", en Oropeza García (coord.), *Latinoamérica frente al espejo de su integración 1810-2010*, México, 2010, p. 180.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

entre ambas naciones.[49] Asimismo, en la propia Suramérica, del lado andino, se manifestaban a favor de la integración, en consonancia con el interés de preservar la democracia. Son procesos que muestran ciertas líneas paralelas y convergencias. La transición democrática iniciada en los países con regímenes militares[50] se propagó en Suramérica, tanto en los Andes como en el *cono sur*: Perú (1980), Bolivia (1982), Argentina (1983), Uruguay (1985), Brasil (1985) y Chile (1990).

Aunque hay voces críticas en torno al fenómeno de la "sudamericanización" de América Latina catalogándolo como un mito[51] y otras a favor que lo insertan en el proceso de afianzamiento de Brasil con la región,[52] el *sur* de la América del Sur presenta transformaciones políticas similares. El hilo histórico marcado en la etapa previa y en los albores de la democratización arroja los perfiles adoptados hasta producirse el cambio de paradigma de la promoción hasta el de la protección. El pasado común exigía proyectar compromisos hacia el presente y el futuro, ofreciendo un modelo contrapuesto al terror de Estado y creando un piso mínimo de derechos y de principios jurídicos, basado en las reglas de la democracia.

A. *La superación de la rivalidad argentino-brasileña*

Así como la creación de la Unión Europea exigió superar la oposición secular entre Francia y Alemania,[53] en Suramérica se debió superar la histórica rivalidad entre Brasil y Argentina para hacer posible la cooperación e integración y avanzar hasta la constitución del Mercosur.[54] En efecto, ambos países protagonizaron tensas relaciones, cuyo origen se remonta al antagonismo geopolítico heredado de las potencias antecesoras, España y Portugal, desde tiempos de la colonia[55] y a los conflictos armados por la de-

[49] Botto, M., "La integración regional en América Latina ¿una alternativa para el crecimiento?", *Manual de gestión de asociaciones juveniles*, Montevideo, 2004, p. 10.

[50] Zalaquett, J., "Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints", en Kritz (ed.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon With Former Regimes*, Washington D. C., 1995, pp. 3-32.

[51] Luiselli, C., "La integración latinoamericana desde Sudamérica: dos mitos", en Oropeza García (coord.), *Latinoamérica frente al espejo de su integración 1810-2010*, *cit.*, p. 224.

[52] *Cfr.* Merke, F., "Conclusiones sobre la economía política del regionalismo en Sudamérica", *CINDES*, Río de Janeiro, 2009, p. 10.

[53] Declaración Schuman 9 de mayo de 1950.

[54] *Cfr.* Oropeza García, A., "La solución de controversias en el marco general del Mercosur", en Méndez-Silva (coord.), *Contratación y arbitraje internacionales,* México, 2010, p. 374.

[55] *Cfr.* Milanese, J. P., "Argentina y Brasil: Hacia un proceso de seguridad cooperativa", *Agenda Internacional*, vol. 4, p. 145.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

finición de sus territorios,[56] con la excepción de la coalición para la Guerra contra Paraguay a través del Tratado secreto de la Triple Alianza.[57] La lucha por el liderazgo de América del Sur[58] quedó retratada, por ejemplo en expresiones confrontativas como "Amazonas *versus* Río de la Plata.[59] Los dos países "crecieron de espaldas"[60] y los "Estados frontera" (Bolivia, Paraguay y Uruguay) se movían de forma pendular entre los dos gigantes de la región. La carrera armamentista profundizó la tensión[61] y el clímax se agravó con el desarrollo de programas de energía nuclear por parte de ambos países. La tensión se agudizó cuando rechazaron ratificar la negociación del Tratado de Tlatelolco para la Proscripción de Armas Nucleares en América Latina de 1967[62] y el "Tratado de no Proliferación de la Organización Internacional de Energía Atómica OIEA" de 1968.[63] La sensación de desconfianza mutua generó recelos en la comunidad internacional respecto de las verdaderas intenciones de los programas nucleares de ambos países.[64]

Los gobiernos militares fueron siempre proclives a promover más la rivalidad que la cooperación y la integración.[65] Esta situación apenas comenzó a cambiar gracias a la solución satisfactoria que Argentina y Brasil alcanzaran con el tratado de "Itaipu-Corpus" en 1979, en cuanto a la disputa por la explotación hidroeléctrica del río Paraná, como señal de una nueva

[56] Entre 1810 y 1830, la denominada Banda Oriental estuvo bajo seis soberanías diferentes. *Cfr*. Genevieve Verdo, J., "El Dilema Constitucional en Las Provincias Unidas del Río de La Plata (1810-1819)", *Universidad Paris 1, Historia Contemporánea*, vol. 33, 2006, pp. 513-536.

[57] *Cfr*. O'Leary, J. E., *El Paraguay en la Unificación Argentina. La Guerra de la Triple Alianza*, Asunción, 1976, p. 241.

[58] Caetano, G., *Breve historia del Mercosur en sus 20 años. Coyunturas e instituciones (1991-2011)*, Montevideo, 2011, p. 27.

[59] Zugaib, E., *A Hidrovia Paraguai-Paraná e seu significado para a diplomacia sul-americana do Brasil*, Brasilia, 2005, p. 38.

[60] *Cfr*. Lacoste, P., "Estanislao Zeballos y la política exterior Argentina con Brasil y Chile", *Revista Confluencia*, Cuyo, año 1, núm. 2, 2003, p. 107.

[61] *Cfr*. Gonçalves et al., "Alianza Estratégica entre Brasil y la Argentina: Antecedentes, Estado Actual y Perspectivas", *Población & Sociedad*, núm. 10-11, 2003-2004, pp. 137-156.

[62] Román-Morey, E., *Tratado de Tlatelolco de la América Latina: Instrumento para la paz y el desarrollo*, disponible en: *www.iaea.org/Publications/Magazines/Bulletin/Bull371/Spanish/37104693336_es.pdf*.

[63] Grabendorff, W., "La política nuclear y de no-proliferación de Brasil", *Estudios Internacionales*, Santiago de Chile, año 20, núm. 80, p. 533.

[64] Bompadre, G. E., "Cooperación nuclear Argentina-Brasil. Evolución y perspectivas", *Revista Relaciones Internacionales*, Argentina, núm. 18, 2000, p. 54.

[65] Lucangeli, J., "La integración de Argentina en el Mercosur, Revisión de antecedentes y evaluación del desarrollo y perspectivas del acuerdo regional", *Serie de Estudios*, Argentina, núm. 26, 1998, p. 4.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

etapa de relaciones entre ambos países.[66] Un paso adicional se logra en 1980 cuando se firma el Acuerdo de Cooperación entre ambos gobiernos para el desarrollo y la aplicación de los usos pacíficos de la energía nuclear.[67] Sin embargo, la distensión más clara se hace patente cuando Brasil decide apoyar a Argentina en su reclamación por las Islas Malvinas.[68]

El retorno a las democracias propició el inicio de relaciones bilaterales con una visión de auténtico acercamiento,[69] expresado en diversos acuerdos y declaraciones (24 protocolos bilaterales entre 1984 y 1989).[70] Entre ellos vale la pena destacar los que guardan conexión con la salvaguarda de la democracia, a saber: la Declaración Conjunta sobre Política Nuclear (1986)[71], el Acta para la Integración Argentino-Brasileña relativa al Programa de Integración y Cooperación Económica (PICE)[72], el acta de Amistad Argentino-Brasileña en Brasilia[73] y el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo.[74] El Acta de Buenos Aires, suscrita por los presidentes de ambos países para establecer un mercado común,[75] se erige como la piedra fundamental para dar inicio al Mercosur.

El proceso de acercamiento entre Argentina y Brasil dio paso a una ecuación bidireccional en el tiempo: apalancó el proceso de integración me-

[66] *Cfr*. Querol, M., "Estudio sobre los convenios y acuerdos de cooperación entre los países de América Latina y el Caribe, en relación con sistemas hídricos y cuerpos de agua transfronterizos", *Serie Recursos Naturales*, Santiago de Chile, núm. 64, 2003, p. 20.

[67] Consultar el Acuerdo en: *http://www.abacc.org.br/wp-content/uploads/2009/10/acuerdo_bilateral.pdf*.

[68] Peixoto, J. y Loza, J., "La relación Argentina – Brasil: entre la administración de conflictos y las políticas de cooperación", *Revista Estudios*, Córdoba, vol. 18, p. 4.

[69] Milanese, J. P., "Argentina y Brasil: Hacia un proceso de seguridad cooperativa", *Agenda Internacional*, núm. 4, p. 147.

[70] Sabsay, D. A., "Integración y supranacionalidad sin considerar los desarrollos europeos recientes, bases constitucionales y límites. La experiencia del Mercosur", Berlín el 15 de mayo de 1999, 50º Aniversario de la Constitución alemana, p. 4. Disponible en: *http://www.farn.org.ar/docs/art04.pdf*.

[71] *Cfr*. Declaración Conjunta sobre Política Nuclear. Brasilia 10/12/1986. José Sarney (Brasil), Raúl Alfonsín (Argentina). Disponible en: *http://npsglobal.org/esp/images/stories/pdf/declaracion_conjunta_sobre_politica_nuclear86.pdf*.

[72] Sobre el éxito del PICE, *Cfr*. Caetano, G., "Introducción", *Breve historia del Mercosur en sus 20 años. Coyunturas e instituciones (1991-2011)*, Montevideo, 2011, p. 16.

[73] 10 de diciembre de 1986.

[74] *Cfr*. Acuñas, G. M., *Las relaciones Argentina-Brasil: convergencias y divergencias en el largo camino hacia la consolidación de una alianza estratégica*. Centro Argentino de Estudios Internacionales Programa Política Exterior Argentina, p. 17. Disponible en: *www.caei.com.ar*.

[75] *Cfr*. Acta de Buenos Aires de 6-07-1990, firmada entre los presidentes Carlos Menen y Fernando Collor de Mello. Véase Dromi San Martino, L., *Derecho constitucional de la integración*, Argentina, 2002, p. 244.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

diante la democracia y, a la vez, fortaleció la democracia mediante la integración.[76] Uruguay, que había retomado el camino de la democracia desde 1984,[77] tuvo especial interés en no permanecer al margen de la ecuación argentino-brasileño para mantener los acuerdos comerciales preferenciales existentes, como el Convenio Argentino-Uruguayo de Cooperación Económica (CAUCE) o el Protocolo de Expansión Comercial (PEC) suscrito con Brasil.[78] De hecho, un requisito tácito para las propias negociaciones fue la condición de Estado democrático, por lo que Paraguay no participó de las conversaciones previas hasta tanto no finalizó su dictadura en 1990.

B. *El sistema andino y el vínculo democracia-integración*

Al momento de fundarse el Mercosur, existían experiencias en otros modelos de integración dentro y fuera del subcontinente. Entre otras iniciativas, es interesante examinar brevemente qué huellas eran palpables en la misma Suramérica, en materia del principio democrático y su conexión con el respeto de los derechos humanos para inspirar el naciente bloque en el *cono sur* o para diferenciarlo.

Las diferencias y asimetrías nítidas entre un modelo paradigmático como la Unión Europea y el Mercosur así como el intervalo de cuatro décadas que separa sus momentos fundacionales, aconsejan concentrarse en la región suramericana. Como sostienen Deisy Ventura y Marcos Rollin, es conveniente tener la osadía necesaria para construir nuevos enfoques desde el Sur, atendiendo la agenda propia de las exigencias democráticas y de derechos humanos de la región.[79] Por tal motivo se examina sólo el Pacto Andino, mutado a Comunidad Andina en tiempos más o menos simultáneos a la creación del Mercosur, dado que mostró singularidades propias

[76] Escalante, A. L. et al., "El fortalecimiento de la democracia y la creación de una comunidad de paz en la región", *25 años de paz, democracia e integración regional, Visibilizando los logros políticos, sociales y culturales del Mercosur*, Integración Regional e Identidad Mercosur, Construyendo la Unidad Latinoamericana, p. 53.

[77] Dri, E., "La Integración del Mercosur: Análisis del Proceso de Negociación del Tratado de Asunción", *Programa de Integración Regional*, núm. 46, p. 3. Disponible en: *www.caei.com.ar/es/programas/integracion/46.pdf.*

[78] *Cfr.* Quijano, J. M., "Uruguay en el Mercosur. Qué hacer?", *Integración Latinoamericana*, núm. 167, mayo de 1991, p. 46.

[79] Ventura, D. y Rolim, M. F., "Los derechos humanos y el Mercosur: una agenda (urgente) para más allá del mercado", *Revista de Direito Internacional e do Mercosul*, Buenos Aires, vol. 5, 2005, pp. 31-50.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

del contexto andino, en esencia unidas intrínsecamente con la vigencia del principio democrático como respuesta a los vaivenes dictatoriales.[80]

Un precedente determinante de la senda que siguió el modelo andino de integración data de 1966, cuando se dicta la Declaración de Bogotá firmada por los presidentes y representantes de los Países Andinos Venezuela, Perú, Colombia, Ecuador y Chile, con la finalidad de manifestar el deseo de agruparse para formar un mercado común.[81] Dicho instrumento establece la convicción de los países signatarios

> …que el afianzamiento de las instituciones propias de la democracia representativa, mediante la activa intervención del pueblo, y la participación creciente de este en los beneficios del progreso, el respeto a los derechos humanos y el desarrollo económico y social son condiciones esenciales e inseparables para garantizar la libertad y el bienestar de las naciones americanas (numeral quinto). Este compromiso sella el inicio de la gestación del Acuerdo de Cartagena bajo los citados principios.

La vocación democrática fue ratificada en la Declaración de los Presidentes de América de 1967 en Punta del Este, Uruguay, aseverando la relación indisoluble que debe existir entre el respeto de los derechos humanos y el desarrollo económico y social como condición necesaria para asegurar la libertad y el bienestar de las naciones americanas. [82]

El proyecto andino tuvo, como el Mercosur, postulados generales concernientes a la democracia, que se fueron perfilando en su desarrollo. En 1969, los presidentes de las Repúblicas de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú suscriben el Acuerdo de Cartagena, con el objetivo de mejorar el nivel de vida de sus habitantes mediante la integración y la cooperación económica y social. El Pacto fijó, entre sus fundamentos, "los principios de igualdad, justicia, paz, solidaridad y democracia". El artículo 1 del Acuerdo dispone la finalidad de procurar una mejora persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión y esta expresión ha sido interpretada

[80] *Cfr*. Arbelaez Uribe, R., "Pacto Andino Textos Fundamentales", *Serie Integración*, Bogotá, 1979, p. 16.

[81] *Cfr*. Padin de Mariscotti, E. T., "El Pacto Andino, Una estrategia subregional de Integración Latinoamericana", Buenos Aires, *Junín 735*, 1974, p. 172.

[82] Checa Sánchez, A., "La integración andina y la búsqueda de mercados", *Anales de Geografía de la Universidad Complutense*, España, vol. 12, 1992. Versión electrónica disponible en: *http://revistas.ucm.es/index.php/AGUC/article/view/AGUC9292110149A/31722*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

como el cimiento para proteger la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales.[83]

Según mi opinión, hay que subrayar que la iniciativa andina emerge como un modelo reactivo de corte subregional. Ante los pocos logros y hasta contradicciones en el seno de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) debido a su estilo comercialista y restrictivo de las preferencias arancelarias, los países andinos proponen un esquema subregional más de tipo comunitario y dirigido a la estructuración de una profunda red de interrelaciones en las políticas Nacionales.[84] El llamado Pacto Andino, Grupo Andino o Acuerdo de Cartagena asume el modelo económico conocido como de "sustitución ampliada de importaciones", respaldado en el pensamiento de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL).[85] Asimismo, previó una arquitectura institucional conformada por un órgano técnico (Junta) y un órgano legislativo (Comisión), conservando el sistema de solución de controversias que regía en la ALALC, para acometer los objetivos trazados.[86]

En el ámbito del principio democrático, el desarrollo del Pacto Andino fue radicalmente opuesto al que tendría posteriormente el Mercosur. En su etapa inicial se confrontó con la ampliación, ya que Venezuela se adhirió en 1973, pero también con la regresión, pues Chile se retiró en 1976. Venezuela, país que había participado en las primeras negociaciones, se retira antes de la firma del Acuerdo fundacional en rechazo al golpe de Estado que había ocurrido en Perú. En cambio Chile se retira en 1976 después del golpe militar, no solamente por representar un régimen militar, sino también por discrepancias con el enfoque sobre las políticas económicas sugeridas por el Acuerdo.[87] Bolivia, que no participó en los documentos declarativos a favor de la democracia, en gran medida por la grave situación política de golpes militares y de guerrillas que estaba atravesando, se adhirió al Acuerdo de

[83] Véase, Casal Hernández, J. M., "Los derechos humanos en los procesos de integración", *Estudios Constitucionales*, Chile, vol. 3, núm. 2, 2005, pp. 249-275.

[84] Bermúdez, A., "Grupo Andino. Una visión crítica y perspectiva", *Nueva Sociedad*, núm. 19-20, julio-octubre de 1975, pp. 20-30.

[85] Véase artículo 3 del Acuerdo de Cartagena en su versión original.

[86] Fuentes Hernández, A. y Alegrett Salazar, A., "Comunidad Andina: bases jurídico-institucionales y funcionamiento de sus sistema de cumplimiento de compromisos", en Von Bogdandy *et al.*, *¿Integración sudamericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, *cit.*, pp. 361 y ss.

[87] Berrios, R., "La experiencia del Pacto Andino en regular la inversión extranjera y los flujos de tecnología: un paso adelante, dos atrás", *Estudios Latinoamericanos*, 1981, p. 10. Disponible en: *www.ikl.org.pl/Estudios/EL8/EL8_5.pdf*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Cartagena como fundador del Pacto Andino justo bajo el mandato de un gobierno constitucional transitorio.

La Carta de Conducta que los presidentes suscribieron en 1980 en Riobamba, Ecuador, representó un hito en la integración andina. Dicha Carta estableció el carácter democrático que debía regir el ordenamiento político de los países de la Subregión (Punto 1). Teniendo en cuenta la arraigada tensión entre soberanía e integración, es una manifestación simbólica del germen de la protección supranacional de la democracia en los países andinos. Los presidentes, en compromiso solemne, afirmaron que

> …el respeto de los derechos humanos, políticos, económicos y sociales constituye norma fundamental de la conducta interna de los Estados del Grupo Andino y que su defensa es una obligación internacional a la que están sujetos los Estados y que, por tanto, la acción conjunta ejercida en protección de esos derechos no viola el principio de no intervención (Punto 3).[88]

La irrupción de movimientos sociales, las luchas de las organizaciones populares, urbanas y rurales en la región andina, influyeron decisivamente a impulsar el debate por el reconocimiento y la protección tanto de la democracia como de los derechos humanos en los mecanismos de integración.[89] En el plano institucional también se producen dinámicas transformaciones, ya que transcurridas dos décadas de la firma del Acuerdo de Cartagena se crea el mecanismo de las Reuniones de los presidentes, mediante la Declaración Conjunta de Caracas de 1989. En esa ocasión se advirtió que los "regímenes democráticos existentes en todos los Países Miembros permiten avanzar en la integración de la Subregión sobres bases de legitimidad y participación de las comunidades nacionales en la toma de decisiones".[90]

Me limito a enfatizar los enunciados de los dos primeros, por tratarse del periodo concomitante con la gestación del Mercosur, como fueron el Manifiesto de Cartagena de Indias y la Declaración de Galápagos. La relevancia de estas declaraciones radica en su carácter precursor en la protección de la democracia en los países andinos bajo una perspectiva dialó-

[88] Carta de Conducta, suscrita por los presidentes, Riobamba, Ecuador, 15 de marzo de 1980.

[89] Massolo, A., *Nueva institucionalidad local de género en América Latina*, Santo Domingo, 2006, p. 5.

[90] Declaración conjunta de Caracas, los Presidentes y Jefes de Misión de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, 3 de febrero de 1989.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

gica con el sistema de Naciones Unidas y con la Organización de Estados Americanos.[91]

El Manifiesto de Cartagena de Indias, firmado en la reunión de presidentes de 1989 en Colombia,[92] reafirma que "el sistema democrático constituye la norma inquebrantable, la forma de vida y el instrumento idóneo para preservar la paz, alcanzar el desarrollo y la justicia social, garantizar el pleno respeto a los derechos humanos e impulsar la cooperación e integración".

De manera más categórica, la Declaración de Galápagos sobre el compromiso andino de paz, seguridad y cooperación convenida en Ecuador el mismo año 1989,[93] profiere la proclamación de que "el sistema democrático es el más apto para asegurar los ideales de paz, la vigencia de los derechos humanos y la cooperación entre los pueblos y que ello contribuye a la seguridad regional (considerando 5)". Los países miembros del Pacto Andino reconocen "la singular y decisiva importancia de todos los principios contenidos en las Cartas de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos", entre ellos, "la protección de los derechos humanos" (considerando 12.d).

Estos pronunciamientos de carácter político generaron impactos en la realidad política. En 1990 se puso a prueba la postura del Grupo Andino ante el intento de derrocamiento del gobierno de Trinidad y Tobago, hecho ante el cual reiteró su total adhesión a los principios y normas de la institucionalidad democrática. En este sentido, se rechazó todo intento de quebrantar el orden constitucional en ese país, exhortando a todos los sectores de la sociedad a preservar dichos principios.[94]

También tuvo repercusión efectiva la incipiente tendencia al diálogo con el sistema de la Organización de los Estados Americanos (OEA). En 1991, durante la celebración del V Consejo Presidencial Andino, los países miembros sugieren modernizar y dinamizar la OEA para atribuirle facultades en los casos de interrupción ilegal de un sistema constitucional en cualquier país miembro de la organización. La propuesta incluía regular

[91] *Cfr*. Documentos de las Reuniones de los Presidentes de la Comunidad Andina (1989-2002). Disponible en: *http://www.comunidadandina.org/Upload/20116416295Presidentes.pdf*.

[92] Manifiesto de Cartagena de Indias, Los Presidentes de Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela y el Ministro de Relaciones Exteriores de Bolivia, Cartagena de Indias, Colombia, 25-26 de mayo de 1989.

[93] C*fr*. Declaración de Galápagos: compromiso andino de paz, seguridad y cooperación, Galápagos, Ecuador, 17-18 de diciembre de 1989.

[94] Acuerdo Andino sobre la situación en Trinidad y Tobago. Declaración de los Presidentes del Grupo Andino, Lima, julio 28 de 1990.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

la suspensión colectiva de relaciones diplomáticas con el país en cuestión y facultar al Secretario General para convocar una Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores para decidir las medidas que contribuyan a la restitución de la legalidad.[95] Esta propuesta de la CAN encontró eco en la OEA y en el mismo año 1991 se adoptó la Resolución 1080 sobre Democracia Representativa. Con posterioridad a la creación del Mercosur se continuó progresando en la Comunidad Andina en materia de protección de la democracia y los derechos humanos, con una línea evolutiva desde la Carta Social Andina, la Declaración del Consejo Presidencial Andino sobre Democracia e Integración, el Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena "Compromiso de la Comunidad Andina por la democracia", la Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza[96] y hasta una Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.[97] En estrecha unión entre ambos sistemas de integración dictaron la Cláusula democrática de Sudamérica (Mercosur-CAN).

C. *Las primeras declaraciones políticas a favor de la democracia*

En la ruta evolutiva del Mercosur enraizada con el fortalecimiento de la democracia y el respeto de los derechos humanos se dictan primeramente documentos meramente declarativos, esto es, declaraciones políticas. La idea democrática ha estado presente desde el "embrión" del Mercosur, aunque no se consagra de modo expreso en el Preámbulo y tampoco en el texto del Tratado constitutivo.[98] En efecto, sólo se constata una mención general en el primer considerando al enunciar que la integración constituye condición fundamental para acelerar los procesos de desarrollo económico de los Estados parte con "justicia social". Un año más tarde a su fundación, se produce la Declaración Presidencial de Las Leñas de 26 y 27 de junio de 1992, y se contempla por primera vez la condicionalidad al aludir que la plena

[95] Quinta Reunión del Consejo Presidencial Andino. Acta de Caracas, 17-18 de mayo de 1991. Disponible en: *http://www.sice.oas.org/Trade/Junac/Vacta_s.asp*.

[96] Todos los enunciados tuitivos van en concordancia con el sistema interamericano. Los documentos están disponibles en la página oficial de la Comunidad Andina.

[97] Casal Hernández, J. M., *Los derechos humanos y su protección (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*, Caracas, 2008, pp. 224 y ss.

[98] En la doctrina existe la opinión contraria. *Cfr*. Ribeiro Hoffman, A., "Political Conditionality and Democratic Clauses in the EU and Mercosur", en Ribeiro Hoffmann y Van der Vleuten, *Closing or widening the Gap? Legitimacy and Democracy in Regional Integration Organizations*, Aldershot, 2007, p. 179.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

vigencia de las instituciones democráticas es un supuesto indispensable para la existencia y el desarrollo del Mercosur.[99]

En el contexto internacional se produce, en 1993, la Declaración y el Programa de Acción de Derechos Humanos de Viena, que plantea la relación de interdependencia y reforzamiento mutuo entre democracia, desarrollo y derechos humanos así como el papel que la comunidad internacional debe desempeñar para su fortalecimiento y promoción.[100] En esta dirección, el Mercosur dicta en 1994 la Declaración de Colonia del Sacramento en Uruguay, a través de la cual los Estados parte reiteran que "la integración, en la medida en que contribuye en forma destacada a la promoción del desarrollo económico y la justicia social, refuerza y consolida los procesos democráticos de los cuatro países". En consecuencia, entienden que el principal desafío es promover la prosperidad de sus pueblos y alcanzar niveles más altos de vida, por lo que dan mayor relevancia a las cuestiones relacionadas con el empleo, las migraciones, la protección de los trabajadores.[101]

En 1995, el Mercosur y la Unión Europea (UE) suscriben un Acuerdo Marco Interregional de Cooperación que establece como fundamento de la cooperación el respeto de los principios democráticos y de los derechos fundamentales del hombre.[102] Esta cláusula incluida en los acuerdos de cooperación con la UE representaba un instrumento influyente para consolidar la democracia en América Latina, pues atribuían el derecho de la UE a revocar su asistencia de cooperación en caso de alguna reversión.[103] Estos avances en materia de defensa de la democracia y la garantía de los

[99] En referencia a la Declaración Presidencial de las Leñas del 27 de junio de 1992, véase: Mercosur/CMC/DEC. No. 17/05 Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Mercosur. Disponible en: *http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Decisiones/ES/CMC_2005-06-19_NOR-DEC_17_ES_Prot-DD-HH-MCS.pdf*.

[100] *Cfr*. Conferencia Mundial de Derechos Humanos Viena, 14 a 25 de junio de 1993 Declaración y Programa de Acción de Viena. Disponible en: *http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp*.

[101] *Cfr*. V Reunión del Consejo del Mercado Común. Véase, en: Comunicado del 17 de enero de 1994. Colonia del Sacramento, disponible en: *http://www.sice.oas.org/tpd/BOL_MER/Negotiations/ComunicadoMER1994_s.asp*.

[102] Acuerdo marco interregional de cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y el Mercado Común del Sur y sus Estados partes, por otra - Declaración conjunta sobre el diálogo político entre la Unión Europea y el Mercosur, DO L 69 del 19 de marzo de 1996, p. 4.

[103] *Cfr*. Martin, C. D., "Las relaciones América Latina-Unión Europea: Antecedentes de la importancia e Institucionalización del diálogo político", *Revista de ciencia política*, Santiago de Chile, vol. 22, núm. 2, 2002, pp. 46-64.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

derechos humanos sirvieron a los Estados parte del Mercosur como herramientas básicas para enfrentar las amenazas contra la institucionalidad no superadas por completo durante esos años.

2. *El compromiso con la democracia en Mercosur: un cambio de paradigma*

En el Mercosur se posicionó la condicionalidad democrática sin cláusula. El punto de inflexión de la ruta evolutiva ya mencionada se produce precisamente con la aplicación de la cláusula antes de su regulación expresa en el caso de la crisis paraguaya en 1996. Fue la amenaza fáctica de una ruptura del orden democrático que motivó el cambio de paradigma hacia la preeminencia de la protección de la democracia y adoptar un instrumento con carácter vinculante.

En efecto, se trató de la desestabilización política producida en Paraguay[104] debido al fallido intento de golpe de Estado encabezado por el general Lino Oviedo en abril de 1996.[105] La oportuna posición asumida por los Estados parte del Mercosur advirtiendo a quienes alentaban el golpe de Estado que, si triunfaban en su intento, Paraguay sería sancionada, incluso con su exclusión de los acuerdos fundamentales del Mercosur, fue uno de los factores que incidieron en la preservación de la joven democracia paraguaya, con un indiscutible impacto frente a todos los actores políticos y la opinión pública del país.[106] Tuvo lugar una actuación sincronizada y armónica entre los Estados parte del Mercosur y la OEA.

La crisis paraguaya permitió que la OEA jugara un papel preponderante al aplicar sin dilación la resolución 1080, aprobando la resolución CP/RES 681,[107] ya que en el país suramericano se había producido un quebrantamiento del Estado de derecho y del orden institucional, caracterizado por el hecho de que el presidente constitucional no estaba ejerciendo en forma

[104] *Cfr*. Caballero, E., "Wasmosy. A tientas en un mundo hostil", *Nueva Sociedad*, núm. 137, mayo-junio de 1995, pp. 10-16.

[105] Ribeiro Hoffmann, A., "Democracia e Integración Regional: el caso del Mercosur", en von Bogdandy *et al. ¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, *cit*., pp. 345 y ss.

[106] *Cfr*. Mercader, A. (embajador representante permanente del Uruguay ante la OEA), Tema: *La reacción del Mercosur frente a la crisis institucional del 22 al 24 de abril de 1996 en Paraguay*, p. 18. Foro Democrático La Crisis Institucional de 1996 en Paraguay. Septiembre de 1996 Washington D. C., disponible en: *http://www.oas.org/sap/publications/1996/py_crisis/paraguay_crisis_spa.pdf*.

[107] *Cfr*. Gaviria, C. (secretario general de la Organización de los Estados Americanos), Tema: *La respuesta de la OEA a la crisis institucional del 22 al 24 de abril de 1996 en Paraguay*. Foro Democrático La Crisis Institucional de 1996 en Paraguay. p. 17.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

plena el poder civil. Asimismo, la UE y la comunidad internacional en general reaccionaron contundentemente para frenar el autoritarismo, desvaneciéndose el paradigma del clásico principio de no intervención y dando paso a la defensa del principio democrático.[108] Con ello se estrenó como novedad en el continente una red internacional de solidaridad democrática.[109]

No faltaron voces que cuestionaron la amenaza de expulsar a Paraguay del Mercosur "por antidemocrático" en razón de la carencia de la llamada "cláusula democrática".[110] Este déficit motivó a los presidentes a suscribir, pasados apenas dos meses de la desestabilización, la "Declaración Presidencial sobre el Compromiso Democrático en el Mercosur", en junio de 1996. Se reafirmó la importancia del mantenimiento del orden democrático de manera enfática mediante esta Declaración. Su contenido esencial está referido a reafirmar que "la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para la cooperación en el ámbito del Tratado de Asunción, sus Protocolos y demás actos subsidiarios" (Punto 1) así como "toda alteración del orden democrático constituye un obstáculo inaceptable para la continuidad del proceso de integración" (Punto 2). La Declaración acoge una concepción amplia de la condicionalidad democrática en el sentido de que se aplica en caso de ruptura o en caso de amenaza de ruptura del orden democrático en un Estado miembro (Punto 3). Igualmente este instrumento contempló la aplicación de medidas para el caso de que las consultas resultasen infructuosas, como por ejemplo, la suspensión del derecho de participación en los foros del Mercosur o la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de las normas del Mercosur (Punto 4). La Declaración prevé como obligación para los Estados parte la inclusión de una cláusula de afirmación del compromiso con los principios democráticos en los acuerdos del Mercosur con otros países o grupo de países (Punto 5).[111]

El cambio de paradigma se concretiza así con la regulación de la cláusula democrática en el Protocolo de Ushuaia. Junto a la Declaración Presiden-

[108] Ocampos, G., (BASE-ECTA)/Rivarola, M. y Centurión, A. (asoc. CADEP), *Las Negociaciones Mercosur-Unión Europea: Una Visión desde La Sociedad Civil*, p. 11. Versión preliminar marzo de 2003. Disponible en: *http://www.basecta.org.py/V1/uploads/2010/07/Doc-Paraguay-UE.pdf.*

[109] Laíno, D. (presidente del Partido Liberal Radical Auténtico [PLRA]), Tema: *Comportamiento de los partidos políticos de la oposición y la reacción de la sociedad civil frente a la crisis institucional del 22 al 24 de abril en Paraguay*. p. 9. Foro Democrático La Crisis Institucional de 1996 en Paraguay. p. 17.

[110] *Cfr*. Tirado Mejía, A., *Integración y democracia en América Latina y el Caribe. Documento de Divulgación 1*, Buenos Aires, noviembre de 1997, p. 47.

[111] Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en El Mercosur. Argentina, 25 de junio de 1996.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

cial de Las Leñas de 1992 y la Declaración Presidencial sobre el Compromiso Democrático de 1996, los Estados parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile adoptaron el 24 de julio de 1998[112] el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático (PU), incorporando formalmente la condicionalidad democrática al Tratado de Asunción con fuerza jurídica vinculante. En este Protocolo se señala expresamente que se aplicará tanto a los cuatro Estados fundadores, como a Bolivia y Chile, que adquieren el mismo carácter de Estados parte siempre que las relaciones que se deriven de los acuerdos de integración se encuentren vigentes al momento de producirse un hecho que vulnere el orden constitucional.

El PU reafirma los principios y objetivos del Tratado de Asunción y sus Protocolos. Basta aquí hacer alusión a sus postulados esenciales. De conformidad con el artículo 1, la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados parte. El artículo 2 regula su aplicabilidad en caso de ruptura del orden democrático en alguno de los Estados parte; el artículo 3 establece que ante dicha ruptura tendrá lugar la aplicación de los procedimientos de sanción; el artículo 4 prevé el mecanismo de consultas y cuando éstas resulten infructuosas, el artículo 5 dispone que:

> …los demás EP del presente Protocolo, según corresponda de conformidad con los Acuerdos de integración vigentes entre ellos, considerarán la naturaleza y el alcance de las medidas a aplicar, teniendo en cuenta la gravedad de la situación existente. Dichas medidas abarcarán desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos de los respectivos procesos de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de esos procesos.

Como es característico del Mercosur, las medidas coercitivas deben adoptarse por consenso, negándose al Estado miembro afectado su participación en el proceso decisorio (artículo 6 del Protocolo). Según el artículo 7, una vez verificado el pleno restablecimiento del orden democrático, cesarán las medidas y se le notificará al Estado parte afectado. Las normas contenidas en los artículo 8 y 9 de este instrumento están destinadas a reconocerlo como parte integrante del TA y de los respectivos Acuerdos de integración celebrados entre el Mercosur y la República del Bolivia y el Mercosur y la República de Chile. Coherente con su autodefinición como un proyecto de

[112] Consultar el Protocolo en la web oficial del Mercosur en la siguiente dirección electrónica, disponible en: *http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=3862&site=1&channel=se*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

integración abierto,[113] así como su aplicabilidad a los futuros acuerdos de integración que se celebren entre el Mercosur y Bolivia, el Mercosur y Chile y entre los seis Estados parte.

II. Régimen normativo: construcción progresiva

Para el análisis del régimen normativo se trazará como eje la conjunción entre el Protocolo de Ushuaia (cláusula democrática) y el Protocolo de Asunción (cláusula de derechos humanos). Estos instrumentos los concibo efectivamente en una simbiosis con miras de ratificar el concepto de democracia, estrechamente vinculado a los derechos, sean civiles, políticos o sociales. Sobre esta base se gesta un *ius constitutionale commune*. Los lineamientos generales del contexto dan paso luego al examen de la cláusula de derechos humanos en concreto. Si bien se pondrán de relieve los notables avances que arroja esta construcción progresiva, del mismo modo expongo la propuesta de reforma del Protocolo de Ushuaia y alerto sobre los posibles retrocesos emergentes de la misma. Ello permite, otra vez, demostrar mi argumento respecto a que no se trata de una evolución lineal sino con oscilaciones. A estos ejes se dedican las siguientes reflexiones.

Se demostró en el capítulo II la existencia de un *ius constitutionale commune* contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador y demás instrumentos complementarios, junto a la Carta Democrática Interamericana, al que se suma la jurisprudencia de la Corte-IDH para configurar el acervo básico del patrimonio común en cuanto a la democracia y los derechos humanos.[114] Nuevamente reitero la pertenencia de los países miembros del Mercosur a la OEA y al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.[115] Sin perjuicio del respeto de los principios de no intervención y de libre determinación (artículo 2b, 3c y 18 de la Carta de la

[113] Barrios, H., "Regieren im Mercosur", *Wie erfolgreich ist der Mercosur?*, Bendel (ed.), Sarrebruck, 1999, pp. 51 y ss.; Reyes, G. E. y Briceño Ruiz, J., *Actualidad de la integración en América Latina y el Caribe, viejos dilemas, nuevos desafíos*, Venezuela, 2006.

[114] Según las palabras de Humberto Nogueira un *acquis conventionnel*, una *opinio communis* interamericana o patrimonio común en materia de derechos fundamentales, que constituyen parte de "un *orden público latinoamericano*, frente al cual no pueden oponerse las pecularidades o identidades nacionales más allá de lo que la propia Corte Interamericana acepte". Citado en el capítulo II, Nogueira Alcalá, H., "El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno", *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011, p. 29.

[115] Con la salvedad que Venezuela presentó el preaviso de denuncia de la CADH, ya mencionado *supra*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

OEA), el bloque debe estar integrado por Estados que están obligados por el derecho internacional a organizarse políticamente cumpliendo el condicionamiento de tener la forma democrática representativa y a garantizar y proteger los derechos humanos, todo ello de conformidad con la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por consiguiente, parece un hecho verificable que hay una convergencia de contenidos en el *ius constitutionale commune* suramericano desde el enfoque de la protección multinivel.

Incluso antes de existir el Protocolo de Asunción, Héctor Gros Espiell acuñó la denominación "democracia: reaseguro para la vigencia del Mercosur", haciendo hincapié en la condición de que los Estados democráticos respeten los derechos humanos,

> …porque para la concepción americana, no hay democracia sin respeto y protección, interna e internacional, de los derechos humanos, y, a su vez, no es posible la existencia y la garantía de estos derechos fuera del sistema democrático, concebido de una manera integral, que incluye el concepto de Estado social de derecho.[116] No es un hecho aislado el esfuerzo por constituir una "Comunidad de democracias" y una nueva concepción de "Seguridad democrática".[117]

En el bloque del cono sur el *ius constitutionale commune* de la democracia y los derechos humanos está constituido por el Tratado de Asunción, los Protocolos de Ushuaia y Asunción y los otros instrumentos que conforman el acervo común mercosureño, *mutatis mutandis*, como ocurre a nivel interamericano y entendido como nivel que se adiciona al mismo. En el régimen jurídico del Mercosur rige la concepción de la democracia en su nexo indisoluble con el respeto de los derechos humanos, como se dispone en los Protocolos de Ushuaia y de Asunción, de modo que se deben interpretar conjuntamente y el elemento social se ha ido incorporando en diversos actos regulatorios.

[116] Gros Espiell, H., "La democracia: reaseguro para la vigencia del Mercosur", *Paraná Eleitoral*, núm. 37, JUL/2000. Disponible en: *http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impresso.php?cod_texto=19*.

[117] Decisión 587, Lineamientos de la Política de Seguridad Externa Común Andina, XIII Reunión ordinaria del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, Quito – Ecuador, 10 de julio de 2004; Véase por ejemplo los ejes de la política exterior de Perú. Disponible en: *http://www.rree.gob.pe/portal/dcanciller.nsf/0/A54A2F3696A4E1D005256E2F00784CCD?OpenDocument*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

1. *Premisas de la condicionalidad democracia-derechos humanos en la integración*

La premisa que rige para la configuración progresiva de un *ius constitutionale commune* en el Mercosur es la protección de la democracia en su imbricación con los derechos humanos y arraigo en el elemento social. Este postulado se fue gestando gradualmente por medio de declaraciones concernientes a la tríada democracia, derechos humanos e integración y se encauza a través de la propia cláusula de los derechos humanos (Protocolo de Asunción) así como de otros instrumentos destinados a su desarrollo, que se revisan a continuación.

A. *Marco general de la condicionalidad democracia-derechos humanos*

El régimen jurídico de la protección de la democracia en el Mercosur está estructurado con fundamento en el enfoque de la llamada humanización (adopción de los tratados de derechos humanos), inspirada en las necesidades político-sociales de la región. Éste constituye un primer rasgo de la regulación tuitiva de la democracia en su nexo intrínseco con la garantía de los derechos humanos en tanto existen tradiciones políticas e historias similares de vulneración de derechos. Insisto que fue bajo el paraguas de la doctrina de la seguridad nacional que en las dictaduras militares se cometieron las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos en los países miembros fundadores del bloque mercosureño, aunque con diferencias en cuanto al mayor o menor grado de intensidad del terrorismo de Estado.[118]

Un segundo elemento distintivo de la gestación del régimen normativo procede del hecho de que el clima de miedo instaurado bajo el régimen autoritario no impidió la aparición de organizaciones no gubernamentales (ONG) para defender a los ciudadanos contra el poder arbitrario del Estado, en particular los derechos civiles y políticos. Se produjo una ecuación inversa: en la medida en que las dictaduras militares reforzaban su poder, la justicia y los derechos humanos se distanciaban del Estado, convirtiéndose en una agenda de trabajo de la sociedad civil.[119]

El Estado de derecho, los derechos humanos y la democracia se erigen como pilares de la integración. Del paradigma de Ushuaia (adoptado en 1998), enfocado en una concepción más formal de democracia y apenas un

[118] González, J. C./Villegas Díaz, M., "Derechos humanos y desaparecidos en dictaduras militares", *América latina hoy: Revista de Ciencias Sociales*, vol. 20, 1998, pp. 19-40.

[119] Pitanguy, J./Heringer, R., "Direitos Humanos no Mercosul", *Cadernos fórum civil*, Río de Janeiro, año 3, núm. 4, 2001, pp. 8 y s.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

grupo-*ad hoc* de derechos humanos, se pasó al paradigma de la Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos (2004) y al Protocolo de Asunción, que reinterpreta a Ushuaia para concebir la democracia en su vínculo cada vez más estrecho con los derechos humanos. Luego tuvo lugar otra transformación con la creación de varias instituciones destinadas a proteger la democracia, siempre contando con la participación de la sociedad civil y la multiplicación de redes y veedores de los derechos humanos.

Un tercer postulado del régimen normativo mercosureño se enlaza con la cuestión social como línea transversal para atender los grupos vulnerables (mujeres, niños, pueblos indígenas, personas privadas de libertad), las minorías sexuales o la protección del medio ambiente, por mencionar algunos de los ejes centrales, ello sin excluir el interés por ocuparse de los nuevos tipos de violencia, como la policial, urbana o la de los grupos paramilitares y siempre con el sostén de las ONGs articuladas en redes nacionales, regionales e internacionales, con sus estrategias de acción concertadas.[120]

El Mercosur ha sido un escenario propicio para apalancar los cambios del siglo XXI. Como quedó plasmado en los capítulos I y II, la construcción paulatina de un *ius constitutionale commune* tiene como presupuestos, por un lado, las convergencias existentes entre las Constituciones nacionales y, por otro lado, la ratificación de los principales instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y los instrumentos interamericanos.[121] Sobre esta base, los Estados partes acuerdan regular la cláusula de derechos humanos, reiterando la condicionalidad recíproca entre éstos y la democracia.

Un cuarto elemento típico del régimen normativo se infiere de la heterogeneidad de instrumentos, destinados más a la armonización de normas y no son instrumentos jurídico-coercitivos.[122] Esta herramienta de instrumentos *soft law* tiene como ventaja ser producto de una negociación más rápida y su impacto es igualmente reconocido.[123] No deja de advertirse, como lo

[120] Sikkink, "La dimensión transnacional de los movimientos sociales", en Jelin (ed.), *Más allá de la nación: las escalas múltiples de los movimientos sociales*, Buenos Aires, 2003, pp. 301-335.

[121] de Oliveira Bethonico, C. C., "Os direitos humanos no Mercosul", *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Brasil, vol. 2, 2007, pp. 17 y ss.

[122] Este método hace una diferencia esencial con las características jurídico-institucionales de la Unión Europea. *Cfr*. Monteagudo Valdez, M., "Construcción europea y liberalización económica en América Latina: Desafíos comunes en la evolución del Derecho Internacional Económico", *Cuadernos Europeos de Deusto*, vol. 43, Bilbao, 2010, pp. 91-114, pp. 106-108. Este método hace una diferencia esencial con las características jurídico-institucionales de la Unión Europea.

[123] Gratius, S., "Mercosur y NAFTA. Dos modelos diferentes de integración", *Tribuna/Tribuna internacional*, 1o. de julio de 2008. Tal efecto se observa en distintos órdenes normativos. La Jurisprudencia comunitaria ha reconocido el valor de los contenidos del *soft law*,

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

hace Christian Arnold, que en el Mercosur ello puede conllevar el riesgo de ineficacia de las reglas al poder ser modificadas con mayor facilidad por los Estados miembros.[124]

Junto al Tratado constitutivo y los Protocolos existen cuatro categorías de instrumentos como son las Declaraciones Presidenciales, las Decisiones emitidas por el Consejo Mercado Común (CMC), las Resoluciones adoptadas por el Grupo Mercado Común y las Recomendaciones. Dada la multiplicidad de normas,[125] en esta investigación hago alusión al derecho primario y a las dos primeras categorías con señalamientos específicos.

Concretamente como premisas debe entenderse, en primer término, que la claúsula de derechos humanos encarna la implementación de la cláusula democrática. No obstante, la promulgación del Protocolo de Asunción (cláusula de derechos humanos) estuvo precedida de una serie de Declaraciones así como del reiterado debate acerca de la elaboración de una Carta de derechos fundamentales del Mercosur. Esta temática de los derechos humanos en el Mercosur es muy compleja en lo cuantitativo y en lo cualitativo, ya que existe una superposición de instrumentos de diversas fuentes, validez y fuerza coercitiva, que han sido producto del desarrollo político y social experimentado en la región.[126] Se ha intentado, desde el pasado compartido, construir identidades regionales, expresivas de los pueblos del cono sur, que sirvan "de base para que el Mercosur sea concebido no sólo como un mercado común, sino también como una incipiente comunidad política".[127]

que inciden y producen efectos jurídicos a pesar de carecer de carácter vinculante, tal como se afirmó en la sentencia Grimaldi que las recomendaciones no pueden considerarse como actos carentes de todo efecto jurídico. Sentencia del Tribunal de Justicia (sala segunda) del 13 de diciembre de 1989, Case C-322/88. En el ámbito de los DES, von Engelhardt, M., "Opportunities and Challenges of a Soft Law track to Economic and Social Rights - The Case of the Voluntary Guidelines on the Right to Food", *Verfassung und Recht in* Übersee, vol. 4, 2009, pp. 502-526.

[124] Christian Arnold manifiesta que los países del Mercosur acuerdan regulaciones (1033 entre 1994 y 2008), conscientes que luego pueden *de facto* ejercer un veto al no incorporarlas a nivel nacional. *Cfr*. Arnold, C., "A Different Kind of Game: International Cooperation in Mercosur", *Nuffield College Working Papers*. Disponible en: *http://www.nuffield.ox.ac.uk/Research/Politics%20Group/Working%20papers/Pages/Home.aspx*.

[125] Un estudio empírico reseña más de 1500 normas. Disponible en: *http://www.iniciativamercosur.org/index.php?option=com_content&task=view&id=21&Itemid=1*.

[126] Buongermini, M. M., *Carta de derechos fundamentales del Mercosur. Conferencia en el Supremo Tribunal Federal de Brasil*. Disponible en: *http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/setimoEncontroConteudoTextual/anexo/Carta_de_Direitos_Humanos__Maria_Mercedes_Buongermini.pdf*.

[127] Abramovich, V., Jornada 20 años del Mercosur. "Derechos humanos en el proceso de integración". Disponible en la página oficial del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur (IPPDH).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

En segundo término y en consonancia con la mutación hacia el Mercosur político y el Mercosur social, se abre el ámbito de aplicación del régimen normativo hacia el progreso social, la protección del medio ambiente, el fortalecimiento del consumidor y los derechos sociales en general.

El advenimiento de la nueva Era es prolífero en pronunciamientos de esta naturaleza. En el año 2000 se produce la Carta de Buenos Aires sobre Compromiso Social, orientada al compromiso gubernamental de mejorar la calidad de vida en los respectivos países y en la región, prestando atención prioritaria a los "sectores más desprotegidos de la población en materia de alimentación, salud, empleo, vivienda y educación".[128] Asimismo, la Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores,[129] define al consumidor como agente económico y sujeto de derecho que requiere "protección a su vulnerabilidad", a cuyo efecto los Estados parte se proponen realizar esfuerzos en pos de una armonización de las legislaciones nacionales de defensa del consumidor, sobre el catálogo de los "derechos fundamentales" que dispone de manera enunciativa.[130]

Otras Declaraciones muestran un mayor nivel de concretización respecto a las obligaciones de los Estados parte y contemplan la armonización con los estándares internacionales, lo que considero corrobora el reconocimiento de un orden normativo multinivel. Además de la Declaración Socio Laboral examinada en el capítulo I de esta disertación, son ejemplos —no exhaustivos— la Declaración de Presidentes sobre Erradicación del Trabajo Infantil que indica la necesaria armonización normativa en relación a los Convenios de la OIT[131] y la Declaración Presidencial sobre Compromiso del Mercosur con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.[132]

[128] Carta de Buenos Aires sobre compromiso social en el Mercosur, Bolivia y Chile, Buenos Aires, 30 de junio de 2000.

[129] Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores del Mercosur, Florianópoli, 15 de diciembre de 2000.

[130] La Declaración incluye un catálogo de derechos que comprenden desde la protección eficaz de la vida, la salud, y la seguridad del consumidor y del medio ambiente contra los riesgos provocados por prácticas en el suministro de productos y servicios, la provisión de servicios, el acceso al consumo con libertad de elección, sin discriminaciones ni arbitrariedades, entre otros (Puntos a hasta k).

[131] Declaración de Presidentes sobre Erradicación del Trabajo Infantil, Buenos Aires, 6 de julio de 2002.

[132] Los EP se comprometen a no celebrar acuerdos multilaterales o bilaterales con terceros Estados, que sean susceptibles de afectar las bases de jurisdicción de la Corte Penal Internacional o de otras disposiciones del Estatuto. Declaración Presidencial sobre Compromiso del Mercosur con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Asunción, 20 de junio de 2005.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Este pronunciamiento se inscribe en el lugar prioritario que ocupa el tema del combate a la impunidad de los autores de crímenes contra la humanidad en la agenda de derechos humanos en el Mercosur. En la doctrina se ha acuñado la expresión "Operación Cóndor a la inversa" para calificar el interés de identificar los restos de las personas desaparecidas y los niños secuestrados durante el periodo autoritario de los países suramericanos.[133]

B. *La cláusula de los derechos humanos como implementación de la cláusula democrática*

En diciembre de 2004, el Consejo del Mercado Común (CMC) creó mediante Decisión No. 40/04, la Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos.[134] Esta instancia elaboró en 2005 el Protocolo sobre compromiso con la promoción y protección de los derechos humanos del Mercosur, conocido como "cláusula de derechos humanos", aprobado por el CMC en la Decisión No. 17/05.[135] Se trata de normas de carácter vinculante.

Este nuevo instrumento, ratificado por todos los miembros, envuelve una modificación cualitativa trascendente en el Mercosur, porque los derechos humanos son afianzados como factor clave del proceso de integración. Se resaltan los principios comunes, la vocación dialógica con el sistema universal y el interamericano así como el deber fundamental de proteger, promover y garantizar los derechos humanos para la consolidación del bloque.

a. Fundamentos y principios

Se distingue el PA por su vocación de diálogo con los sistemas interamericano y universal. Primeramente, reafirma 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. El PA insiste en la universalidad, indivisibilidad, interdepen-

[133] Palabras del asesor de la Secretaria Especial de Direitos Humanos de Brasil, Murilo Komniski. Seminario "Participação em política externa e direitos humanos no Mercosul", Brasilia el 28.09.2006. Disponible en: *www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1763&Itemid=2*.

[134] Decisión CMC No. 40/04, Creación de la Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos del Mercosur, Belo Horizonte, 16 de diciembre de 2004.

[135] Mercosur/CMC/DEC. No. 17/05, Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Mercosur, del 19 de junio de 2005.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

dencia e interrelación de todos los derechos humanos, sean éstos derechos económicos, sociales, culturales, civiles o políticos.

Un sector de la doctrina se ha manifestado a favor de la adhesión del Mercosur a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[136] Otros autores opinan que la implicación primordial radica en que "los estándares fijados por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos deben ser acatados individualmente y *ad intra* por los Estados partes del Mercosur y, ya focalizando la dinámica del bloque regional, por los órganos de este proceso de integración".[137] Asumo esta última postura a favor del cumplimiento de los estándares del sistema interamericano, coherente con el modelo de cuasi supranacionalidad del bloque del cono sur en este ámbito.

En los considerandos del Protocolo se menciona expresamente el interés en subrayar "lo expresado en distintas resoluciones de la Asamblea General y de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas", en el sentido de que el respeto a los derechos humanos y de las libertades fundamentales son elementos esenciales de la democracia. Queda plasmada la intención de aprovechar los avances logrados en la nueva era. Particularmente estaba latente la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Promoción y Consolidación de la Democracia,[138] calificada por Christian Tomuschat como el momento culminante de la Organización Mundial en la línea sin vacilaciones a favor de la democracia, pormenorizando los requisitos esenciales de una democracia auténtica.[139] Ya ha afirmado Rawls que, en el marco de la sociedad de naciones, el respeto por los derechos humanos es una de las condiciones que cualquier régimen político debe cumplir para conformar "una sociedad política de pueblos justa".[140]

Con anterioridad a la suscripción del PA, en el plano universal ya había otros pronunciamientos relevantes para avalar la concepción propuesta desde el Sur en cuanto al vínculo entre democracia y derechos humanos. Se

[136] Bidart Campos, G. y Albanese, S., *Derecho internacional, derechos humanos y derecho comunitario*, Buenos Aires, 1998, p. 24.

[137] Bazán, V., "Mercosur y derechos humanos: panorama, problemas y desafíos", *Direitos humanos, democracia e integração jurídica avançando no diálogo constitucional e regional*, Río de Janeiro, 2011, p. 479.

[138] Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/RES/55/96), del 4 de diciembre de 2000.

[139] Tomuschat, C., "¿Necesitamos nuevos conceptos de democracia y soberanía en las instituciones de la integración regional?", en von Bogdandy *et al.* (coords.), *Estudos avançados de direitos humanos. Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, São Paulo, 2013, p. 30.

[140] Rawls, J., *El derecho de los pueblos*, Bogotá, 1996, p. 131.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

trata por ejemplo de la "Declaración del Milenio",[141] así como de la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre el fortalecimiento de la función de las organizaciones y mecanismos regionales, subregionales y de otro tipo en la promoción y consolidación de la democracia.[142] En el Mercosur se dictaron principios relativos a la lucha contra la pobreza, en el entendido que la consolidación democrática demanda una sociedad más equitativa y justa, "lo que obliga a asumir la tarea prioritaria de un Plan de Acción de más amplio alcance para responder a los graves desafíos de la actual situación social".[143] El Mercosur significa, según los principios, la plataforma adecuada para la realización de estos valores.

Esta manifestación de permeabilidad, regulada de modo expreso en este instrumento contentivo de la cláusula de derechos humanos, ratifica mi argumento respecto a la construcción de los principios y normas comunes por la vía de la incorporación de los estándares internacionales e interamericanos. Los órdenes normativos se retroalimentan y así pueden llenarse los vacíos que el Protocolo de Asunción y el de Ushuaia puedan tener en materia de las exigencias de una sociedad democrática.

Incorpora también los principios de la Declaración Presidencial de Puerto Iguazú contentiva del compromiso de la alta prioridad que se le asigna a la protección, promoción y garantía de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas que habitan en el Mercosur. En tal sentido se reafirma que la vigencia del orden democrático constituye una garantía indispensable para el ejercicio efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y que toda ruptura o amenaza del normal desarrollo del proceso democrático en una de las partes pone en riesgo el goce efectivo de los derechos humanos. Así, los valores democráticos y la defensa de los derechos constituyen el centro sobre el cual se desplaza todo el entramado y la sinergia integrativa.

El PA menciona en sus considerandos que "toda ruptura o amenaza del normal desarrollo del proceso democrático en una de las Partes pone en riesgo el goce efectivo de los derechos humanos". Podría interpretarse que

[141] Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/RES/55/2), del 8 de septiembre de 2000.

[142] Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/RES/59/201), del 20 de diciembre de 2004.

[143] Declaración de presidentes del Mercosur, Iniciativa de Asunción Sobre Lucha Contra la Pobreza Extrema, 2005; Declaración de Asunción "Hacia un Mercosur Social como instancia articuladora de las Políticas Sociales en la Región", Asunción, 1o. de junio de 2005; Declaración de Buenos Aires "Por un Mercosur con rostro humano y perspectiva social", Buenos Aires, 14 de julio de 2006.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

al contemplar el supuesto de la amenaza del normal desarrollo del proceso democrático, pretende rescatar la tradición anterior al Protocolo de Ushuaia y atender este supuesto. Una interpretación integral y amplia daría lugar a incluir entre los supuestos de aplicación los casos de amenaza al orden democrático. Dado que este punto se vincula con el alcance de aplicación del Protocolo de Ushuaia, lo examino bajo el apartado del mecanismo de protección en sentido estricto.

b. Estructura y aplicabilidad

El Protocolo de Asunción (PA) presenta una estructura básicamente similar al Protocolo de Ushuaia (PU). Reafirma la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales como condiciones esenciales para la vigencia y evolución del proceso de integración entre los Estados parte (artículo 1). Introduce como novedad el compromiso de los Estados parte en la cooperación mutua para la promoción y protección efectiva de los derechos humanos y libertades fundamentales a través de los mecanismos institucionales establecidos en el Mercosur (artículo 2).

El ámbito de aplicación del Protocolo se extiende a los Estados parte cuando en alguno de ellos se registren graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales o en situaciones de crisis institucional o durante la vigencia de estados de excepción previstos en los ordenamientos constitucionales respectivos (artículo 3). De allí que el Protocolo de Asunción adquiera una extraordinaria importancia por su amplio radio de aplicación que no deja dudas respecto de la protección de manera inseparable e indisoluble de los valores democráticos y los derechos humanos como un acervo que debe ser garantizado en el bloque.

El PA prevé un procedimiento de aplicación semejante al Protocolo de Ushuaia en sus elementos: una instancia de consultas (artículo 3) y unas medidas a aplicar para el caso en que las consultas no conlleven a la solución de la crisis detectada. Las medidas que adoptarán los Estados parte contra el Estado afectado se corresponden con las previstas en el PU, es decir, desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos del proceso de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes del mismo (artículo 4).

En cuanto al procedimiento para la adopción de las medidas antes mencionadas, se establece, como es usual en el Mercosur, el consenso como método decisorio entre los Estados parte, sin la participación de la parte

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

afectada. Dichas medidas comenzarán a regir en la fecha en que se realice la comunicación correspondiente (artículo 5) y cesarán a partir de la fecha de la comunicación a dicha Parte de que las causas que las motivaron fueron subsanadas (artículo 6).

El PA debido a su rango, es parte integrante del Tratado de Asunción (artículo 7) y está abierto a la adhesión de los Estados asociados al Mercosur. De esta manera, la cláusula de derechos humanos del Mercosur queda incorporada, al igual que la cláusula democrática, al núcleo constitucional de la organización.

c. Fuentes y valor jurídico

Waldemar Hummer afirma que la protección "de los derechos fundamentales de la persona en el seno del Mercosur se expresa en forma *programática*"[144] en distintas fuentes comunitarias *lato sensu,* más bien enunciados de principios genéricos y pautas orientadoras. Partiendo de la premisa de que el Tratado de Asunción no contiene ninguna referencia explícita a los derechos fundamentales, identifica entre las llamadas fuentes programáticas el Preámbulo del Tratado, tres Protocolos, una decisión del Consejo del Mercado Común y menciona que entrarían en esta categoría los comunicados de los presidentes de los Estados partes y asociados. En el Preámbulo, ya citado, se manifiesta "Convencidos de la necesidad de promover el desarrollo científico y tecnológico de los Estados Partes y de modernizar sus economías para ampliar la oferta y la calidad de los bienes y servicios disponibles con el fin de *mejorar las condiciones de vida de sus habitantes* […]". (Considerandos, párr. 6). Además de los considerandos del Protocolo de Asunción, Hummer incluye el Protocolo de Olivos cuando dispone que los Tribunales Arbitrales *ad hoc* y el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) decidirán la controversia en base al Tratado de Asunción […] así como a los *principios y disposiciones de derecho internacional* aplicables a la materia (artículo 34); y el Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur, que entre los principios del órgano establece […] el respeto a los *derechos humanos en todas sus expresiones,*(artículo 3.4) y dentro de sus competencias, […] Elaborar y publicar anualmente un informe sobre la *situación de los derechos humanos* en los *Estados Partes*, teniendo en cuenta los principios y las normas del Mercosur (artículo 4.3).

[144] Hummer, W., "La elaboración de una Carta de los Derechos Fundamentales del Mercosur desde una perspectiva europea", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, año 15, 2009, pp. 690 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

También se consideran fuentes en sentido amplio la decisión del Consejo de Mercado Común (CMC) No. 40/04 sobre Creación de la *Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos del Mercosur* (RAADH), que como postulados incorpora "Que los derechos humanos son fundamentales para la construcción de sociedades libres y para la búsqueda del desarrollo económico y social, que la protección y la promoción de los derechos humanos de los ciudadanos de los Estados Partes del Mercosur y de los Estados Asociados son objetivos esenciales del proceso de integración de America del Sur; que las libertades individuales, los principios democráticos y el Estado de Derecho constituyen valores comunes a las sociedades sudamericanas, (considerandos, párr. 1 al 3). Las fuentes se enuncian sin pretensión alguna de abarcar el amplio abanico de regulaciones existentes en ésta área en el Mercosur, en particular la gama de documentos declarativos encabezada por las Declaraciones de los presidentes de los Estados partes y de los Estados asociados.

Esta postura crítica respecto a la naturaleza de principios genéricos y pautas orientadoras de las normas de derechos humanos no es compartida en el enfoque desde la región suramericana. Se considera la necesidad indispensable de buscar una modulación de la tensión entre mercados, por una parte, y democracia y derechos humanos, por la otra. De ahí la importancia de incluir estas normas y principios para proteger estos valores axiológicos fundamentales del proceso. La ampliación de los derechos humanos y su mayor grado de exigibilidad se han erigido como paradigmas de revalorización de la diversidad cultural para potenciar la integración. Los avances en el plano normativo estableciendo nuevos derechos no son suficientes, sino que su aplicación práctica exige la divulgación del contenido de esas libertades, la articulación entre los diferentes actores y las respectivas políticas públicas para desarrollarlos. Éstas son condiciones imprescindibles para efectivizar los derechos. Por ello hay un policentrismo jurídico y distintos procesos de monitoreo, cuyo fin es procurar el mayor acceso a la justicia.[145]

Un caso emblemático de la revisión de las prácticas cotidianas de los Estados parte en materia de implementación de las normas internacionales en el ámbito nacional en derechos sociales está reflejado en los documentos elaborados por los dieciséis (16) grupos temáticos existentes exclusivamente en el campo de las últimas cumbres sociales del Chaco (2010), Montevideo (2011) y Mendoza (junio 2012). Se hace una aproximación conceptual dirigida a la protección de los sectores más vulnerables o excluidos como los

[145] Ventura, D. y Rolim, M., *Os direitos humanos e o Mercosur: uma agenda (urgente) para além do mercado*, 2002. Disponible en: *http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/dhmercosul.pdf.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

niños y adolescentes, los desplazados por problemas ambientales, las mujeres, las personas con discapacidades, las comunidades campesinas, entre otros. Un conjunto de nuevos derechos emergentes así como los derechos colectivos fijan la atención hacia el derecho al agua, a la información y la comunicación, a la cultura. Amalgamar las diversidades y buscar una integración plena van de la mano con el fortalecimiento de la democracia, el reconocimiento de esos derechos y el efectivo cumplimiento de los derechos. De allí que se trata de otro enfoque conceptual.[146]

En Suramérica existe una brecha entre normatividad y realidad constitucional en cuanto al respeto efectivo de los derechos. Su regulación implica reconocimiento, activa la participación de la sociedad civil y posibilita su exigibilidad para los ciudadanos, razón por la cual reitero el valor de todos los instrumentos que representan el acervo del Mercosur y su potencial para viabilizarlos, como aporte para la construcción del *ius constitutionale commune*.

C. *Propuesta de reforma a la cláusula democrática: el Protocolo de Montevideo (Ushuaia II)*

A partir de 2010 la cláusula democrática constituye uno de los ejes de gravitación determinantes de la integración bajo una nueva concepción y una proliferación de las mismas en términos análogos,[147] en el sentido de contemplar no sólo la ruptura del orden democrático como causal de aplicación, sino de ampliar los supuestos, permitiéndose su invocación a efectos de prevenir rupturas institucionales,[148] sin desconocerse que cada cláusula muestra matices particulares. Así apareció la cláusula de Unasur,[149] cuyo detonante fue el levantamiento policial en Ecuador,[150] luego se adoptó en

[146] Documento del Consejo Consultivo de la Sociedad Civil (CCSC), "A modo de síntesis - lectura transversal de los trabajos de 16 comisiones temáticas de las Cumbres Sociales del Mercosur", CCSC, Cancillería argentina, Octubre 2012. Disponible en: *http://ccsc.mrecic.gov.ar/modo-de-s%C3%ADntesis-lectura-transversal-de-los-trabajos-de-16-comisiones-tem%C3%A1ticas-de-las-cumbres-soci-0*.

[147] Rojas Aravena, F., "La Celac y la integración latinoamericana y caribeña. Principales claves y desafíos", *Nueva Sociedad*, vol. 240, julio-agosto de 2012, p. 24.

[148] Ramírez, L. M., "Principales instrumentos jurídicos que resguardan la democracia en las Américas", Américas, vol. 63, núm. 4, julio-agosto de 2011, pp. 37 y ss.

[149] Jefes de Estado y de Gobierno de Unasur: "Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo de Unasur sobre Compromiso con la Democracia", Georgetown, 26 de noviembre de 2010.

[150] Ospina Peralta, P., "Ecuador: ¿intento de golpe o motín policial?", *Nueva Sociedad*, núm. 231, enero-febrero de 2012.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

las Cumbres Iberoamericanas[151] y le siguió la cláusula de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC),[152] en un contexto de reiteración de las nociones de plena autonomía, soberanía y desarrollo sin interferencias externas en los sistemas políticos nacionales.

a. Antecedente: una nueva concepción gestada en Unasur

A los fines de la presente investigación es necesario puntualizar algunos elementos de la cláusula democrática de Unasur debido a sus notables influencias en la propuesta de reforma presentada en el seno del Mercosur. El contexto, cómo se produce la cláusula, su contenido y el alcance de las medidas sancionatorias así como sus interrelaciones con el sistema de la OEA, tienen relevancia para el posterior análisis del mecanismo de protección de la democracia mercosureña.

Como he mencionado en líneas anteriores, la adopción de la cláusula democrática en Unasur surge como respuesta a la crisis política en Ecuador el 30 de septiembre de 2010,[153] señalizada por el gobierno de la República como intento de golpe de Estado[154] y con distintos calificativos por las organizaciones regionales. La OEA, en sesión extraordinaria celebrada el mismo día, resolvió repudiar cualquier intento de alterar la institucionalidad democrática, ofreció respaldo a la República del Ecuador y al gobierno en su deber de preservar el orden institucional, democrático y el Estado de derecho. En este sentido también hizo un enérgico llamado a la fuerza pública del Ecuador y a los sectores políticos y sociales a evitar cualquier acto que pueda exacerbar la situación de inestabilidad política, atentando contra el orden democrático instituido, la paz social y la seguridad pública.[155]

[151] Jefes de Estado y de Gobierno Iberoamericanos: "Declaración Especial sobre la Defensa de la Democracia y el Orden Constitucional en Iberoamérica", Mar del Plata, 4 de diciembre de 2010.

[152] Las jefas y los jefes de Estado y de gobierno de los países latinoamericanos y caribeños, Declaración Especial sobre la Defensa de la Democracia y el Orden Constitucional en la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), Caracas, 3 de diciembre de 2011.

[153] Cientos de policías ecuatorianos ocuparon y bloquearon un regimiento y la pista del aeropuerto de Quito en protesta por la eliminación de incentivos y bonificaciones profesionales aprobadas por la Asamblea Nacional a través de la Ley de Servicio Público. Públicamente los policías adujeron reivindicaciones gremiales, y el gobierno reaccionó alertando sobre un intento de golpe de Estado.

[154] Los hechos fueron ampliamente divulgados en los medios de comunicación. Disponible en: *http://colarebo.wordpress.com/2010/09/30/presidente-correa-denuncia-intento-de-golpe-de-estado/*.

[155] *Cfr.* OEA/Ser.G CP/RES. 977 (1772/10), 30-09-2010.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Unasur, por su parte, en la cumbre de Buenos Aires celebrada el 1o. de octubre de 2010, calificó los hechos de golpe de Estado, condenándolo enérgicamente. Se produjo la advertencia que los Estados miembros, en caso de nuevos quiebres del orden constitucional, adoptarán medidas concretas e inmediatas tales como cierres de fronteras, suspensión del comercio, del tráfico aéreo y de la provisión de energía, servicios y otros suministros.[156] La disparidad de criterios para la calificación de los hechos conllevó a su cuestionamiento como un intento de golpe de Estado contra el poder legítimamente constituido o si por el contrario se trató de una protesta gremial que desencadenó en lamentables hechos que pusieron en riesgo la tranquilidad ciudadana y la seguridad de muchas personas, entre ellas la del presidente de la República.[157]

En la IV Reunión Cumbre Ordinaria de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de Unasur se dicta un Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo que establece la Cláusula Democrática.[158] Entre sus caracteres particulares se encuentran que ponen el acento en el compromiso de defensa y protección del orden democrático, del Estado de Derecho y sus instituciones, de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, *incluyendo la libertad de opinión y de expresión*, como condiciones para el desarrollo del proceso de integración (cursivas propias).

Se establece que el Protocolo se aplicará en caso de ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático, de una violación del orden constitucional o de cualquier situación que ponga en riesgo el legítimo ejercicio del poder y la vigencia de los valores y principios democráticos. La corriente de Unasur era proclive a incluir la "amenaza o riesgo", como se manifestó en la declaración formulada en la crisis de Bolivia en el 2008, en la que se rechazó el intento de desestabilización democrática, si bien emplearon el término "intento de golpe civil".[159]

El cambio de rumbo respecto a Mercosur es evidente. Conforme al artículo 2 de la cláusula Unasur, el Estado afectado u otro Estado miembro tienen la facultad de solicitar la convocatoria para conocer acerca de la si-

[156] *Cfr.* Declaración de Unasur, del 1o. de octubre de 2010.

[157] Luna, I., "Ecuador – La revuelta policial del 30 de septiembre: ¿Intento de golpe de Estado o revuelta gremial fuera de control?", Análisis de Norwegian Latin America Research Network NorLARNet, 9 de mayo de 2011. Disponible en: *http://www.norlarnet.uio.no/pdf/behind-the-news/spanske/2011/ecuador_spansk.pdf*.

[158] *Cfr.* El Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo de Unasur sobre Compromiso con la Democracia fue suscrito por los diez países analizados en este trabajo más Surinam y Guyana.

[159] Véase la Declaración de La Moneda.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

tuación en cuestión. También se aprecia un punto de inflexión con la tradición diplomática suramericana en tanto el artículo 4 incluye medidas sanionatorias como el bloqueo, inexistentes en Mercosur. Se diferencia también en cuanto establece que cuando el gobierno constitucional de un Estado miembro considere que exista una amenaza de ruptura o alteración del orden democrático que lo afecte gravemente, podrá requerir acciones concretas concertadas de cooperación y el pronunciamiento de Unasur para la defensa y preservación de su institucionalidad democrática (artículo 6). El cese de las medidas se produce cuando se verifique el pleno restablecimiento del orden democrático constitucional (artículo 7).

La cláusula democrática de Unasur ha sido ratificada por Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, Guyana, Perú y Venezuela. En Colombia pasó los cuatro debates en la Cámara de Representantes y se encuentra pendiente de sanción presidencial antes de pasar a la Corte Constitucional.[160] En Ecuador, la Corte Constitucional emitió dictamen previo y vinculante declarando la constitucionalidad de las disposiciones contenidas en el Acuerdo y el Pleno de la Asamblea Nacional Legislativa de ese país aprobó el Protocolo en junio de 2013.[161] Vale acotar que en el debate aprobatorio en Chile se criticó que este instrumento adopte el mecanismo de consenso similar al vigente en Naciones Unidas, lo que permite una acción paralizante y que el propio Estado que viole la cláusula impida su aplicación, a la vez que no se incluye el supuesto de vulneración de los derechos humanos.[162]

b. Líneas rectoras de la reforma a la cláusula democrática

La propuesta del nuevo Protocolo de Montevideo sobre compromiso con la democracia en el Mercosur (conocido como Ushuaia II),[163] que sustituiría al Protocolo vigente (Ushuaia), entraría en vigencia una vez que fuera ratificado por los Parlamentos. Aunque no es un instrumento vinculante por cuanto falta dicha ratificación por los órganos legislativos de los Estados, es necesario hacer mención a sus rasgos fundamentales con la finalidad de

[160] *Cfr.* Cancilleres de Unasur celebraron el fortalecimiento y la consolidación del organismo. Ministerio de Relaciones Exteriores, República de Colombia. Disponible en *http://www.cancilleria.gov.co/news/news/node/3371*.

[161] Véase *http://www.unasursg.org/inicio/centro-de-noticias/archivo-de-noticias/instrumento-que-resguarda-el-orden-democrático-en-la-región-fue-aprobado-en-ecuador*.

[162] Véase *http://www.senado.cl/suscriben-protocolo-de-unasur-sobre-compromiso-con-la-democracia-y-los-derechos-humanos/prontus_senado/2011-12-01/134432.html*.

[163] Protocolo de Montevideo sobre compromiso con la Democracia en el Mercosur (Ushuaia II), 20 de diciembre de 2011.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

identificar la concepción democrática que encierra y contrastarla con los parámetros vigentes.

El contenido material y procesal de la nueva cláusula democrática del Mercosur denota líneas de continuidad así como innovaciones respecto al PU. En su redacción se constata el apego a considerar la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales como condiciones esenciales para la vigencia y evolución del proceso de integración (primer considerando). Se reitera además el compromiso con la promoción, defensa y protección del orden democrático, del Estado de derecho y sus instituciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales, como condiciones esenciales e indispensables para el desarrollo del proceso de integración y para la participación en el Mercosur (segundo considerando).[164]

Respecto al ámbito de aplicación, el artículo 1 prevé que "se aplicará en caso de ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático, de una violación del orden constitucional o de cualquier situación que ponga en riesgo el legítimo ejercicio del poder y la vigencia de los valores y principios democráticos". Del PU II se desprende una interpretación inclinada a presumir, *ad inicio*, que el orden democrático se altera en contra del ejercicio legítimo de un gobierno constitucional y democrático. Esta presunción podría generar cuestionamientos en la praxis en virtud de que la violación del orden constitucional o de los principios democráticos también podría provenir de los propios órganos del poder público legítimamente constituidos.

Se ha planteado en la doctrina, luego de revisarse algunas experiencias suramericanas recientes, que la legitimación histórica-electiva del poder político puede conducir a la ruptura del orden constitucional vigente cuando a la toma de posesión del cargo obtenido en las urnas le sucede la manifestación de una vocación de quiebre con la legalidad.[165] En ese sentido, preocupa que la cláusula democrática más bien tenga el trasfondo de preservar el llamado "gobierno constitucional" en detrimento de aplicarse también en los casos de erosión de la democracia. Habría la posibilidad de

[164] No se observa en esta propuesta de cláusula un reconocimiento expreso acerca de que la democracia constituye un valor universal que hace parte del acervo comunitario ni a su vínculo con el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales que son requisitos esenciales para la participación en los distintos órganos, como sí lo contempla por ejemplo la cláusula de las Cumbres Iberoamericanas. Tampoco se hace referencia a la salvaguarda de ciertos derechos, como la libertad de expresión, como lo dispone por ejemplo la cláusula de Unasur.

[165] Pizzolo, C., "Populismo y rupturas constitucionales Los casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador", *Estudios Constitucionales*, Chile, año 5, núm. 1, 2007, pp. 371-394.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

encubrir las tendencias hacia el populismo "antiliberal", que propugna una aceptación de las reglas democráticas sólo en la legitimidad popular, pero rechazan otros premisas de la democracia liberal, entre ellas la separación de poderes.[166]

En el artículo 2 se incorpora, como novedad, que el Estado afectado puede solicitar la reunión extraordinaria de los Estados parte para tratar la situación de alteración del orden democrático; en el artículo 3 dispone que las consultas inmediatas se harán "con las autoridades constitucionales de la Parte afectada". Se introduce el artículo 4 que regula la solicitud de colaboración a los Estados parte para el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática, cuando "el gobierno constitucional de una Parte considere que está ocurriendo en su jurisdicción" una de las situación de riesgo o ruptura del orden democrático.

En el artículo 5 refleja una mixtura sin precedentes. De un lado asume una especie de soberanía ejecutiva —propia de la Carta Democrática Interamericana como lo describe Legler en cuanto se actúa a iniciativa del Ejecutivo—,[167] ya que sujeta la actuación de los órganos del Mercosur (presidentes o ministros de Relaciones Exteriores en sesión ampliada del CMC), a "los requerimientos del gobierno constitucional de la Parte afectada y con su consentimiento". Es en este supuesto que se podrían activar "comisiones de apoyo, cooperación y asistencia técnica y especializada" o "comisiones abiertas para acompañar los trabajos de mesas de diálogo entre los actores políticos, sociales y económicos", acotando la norma "de la Parte afectada".

De otro lado, el mismo artículo 5.2 prevé la posibilidad de participación en tales comisiones de los órganos parlamentarios (Parlasur, Parlamento Andino, Parlamentos nacionales) así como del alto representante general del bloque. Aunque el Mercosur ha mantenido una diplomacia presidencial,[168] considero que este reforzamiento de los poderes ejecutivos en materia de la cláusula democrática representa un retroceso, teniendo en cuenta que es contraria a la auténtica comunitarización de las actuaciones en defensa de la democracia.[169] Por el contrario, coadyuva al equilibrio institucional y

[166] Rupnik, J., *Populismos de Europa del Este, columna de opinión publicada en Clarín*, Buenos Aires, 14 de febrero de 2007, p. 33.

[167] Legler, T., "¿Ocaso del régimen interamericano para la promoción de la democracia?", en von Bogdandy *et al.* (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, País Vasco, 2012, pp. 111-134.

[168] Malamud, A., "La Diplomacia Presidencial y los Pilares Institucionales del Mercosur: un examen empírico", *Cuadernos de Relaciones Internacionales*, núm. 15, octubre de 2010.

[169] Como se ha afirmado en la doctrina, en Mercosur se debe "evitar la concentración ejecutivista, que deviene en ejecutivismo sin ejecutividad". *Cfr.* Caetano, G. *et al.*, D., "Re-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

al debate en la esfera pública que se aumente la participación del poder legislativo en los procedimientos de aplicación de la cláusula democrática.[170]

Llama la atención las medidas y sanciones, que siguiendo las pautas de la cláusula democrática de Unasur pero en contravención, como sostengo, con los principios aceptados por los países del bloque.[171] Un cuadro sinóptico entre las medidas reguladas en el Protocolo de Unasur y en el de Ushuaia II revela la convergencia de la tendencia a incluir nuevas sanciones y las similitudes entre ambas cláusulas:

Unasur	*Mercosur (Ushuaia II)*
a. Suspensión del derecho a participar en los distintos órganos e instancias de la Unasaur, así como del goce de los derechos y beneficios conforme al Tratado Constitutivo de Unasur.	a. Suspender el derecho a participar en los distintos órganos de la estructura Institucional del Mercosur.
b. Cierre parcial o total de las fronteras terrestres incluyendo la suspensión o limitación del comercio, tráfico aéreo y marítimo, comunicaciones, provisión de energía, servicios y suministros.	b. Cerrar de forma total o parcial las fronteras terrestres. Suspender o limitar el comercio, tráfico aéreo y marítimo, las comunicaciones y la provisión de energía, servicios y suministros.
c. Promover la suspensión del Estado afectado en el ámbito de otras organizaciones regionales e internacionales.	c. Suspender a la Parte afectada del goce de los derechos y beneficios emergentes del Tratado de Asunción y sus Protocolos, y de los Acuerdos de integración celebrados entre las Partes, según corresponda.
d. Promover, ante terceros o bloques regionales, la suspensión de los derechos o beneficios del Estado afectado, derivados de los acuerdos de cooperación de los que fuera parte y	d. Promover la suspensión de la Parte afectada en el ámbito de otras organizaciones regionales e internacionales. Promover ante terceros países o grupos de países la suspensión a la Parte afectada de derechos y/o beneficios derivados de los acuerdos de cooperación de los que fuera parte.

forma Institucional del Mercosur. Análisis de un Reto", *Línea de documentos de CEFIR-InWent*, Montevideo, 2008, pp. 14 y ss.

[170] Incluso rescatando el componente simbólico que ha traído consigo la constitución de un Parlamento en el Mercosur. *Cfr.* Gardini, G. L., "Un parlamento regionale per il Mercosur", *AffarInternazionali*, 2007.

[171] Si bien es cierto que este tipo de medidas extremas han sido aplicadas por parte del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el marco del derecho internacional, su análisis histórico muestra que sus inevitables efectos perniciosos se extienden al grueso de la población civil. Paraguay sostuvo una postura crítica y el rechazo de los parlamentarios se elevó por el Presidente de la delegación de ese país en el Parlasur, en octubre de 2012.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

e. Respaldar los esfuerzos regionales e internacionales, en particular en el marco de las Naciones Unidas, encaminados a resolver y a encontrar una solución pacífica y democrática a la situación acaecida en la Parte afectada.	e. Adopción de sanciones políticas y diplomáticas adicionales.
f. Adoptar sanciones políticas y diplomáticas adicionales.	

Esta concepción del bloque plasmada en la propuesta contradice los lineamientos que a nivel latinoamericano han regido en los foros regionales e internacionales. En la Cumbre de la Unidad celebrada en 2010 en México, los jefes de Estado pronunciaron su reclamo al gobierno de los Estados Unidos de América para poner fin a las sanciones económicas, comerciales y financieras que mantiene contra Cuba.[172] En la misma línea, la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuando ha expresado la necesidad de cesar estas medidas, ha exhortado a todos los países a abstenerse de promulgar y aplicar leyes y medidas que supongan un bloqueo y a cumplir la normativa internacional garantizando la libertad de comercio y navegación internacionales.[173]

Los responsables de la aplicación de las medidas son los presidentes o los cancilleres (artículo 7), también son los encargados de interponer sus buenos oficios y realizar gestiones diplomáticas para

> …promover el restablecimiento del orden democrático y constitucional, el legítimo ejercicio del poder y la plena vigencia de los valores y principios democráticos en el país afectado. Dichas acciones se llevarán a cabo en coordinación con las que se realicen en aplicación de otros instrumentos internacionales sobre la defensa de la democracia y el respeto de los derechos humanos (artículo 8).

El PU II contempla la entrada en vigencia y el cese de las medidas (artículo 9). Expresamente se señala que el PU II forma parte del Tratado de Asunción (artículo 10).

[172] *Cfr.* Declaración sobre la necesidad de poner fin al bloqueo económico, comercial y financiero de los Estados unidos contra Cuba. Cumbre de la Unidad, México, 23 de febrero de 2010.

[173] Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/Res/66/6, 8-12-2011, N° 2.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

c. Tendencia de la reforma: ¿Amenaza de regresión de la protección a la promoción de la democracia?

Los tiempos recientes dibujan un escenario proclive a las tendencias integracionistas regionales y subregionales. Al inicio del milenio se producía una efervescencia de la protección de la democracia. En la Primera Cumbre Sudamericana de presidentes celebrada en Brasilia en el 2000 se afirmaba que el Protocolo de Ushuaia y el Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia eran una suerte de Cláusula Democrática Suramericana, reconociéndolas como dos garantías adicionales para la estabilidad política y la continuidad institucional en América del Sur. El propósito de ambos instrumentos se dirigía al mantenimiento del Estado de derecho y al pleno respeto al régimen democrático en cada uno de los doce países de la región, reflejando un objetivo y a la vez un compromiso compartidos. Los dos bloques decidieron sujetar la participación en futuros encuentros suramericanos a la condicionalidad democrática y se insistió en realizar consultas políticas en caso de amenaza de ruptura del orden democrático en América del Sur.

Con posterioridad se han gestado, junto a Unasur, otras iniciativas como también la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA) y la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC) que prevén cláusulas democráticas.[174] Según los planteamientos de Fernando Gerbasi, dichas iniciativas se inscriben en el nuevo multilateralismo regional y presentan características comunes, entre ellas: operan como foros para el diálogo y la concertación política entre los líderes latinoamericanos sin prever instituciones fuertes, independientes y permanentes; predomina un hiperpresidencialismo en tanto hay una participación directa y protagónica de los jefes de Estado y de gobierno; se observa una debilidad institucional derivada de una minimización de la arquitectura de los órganos, la práctica de secretarías *pro tempore* y la reticencia a financiar burocracias internacionales. Un último carácter lo identifica el autor con la limitación en la participación, ya que no se han institucionalizado espacios para la

[174] Mediante la suscripción de la Declaración de Caracas se "puso en marcha" la CELAC (anteriormente CALC), integrada por 33 Estados miembros (excluyendo a Estados Unidos y Canadá), con cierta susceptibilidad a rivalizar con la Organización de Estados Americanos (OEA) y con una naturaleza híbrida. *Cfr.* Pampillo Baliño, J. P., "Bases Jurídicas para la Integración Americana. Algunas reflexiones en torno a la Cumbre de la Unidad de América Latina y el Caribe", disponible en: *http://www.umanizales.edu.co/publicaciones/campos/juridicas/ambiente_juridico/12_colciencias/5.pdf*; Rojas Aravena, F., "La Celac y la integración latinoamericana y caribeña. Principales claves y desafíos", *Nueva Sociedad*, núm. 240, 2012, pp. 16-27.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

intervención de la sociedad civil organizada (gremios, ONG y otros), como si se aprecia a nivel de la OEA, la CAN o el Mercosur.[175]

Dichos caracteres dejan traslucir una paradoja entre la efervescencia de las cláusulas democráticas, por una parte, y la tendencia de las nuevas organizaciones a girar en torno al superado concepto de Estado cerrado y del paradigma de la promoción de la democracia.[176] A partir de la configuración progresiva del *ius constitutionale commune* tuitivo de la democracia emergen dos críticas fundamentales para afirmar que los nuevos postulados, recogidos en la propuesta de reforma del Protocolo de Ushuaia (Montevideo), van en contravía con el acervo mercosureño. La primera es que parece ignorar que el concepto de soberanía, aunque es importante, obviamente se ha transformado. Un ejemplo esclarecedor lo aporta Eyal Benvenisti: la vieja soberanía se asemejaba a la propiedad sobre una villa situada sola en un gran terreno, mientras que la nueva soberanía se parece a la propiedad sobre un apartamento en un inmueble con doscientas unidades.[177] La segunda crítica versa sobre el propósito de este tipo de cláusulas, que se orienta hacia la preservación de la institucionalidad democrática y del respeto de los derechos humanos y no hacia la garantía del Poder Ejecutivo o del llamado "gobierno constitucional". Parece manifestarse como rasgo típico del último quinquenio acudir a mecanismos que acentúan la concertación política y la cooperación en el ámbito de la integración suramericana, más en línea con la promoción de la democracia y no con la debida "protección".

Se ha notado un cierto solapamiento regresivo cuando se invoca la cláusula democrática de Unasur. Las distintas Declaraciones sobre crisis de la institucionalidad democrática apuntan hacia el predominio de lo que Tomas Legler ha calificado como soberanía ejecutiva.[178] Son los casos de Bolivia en

[175] Gerbasi, F., *El nuevo multilateralismo regional, Venezuela y los cambios geopolíticos en América Latina*, Caracas, ILDIS, 2012, p. 3.

[176] Baste citar que el Preámbulo del Tratado de Unasur enuncia que los Estados Parte "ratifican que tanto la integración como la unión sudamericanas se fundan en los principios rectores de irrestricto respeto a la soberanía, integridad e inviolabilidad territorial de los Estados; autodeterminación de los pueblos; solidaridad; cooperación; paz; democracia; participación ciudadana y pluralismo; derechos humanos universales, indivisibles e interdependientes; reducción de las asimetrías y armonía con la naturaleza para un desarrollo sostenible".

[177] Benvenisti, E., "Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States to Foreign Stakeholders", *The American Journal of International Law*, vol. 107, núm. 2, abril de 2013, pp. 295-333.

[178] Legler, T., "¿Ocaso del régimen interamericano para la promoción de la democracia?", en von Bogdandy et al., *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, *cit.*, pp. 111-134.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

el 2008, Ecuador en 2010 y Venezuela en 2013. En este último caso, ante los cuestionamientos al resultado de la elección del presidente venezolano en abril de 2013 se revelaron distintas posturas: la OEA respaldó la iniciativa de la auditoría, un recuento completo de la votación e hizo un llamado al diálogo, al igual que reconocidas ONGs, entre ellas Human Rights Watch. Unasur simplemente tomó nota positiva de la decisión del órgano electoral "de implementar una metodología que permita la auditoría del total de las mesas electorales". [179] Mercosur ha guardado silencio.[180] Andrés Malamud comenta que en Venezuela y Paraguay los partidos de gobiernos fueron fundados por militares, pero que se legitimaron ganando elecciones.[181]

El cambio de paradigma de la promoción de la democracia a la *protección* intrínsecamente consustancial con la garantía de los derechos humanos se gestó lentamente en el Mercosur y no puede aceptarse regresividad alguna. Mediante los Protocolos de Ushuaia y Asunción se derogó explícitamente el concepto de democracia formal, articulado desde la diplomacia, profundizando un renovado entendimiento del orden democrático mercosureño en sentido material, garantista de los derechos humanos. Las decisiones nacionales están bajo la supervisión de las autoridades del bloque y por ello no se trata de un dominio reservado al Estado.

Hay ejemplos concretos de la aplicación ambivalente de los estándares para la participación de gobiernos criticados desde el punto de vista del principio democrático. Recientemente se produjo la polémica acerca de la solicitud de participación de Cuba en distintos foros, como fue el caso de la última Cumbre de las Américas, que puso de manifiesto la polarización y tensiones políticas derivadas de las posturas a favor y en contra, sin haberse logrado un consenso ni declaración definitiva.[182] Luce equivocado no mantener la voluntad fundacional de una auténtica comunidad de Estados,

[179] Sólo se produjo una Declaración de Unasur. Disponible en: *http://www.presidencia.gob.pe/declaracion-del-consejo-de-jefes-y-jefas-de-estado-y-de-gobierno-de-la-union-de-naciones-suramericanas-unasur*.

[180] Piovesan, F. y Morales Antoniazzi, M., "O silêncio cúmplice dos governos do Mercosul", O Globo, 02/05/2013. Disponible en: *https://conteudoclippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2013/5/2/o-silencio-cumplice-dos-governos-do-mercosul*.

[181] Malamud, A., "Stroessner y Chávez en el Mercosur", *El estadista*, 29 de abril de 2013. Disponible en: *http://elestadista.com.ar/?p=3319*.

[182] Bajo el título "Conectando las Américas: Socios para la Prosperidad" se desarrolló el 14 y 15 de abril de 2012, la Sexta Cumbre enfocada en el rol de la integración física y la cooperación regional como medio para alcanzar mayores niveles de desarrollo y superar los desafíos del Hemisferio en varias áreas claves incluyendo pobreza y desigualdades, seguridad ciudadana, desastres y acceso y uso de tecnologías.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

como lo pretende Unasur, con acuerdos mínimos sobre la institucionalidad y el orden supranacional, que serían los pasos deseables.

2. *La protección de los elementos esenciales de la democracia y los componentes fundamentales de su ejercicio*

Mediante los Protocolos de Ushuaia y Asunción se dejó atrás explícitamente el concepto de democracia formal, articulado desde la diplomacia, profundizando un renovado entendimiento del orden democrático mercosureño en sentido material, garantista de los derechos humanos. Este enfoque desde el *Sur* guarda estrecha relación con los avances de la protección de la democracia a nivel interamericano. El Protocolo de Asunción manifiesta el apego del Mercosur a los principios y normas contenidos en la Carta Democrática Interamericana (CDI) y sus presupuestos normativos. En este sentido, el análisis del Mercosur se inspira particularmente en los contenidos de los los artículo 3 y 4 de la CDI (test democrático). La naciente construcción del acervo del *ius constitutionale commune* que está protegiendo la democracia en el bloque del cono sur puede dibujarse a partir del mismo test democrático considerado de manera general.

A. *Especificidad de la protección mercosureña*

Con motivo de la conmemoración del 57 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los presidentes dictaron una nueva Declaración sobre Derechos Humanos (apenas seis meses más tarde al PA), que precisó la concepción y los principios que rigen en el bloque, a saber: los principios y valores que sustentan la Declaración de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, el principio de no discriminación, los principios de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el compromiso de fortalecer los órganos del sistema interamericano (Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos), los principios sustentados en el Protocolo de Asunción y la Carta Andina sobre los Derechos Humanos, principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.[183]

[183] Declaración sobre Derechos Humanos de los Presidentes del Mercosur y Estados Asociados, Montevideo, 9 de diciembre de 2005.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Respecto al diálogo con el sistema interamericano, los países miembros reiteraron su decisión de adoptar una Carta Democrática Interamericana durante la Asamblea General Extraordinaria de la OEA, lo cual ocurrió exitosamente en septiembre de 2001. Además, renovaron su voluntad para fortalecer el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sus órganos y la búsqueda de la universalidad del sistema. Sin embargo, no adoptaron normas al estilo de los artículos 82 y 83 de la Carta Andina sobre los Derechos Humanos que disponen de manera más concreta la interacción con el sistema global y con el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, como expresión del constitucionalismo multinivel suramericano. En la Carta Andina los Estados "destacan la importancia de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y reiteran su compromiso de acatar las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".

Diego García Sayán, partiendo de la mención que hace la Carta Andina de Derechos Humanos al cumplimiento de las sentencias de la Corte-IDH, planteó la reflexión acerca de que los países andinos instrumenten una especie de seguimiento del tal cumplimiento por parte de los cuatro integrantes de la CAN y presenten un informe anual, sin ánimo de fiscalización sino "con el específico fin de que se conozca qué es lo que están haciendo los países en cumplimiento de acuerdos subregionales", y sin perjuicio de la competencia de la Corte Interamericana en materia de la supervisión del cumplimiento de sus propias sentencias. Sería un gran aporte para fortalecer el diálogo e indagar las actuaciones de cada país para conocer a fondo las acciones de la subregión en cuanto a la efectivización de los derechos. Un informe de este tipo puede dejar ver las dificultades, los problemas y los métodos de solución.[184]

El afán por la efectivización de los derechos y las limitaciones derivadas de la débil arquitectura institucional del Mercosur han impactado el prisma que pretende viabilizar un *ius constitutionale commune* originado como nivel adicional de protección y, en este sentido, determina la agenda para garantizar los derechos y acude a la figura de las agencias para monitorear la instrumentación de los estándares "comunes".[185] Como lo indica Deisy

[184] García Sayán, D., "La Corte Interamericana de Derechos Humanos", *II encuentro de magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur*, Cartagena de Indias, 2010, p. 190.

[185] En el derecho comparado, concretamente en la Unión Europea, se ha indicado la conveniencia de afianzar el papel de la red de expertos independientes en materia de derechos humanos, que está incorporada a la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, instancia encargada desde 2007 de presentar un informe anual sobre la situación que guardan estos derechos en la UE. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Ventura, la ecuación de poder en el Mercosur se caracteriza por debilidad de los órganos decisorios, con preponderancia del papel diplomático y la consecuente concentración en los poderes ejecutivos de los Estados partes; multiplicidad de órganos dependientes que reflejan la cantidad de "cajas negras" de las burocracias nacionales y revelan su necesidad de reforma; la opacidad de su actuación y la poca identificación del ciudadano con el proceso de integración.[186] Las cancillerías abordan la temática integracionista más bajo el lente nacional y se adolece de una verdadera formación de la burocracia regional.[187]

Ante este déficit,[188] luce acertado el surgimiento de una plataforma alternativa de gestión de las políticas públicas, con el debido impulso de la sociedad civil, para poner en ejecución una especie de gobernanza democrática cuya misión sea procurar la salvaguarda de los derechos. Bajo este paradigma funcionan ocho grupos de trabajo: Iniciativa Niñ@sur; Educación y Cultura en Derechos Humanos; Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad; Construcción de Indicadores de Progreso en materia de DESC; Memoria, Verdad y Justicia; Instituto de Políticas Públicas; Discriminación, Racismo y Xenofobia, con un subgrupo Diversidad Sexual, Identidad y Género. Esta agenda de la gobernanza democrática tiene un sustrato en las agendas nacionales. Por ejemplos Argentina ha empeñado esfuerzos para plantear a nivel global el derecho a la verdad como un nuevo derecho humano, particularmente notable en América Latina; Uruguay explicita la relevancia de los mecanismos de resorte para la denuncia de las violaciones de los derechos de los niños; Brasil históricamente habla del tema del racismo y la discriminación en todos los foros globales; Paraguay es recurrente en asociar la democracia a los derechos humanos.

No puede obviarse la mención a convergencia con la temática entre las políticas públicas para afianzar las buenas prácticas en el ámbito mercosu-

Consejo, al Comité económico y social y al Comité de las regiones. Informe de 2010 sobre la Aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Véase COM (2011)160 final.

[186] Ventura, D. F. L., "La Gouvernance démocratique: regards croisés entre le Mercosur et l'Union européenne", *Droit et Société*, París, 2005, pp. 93-104.

[187] Bouzas, R., "Mercosur: regional governance, asimetrías e integración profunda", *Profundización del MERCOSUR y el desafío de las disparidades en BID*, Río de Janeiro, 2005.

[188] La agenda de los temas no comerciales siempre han sido vistos como más exigentes desde el punto de vista institucional, por su vínculo con las políticas internas y por la consiguiente accountability, deficitaria en el Mercosur. *Cfr*. da Motta Veiga, P., "Mercosur: en busca de una nueva agenda. Agenda de institucionalización del Mercosur. Los desafíos de un proyecto en crisis", *INTAL-ITD*, 2003, p. 5.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

reño y los estándares desarrollados en el sistema interamericano de derechos humanos y, en particular, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) en los casos relativos a los países miembros del Mercosur. Se rechazan las violaciones correspondientes con el pasado dictatorial y se avanza en la protección de los grupos más vulnerables. Con ello se atienden dos rasgos del déficit democrático persistente en lo atinente a la impunidad y la desigualdad.

En consonancia con la estrategia mercosureña de crear un *ius constitutionale commune* gracias a la acción de agencias especializadas se genera la metamorfosis del grupo *ad-hoc* de derechos humanos en Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos y Cancillerías (RAADDHH),[189] creada por una decisión vinculante en 2004. Esta línea se fortalece en 2009 con la creación del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH), por parte del Consejo del Mercado Común del Mercosur.[190] El objetivo del instituto es contribuir al fortalecimiento del Estado de derecho en los países que integran el bloque, mediante el diseño y seguimiento de políticas públicas en derechos humanos así como consolidar los derechos humanos como un eje fundamental de la identidad y desarrollo del Mercosur. Desde fines de 2010, fecha en que se nombró a su primer secretario ejecutivo, el IPPDH ha comenzado a llevar a cabo acciones y proyectos específicos, siempre inspirados por la directriz de consolidación de los derechos humanos como eje fundamental de la identidad y desarrollo del Mercosur, aspecto nada despreciable para potenciar una visión colectivizada y evitar que sea solamente una sumatoria de pautas nacionales.

El IPPDH tiene un marco competencial amplio si bien de carácter consultivo. Esta agencia coopera, cuando expresamente sea solicitado por los Estados partes, en el diseño (y posterior consecución) de políticas públicas en el ámbito de los derechos humanos; la implementación de los medios que permitan una más efectiva y eficaz protección de los derechos constitucionales y convencionales, y la adopción de los estándares internacionales plasmados en los instrumentos de derechos humanos de los sistemas interamericano y de la ONU. En esencia persigue contribuir a la armonización normativa entre los Estados partes en materia de promoción y protección de los derechos humanos. Los ejemplos definidos como emblemáticos de la

[189] Izquierdo, S., "Los procesos regionales y los derechos humanos. La experiencia europea y el recorrido del Mercosur", *Mercosur, sociedad civil y derechos humanos*, Montevideo, 2005, p. 3.

[190] Mercosur/CMC/DEC. No. 14/09, decisión de creación del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos (IPPDDHH).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

mercosurización en el capítulo I respecto al combate a la impunidad y a la tortura contemporánea se dan aquí por reproducidos.

B. *Protección de las elecciones*

No cabe duda que hay iniciativas en el Mercosur para atender los elementos esenciales de la democracia como es el caso del derecho a elegir y a ser elegido. Un aporte en este sentido se dio con el Observatorio de la Democracia del Mercosur (ODM), creado a través de la Decisión CMC No. 05/07, asociado al Centro Mercosur de Promoción del Estado de Derecho (CEMPED) bajo la coordinación conjunta del CEMPED y de la Comisión de Representantes Permanentes del Mercosur (CRPM).[191] Conforme al artículo 2 de la decisión 05/07, entre los objetivos del ODM está contribuir al fortalecimiento de los objetivos del Protocolo de Ushuaia así como su papel en el seguimiento de procesos electorales. En paralelo, realiza actividades y estudios vinculados a la consolidación de la democracia en la región. De ello se desprende la labor de "guardián" de este Observatorio, pues los análisis (políticos y académicos) que se desarrollen permiten mantener en "alerta" al sistema frente a cualquier intento de desviación del principio democrático.

Según lo establecido en el artículo 3, el ODM tiene una doble dimensión: consultora y evaluadora, labor que estará orientada a consolidar la democracia en la región bajo el principio de imparcialidad (artículo 7). Así se combina su función en los procesos electorales de los EP pero sin interferir en los asuntos internos, de modo que el ODM en su labor de seguimiento puede detectar e informar los avances y retrocesos del cumplimiento de la cláusula democrática. Según sus competencias, el Cuerpo de Observadores Electorales deben cumplir con criterios preestablecidos, el seguimiento de los procesos electorales y las tareas de observación y trabajar en coordinación con los Tribunales u órganos electorales de los Estados.[192]

Ante el planteamiento del Parlamento del Mercosur de crear un observatorio, se debatió la inconvenciencia de duplicar instituciones con objetivos

[191] Mercosur/CMC/DEC. Nº 05/07.

[192] De conformidad con el mandato previsto en el artículo 6 de la DEC CMC 05/07 se realizaron intercambios para fijar las pautas generales (Mercosur/ODM-CD/ acta 01 /07, Comité de Dirección del Observatorio), así como la propuesta de reglamento del ODM y los sucesivos ajustes (Mercosur/IV ODM-CD/ p. DEC Nº 01/07; Mercosur/ODM-CD/ ACTA 05/07; Mercosur/II ODM-CD/DT Nº 01/07 REV. 4; Mercosur/II ODM-CD/DT Nº 01/07 REV. 5 Proyecto de Reglamento del ODM).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

similares.[193] Sin embargo, se mantuvo la postura del Parlamento y creó su Observatorio de la Democracia (ODPM),[194] integrado en su estructura institucional.[195] Conforme al reglamento, el ODPM tiene como atribuciones elaborar propuestas relativas a la conformación del Cuerpo de Observadores Electorales del Parlamento (COEPM), "que incluya los criterios para el seguimiento de los procesos electorales y las tareas de observación de dicho cuerpo colegiado", misión que debe ejercer "en coordinación con los Tribunales u órganos electorales de los Estados". El ODPM es competente para elaborar la normativa para el desempeño de las funciones del COEPM, y coordinar las actividades que se realicen en los Estados en donde tenga lugar el proceso electoral. Igualmente se prevé que realice estudios sobre el "desarrollo democrático, teniendo en cuenta indicadores políticos, socioeconómicos, educativos, culturales y de los sistemas judiciales".[196] Cabe mencionar que existen lineamientos generales para el desarrollo de las misiones electorales[197] y a nivel de la OEA igualmente se han trazado principios y objetivos, con su respectivo manual y los informes de tales misiones.[198]

Conforme a los datos empíricos, las Misiones de Observación del Mercosur, que integran legisladores y funcionarios nacionales de los países miembros y que normalmente actúan en cooperación con otros observadores electorales de la OEA o la Unión Europea, se pronuncian sobre la importancia de las elecciones en el ejercicio práctico de transparencia democrática y la vocación democrática de los ciudadanos. Así ocurrió por ejemplo en 2006, en las elecciones de Venezuela,[199] en 2008 y 2009 con de la celebración del referéndum constitucional y el revocatorio en Bolivia (Estado asociado),[200] en 2010 en Brasil.[201]

[193] Mercosur/ODM-CD/ATA Nº 03/08.

[194] Parlamento del Mercosur, Disposición 26/2008.

[195] Veáse la organización del Parlamento del Mercosur. Disponible en su página oficial.

[196] Artículo 4 del Reglamento del ODPM. Mercosur/PM/SO/DISP. 07/2009.

[197] Declaration of Principles for International Election Observation and Code of Conduct for International Election Observers, 2005, *http://www.ndi.org/files/1923_declaration_102705.pdf*; and Declaration of Global Principles for Non-Partisan Election Observation and Monitoring by Citizen Organisations, 2012, *http://www.gndem.org/sites/default/files/declaration/Declaration_of_Global_Principles_0.pdf*.

[198] Información disponible en la página oficial de la OEA.

[199] Noticias reflejadas en los medios de comunicación. Por ejemplo véase el Diario Los Andes. Disponible en: *http://losandes.com.ar/notas/2006/11/9/un-213196.asp*.

[200] Verificar en medios de comunicación. *Cfr*. *http://www.tucumanoticias.com.ar/noticia.asp?id=15281*; *http://www.europapress.es/latam/bolivia/noticia-bolivia-observadores-mercosur-elogian-alta-participacion-transparencia-seguridad-comicios-bolivianos-20091207171740.html*.

[201] *http://www.diputadosmercosur.gov.ar/archivos/observacionelectoralbrasil2010.pdf*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

C. *La protección de los derechos sociales*

La construcción del *ius constitutionale commune* en el Mercosur no se agota, sin embargo, en la democracia electoral. En la última década hay una proliferación de declaraciones presidenciales que reseñan el amplio espectro que abarca esta condicionalidad, desde acciones tendentes a poner fin a la impunidad de los autores de crímenes contra la humanidad hasta el mayor énfasis en los derechos sociales. Entre estas últimas pueden mencionarse los mecanismos de coordinación y articulación de problemas comunes en materia de desarrollo social y salud,[202] la iniciativa de Asunción sobre la lucha contra la pobreza extrema,[203] o el plan estratégico de acción social. El abanico cubre también declaraciones sobre los recursos, por ejemplo sobre el acuífero guaraní para las acciones concertadas para la conservación y el aprovechamiento sustentable de los recursos hídricos transfronterizos[204] o sobre "uso, conservación y aprovechamiento soberano y sustentable de los recursos y riquezas naturales".[205]

La agenda de protección de los derechos sociales como componente fundamental del ejercicio democrático muestra como constelación prioritaria la atención de los grupos vulnerables. El caso de los migrantes es ilustrativo, ya que se manifiesta como las dos caras de una moneda. Por una parte, los países del Mercosur dictaron la Declaración de los presidentes sobre la "directiva de retorno" de la Unión Europea (UE). Dicho instrumento además de "rechazar" tal directiva, reafirma que la población migrante contribuye al desarrollo de los países de destino "en los aspectos social, económico, político, cultural, científico y académico"; a la vez que se insiste "en la necesidad de garantizar la inserción de la persona migrante en las sociedades de acogida a través de políticas de inclusión amplias, formuladas con la participación de las comunidades de migrantes".[206]

En esta Declaración de rechazo a la directiva de retorno de la UE, los Estados parte del Mercosur "reivindican el aporte positivo de nuestros migrantes connacionales en todos los países de destino en la Unión Europea, tanto en el plano social y cultural como en el económico", reiteran el "compromiso con la promoción y el respeto irrestricto de los derechos hu-

[202] Declaración en Asunción, República del Paraguay, 23 de julio de 2009.

[203] Iniciativa de Asunción sobre lucha contra la pobreza extrema, Asunción, República del Paraguay, 20 de junio de 2005, punto resolutivo b.

[204] Declaración en San Juan, República de Argentina, 3 de agosto de 2010.

[205] Declaración en Mendoza, República de Argentina, 29 de junio de 2012.

[206] Declaración de los Presidentes de los Estados Parte del Mercosur y Estados Asociados sobre la "directiva de retorno", San Miguel de Tucumán, 1o. de julio de 2008, puntos 1 y 2.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

manos de las personas migrantes y sus familias, independientemente de su condición migratoria, nacionalidad, origen étnico, género o edad" y objetan "cualquier intento de criminalización de la migración irregular", entre otros aspectos sustanciales".[207]

Por otra parte, se ha agudizado el interés por ampliar el acervo del *ius constitutionale commune*, todavía en estado embrionario, en cuanto a normas relativas a la libre circulación o la migración. Por ejemplo se comprueba el consenso alcanzado en los Estados parte sobre la relevancia que tiene la migración intrarregional como proceso social, económico y de integración en el Mercosur y su vínculo con la movilidad laboral. Una arista de la efectivización de los derechos de los migrantes viene respaldada, como es usual, de la sociedad civil. Se está llevando a cabo un monitoreo social sobre las migraciones. Emblemático es el caso de Uruguay en la medición del acceso a la información por parte de los migrantes y en la comparación con otras experiencias internacionales.[208]

En estrecha relación con la temática migratoria se ubica la problemática laboral. Desde el Mercosur se propicia una construcción de lo que podría caracterizarse como "ciudadanía laboral", entendida como la invariabilidad de la condición de trabajadores en los territorios asociados, con el reconocimiento de sus derechos fundamentales.[209] El Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados parte, en vigencia desde julio de 2009, es una demostración del avance normativo, incluso Bolivia, Chile, Ecuador y Perú hacen parte del Acuerdo.[210] Este Acuerdo reconoce e interrelaciona los derechos a desplazarse, a residir en los otros países del bloque y a acceder al ejercicio de actividades económicas en condiciones de igualdad con los nacionales.[211]

Otro ámbito de impacto concreto del papel del monitoreo para la construcción progresiva del *ius constitutionale commune* en el Mercosur deriva de la decisión de respaldar, a título de iniciativa del bloque, la justiciabilidad

[207] Declaración de los Presidentes de los Estados Parte del Mercosur y Estados Asociados sobre la "directiva de retorno", San Miguel de Tucumán, 1o. de julio de 2008, puntos 3 y 4.

[208] Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos. *http://www.observatoriomercosur.org.uy/es/observatorio.php*.

[209] Pérez Vichich, N., "Fundamentos teóricos del tratamiento de la movilidad de personas en Mercosur", Entelequia, núm. 4, 2007, p. 264.

[210] Véase Decisión CMC núm. 28/02, Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados Parte del Mercosur y las Actas de Adhesión de Chile, Bolivia, Perú y Ecuador.

[211] Cardesa Salzmann, A., "El contenido jurídico de la libre circulación de personas en el Mercosur: Balance y perspectivas", en Goizueta Vértiz *et al.* (dirs.), *La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica: Modelos comparados. Unión Europea, Mercosur y Comunidad Andina*, Pamplona, 2012, pp. 183 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

de los DESC a través del acompañamiento del proceso de aprobación del mecanismo de efectivización del Protocolo de San Salvador y de incorporación de los indicadores de progreso, cuya aprobación en 2012 se produjo en la Asamblea General de la OEA en Cochabamba, Bolivia, ya abordada *supra*.[212] Otro radio de acción relativa a los DESC se vincula con la participación de las delegaciones del grupo *ad-hoc* de derechos humanos del Mercosur en el contexto global de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y para el combate a la pobreza.[213]

Un hito importante para desplegar el desarrollo soterrado de la mercosurización y consiguiente contribución al acervo del *ius constitutionale commune* proviene del Instituto Social del Mercosur (ISM), creado en el 2007,[214] que como instancia técnica permanente, le corresponde la investigación en el campo de las políticas sociales e implementación de las líneas estratégicas. Ahora bien, el desarrollo ha sido uno de los postulados para la consolidación democrática, como lo manifiesta una breve reconstrucción retrospectiva de las acciones del Mercosur en esa dirección. La lucha contra la pobreza ha estado presente en la historia del bloque mercosureño, no sin fundamento, dadas las asimetrías internas y entre sus miembros. Las iniciativas para "institucionalizar" un Mercosur social no se hicieron esperar: luego de una Cumbre convocada por Argentina en 1997, se creó oficialmente la Reunión de Ministros y Autoridades de Desarrollo Social (RMADS)[215] con el propósito de crear y consolidar un espacio técnico-político para el intercambio de experiencias y buscar el consenso político entre los países miembros en materia de desarrollo social. En 2005 se continuó la "institucionalización" creándose la Secretaría Permanente y el Instituto Social del Mercosur (ISM) en el 2007,[216] adicionándose una Comisión de Coordinación de Ministros de Asuntos Sociales desde el 2008.[217]

[212] IV Reunión de Altas Autoridades Competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur (RAADDHH), Buenos Aires, Argentina, 8 y 9 de junio de 2006.

[213] Bizzozero, L., "La agenda del Mercosur y los derechos humanos. ¿Hacia una comunidad regional?", *Mercosur, sociedad civil y derechos humanos*, Montevideo, 6 de abril de 2005, p. 6.

[214] Decisión 03/07 por parte de la XXXII Reunión del Consejo Mercado Común. Mercosur/CMC/DEC. No. 47/10, Disposiciones para el funcionamiento del instituto social del MERCOSUR.

[215] Decisión CMC 61/00.

[216] Decisión 03/07 por parte de la XXXII Reunión del Consejo Mercado Común. Mercosur/CMC/DEC. No. 47/10, Disposiciones para el funcionamiento del instituto social del Mercosur.

[217] Reunión del Consejo de Mercado Común, de 15 de diciembre de 2008.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Adicionalmente se produjo un reforzamiento institucional con la figura de *alto representante* del Mercosur, creada a fines de 2010,[218] que entre sus funciones principales tiene diseñar propuestas vinculadas al proyecto de integración en áreas del Mercosur social como la salud y la educación. Sin embargo, el aspecto más novedoso se manifiesta en la elaboración del Estatuto de la Ciudadanía de Mercosur.[219] El plan del Estatuto incluye aspectos relativos a la libre circulación de personas en la región, la igualdad de derechos y libertades civiles, sociales, culturales y económicas para los nacionales de los Estados partes e igualdad en las condiciones de acceso al trabajo, la salud y la educación.[220]

III. Mecanismos de protección de la democracia

Como dejé sentado en las explicaciones contextuales, la protección de la democracia en el bloque mercosureño está estrechamente vinculada con el legado de las dictaduras. En su origen tiene el sello de la apertura de una nueva etapa en el *cono sur*, no de una posguerra, pero sí del nacimiento de los regímenes democráticos, bajo el interés de crear un área de paz y cooperación política a partir de la superación del largo periodo autoritario, más allá de un mero proyecto de liberalización comercial.[221]

El hilo histórico y evolutivo dejó claramente identificadas las preferencias colectivas de sus Estados fundadores durante el retorno a la democracia. Una de ellas se expresó precisamente en la revisión de las violaciones graves y sistemáticas del pasado, a diversas escalas y distintas velocidades. Mientras en Buenos Aires ya en 1985 se registraban las declaraciones de los testigos en el juicio a las ex juntas militares, en Brasil el proyecto *Brasil nunca mais* compiló en 1986 los documentos del Supremo Tribunal Militar fotocopiados clandestinamente y en Paraguay, en 1992, se develaron los documen-

[218] Creado por los presidentes de los países del bloque reunidos en la Cumbre de Foz de Iguazú y sustituye al de presidente de la Comisión de Representantes Permanentes del Mercosur.

[219] Decisión CMC 64/10. Proyecto de Estatuto de la ciudadanía del Mercosur: ejes libre circulación, derechos e igualdad trabajo, salud, educación. Ver Informe de IADB, Buenos Aires, 2010, p. 103. Disponible en: *http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/ getdocument.aspx?docnum=36610377*.

[220] Informe Mercosur, Período Segundo semestre 2010-Primer semestre 2011, BID-INTAL, Buenos Aires, 2011.

[221] Sigal, E., "La experiencia del Mercosur". A propósito del artículo "Enseñanzas de la integración europea", *Revista Umbrales de América del Sur*, Buenos Aires, núm. 2, abril-julio de 2007, p. 40.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

tos del horror que sumaban cuatro toneladas de pruebas de la existencia de la Operación Cóndor.[222] A mi entender, éste es el germen que ha predestinado la configuración del *ius constitutionale commune* propio del Mercosur.

Dos importantes semejanzas caracterizan el contexto político-constitucional del *cono sur* reciente, como son los avances que el retorno a la democracia ha producido en el fortalecimiento de la institucionalidad democrática, pero también el desafío pendiente de enfrentar la exclusión y la desigualdad. Por ello, a la preocupación inicial de procurar la continuidad de las democracias, se sumó la tarea de asegurar que esta forma de gobierno mejore la calidad de vida de sus ciudadanos.

Este apartado tiene como objetivo precisar el mecanismo político en su doble vertiente, a saber, como condicionalidad para el ingreso al igual que como condición para la sanción en caso de vulneración. Ambos casos se ejemplifican con la (in) aplicación a Venezuela para su adhesión como miembro pleno[223] así como con la suspensión de Paraguay como sanción por violar la condicionalidad democrática. En ambos supuestos asumo una postura crítico-constructiva y propositiva.

En último lugar se pasa a explorar el mecanismo jurisdiccional, limitado al único caso decidido por el Tribunal Permante de revisión alusivo al Protocolo de Ushuaia. En la dirección de reforzamiento de los estándares jurisdiccionales se esbozará la propuesta de creación de una Corte de Justicia al igual que el díalogo con el órgano jurisdiccional del sistema interamericano de derechos humanos mediante la solicitud de opinión consultiva.

1. *Mecanismo político*

El Protocolo de Ushuaia establece una cláusula que posee un carácter reforzado desde el punto de vista de la literalidad de la norma: "La plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el de-

[222] Paredes, A., "La Operación Cóndor y la guerra fría", *Revista Universum*, vol. 1, núm. 19, 2004, pp. 122-137.

[223] La controversial adhesión de Venezuela al bloque mercosureño ha sido calificada como "un hito fundamental en el proceso de consolidación". Véase Pronunciamiento en el marco de la Reunión de Córdoba, Argentina, XXX Reunión del CMC, 20 y 21 de Julio de 2006. Chacón De Albuquerque, R., "El Mercosur y la adhesión de Venezuela", *Revista de Derecho Público*, núm. 11, 2007, pp. 43-60. En la doctrina igualmente se ha aseverado que es una incógnita. *Cfr.* Bazán, V., "Mercosur y Derechos Humanos: Panorama, Problemas y Desafíos", en von Bogdandy *et al.* (eds.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucionale regional*, Río de Janeiro, 2011, p. 501.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

sarrollo de los procesos de integración entre los Estados partes del presente Protocolo" (artículo 1 PU). En un sentido gramatical de la expresión "condición esencial", el precepto apunta hacia la circunstancia indispensable para la existencia del Mercosur (condición) y a la sustancia o lo principal (esencial). La disposición podría dar lugar a calificarla como fórmula vaga e imprecisa, ya que no establece taxativamente los parámetros en cuanto a qué debe entenderse por plena vigencia de las instituciones democráticas. Justamente esta carencia de definición ha conllevado a las ambivalencias para su aplicación en la praxis.[224] Es válido entonces examinar si esta formulación se inscribe en el discurso retórico o si, por el contrario, posibilita la realización de la democracia en su vínculo intrínseco con la garantía efectiva de los derechos humanos mediante criterios jurídicos, acudiendo al sistema multinivel de protección (sistemas internacional, interamericano y mercosureño) con miras a perfilar el *ius constitutionale commune*.

A. *La plena vigencia de las instituciones democráticas*

a. Parámetros orientadores

¿Cómo entender la democracia y los criterios jurídicos para precisar las pautas del artículo 1 del PU? Sugiero acudir a los elementos y componentes previstos en los artículos 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana para orientar la aplicación de la sanción así como para fijar las hojas de ruta en los procesos de ampliación del bloque del cono sur. En primer lugar está el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, y la separación e independencia de los poderes públicos. Se perfilan igualmente los contornos del ejercicio de la democracia mediante la transparencia, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.[225]

[224] Intento de golpe de Estado en Paraguay de 1996 (sin cláusula) e ingreso de Venezuela suspendiendo a Paraguay en 2012 (con cláusula).

[225] En materia de la cláusula democrática Morales Antoniazzi, M., "La ampliación y su condicionalidad democrática en el Mercosur", en Dreyzin y Morales (eds.), *Ampliación del Mercosur: El caso Venezuela*, Buenos Aires, 2009, pp. 53 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Una primera aproximación a la democracia como principio constitucional conlleva a acudir a tres fuentes inspiradoras de su contenido. En primer lugar, el artículo 1 del Protocolo de Ushuaia postula la democracia como principio y como valor común de los Estados parte, lo que se ratifica claramente en los considerandos de las decisiones del Consejo del Mercado Común antes citadas. La democracia representa el fundamento de las Constituciones de los Estados parte e impregna en consecuencia todo el orden jurídico del Mercosur. Como he venido afirmando, la cláusula recoge los valores democráticos comunes, que en el caso de los países del *cono sur* encuentra un particular cimiento en las experiencias histórico-políticas, socio-económicas y culturales de sus Estados miembros. En el proceso colectivo de construcción del espacio común, que trasciende la beta economicista, la democracia rige como principio constitucional y valor que respalda la integración a título de preferencias colectivas. De hecho las propias Constituciones de los Estados partes predeterminan los rasgos de la cláusula, pues los ordenamientos consagran el valor democrático y definen al Estado como democrático.[226] Los textos constitucionales estipulan, con sus matices, las cláusulas de apertura de la estatalidad hacia la integración regional y hacia la garantía de los derechos humanos mediante tratados internacionales, como ya expliqué ampliamente en el capítulo I. En Suramérica existen vasos comunicantes entre los distintos órdenes normativos y sus disposiciones se complementan recíprocamente.

Por otra parte, los perfiles de la cláusula como principio constitucional se concretan mediante el acervo normativo internacional, ya que los Estados parte están comprometidos con las declaraciones, pactos, protocolos y otros tratados que integran el patrimonio jurídico del derecho internacional de los derechos humanos, entre ellos la Declaración Universal, los Pactos y las demás convenciones, que ya resumí en las tablas correspondientes. Según la doctrina predominante,

> …los tratados sobre derechos humanos incluyen parámetros de protección, que intentan consagrar un "mínimo ético irreducible" en relación con la defensa de la dignidad humana. De este modo, los derechos que constan en los tratados de derechos humanos únicamente mejoran y fortalecen, pero nunca

[226] Existen también posiciones críticas. *Cfr*. Neves, M., "Lateinamerikanische Verfassungen: Zwischen Autokratismus und Demokratisierung", *Verfassung und Recht in Übersee*, vol. 30, 1997, pp. 503 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

> restringen o debilitan, el grado de protección de los derechos previstos en las normas constitucionales internas.[227]

Mediante las cláusulas democráticas, los Estados adoptan una norma que se desvía del principio de no intervención, en tanto es una norma convencional que lo modifica, y en consecuencia, la organización interna del sistema político no está su *domaine réservé*.[228] Así como el sistema interamericano no se limita a imponer la necesaria organización democrática de los Estados miembros, sino que prevé un régimen procesal para salvaguardar la institucionalidad democrática ante las vulneraciones al principio democrático en imbricación con los derechos humanos, igualmente en el Mercosur los Estados parte han adoptado esta norma modificatoria del principio de no intervención y han determinado que la forma de gobierno democrática es esencial al proceso de integración, indisociable de la garantía de los derechos humanos.

Conforme a mi argumento acerca de la interacción entre los niveles internacional, interamericano y mercosureño, el contenido de la cláusula está entrelazado con todos los postulados de la Declaración Universal, del Sistema Interamericano, de la Carta Democrática Interamericana y de los demás instrumentos del bloque, en particular las Declaraciones de los Jefes de Estado que diseñan la ruta del Mercosur más político. En ellos se regulan especificidades relativas a la región del *cono sur*, como el derecho a la verdad o los principios que le corresponde desarrollar al Parlasur de conformidad con su Protocolo de creación, entre ellos, el pluralismo y la tolerancia como garantías de la diversidad de expresiones políticas, sociales y culturales de los pueblos de la región.

En síntesis, el amplio contenido de la plena vigencia de las instituciones democráticas abarca los perfiles dados en el ámbito global y regional interamericano y por los distintos instrumentos del bloque con carácter axiológico destinados a proteger la democracia en sentido material y no meramente procedimental. Ha tenido lugar una sincronización con el proceso de universalización de los derechos humanos y su consecuente sistema de protección. Según la categórica aseveración de Flávia Piovesan, los tratados internacionales que integran dicho sistema "reflejan, sobre todo, la concien-

[227] Albuquerque, S., Palabras pronunciadas en la sesión inaugural del Grupo de Trabajo Encargado de Elaborar un Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y toda Forma de Discriminación e Intolerancia, conforme al mandato de la Resolución AG/RES. 2126 (XXXV-O/05).

[228] Para el caso de la Unión Europea *Cfr*. Serini, K., *Sanktionen der Europäischen Union bei Verstoß eines Mitgliedstaats gegen das Demokratie- oder Rechtsstaatsprinzip*, Berlín, 2009, p. 37.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

cia ética contemporánea compartida por los Estados, al paso que invocan el consenso internacional acerca de temas centrales a los derechos humanos, buscando salvaguardar parámetros mínimos de protección".[229]

b. La ruptura del orden democrático como parámetro de la condicionalidad

¿Cómo interpretar la ruptura del orden democrático conforme a lo dispuesto en el artículo 2 del PU? La norma sugiere, en una primera lectura, que se limita al supuesto de ruptura en sentido estricto y el supuesto de la amenaza no entraría en el campo de aplicación de la norma. Una interpretación de este tipo implicaría reconocer un retroceso o involución respecto a la Declaración de 1996 que mencionaba la "amenaza de ruptura" y violaría el principio de no regresividad vigente en materia de los derechos económicos, sociales y culturales incluidos en el radio de acción de la cláusula. De hecho, en la propuesta de reforma del Protocolo de Montevideo (Proyecto Ushuaia II) se menciona expresamente este supuesto. No obstante, tal exclusión del término, amenaza o riesgo claro en el artículo 2, ha dividido a la doctrina en una exégesis amplia o restrictiva de la cláusula,[230] así como ha generado vacíos en la praxis en materia de calificación de situaciones que, sin llegar a una ruptura, suponen alteración grave del orden democrático y quedan fuera de la protección del Protocolo de Ushuaia.

Si se revisa el derecho comparado se comprueba que el supuesto de la amenaza de ruptura del orden democrático está regulado en el ámbito interamericano y en el ámbito europeo, aunque se emplea otra terminología. Como quedó explícito en el capítulo II, la Carta Democrática Interamericana (CDI) dispone en el artículo 17 la posibilidad de recurrir al secretario general o al Consejo Permanente cuando el gobierno de un Estado miembro considere que está en riesgo su proceso político institucional democrático o su legítimo ejercicio del poder. En el ámbito europeo, el Tratado de la Unión Europea (TUE), en su artículo 7.1, no utiliza el término amenaza

[229] Piovesan, F., "Protección de los derechos sociales: retos de un *ius commune* para Sudamérica", en von Bogdandy *et al.*, *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un* ius constitutionale commune *en América Latina*, México, 2011, p. 344.

[230] A favor de una interpretación amplia véase Dreyzin de Klor, A. y Morales Antoniazzi, M., *Ampliación del Mercosur. El caso Venezuela*, Buenos Aires, 2009, p. 104. Contrariamente, una interpretación limitada más a los supuestos de rupturas por golpes de Estado, véase Ribeiro Hoffman, A., "Democracia e integración regional: el caso Mercosur", ¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal, Madrid, 2009, p. 352.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

sino riesgo, pero prevé exactamente la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2 del TUE.

El punto controversial del Protocolo de Ushuaia es la determinación de la ruptura del orden democrático. Los supuestos sobre los que se parte tienen íntima relación con el rol del componente militar en Suramérica, porque en la historia reciente este sector conserva, en muchos países, una fuerte influencia que lo erigen como una amenaza frente a "malos gobiernos" civiles, en una suerte de jueces o salvadores o mediante el ejercicio de labores de gobierno cuando presidentes electos de origen militar le conceden un papel protagónico en la estructura del poder público. Los casos suramericanos de Paraguay 1996 y 1999, Venezuela 1992 y 2002,[231] y Ecuador 2010 constituyen buenos ejemplos para comprender este fenómeno presente en la región (el más grave fue el de Honduras 2010, que fue suspendido de la OEA).

No amerita explicación el consenso admitido de que se considera violación del orden democrático cuando se está en presencia de un golpe militar que derroque a un gobierno electo democráticamente. Surge en cambio una discusión —de alto contenido político más que jurídico— cuando se está frente a otro tipo de violaciones al orden democrático como son por ejemplo: la concentración de Poder en el Ejecutivo frente al Legislativo y Judicial, parcialidad de la justicia, violaciones a los derechos humanos o en general situaciones de falta de transparencia en el sistema electoral, por mencionar sólo algunos rasgos de pérdida de legitimidad democrática. Algunos autores argumentan que la cláusula adolece de limitaciones y no regula con claridad este tipo de supuestos.[232] Contrariamente, en este análisis se argumenta que la aplicabilidad de la cláusula democrática no puede quedar reducida a los supuestos de ruptura del orden democrático a través de golpes de Estado militares.[233]

Reconociendo las importantes diferencias entre los modelos, valga acotar que en la Unión Europea, la subordinación de las Fuerzas Armadas al

[231] Un ejemplo quedó expuesto en el papel que jugaron los militares en la crisis de abril de 2002 en Venezuela. Disponible en: *http://www.oas.org/xxxiiga/espanol/documentos/informe_venezuela.htm*.

[232] Ribeiro Hoffmann, A., "Political conditionality and democratic clauses in the EU and Mercosur", en Ribeiro Hoffmann y van der Vleuten (eds.), *Closing or Widening the Gap? Legitimacy and Democracy of Regional International Organizations*, Reino Unido, 2007.

[233] Un dato empírico importante lo recoge el Latinobarómetro 2010 cuando destaca que en el pasado reciente 18 presidentes no pudieron concluir sus mandatos, pero la gran mayoría por razones distintas al golpe militar desde. *Cfr*. Informe de Latinobarómetro 2010, p. 58.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

poder civil no da lugar a dudas y por ello el elemento a proteger gira entorno a la salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales previstas como principios comunes en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea, como lo demostró el caso de Austria, que no dejó de ser polémico.[234]

En Suramérica, sin embargo, se renueva permanentemente el interés por proteger a los gobiernos de las crisis institucionales, de las desestabilizaciones, de las amenazas de golpes de Estado. Incluso, aunque se trate de alteración del orden democrático en sentido amplio, se utiliza la expresión "golpe" para manifestar las nociones implícitas, como atentado, violencia, brusquedad. Para citar dos ejemplos, en el caso del conflicto policial de Ecuador se habló de "golpe de Estado" y en el caso de Paraguay relativo a la destitución del presidente mediante el juicio político se calificó como "golpe parlamentario".

En el contexto suramericano ha sido difícil determinar si se ha producido la ruptura del orden constitucional en escenarios donde no han participado ni las fuerzas militares, ni hechos de violencia que hayan supuesto una irrupción de movimientos, partidos políticos o masas organizadas en contra de un gobierno legítimamente constituido. En efecto, se trataría de supuestos en los que la destitución de un gobierno o de un presidente encuentra fundamento jurídico justificado para las fuerzas políticas mayoritarias en un momento dado, o situaciones en las que un gobierno de manera consistente viola los elementos más característicos de una democracia representativa instaurando un régimen de expansión del poder ejecutivo sobre el judicial y el legislativo y adopta medidas sistemáticas en contra de la libertad de expresión, solo por mencionar algunos supuestos.[235]

Los supuestos precedentes se extenderían a la categoría alusiva al denominado "golpe de Estado contra la Constitución y los poderes constituidos" cuando se convoca una Asamblea Nacional Constituyente como mecanismo de reforma no estando previsto ni regulado en la norma constitucional o cuando ésta usurpa funciones de otros órganos constituidos.[236]

En mi opinión es indiscutible que los supuestos de amenaza están amparados por el Protocolo de Ushuaia (PU) y el de Asunción (PA), interpretados de manera conjunta, así como los supuestos de ruptura no tradicio-

[234] Hummer, W. y Pelinka, A., *Österreich unter "EU-Qurantäne"*, Viena, 2002.

[235] *Cfr.* Ribeiro Hoffman, A., "Democracia e integración regional: el caso Mercosur", ¿Integración sudamericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal, Madrid, 2009, p. 353.

[236] Brewer-Carías, A., "Reforma constitucional, Asamblea Nacional Constituyente y control judicial contencioso administrativo. El caso de Honduras (2009) y el antecedente venezolano (1999)", *Estudios Constitucionales*, Chile, año 7, núm. 2, 2009, pp. 317-352.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

nal, es decir, el Protocolo no responde a una concepción antigolpes sino a una concepción de democracia más allá de lo electoral. El elemento clave para hacer efectiva la condicionalidad en estos casos lo constituye el vínculo inexorable con el respeto de los derechos humanos. El PU no es sólo un tratado más, sino que su inserción en una organización como el Mercosur tiene "ingredientes" particulares. De un lado, parece darle parcialmente un carácter supranacional antes que internacional (incluso con soporte constitucional en los Estados parte), y, de otro, se conecta con un conjunto de instituciones y de medios para impulsar los derechos, en particular con el PA como mecanismo posterior de su complementación e interpretación para que adquiera un carácter de instrumento "vivo".

La labor de las instituciones no jurisdiccionales o lo que llamo gobernanza democrática, ha sido decisiva en las cuestiones determinantes de la agenda de los derechos humanos en el cono sur, entre ellas la transición a la democracia, pero también en los avances actuales respecto al derecho a la verdad, la protección de las personas adultas, la protección de los niños y niñas, como ejemplos.

Al entender la cláusula democrática bajo el enfoque del derecho internacional de los derechos humanos y su plexo axiológico,[237] es una verdad indubitable que su protección a nivel doméstico "si no corre paralela con la protección internacional, es ineficaz".[238] Incluso bajo la óptica formalista, los derechos humanos se reconocen como principio general del ordenamiento jurídico del bloque. La violación de este principio activa la cláusula democrática como cláusula "gatillo".[239]

La concepción de democracia más allá de lo electoral implica para los Estados cumplir con el paradigma de la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos recogida en el Protocolo de Asunción. La constelación de los derechos sociales, como derechos fundamentales que explicitan las exigencias de los valores de dignidad, igualdad y de solidaridad humana en la búsqueda de superar las desigualdades sociales,[240]

[237] Bazán, V., "El Mercosur en prospectiva: la dimensión constitucional del proceso integrativo. La opción axiológica en favor de la seguridad jurídica comunitaria y de la protección de los derechos fundamentales", *El Derecho*, 10 de diciembre de 1998, Buenos Aires, pp. 10-16.

[238] Gros Espiell, H., "Nuevas tendencias del constitucionalismo en América Latina", en Carbonell *et al.* (coords.), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, 2009, p. 147.

[239] Bizzozero, L., "La agenda del Mercosur y los derechos humanos. ¿Hacia una comunidad regional?", *Mercosur, sociedad civil y derechos humanos*, *cit.*, p. 7.

[240] Arango Rivadaneira, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, 2005, pp. 37 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

es el postulado expresado en el Mercosur fundacional y en el Mercosur social de la actualidad. La dramática desigualdad y asimetría entre sus países miembros impone focalizar las políticas públicas en los derechos sociales, particularmente en la atención de grupos vulnerables, procurando una mayor cohesión económica y social.[241]

Potenciar la protección de los derechos, tomar los derechos sociales en serio bajo la arista de su justiciabilidad, avanzar en la adopción de la doctrina internacional sobre la prohibición de retrocesos,[242] son sólo algunos de los criterios que pueden tenerse en cuenta en la valoración de las amenazas de ruptura democrática. La llamada *doctrina ética* de los tiempos fundacionales, que concebía la democracia como condición liminar para alcanzar cualquier tipo de integración,[243] no puede involucionar. Por el contrario, los instrumentos normativos, de diversa naturaleza jurídica (decisiones o declaraciones), comprometen a los Estados y están obligados a cumplir los estándares de protección establecidos en el acervo democrático común, que están imperativamente unidos con los estándares interamericanos.

c. Supuestos y procedimientos de aplicación de la condicionalidad democrática

En términos generales la condicionalidad rige para la adhesión, para la sanción y para la cooperación. En este estudio queda excluido el último supuesto por carecer de relevancia para la configuración del *ius constitutionale commune*. Por tanto me limito a los supuestos de adhesión y sanción.

El Protocolo de Ushuaia (PU) no establece regulación detallada respecto a la condicionalidad democrática para el ingreso. Una condición necesaria para que un Estado en proceso de adhesión comience a ejercer plenamente sus funciones como miembro pleno lo constituye, por mandato del artículo 20 del Tratado de Asunción (TA), la decisión unánime favorable de

[241] La carencia histórica de los países la ha heredado el Mercosur. *Cfr*. Menin, F. J., "La política de cohesión y convergencia en los procesos de integración regional", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, año 16, 2010, p. 500.

[242] Uprimny, R. y Guarnizo, D., "La prohibición de regresividad y la protección de los derechos sociales: un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana", en Ferrer Mac-Gregor y Zaldívar Lelo De Larrea (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, 2008, t. IV, p. 736.

[243] Carballo, R. C., "Política exterior argentina y Mercosur etapa temprana (1983–1989) derrumbar dictaduras para edificar integración", *Cuadernos de Política Exterior Argentina*, núm. 104, abril-junio de 2011, p. 23.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

los Estados partes a la solicitud. Conforme a esta disposición y a la Decisión CMC/ No. 28/05 del Mercosur, los países miembros de ALADI que soliciten la adhesión al bloque pueden hacerlo cumpliendo el procedimiento y los requisitos estipulados a tal efecto.[244]

La condicionalidad en el proceso de adhesión es una herramienta para alentar y persuadir a los países candidatos a las reformas requeridas en línea con el modelo establecido por el sistema de integración. Representa una práctica normal esperar de los nuevos miembros de una organización que compartan los objetivos y fines comunes y que se comprometan a respetar sus reglas.[245] Ello significa que para ser titular de una membresía plena, el Estado candidato deberá quedar obligado por el orden jurídico del sistema de integración regional. Este acervo contempla el piso común, que rige para todos los miembros plenos, originarios o adherentes. La condicionalidad implica, *ex ante*, el sometimiento al acervo común. Una vez cumplido tal requisito, un tercer Estado puede ser investido de la calidad de Estados parte.

En cuanto a la condicionalidad para la sanción, el Protocolo de Ushuaia no prevé normas procesales claras y precisas para regular el procedimiento a seguir en los supuestos de amenaza o ruptura del orden democrático para el caso de sanción ni regula el proceso de adhesión. A pesar de la falta de rigurosidad en la formulación, es posible identificar cinco momentos claves: la determinación de la ruptura del orden democrático; las consultas; la toma de decisión, la naturaleza y alcance de las medidas; el cese y duración de las medidas.

Determinación de la ruptura

La primera fase no está tipificada ya que no se describen los supuestos para activar el mecanismo. Se ha sostenido en la doctrina que el PU no habla de prevención, lo que llevaría a interpretar que "sin perjuicio de los gestos políticos que puedan realizarse en casos inminentes de ruptura del orden democrático, el Protocolo se aplica, estrictamente, sólo después de

[244] Artículo 20. "El presente Tratado estará abierto a la adhesión, mediante negociación, de los demás países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración, cuyas solicitudes podrán ser examinadas por los Estados Partes después de cinco años de vigencia de este Tratado. No obstante, podrán ser consideradas antes del referido plazo las solicitudes presentadas por países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración que no formen parte de esquemas de integración subregional o de una asociación extrarregional. La aprobación de las solicitudes será objeto de decisión unánime de los Estados Partes".

[245] En relación con la Unión Europea, *Cfr*. Barnes, I./Barnes, P., "Enlargement", en Cini y Perez-Solorzano Borragan (eds.), *European Union politics*, Oxford, 2010, pp. 418-435.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

dicha ruptura".[246] Como ya afirmé, no comparto esta tesis, por lo que sostengo que el PU sí contempla ambos supuestos, es decir, se aplicaría como mecanismo de prevención y de sanción. Un argumento central de esta postura favorable a la aplicación al caso de amenaza se desprende del propio Preámbulo del PU, que reitera la Declaración de Las Leñas del 27 de junio de 1992 y ratifica la Declaración Presidencial de San Luis sobre el compromiso democrático en el Mercosur y el Protocolo de adhesión a esta Declaración por parte de Bolivia y Chile.

Conviene insistir en los argumentos que hablan a favor de aplicar el PU en casos de amenaza de ruptura. Las Declaraciones mencionadas expresan la voluntad de tomar en consideración el caso de ruptura o amenaza de quebrantamiento del orden democrático. Es cierto que las mismas no son tratados internacionales y no son vinculantes en estrictos términos jurídicos internacionales. *Extra* bloque el interés en regular ambos supuestos quedó establecido, con carácter convencional, en el Acuerdo del Mercosur con Chile y en el acuerdo entre el Mercosur y la Unión Europea. *Intra* bloque el valor de estas Declaraciones quedó ampliamente demostrado en la crisis paraguaya de 1996. Este sistema de preservación de la institucionalidad democrática, dentro de los límites que determina el derecho internacional, probó su efectividad preventiva. La categórica acción internacional de Argentina, Brasil y Uruguay, aunque no fue el único factor, sí representó un freno para los intentos de desestabilización, quedando constituido como un precedente inédito en el Mercosur.

Consultas entre sí y con el Estado afectado

El régimen de consultas previsto en el artículo 4 del Protocolo establece la obligación convencional de que "los demás Estados partes promoverán las consultas pertinentes entre sí y con el Estado afectado". Es expresión de una garantía procesal sin la cual no es posible adoptar una decisión válida como es escuchar a la parte afectada. El derecho a ser oído es una de las garantías del debido proceso, que, paradójicamente, siendo un derecho fundamental, es recurrentemente violado por los Estados en su actuación en el orden doméstico.

A título esclarecedor se pudieran tener en cuenta como referenciales los estándares expuestos por la CorteIDH en la interpretación del alcance

[246] Gros Espiell, H., "La democracia: reaseguro para la vigencia del Mercosur", *Paraná Eleitoral*, núm. 37, julio 2000. Disponible en: *http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impresso.php?cod_texto=19*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

de la garantía a ser oído (artículo 8.1 de la Convención Americana).[247] En la jurisprudencia establecida por el Tribunal de San José, la observancia de las garantías del debido proceso no sólo son exigibles a los órganos que ejercen "función jurisdiccional en sentido estricto, sino que deben ser respetadas por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional".[248] Ha dejado sentado la CorteIDH que se trata de garantías "aplicables al supuesto en que alguna autoridad pública adopte decisiones que determinen tales derechos, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria".[249] Dos estándares pueden ser extrapolados al caso del procedimiento de aplicación del PU: por una parte, que se trata de una autoridad pública y que el fin que persigue la garantía es asegurar que no se produzca una arbitrariedad.

En relación al derecho a ser oído, el Tribunal de San José le asigna dos ámbitos, el formal y el material. El primero tiene por objeto "asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de pruebas)", el segundo, de protección material, implica que el Estado asegure que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido.[250] Igualmente hay desarrollos del derecho a ser oído en el derecho comparado, como es el caso específico de la Unión Europea.[251]

[247] *Cfr*. Quispe Remón, F., *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Valencia, 2010, pp. 250 y ss.

[248] CorteIDH. Caso Tribunal Constitucional. Sentencia de Fondo del 31 de enero de 2001, párr. 71

[249] *Cfr*. CorteIDH. Caso Barbani Duarte y Otros *vs*. Uruguay. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia del 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 119.

[250] *Cfr*. CorteIDH. Caso Barbani Duarte y Otros *vs*. Uruguay. Sentencia del 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 122.

[251] En el derecho comparado, concretamente en el derecho de la Unión Europea, el Estado debe ser escuchado, derecho que forma parte de la garantía de un juicio justo. Cuando la norma del artículo 7.2 TUE regula el régimen de consultas prevé que el Consejo oirá al Estado miembro de que se trate y por el mismo procedimiento podrá dirigirle recomendaciones. En el caso europeo está claro que las consultas condicionan la decisión que tomará el Consejo, con lo cual se está reconociendo su valor jurídico como parte del respeto al derecho de la defensa que tienen los Estados. Incluso la violación de este derecho puede ser recurrida ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que dentro de las competencias atribuidas a tenor del artículo 269 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), incluye "[…] lo que se refiere al respeto de las disposiciones de procedimiento establecidas en el [artículo 7]".

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Las medidas

La graduación de las medidas a aplicar depende de la gravedad de la situación existente. De acuerdo con el artículo 5.2 PU las medidas abarcarían desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de la integración.[252] Dichas medidas serán adoptadas "por consenso" (artículo 6), lo que significa que rige la unanimidad; no obstante, no significa acuerdo sobre la aceptación total de la decisión por parte de todos los Estados, sino solamente sobre el contenido esencial, con lo cual existe la posibilidad para algunos matices y fundamentos divergentes.[253] Parece obvio que la activación del mecanismo de sanción no puede vulnerar el derecho, sino por el contrario, debe enmarcarse dentro de los estrictos límites del derecho internacional, incluido el régimen de la OEA. En este sentido, el respeto y la fiel observancia de los tratados constituyen normas para el desarrollo de las relaciones pacíficas entre los Estados, según el artículo 18 Carta de la OEA. En caso contrario se estaría en el supuesto de una intervención colectiva ilícita.

De conformidad con el artículo 7 del Protocolo de Ushuaia la suspensión cesará cuando se verifique el pleno restablecimiento del orden democrático en la parte afectada, de acuerdo con la hoja de ruta que se elabore desde el bloque mismo, monitoreando y garantizando que la restitución se produzca y como consecuencia de ello ocurra el cese de las medidas impuestas.

B. *Aplicación de la cláusula democrática como sanción: el caso Paraguay*

Paraguay, que durante 35 años (1954-1989) fue gobernado por la más larga dictadura que ha conocido Suramérica, ha mostrado signos importantes de inestabilidad política, desde su ingreso al Mercosur. En efecto, en 1996 en una primera crisis fue necesaria la intervención de la OEA y en la crisis de 1999 se invocó el Protocolo de Ushuaia, aunque no fue aplicado su procedimiento ya que solamente Paraguay lo había ratificado.[254] Una

[252] Para un análisis general *Cfr*. Trujillo Cabrera, J., "Sicherung der Demokratien in Südamerika: Vergleichende Annäherung zur Andengemeinschaft und Mercosur und der Europäischen Union", *Revista colombiana de derecho internacional*, núm. 9, 2007, p. 23. Disponible en: *http://redalyc.uaemex.mx/pdf/824/82400902.pdf. rev. 19.9*.

[253] Gros Espiell, H., "La democracia: reaseguro para la vigencia del Mercosur", *Paraná Eleitoral*, *http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impresso.php?cod_texto=19, cit*.

[254] Langa Pizarro, M. M., *Guido Rodríguez Alcalá en el contexto de la narrativa histórica paraguaya*, España, 2001, p. 88.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

tercera crisis política tuvo lugar a mediados de junio de 2012, que produjo la aplicación de la clásula democrática. El peligro de un retroceso en los avances logrados en la protección de la democracia en el continente es, sin duda, una preocupación que se mantiene latente y hace necesario examinar la aplicación de los mecanismos ya establecidos.

a. Génesis y evolución del caso

El 21 de junio de 2012 la Cámara de Diputados del parlamento de Paraguay aprobó, fundado en el artículo 225 de la Constitución vigente,[255] la realización de un juicio político en contra del presidente de la República, Fernando Lugo, alegando "mal desempeño de sus funciones".[256] La destitución recibió calificativos como "golpe parlamentario",[257] forma de neogolpismo[258] o simplemente juicio político.[259]

El libelo acusatorio presentado en la Cámara de Diputados recoge los 5 hechos imputados al presidente Lugo: 1. Autorización y financiamiento con recursos del Estado de una concentración política de jóvenes en el Comando de Ingeniería de las Fuerzas Armadas. 2. Instigación para la invación de tierras en la zona de Ñacunday. 3. Incapacidad para resolver la creciente inseguridad en el país. 4. Firma del Protocolo de Ushuaia II, documento calificado como un atentado contra la soberanía de la República del Paraguay y suscrito con el avieso propósito de obtener un supuesto respaldo en su descarada marcha contra la institucionalidad y el proceso democrático de la República. 5. Inoperancia, negligencia, ineptitud e improvisación del

[255] Según el artículo 225 de la Constitución de Paraguay, el presidente de la República, entre otros funcionarios públicos, puede ser sometido a juicio político "por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes. La acusación será formulada por la Cámara de Diputados, por mayoría de dos tercios. Corresponderá a la Cámara de Senadores, por mayoría absoluta de dos tercios, juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados y, en caso, declararlos culpables, al sólo efecto de separarlos de sus cargos…".

[256] *Cfr.* Senado establece el procedimiento tramitar el juicio político 21/06/2012. Cámara del Senado de Paraguay. Disponible en: *http://www.senado.gov.py/senado-establece-el-procedimiento-tramitar-el-juicio-politico-p5936.html*.

[257] León Trujillo, J. G., "Golpe parlamentario paraguayo", *Diario El comercio*, 25.06.2012. *http://www.elcomercio.com/jorge_g-_leon_trujillo/Golpe-parlamentario-paraguayo_0_724727613.html.*

[258] Véase el artículo de opinión de Juan Gabriel Tokatlian titulado "El auge del neogolpismo", publicado en el diario argentino *La Nación*, el 24 de junio de 2012.

[259] Llanos, M. *et al.*, "Paraguay: Staatsstreich oder «Misstrauensvotum?»", *GIGA Focus Lateinamerika*, Hamburgo, núm. 8, 2012, pp. 1-8.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

gobierno en el caso de la matanza de Curuguaty, en el que murieron 17 paraguayos.[260]

Presentado el Libelo acusatorio, la Cámara del Senado aprobó en la misma audiencia el procedimiento para la tramitación del juicio político y dispuso la notificación inmediata a la Cámara de Diputados, como parte acusadora, y al presidente de la República, como parte acusada, de los plazos establecidos para el "debido proceso": se fijó el lapso de la acusación (máximo de 1 hora y 30 minutos) y de la defensa de 2 horas. Un día más tarde, el 22 de junio, el Senado se conforma en "tribunal" y declara "culpable" de mal desempeño al presidente y ordena su inmediata separación del cargo.

Por tratarse de un juicio político es menester apuntar que 39 de los 43 senadores presentes votaron a favor de la propuesta de la responsabilidad del jefe del Estado en los hechos imputados en el Libelo, por lo cual quedó automáticamente destituido, en virtud de haberse alcanzado los dos tercios que exige la Constitución del país. Ese mismo día, en sesión plenaria del Congreso Nacional, fue juramentado el vicepresidente para asumir el cargo de presidente de la República del Paraguay y completar el período constitucional hasta agosto de 2013. El día 24 de junio el destituido presidente, que había acatado el veredicto, anuncia que no reconoce al nuevo gobierno porque se dio un "golpe de Estado parlamentario".[261]

Las reacciones en el ámbito interno e internacional no se hicieron esperar. A nivel interno[262] la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se pronunció declarando la conformidad del procedimiento de destitución con la Constitución[263] de la República. De igual manera el Tribunal Superior de Justicia Electoral, expuso que la sustitución del presidente destituido se realizó de acuerdo con el artículo 234 de la carta magna paraguaya.[264]

[260] Libelo acusatorio, disponible en la página del Parlamento europeo, en la siguiente dirección electrónica *http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/dmer/dv/libelo_acusatorio_contra_lugo_/libelo_acusatorio_contra_lugo_es.pdf*.

[261] Informe de la misión del secretario general de la OEA y delegación a la República del Paraguay. Versión no oficial 10 de julio de 2012 - Washington, D. C. III. Juicio Político conforme al artículo 225 de la Constitución Nacional del Paraguay. Disponible en: *www.oas.org/es/acerca/discurso_secretario_general.asp?scodigo=12-0057*.

[262] Un análisis de las distintas posturas en Arbuet-Vignali, H., "Crisis en Paraguay ¿O en los conceptos políticos y jurídicos de su región?", *CURI*, núm. 04/12, Uruguay, julio de 2012, pp. 1-26. Otro corriente de opinión en Richer, H., "Seis preguntas y seis respuestas sobre la crisis paraguaya", *Nueva Sociedad*, núm. 241, septiembre-octubre 2012, pp. 4 y ss.

[263] A.I. Nº 1533 de fecha 25 de junio del 2012 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

[264] Comunicado del Tribunal Superior de Justicia Electoral (TSJE) del 25 de junio de 2012.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

A nivel internacional, la actuación de la OEA, en el marco de la Carta Democrática Interamericana[265] se materializó en una sesión extraordinaria del Consejo Permanente para proponer una visita del secretario general a fin de analizar la situación *in situ* y presentar un Informe.[266] Dicho órgano aprobó un Informe que no incluye sanciones sino que insta a solventar la situación por la vía del diálogo y el consenso, designándose una misión de acompañamiento y observación electoral para los comicios generales que debían realizarse como en efecto se realizaron en abril de 2013.[267]

Unasur, en cambio, además de que los cancilleres y representantes de dicha organización y su secretario general realizaron una visita *in situ*,[268] acordó suspender a la República del Paraguay de participar en los órganos e instancias de la Unión y dar por concluido el ejercicio de su presidencia *pro témpore* de Unasur, con fundamento en su tratado constitutivo.[269]

b. Procedimiento aplicado

Determinación de la ruptura

La narrativa de la determinación de la ruptura muestra el solapamiento que se está evidenciando entre Mercosur y Unasur, pues fue esta última la que asumió el procedimiento, aunque la respectiva cláusula democrática no está vigente. En efecto, debido a la coyuntura de la coincidencia temporal entre la crisis paraguaya y la realización de la Cumbre de Río + 20, los cancilleres y representantes de Unasur y el secretario general recibieron el mandato de los Jefes de Estados y se trasladaron a Paraguay en pleno desarrollo de los acontecimientos. Antes de darse inicio a la sesión en la Cámara del

[265] Insulza, J. M., *La construcción de un legado en materia de promoción y protección de la democracia, Décimo aniversario de la Carta Democrática. Un compromiso hemisférico con la democracia*, OEA, 2011, p. 3.

[266] Informe de la misión del Secretario General de la OEA y delegación a la República del Paraguay - versión no oficial 10 de julio de 2012 - Washington, D. C.

[267] *Cfr.* Informe Final de la Misión de la OEA en Paraguay 22 de abril de 2013. Disponible en: *http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-152/13*.

[268] El 22 de junio de 2012 se concretizó la reacción de Unasur. La visita a Paraguay para conocer "*in situ*" la situación política del país tuvo lugar antes de darse inicio a la sesión en la Cámara del Senado que destituyó al presidente, por mandato de los jefes y jefas de Estado que estaban en la cumbre Río + 20, emitiendo un comunicado.

[269] El 29 de junio en Mendoza, los países miembros de Unasur, sin Paraguay, adoptaron la Decisión Nr. 26/2012. Se creó una Comisión para asegurar que se respete la voluntad del pueblo paraguayo en las próximas elecciones de abril de 2013. Reunión extraordinaria del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de Unasur, Mendoza, 29 de junio de 2012.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Senado paraguayo para adoptar la decisión, se realiza la visita con el objeto de conocer *in situ* la situación política del país. En este sentido, llevaron a cabo reuniones con las autoridades gubernamentales así como con dirigentes políticos de diversos partidos y representantes legislativos con el objeto de tomar la decisión. Mediante un comunicado público Unasur informó que no obtuvieron respuestas a las garantías procesales y democráticas solicitadas.[270] A través de este medio se subraya que "los cancilleres consideran que las acciones en curso podrían estar comprendidas en los artículos 1, 5 y 6 del Protocolo adicional del Tratado Constitutivo de Unasur y el compromiso con la democracia y configurando amenazas de ruptura al orden democrático". Dado que dicho Protocolo no ha sido ratificado por Paraguay, no pudo ser aplicado.[271] El Consejo de Unasur adoptó la decisión con base en su *tratado constitutivo*, suspendiendo su participación en los órganos e instancias de la Unión, hasta tanto el Consejo revoque la suspensión. Asimismo, como ya mencionamos supra, Unasur dió por concluido el ejercicio de la presidencia *pro témpore* que ejercía Paraguay.[272]

Consultas entre sí y con el Estado afectado

En el Mercosur la consulta con el Estado parte —en este caso Paraguay—, nunca se realizó,[273] aun cuando así lo prescribe expresamente el artículo 4 del Protocolo de Ushuaia. Esta norma contiene la garantía del debido proceso y, en consecuencia, se convirtió en una de las razones invocadas por Paraguay para impugnar la decisión, como explico más adelante. En mi opinión se desaprovechó la experiencia de la OEA y la propia historia de los países del *cono sur* en el manejo diplomático de las crisis institucionales y el fomento del diálogo como mecanismo previo y determinante. En la crisis de Venezuela en abril de 2002, desarrollada en el capítulo II de este

[270] Véase, comunicado del 22 de junio de 2012. Disponible en: *www.unasur.org*.

[271] Borda, S., "Desafíos y oportunidades de la Unión de Naciones Suramericanas", *Documentos CRIES*, núm. 18, p. 6. Buenos Aires, 2012. *http://www.cries.org/wp-content/uploads/2012/04/DOC18-web.pdf*.

[272] Unasur, Decisión No. 26 H2012.

[273] Romeu Felipe Bacellar Filho, profesor de Derecho Público de la Universidad de Paraná calificó de "incoherente" la actitud de los estados miembros del bloque que cuestionaron en su momento la velocidad con la que se procesó al expresidente Fernando Lugo, sin garantizar el "debido proceso" y, sin embargo, aplicaron el mismo mecanismo para suspender a Paraguay, ya que nuestro país no tuvo voz durante la Cumbre de Mendoza. *Cfr*. Diario La Vanguardia, jueves, 5 de julio de 2012. Disponible en: *http://diariovanguardia.com.py/especiales/crisis-politica/32330-sancion-a-paraguay-fue-una-qmedida-extremaq.html*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

trabajo, el papel de la OEA para preservar la institucionalidad democrática se enmarcó en la promoción y construcción del diálogo, las gestiones diplomáticas, actuando como árbitro y no como juez, ofreciendo garantías de imparcialidad a las partes en conflicto. Otra falla histórica en la ausencia del diálogo y de las consultas pertinentes con el Estado parte a ser afectado con la sanción, fue la actuación exclusiva de los Ejecutivos de los otros países fundadores del Mercosur y la falta del debate político con el Parlamento del Mercosur (Parlasur), que sin duda hubiera sido útil. Pero al parecer, la crisis afectó igualmente al Parlasur, que habiendo convocado una sesión para debatir la destitución del presidente paraguayo, tuvo que suspenderla por falta de quórum debido a la ausencia de la delegación argentina.[274]

Medida adoptada

El procedimiento inédito de sancionar un Estados parte por el incumplimiento de la cláusula democrática se desarrolló en un período sumario comprendido entre el 24 y 29 de junio de 2012. Un primer pronunciamiento se produjo mediante un comunicado de la Cancillería de Argentina, que condenaba de modo enérgico la ruptura del orden democrático por no haberse respetado el debido proceso en el proceso de destitución del presidente.[275] Se resolvió suspender a Paraguay inmediatamente del derecho a participar en la XLIII Reunión del Consejo del Mercado Común y Cumbre de Presidentes del Mercosur. Ello provocó la reacción de la Cancillería paraguaya, que expresó su desacuerdo con esta decisión y señaló que no se dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 4 del PU respecto a las consultas con el Estado afectado. Agregó el representante paraguayo que "la Declaración, curiosamente, adolece del mismo defecto que se atribuye al proceso interno paraguayo que le dio origen, y que se califica impropiamente como de ruptura del orden democrático, por no haberse respetado el debido proceso".[276]

[274] *Cfr.* Comunicado de la Delegación de Paraguay en el Parlamento del Mercosur. Disponible en: *http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/file/6471/1/complot_en_el_pm.pdf*.

[275] Primero se produjo la Declaración de los Estados Partes del Mercosur y Estados asociados sobre la ruptura del orden democrático en Paraguay, mediante la cual se expresó la "más enérgica condena", de fecha 24 de junio. El 29/06 en la Cumbre Presidencial se suspende a Paraguay. En el Mercosur la consulta con Paraguay, nunca se realizó, lo cual fue objeto de críticas.

[276] Comunicado con relación a la Cumbre del Mercosur, del 24 de junio de 2012, Ministerio de Relaciones Exteriores de Paraguay. Disponible en la página oficial de esta Cancillería: *http://www.mre.gov.py/v1/Noticias/50-comunicado-con-relacin-a-la-cumbre-del-mercosur.aspx*. También hubo pronunciamientos del sector académico. Romeu Felipe Bacellar Filho, profe-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

El 29 de junio los presidentes de los Estados partes del Mercosur, reunidos en la ciudad de Mendoza, República Argentina, en ocasión de la XLIII Reunión del Consejo del Mercado Común decidieron suspender a Paraguay, en el marco del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático, del derecho a participar en los órganos del bloque. Igualmente reiteraron su condena a la ruptura del orden democrático producido en Paraguay, subrayando que el restablecimiento de las instituciones democráticas es condición indispensable para el desarrollo del proceso de integración.[277] Posteriormente el día 30 de julio de 2012 el Consejo del Mercado Común adopta la decisión No. 28/12, mediante la cual instruye al Grupo Mercado Común a reglamentar los aspectos operativos de tal medida.[278]

Una vez oficializada la suspensión de Paraguay, en la Cumbre de Mendoza Argentina el 29 de junio de 2013, el canciller de ese país, rechazó el dictamen de Mercosur adoptado por sus socios comerciales y en tal sentido manifestó que "la decisión es ilegal, ilegítima y violatoria del debido proceso." Negaron que en Paraguay se haya producido una ruptura del orden democrático.[279]

Según el artículo 7 del PU la suspensión debe cesar una vez verificado el pleno restablecimiento del orden democrático en la parte afectada. En el caso de Paraguay la sanción terminaría una vez consumado el proceso electoral.[280] El secretario general de la OEA ofreció la misión de acompaña-

sor de Derecho Público de la Universidad de Paraná calificó de "incoherente" la actitud de los estados miembros del bloque que cuestionaron en su momento la velocidad con la que se procesó al expresidente Fernando Lugo, sin garantizar el "debido proceso" y, sin embargo, aplicaron el mismo mecanismo para suspender a Paraguay, ya que nuestro país no tuvo voz durante la Cumbre de Mendoza. *Cfr.* diario *La Vanguardia*, jueves, 5 de julio de 2012.

[277] Comunicado de los presidentes de los EP de Mercosur en la que deciden la suspensión de Paraguay del derecho de participar en el Mercosur. Disponible en: *http://www.puntofocal.gov.ar/doc/comunicado_conjunto_presidentes_ep.pdf.*

[278] Mercosur/GMC EXT/ACTA Nº 02/12, XLI Reunión Extraordinaria del Grupo de Mercado Comum, 30 de julio de 2012, con la presencia de las Delegaciones de Argentina, Brasil, Uruguay y Venezuela. Mercosur/CMC/DEC. No. 06/12 Fondo para la Convergencia Estructural del Mercosur Proyecto "Construcción de La Avenida Costanera Norte de Asunción – 2a. etapa (11,522 Km)".

[279] *Cfr.* Canciller rechaza fallo de Mercosur y no descarta acciones. Jueves, 16 de Agosto de 2012. Disponible en: *www.paraguay.com*.

[280] La elección para presidente y vicepresidente de la República, senadores, Diputados, parlamentarios del Mercosur, Gobernadores y Miembros de las Juntas Departamentales se previó para día domingo 21 de abril de 2013, tal como lo prescriben los artículos 161, 187 y 230 de la Constitución de Paraguay y así se llevó a cabo. Cronograma Electoral de Paraguay. Elecciones Generales y Departamentales del año 2013. Disponible en: *http://tsje.gov.py/e2013/#!/index.html.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

miento y observación a solicitud del Tribunal Superior de Justicia Electoral de Paraguay.[281] Posterior al evento electoral, la OEA elaboró un informe como resultado de la Misión de Observación Electoral y Acompañamiento Político (MOE/OEA) en la que se destacó la masiva participación de las ciudadanas y ciudadanos paraguayos en la jornada electoral. Ante este hecho positivo, el secretario general de la OEA reiteró la disposición para "colaborar en todos aquellos aspectos que favorezcan al fortalecimiento democrático de Paraguay".[282]

De manera igualmente positiva se expresó el jefe de la Misión de Observadores de la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur), Salomón Lerner Ghitis, quién destacó el desarrollo del proceso eleccionario paraguayo y el retorno de este país al bloque subregional.

La concretización del proceso electoral y el reconocimiento del mismo por parte de la OEA, Unasur y países miembros del Mercosur sentó las bases para el cese de la suspensión y abre el camino para el cese de la medida de suspensión y el retorno de ese país al Mecosur como miembro pleno, que se haría efectiva cuando el presidente electo tome posesión de su cargo, según la decisión de la Cumbre de Montevideo de 2013.[283] En las actuales momentos es incierto el regreso de Paraguay.[284]

c. Valoración crítica de la suspensión en cuanto a la condicionalidad democrática

La actuación estuvo signada por críticas desde el punto de vista procesal y material, aduciéndose visos de ilegalidad e ilegitimidad que afectan la Declaración de los Jefes de Estado relativa a la suspensión de Paraguay. Se alega la inexistencia de un acto jurídico normativo expreso que dispusiera tal suspensión y que la Reunión de Jefes de Estados (la Cumbre) no forma

[281] *Cfr.* Informe de la Secretaría General de la OEA sobre la misión de acompañamiento y observación electoral a los comicios generales de Paraguay, del 22 de agosto de 2012. Disponible en: *http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-287/12*.

[282] La misión estuvo encabezada por el ex presidente de Costa Rica y Premio Nobel de la Paz, Óscar Arias Sánchez *Cfr.* Informe Final de la Misión de la OEA en Paraguay 22 de abril de 2013. *http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-152/13*.

[283] *Cfr.* Decisión sobre el cese de la medida de supensión contra Paraguay en Mercosur en aplicación del Protocolo de Uhsuaia. *www.mercosur.int/innovaportal/file/5610/1/decision_cese_suspension_paraguay_es.pdf*.

[284] Los medios de comunicación reflejan el rechazo de ese país a la presidencia pro tempore ejercida por Venezuela a partir del mismo 12 de julio de 2013. Véase a título de ejemplo *http://www.hoy.com.py/nacionales/cartes-rechaza-la-nula-predisposicion-del-mercosur.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

parte de la estructura institucional del Mercosur.[285] Paraguay ha argumentado reiterativamente que la sanción se adoptó sin cumplir el requisito de consulta, tal como lo prescribe el artículo 4 del PU. Por otro lado, junto a la suspensión de Paraguay, la Cumbre de Mendoza adoptó la decisión de incorporar a Venezuela,[286] hecho vinculado a la medida sancionatoria en tanto al estar Paraguay suspendido de su derecho de voto se interpretaba superado el obstáculo de la no ratificación del Protocolo de Adhesión por el Parlamento de ese país.

Paraguay ha presentado protesta formal contra los otros tres Estados parte, no sólo contra la suspensión sino también contra la declaración sobre la incorporación de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur.[287] La controversia política y jurídica está planteada, no se descarta que Paraguay presente nuevamente sus alegatos ante el Tribunal Permanente de Revisión (TPR), ya no por la vía de urgencia, dado que ese órgano jurisdiccional se declaró competente, *ratione materiae*, al admitir que "la observancia de la legalidad de los procedimientos previstos en el Protocolo de Ushuaia son susceptibles de revisión en el marco del sistema de solución de controversias" así como puede conocer sobre los "cuestionamientos relacionados con la aplicación e interpretación de dicho instrumento, en la medida en que el hecho concreto, por su naturaleza, demande un examen de legalidad.[288] Según mi criterio, el acto de suspensión de Paraguay es violatorio del derecho del Mercosur y este país debería presentar el recurso ante el TPR solicitando tal nulidad.

C. *(In) aplicación de la condicionalidad democrática para la adhesión: el caso Venezuela*

La protección de la democracia y los derechos humanos en el ámbito mercosureño puede ilustrarse mediante el caso venezolano. Es el primer país que se adhiere al Mercosur en carácter de miembro pleno. Su ingreso se produce con la aprobación de tres de los cuatro miembros fundadores, vista la medida de suspensión recaída sobre Paraguay de su derecho a participar en los órganos del bloque. Merece analizarse especialmente desde la

[285] Deluca, S., *El Mercosur ¿Un rompecabezas de posible solución?*, Buenos Aires, 18 de julio de 2012.

[286] Declaración sobre la incorporación de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur, Mendoza, 29 de junio de 2012.

[287] Presentación de protesta dirigida a los Gobiernos de Argentina, Brasil y Uruguay, Asunción, 15 de septiembre de 2012.

[288] Laudo Nº 01/2012, TPR, párr. 43.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

perspectiva de la construcción del *ius constitutionale* ya que, tras su admisión, Venezuela presentó el preaviso de denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta actuación contraviene lo dispuesto en el Protocolo de Asunción, mediante el cual los Estados parte reafirman los principios y normas contenidas en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en la Convención Americana y en los otros instrumentos regionales de derechos humanos, así como en la Carta Democrática Interamericana. Seguidamente se revisará la génesis del caso, el procedimiento aplicado y se valorará la adhesión de manera crítica.

a. Génesis y evolución del caso

La controversial adhesión de Venezuela al bloque mercosureño[289] ha sido calificada como "un hito fundamental en el proceso de consolidación"[290] y recientemente como una incógnita.[291] Quizás el cliché tiene su origen en el largo proceso. Resulta útil presentar una cronología sinóptica del proceso:

Fecha	*Paso*
1994	Declaración conjunta de los presidentes de Venezuela y Brasil para estrechar relaciones bilaterales y promover un acuerdo entre el Pacto Andino y el Mercosur.
1998	Acuerdo marco entre la Comunidad Andina (CAN) y Mercosur para iniciar las negociaciones hacia la creación de una zona de libre comercio entre los países miembros de ambos acuerdos de integración.
2004	Tratado de Libre Comercio (TLC) CAN-Mercosur o Acuerdo de Complementación Económica 59 (ACE 59) en el marco de la ALADI, por los presidentes de Colombia, Ecuador y Venezuela (CAN) y los presidentes de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay (Mercosur).
2005	Aprobación de la solicitud de Venezuela para ingresar como miembro pleno en la Cumbre Presidencial del Mercosur.

[289] *Cfr.* Preusse, G., "Consecuencias de la salida de Venezuela de la CAN y su entrada al Mercosur", en Hummer y Drnas de Clément, *Mercosur y Unión Europea*, Argentina, 2008, pp. 187 y ss.; Chacón De Albuquerque, R., "El Mercosur y la adhesión de Venezuela", *Revista de Derecho Público*, núm. 11, 2007, pp. 43-60.

[290] Pronunciamiento en el marco de la Reunión de Córdoba, Argentina, XXX Reunión del CMC, 20 y 21 de julio de 2006.

[291] Bazán, V., "Mercosur y derechos humanos: panorama, problemas y desafíos", en von Bogdandy *et al.* (coords.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucionale regional*, *cit.*, p. 501.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

2006	Firma del Protocolo de adhesión de Venezuela al Mercosur.
2012	Se aprueba el ingreso (28.06.12), Cumbre de Mendoza, Argentina.
2012	Formalización del ingreso (31.07.12), Río de Janeiro, Brasi.
2012	El Parlamento paraguayo (23.08.2012) rechaza la adhesión.

El anuncio se produjo en 2005,[292] el 4 de julio de 2006 Venezuela firma el Protocolo de adhesión y durante un periodo de seis años se mantuvo con voz y sin voto, categoría a la que se calificó como de "socio político", diferenciada de la de miembro asociado.[293] El 29 de junio de 2012 se aprueba el ingreso sólo por tres Estados parte y el 31 de julio de 2012, fecha del acto formal de incorporación en la Cumbre de Brasilia, el Ministerio de Relaciones Exteriores envió el "Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur" al Senado de la República del Paraguay para su discusión.[294] En la sesión de 23 de agosto de 2012 el Parlamento paraguayo rechazó la adhesión.[295] *De facto*, por tanto, se mantiene la objeción a la incorporación y se han anunciado recursos jurídicos para solicitar su nulidad; sin embargo, se realizan gestiones diplomáticas para reevaluar el retorno de Paraguay y el ingreso de Venezuela.[296]

La anterior reseña cronológica deja en evidencia que sobre el ingreso de Venezuela se han realizado diversos análisis. Una primera vertiente muestra la mutación de Estado parte de la Comunidad Andina a miembro del Mercosur que no dejó de provocar estudios académicos.[297] Otra vertiente doctrinaria hizo girar el debate sobre el estatus jurídico asignado a este país en el Protocolo de Adhesión, que oscilaba entre considerarle miembro

[292] Primero se anunció en Salamanca, sede de la XV Cumbre Iberoamericana y se materializó tal anuncio en la XXIX Reunión del CMC. Acta N° 01/05. Mercosur/CMC/ACTA No. 02/05 XXIX. Reunión ordinaria del Consejo del Mercado Común.

[293] Mientras sólo tuviese derecho de voz, pero no voto, se avanzaría en ajustar las legislaciones. Ferro Clérico, L. et al., "La Estrategia de inserción internacional de Uruguay en el Gobierno del Frente Amplio", *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, núm. 15, 2006, pp. 129-150.

[294] Parlamento del Mercosur, secretaria de Relaciones Institucionales y Comunicación Social. Clipping de Noticias de Parlasur 24 de agosto de 2012, p. 12.

[295] Con 31 votos de los 45 miembros, con 3 votos a favor de la aprobación y 11 ausencias. Cámara del Senado de Paraguay, sesión ordinaria de jueves 23 de agosto de 2012, (EXP. 12-941).

[296] Se constituyó un "grupo de alto nivel". Información ampliamente difundida. *Cfr.* El Nacional, 09 de noviembre de 2012. Disponible en: *http://www.el-nacional.com*.

[297] Hummer, W., "Cambio de lado de Venezuela en el Cono Sur. Retiro de la Comunidad Andina (CAN) y adhesión al Mercosur", *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, 2008, pp. 536 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

pleno con estatus jurídico intermedio[298] o miembro pleno por medio de un proceso inédito sin haber adoptado la normativa del mercado común.[299] El alcance político-económico también fue objeto de amplias investigaciones, tanto para evaluarlo como acontecimiento relevante por modificar el tablero regional de la integración sudamericana bajo el prisma de una especie de "ensayo y error"[300] así como para indagar factores desencadenantes de la solicitud de adhesión.[301] Visto como alternativa de ampliación, se argumentó que el ingreso de Venezuela podría significar una especie de *spillback*, dado que la constelación de "cuarteto" se vería alterada y la no coincidencia de objetivos sobre la integración conllevaría inestabilidad para el bloque.[302]

A lo largo de los seis años de duración del proceso, afloraron ponderaciones positivas que aducían el potencial de este país como socio apoyado por diversos sectores políticos, productivos y sociales sin mayores exigencias normativas,[303] pero también emergieron las tensiones derivadas de las críticas a la administración venezolana, no en cuanto a su legitimidad democrática de origen producto de elecciones, sino a la democracia de ejercicio, como prerrequisito para el ingreso.[304] Los escenarios políticos presentados durante el proceso de adhesión, en particular las ratificaciones en los órganos parlamentarios, estuvieron determinados por las resistencias y el rechazo al ingreso, alegando como causa la falta de cumplimiento de la condicionalidad democrática.

Los opositores al ingreso de Venezuela mencionaron factores políticos de corte interno e internacional, entre los que destacan: las limitaciones a la libertad de expresión manifestada en el cierre de un canal de televisión y varios emisoras de radio, el fallido proyecto de reforma constitucional y la

[298] Pontiroli, N., "La incorporación de Venezuela al Mercosur", *Mercosur ABC*, 4 de enero de 2007.

[299] Magnoli, D., "Mercosur + 1: Chavismus contra Mercosur", *Venezuela y el Mercosur. Análisis e Informaciones*, núm. 24, mayo de 2007, p. 6.

[300] Briceño-Ruiz, J., "El ingreso de Venezuela miembro pleno del Mercosur. Las miradas de un proceso complejo", *Revista Aportes para la Integración Latinoamericana*, Argentina, año 15, núm. 20, junio de 2009, pp. 1-30.

[301] Briceño-Ruiz, J., "O Mercosul na política de integração de Venezuela", *Civitas*, Porto Alegre, vol. 10, núm. 1, enero-abril de 2010, pp. 77-96.

[302] Gratius, S., *Mercosur y Nafta. Instituciones y mecanismos de decisión en procesos de integración asimétricos*, Madrid, 2008, pp. 327 y 328.

[303] Entre tantos, *Cfr.* Gutiérrez, A., "El complejo proceso del ingreso de Venezuela al Mercosur", en Briceño-Ruiz (ed.), *El Mercosur y las complejidades de la integración regional*, Buenos Aires, 2011, pp. 439 y ss.

[304] Morales Antoniazzi, M., "La Cláusula democrática del Mercosur en la encrucijada", *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 128, 2012.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

posterior aprobación vía referéndum de la enmienda que permite la reelección indefinida. Del mismo modo, en el plano de política internacional se consideró cuestionable, entre otros, el reconocimiento como grupo beligerante a la guerrilla colombiana (FARC) y la eliminación de su condición de grupo terrorista así como la diplomacia de confrontación, en especial con los Estados Unidos de América, que difiere diametralmente con la diplomacia consensual brasileña y las posiciones en el escenario global.[305]

Llamativa fue también la inclusión de Venezuela en la plataforma simbólica del Mercosur, como fue la incorporación de su bandera en la sede de la Secretaría Técnica del Mercosur. No faltan voces en calificar este tipo de actos como una muestra de la prevalencia de los Ejecutivos en una especie de "profecía auto-ejecutiva" en detrimento de los Parlamentos, dado que fueron los órganos legislativos de Brasil y Paraguay los que rechazaban el ingreso.[306]

b. Procedimiento aplicado

A los fines de la formalización de la adhesión de Venezuela, el Consejo del Mercado Común (CMC) aprobó la Decisión CMC Nº 29/05 y el texto del Protocolo de Adhesión,[307] en el cual puede leerse "La República Bolivariana de Venezuela adhiere al TA, (…), en los términos establecidos en el artículo 20 del Tratado de Asunción".[308] La disposición parece sugerir que las condiciones de admisión fueran el resultado de un acto unilateral, mientras que "la adhesión surtirá efecto una vez verificado el depósito del instrumento de ratificación, tanto de los Estados del Mercosur, como del Estado cuya adhesión ha solicitado".[309]

Con la suscripción del Protocolo de Adhesión en julio de 2006, se suponía la adhesión al Tratado de Asunción, al Protocolo de Ouro Preto (POP) y al Protocolo de Olivos (PO) para solución de controversias del Mercosur, a cuyo efecto se elaboró un cronograma y se designó Grupo de Trabajo. El punto interesante a subrayar es el concerniente al acervo normativo y juris-

[305] Noticia: "El ingreso de Venezuela sigue trabado en Paraguay. El tema fue abordado en la Comisión de Relaciones Exteriores y Asuntos Internacionales del Senado", *Observatorio de Venezuela*, núm. 6, año 2, Otoño Sur 2009; Noticia del 3 de agosto de 2010, "Paraguay replica: Venezuela no ingresará al Mercosur porque no es una democracia plena", *infobae*. Disponible en su página oficial: *http://www.infobae.com*.

[306] Tüllmann, N., *En busca de la conciencia mercosureña*, Montevideo, 2011, p. 34.

[307] Mercosur/CMC/ACTA No. 02/05 XXIX. Reunión ordinaria del Consejo del Mercado Comun.

[308] Protocolo de Adhesión, artículo 1.

[309] *Cfr*. Dreyzin de Klor, A. y Morales Antoniazzi, M., *Ampliación del Mercosur…*, *cit.*, p. 47.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

prudencial, en razón de su conexidad con los elementos constitutivos de la condicionalidad democrática. El presupuesto esencial indica que un Estado candidato debe aceptar estas condiciones así como las buenas prácticas que se vinculen con el núcleo de la democracia.

Según el sentido literal de la disposición, la condición de miembro pleno se adquiere una vez que se aprueba el Protocolo de Adhesión por los Parlamentos de los cinco países, sin necesidad que se cumpla con la incorporación del acervo normativo vigente del Mercosur ni con la adopción del *arancel externo común*. Otorgar el estatus de miembro pleno sin haber incorporado el acervo normativo vigente, o al menos lo que constituye la esencia del mismo, refleja su fragilidad jurídica, en la medida que dicho país puede ejercer el derecho de interponer recursos basados en el interés nacional, en caso de no cumplir con los cronogramas y compromisos asumidos.[310] Tanto al momento de la firma del Protocolo de Adhesión como a lo largo del proceso y en la propia incorporación formal de julio de 2012, ha privado un enfoque con base en prioridades políticas. Es un déficit en la praxis, pues el acervo de la integración recoge el derecho relevante cuantitativa y cualitativamente desarrollado a lo largo de la vida institucional del sistema de integración, representa las conquistas, más que un simple activo, "pues un activo puede dilapidarse; el acervo debe ser, a cualquier precio, preservado y defendido".[311]

El déficit de no exigir la adopción del acervo es, en mi criterio, una vulneración de los elementos concernientes a la esencia de la cláusula democrática, máxime en el marco de los retrocesos autoritarios en la región.[312] Una condición necesaria para que un Estado en proceso de adhesión comience a ejercer plenamente sus funciones como miembro pleno lo constituye, por mandato del artículo 20 del Tratado de Asunción, la decisión unánime favorable de los Estados parte a la solicitud. Este requisito en el caso de Venezuela presenta serios cuestionamientos. El camino a la adhesión mostró serias confrontaciones en torno al logro de esta decisión unánime. Como antecedente vale recordar que los Parlamentos de Venezuela, Uruguay y Argentina dieron el visto bueno sin mayores dificultades. Brasil, por el contrario, tuvo que superar algunas resistencias en el Senado y apro-

[310] *Cfr.* Bizzozero Revelez, L., "La adhesión de Venezuela al Mercosur. De la identidad del bloque a los equilibrios político-institucionales", en Llairó *et al.*, *Venezuela en el Mercosur. Tres miradas, tres interpretaciones*, Buenos Aires, 2006, pp. 101-149, p. 144.

[311] Pescatore, P., "Aspectos judiciales del acervo comunitario", *Revista de instituciones europeas*, Madrid, núm. 2, 1981, pp. 331 y ss.

[312] Mähler, A., "Wie autoritär ist Lateinamerika?", *GIGA Focus Lateinamerika*, núm. 8, 2008, pp. 1-8.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

bó el ingreso mucho después, en diciembre de 2009, con 35 votos a favor y 27 en contra.[313] En Paraguay, que durante todo el proceso de adhesión manifestó una fuerte resistencia mayoritaria del Parlamento,[314] ha reiterado su posición de rechazo, una vez que los otros tres Estados parte fundadores aprobaron el ingreso mientras Paraguay está suspendido.

Durante la fase de adhesión de casi seis años, la doctrina argumentaba que el respeto por la democracia debe funcionar como "un parámetro exigente para ponderar el ingreso de Venezuela al Mercosur, pues la fuerte impronta autoritaria que el gobierno de ese país imprime a su gestión contradice frontalmente las exigencias democráticas, salvo que por democracia se entienda sólo el hecho de votar periódicamente", con lo que se estaría reduciendo a un mero ejercicio electoral.[315]

Para cumplir tal cometido, era necesario que se estableciera una hoja de ruta y se verificara, previamente, el cumplimiento de los requisitos formales y materiales para dar paso a la ampliación mediante su incorporación como miembro pleno. Precedentes en el propio caso venezolano se reportan en la historia reciente. En efecto, en el supuesto de que se hubiese adoptado una hoja de ruta, el liderazgo asumido por Brasil en 2003 en la conducción del "Grupo de Amigos de Venezuela", conformado también por la Secretaría General de la OEA, México, Chile, Colombia, España y Portugal, hubiese valido para avalar la acción en el bloque. Esa iniciativa en particular, aunque con resultados más bien modestos, "contribuyó a impedir el deterioro de la situación política venezolana, que en aquel momento podría haber culminado en una guerra civil".[316] Puede calificarse como un logro no desdeñable y tomarse en consideración para futuras experiencias.

c. Valoración crítica de la adhesión en cuanto a la condicionalidad democrática

Argumentos jurídicos y fácticos fueron esbozados para evidenciar el dilema que enfrentaba el Mercosur en cuanto a la ampliación propuesta

[313] Caetano, G., "Introducción", *Breve historia del Mercosur en sus 20 años. Coyunturas e instituciones (1991-2011)*, Montevideo, 2011, p. 66. Sitio web de Mercosur, disponible en: *http://www.mercosur.int/pmb/opac_css/index.php?lvl=notice_display&id=2423&seule=1*.

[314] Quijano, J. M., "El Mercosur 20 años después", en Caetano (ed.), *Breve historia del Mercosur en sus 20 años. Coyunturas e instituciones (1991-2011)*, Montevideo, 2011, p. 111.

[315] Bazán, V., "Mercosur y la democracia", publicado en el diario *Cuto de Argentina*. Disponible en: *http://www.diariodecuyo.com.ar/home/new_noticia.php?noticia_id=527188*.

[316] Hirst, M., "Los desafíos de la política sudamericana de Brasil", *Nueva Sociedad*, 2005, p. 134.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

mediante el ingreso de Venezuela. Según la doctrina, al menos tres presupuestos favorecían el escenario de la adhesión de Venezuela al Mercosur: la cláusula de habilitación, la regulación expresa de la aplicación directa y preferente a la legislación interna del derecho comunitario y, por último, el control de constitucionalidad previo de los instrumentos internacionales por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, lo que evitaría una impugnación posterior de la ley aprobatoria de los tratados, como había sido el caso con los tratados relativos al Acuerdo de Integración Andina.[317] *De jure*, al igual que el resto de los Estados parte, Venezuela está obligada a cumplir el principio democrático en los términos que prescribe su Constitución de 1999, en el que se recogen los valores e instituciones democráticas.[318]

En materia de derechos humanos, como se explicita en el Capítulo I, Venezuela está sujeta al mandato constitucional de la primacía de los tratados internacionales cuando regulen de un modo más favorable el goce de los derechos humanos, caso en el cual tienen rango constitucional.[319] La condicionalidad democrática para la adhesión del Estado venezolano debía haber tenido como guía, por tanto, los parámetros interamericanos, en particular los establecidos en la Carta Democrática Interamericana, porque expresan los consensos sobre la materia y porque son los estándares aceptados por todos los Estados parte. Una máxima esencial para estandarizar las buenas prácticas en materia de derechos humanos en el Mercosur se basa justamente en el cumplimiento de las decisiones de la CorteIDH. Los Estados parte y los Estados asociados del Mercosur, como miembros signatarios de la CADH que han aceptado la jurisdicción contenciosa de la CorteIDH, deben cumplir sus decisiones[320] y las mismas adquieren carácter definitivo e inapelable.[321] Éste era el régimen vigente durante la fase de la adhesión (anterior al preaviso de denuncia de la CADH).

[317] Bazán, "La integración supranacional y el Federalismo en interacción: perspectivas y desafíos", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, año 15, 2009, pp. 653 y ss.

[318] Para comentarios generales, Brewer-Carías, A., "Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999", Valadés y Carbonell (coords.), *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI*, México, 2000, pp. 171-193.

[319] Nikken, P., "La Constitución venezolana y el Derecho internacional de los derechos humanos", *Estado de derecho, administración de justicia y derechos humanos - en homenaje a la memoria de Luis Oscar Giménez y Manuel Torres Godoy*, Venezuela, 2005, pp. 585-638.

[320] Artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes".

[321] Artículo 67.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "El fallo de la Corte será definitivo e inapelable […]".

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

En mi criterio, unos de los parámetros fundamentales de la condicionalidad democrática que debía exigirse en la hoja ruta era el cumplimiento de las sentencias de la CorteIDH. Es indudable que una sentencia de la Corte es "cosa juzgada", obligatoria para el Estado demandado en cuestión, pero también es "cosa interpretada", válida *erga omnes partes*, en el sentido de que tiene implicaciones para todos los Estados partes en la Convención en su deber de prevención.[322] El acervo jurisprudencial está destinado pues no sólo a promover e incentivar avances a nivel doméstico, sino también a evitar retrocesos en los estándares de protección.[323] Como se apuntó supra, incluso existe la recomendación procedente del sistema andino de acudir a incierto mecanismo de informes en los sistemas regionales para velar por el cumplimiento del sistema interamericano.[324]

Asimismo, en la concretización de las buenas prácticas y las políticas públicas en materia de derechos humanos, tal como se pretende con las agencias del bloque del *cono sur*, los Estados parte y los Estados asociados deben regirse por la premisa de la no repetición de las violaciones como un componente central de la obligación que tienen los Estados de garantizar los derechos humanos, prevista en los artículos 1.1 y 2 de la CADH y el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Así lo ha dejado sentado la CorteIDH.[325]

Un argumento para oponerse a la adhesión de Venezuela debido al incumplimiento de la cláusula democrática en su actitud de rechazo sistemático al SIDH, ya descrita detalladamente.[326] Si bien es cierto que las dictaduras militares forman parte del pasado, es igualmente cierto que las

[322] Presentación del presidente de la Corte Interamericana de derechos humanos, juez Antônio A. Cançado Trindade, ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA): El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. OEA/Ser.G, CP/doc. 654/02, 17 octubre 2002. Disponible en: *http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/cancado_16_10_02.pdf*.

[323] Burgorgue-Larsen, L., "El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos entre clasicismo y realidad", en von Bogdandy et al. (eds.), *¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, *cit*., p. 311.

[324] Opinión de Diego García Sayán emitida en el II Encuentro de Magistrados Mercosur-Comunidad Andina.

[325] CorteIDH. Caso del "Caracazo" *vs*. Venezuela. Reparaciones. Sentencia del 29 de agosto de 2002. Serie C No. 93, párr. 52.

[326] Ayala Corao, C., "La sentencia 1.942 *vs*. la protección internacional de la libertad de expresión", *Derecho constitucional e institucionalidad democrática*, VIII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional, Valencia, 2003, pp. 433-505; Rey cantor, E., "El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos", *Estudios constitucionales*, Chile, año 4, núm. 2, 2006, pp. 299-334.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

ambivalencias entre democracias participativas y autocracias electorales,[327] también deben tomarse en consideración a la hora de exigir la condicionalidad democrática. Han transcurrido más de veinte años "sin amenaza de ruptura ni conspiraciones militares" y se asevera el compromiso derivado de la ratificación de los instrumentos de derechos humanos, "para construir una democracia que tenga como centro los derechos humanos durante un gran plazo".[328]

Si el consenso generalizado es una concepción de la democracia que va más allá del elemento electoral, se colige que la situación de los derechos humanos, la independencia del Poder Judicial, la inseguridad, entre otros factores, abren serias reservas en cuanto a la efectividad de la democracia en algunos países, lo cual llama a una alerta en torno a exigir el estricto cumplimiento de la cláusula democrática. En este orden de ideas era válido alegar que Venezuela, al mostrar una situación que merece especial atención respecto al cumplimiento de los estándares del sistema interamericano, no podría haber ingresado al Mercosur, sino que lo procedente hubiera sido fijar una hoja de ruta que implicara la adopción de los correctivos pertinentes.

Un hoja de ruta exigía evaluar el compromiso del gobierno venezolano con los valores mercosureños "comunes" en las áreas específicas relativas al sistema universal y regional de los derechos humanos. En el Mercosur, como se deduce de esta investigación, existen diversos instrumentos de carácter vinculante y otros de carácter no vinculante, que establecen la obligación positiva de los Estados de proteger y promover los derechos humanos y las libertades fundamentales, la democracia pluralista y el Estado de derecho. A tal efecto, clarificar cuáles estándares, de los generalmente aceptados respecto a los valores comunes, contaba con indicadores precisos: tratados sobre derechos humanos ratificados, cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana (CIDH), ejecución de las sentencias de la CorteIDH. En particular, el cumplimiento de las medidas provisionales, que atañen, en el caso venezolano, a un sector especialmente vulnerable como son las personas privadas de libertad.

El 29 de junio de 2012 en la Cumbre de Mendoza, Argentina, los Jefes de Estado del Mercosur tomaron la decisión de incorporar a Venezuela,[329] una vez formalizada la suspensión de Paraguay en la misma Cumbre. Las

[327] Hadenius, A. y Teorell, J., "Pathways from Authoritarianism", *Journal of Democracy*, vol. 1, 2007, pp. 143-156.

[328] Miranda, N., "Integración regional: una articulación permanente en derechos humanos", *Políticas públicas de derechos humanos en el Mercosur*, Montevideo, 2004, p. 17.

[329] Declaración sobre la incorporación de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur, Mendoza, 29 de junio de 2012.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

paradojas de la región suramericana quedaron reveladas en su máxima expresión: Paraguay, país fundador cuyo Parlamento había rechazado ratificar el Protocolo de Adhesión de Venezuela por los cuestionamientos en torno al incumplimiento de la cláusula democrática por ese país, es suspendido del bloque por violar la cláusula democrática. Así como la ruta de la adhesión contó con críticas jurídicas y políticas, la incorporación formal no lo ha sido menos. La unanimidad de los cuatro países requerida por el artículo 20 del TA no se produjo. Bastaron los votos de los presidentes de Argentina, Brasil y Uruguay para aprobar el ingreso de Venezuela como miembro pleno, dado que la suspensión de Paraguay, en aplicación del Protocolo de Ushuaia, aparejó la limitación en la participación en los órganos, así como la pérdida de los derechos de voto y de veto.[330] La larga espera de Venezuela de casi seis años para ingresar al Mercosur dio un revés inesperado para resolverse en una semana y consumarse oficialmente sólo un mes después.[331] Con posterioridad, el Consejo del Mercado Común, en su condición de órgano superior, decidió fijar el 12 de agosto de 2012 como fecha para adquirir el estatus de miembro pleno e instruye al Grupo del Mercado Común para reglamentar la suspensión, modificando la redacción del Protocolo de Ouro Preto.[332]

Se ha referido que el ingreso obedece principalmente a razones de índole político-económico. La modalidad de funcionamiento intergubernamental con prioridad en la dimensión política y en la cooperación regional en determinados sectores (energía, infraestructura, transporte) desempeñó un papel crucial. No obstante, sin entrar a valorar la importancia de Venezuela dentro del Mercosur en ámbitos como el económico,[333] es necesario afirmar categóricamente que la propia adhesión no cumplió lo establecido en el artículo 20 del Tratado de Asunción en cuanto debía ser una "decisión unánime de los Estados Partes" ni cumplió lo dispuesto en el artículo 12 del Protocolo de Adhesión de Venezuela respecto a la entrada en vigencia a partir del trigésimo día contado a partir de la fecha de depósito del "quinto

[330] Decisión sobre la suspensión del Paraguay en el Mercosur en aplicación del protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático. Disponible en: *http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4496/1/ver_adjunto.pdf*.

[331] Reunión especial celebrada el 31 del julio del 2012 en Río de Janeiro, Brasil.

[332] Se fijó el 12 de agosto de 2012 como fecha del ingreso y se agregó una frase al artículo 40 POP, que establece el procedimiento para la vigencia de las normas y advierte ahora que los EP deben estar "en pleno ejercicio de sus capacidades".

[333] Aun cuando también en el plano económico las medidas intervencionistas, que lesionan los derechos de propiedad de inversionistas originarios del Mercosur, aunado a la existencia de controles de cambio, de precios y del comercio exterior son vistos como amenazas para el bloque.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

instrumento de ratificación". La adhesión carece de fundamentación jurídica.[334] Incluso en medio del proceso de la toma de decisión no faltaron voces críticas desde los propios EP, bien cuestionando la legalidad de la decisión,[335] bien manifestando su apego al consenso de los tres EP.[336] Paraguay igualmente divulgó su contrariedad –ya analizada anteriormente– apoyándose en dictámenes jurídicos de expertos europeos que calificaron el hecho como ilícito internacional. [337]

Los argumentos desde el punto de vista constitucional y del sistema interamericano de protección que presenté en los capítulos anteriores los dejo por reproducidos en este punto. La denuncia de la Convención Americana presentada por Venezuela, insisto, es contraria al Protocolo de Asunción. Venezuela, como Estado parte, está en la obligación de garantizarle a sus ciudadanos el mismo acervo tuitivo que rige en los otros EP. En mi opinión, se está vulnerando el *ius constitutionale commune*. Dos parámetros referenciales de las políticas públicas en derechos humanos en el Mercosur sirven para fundamentar esta postura crítica: la falta de ratificación del Protocolo de San Salvador y la falta de ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas. Todos los Estados parte han ratificado el Protocolo de San Salvador sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), como marco esencial para avanzar en la puesta en práctica de los indicadores de desarrollo elaborados para garantizar su justiciabilidad. Paradójicamente, la propuesta de los indicadores la lanzó Argentina, el IPPDH del Mercosur acompañó el proceso de elaboración, en el Grupo de Trabajo estuvieron representantes de los Estados parte del Mercosur. Por

[334] En Argentina se encuentran las voces de Alejandro Perotti y Santiago Deluca. Víctor Bazán cuestiona la impronta autoritaria del gobierno venezolano y llama la atención sobre una concepción de la democracia limitada a las elecciones. *Cfr*. Bazán, V., "Mercosur y la democracia", *Cuto de Argentina*, 4 de Julio de 2012. *http://www.diariodecuyo.com.ar/home/new_noticia.php?noticia_id=527188.entre otros*.

[335] Boletín de noticias correspondiente al día 03.07.2012, tomadas de la Embajada de Uruguay en El Salvador. Disponible en: *http://www.embajadauruguay.com.sv/Embajada/bolprensa03.07.2012.php*.

[336] Argentina y Brasil niegan presiones a Uruguay para incorporar a Venezuela al Mercosur. Cfr. Noticias políticas. Globedia. Disponible en: *http://cl.m.globedia.com/argentina-brasil-niegan-presiones-uruguay-incorporar-venezuela-mercosur*.

[337] José Antonio Pastor Ridruejo, conocido catedrático español que fue juez en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Dictamen del Prof. Pastor Ridruejo sobre la suspensión de Paraguay del Mercosur, disponible en*: http://www.mre.gov.py/v1/Noticias/116-dictamen-del-prof-pastor-ridruejo-sobre-la-suspensin-de-paraguay-en-el-mercosur.aspx*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

tanto, es una de las políticas públicas claves para el bloque y donde se ha avanzado en la armonización.

La materia del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura, que prevé el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, es el instrumento que sirve de soporte al plan de trabajo propuesto por el IPPDH, explicitado en el capítulo I. ¿Cómo aplicar este diseño al caso venezolano si no ha ratificado tal Protocolo Facultativo? Los compromisos internacionales reflejados en el Protocolo de Asunción no pueden ser simplemente letra muerta.[338]

La condicionalidad democrática 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 estrictamente ni en el caso de la suspensión de Paraguay ni en la 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. La cuestión del retorno de Paraguay, estando Venezuela en la presidencia *pro tempore* del bloque del cono sur está sometida a críticas. Es un tema abierto al debate y con distintos escenarios posibles de solución. Sin embargo, la clave para atender el cumplimiento de la cláusula democrática, interna y externamente, no puede ser otra que respetar el *ius constitutionale commune* democrático vigente en la región. Según mi opinión, el acto de adhesión no se dictó en conformidad con la normativa vigente en el Mercosur y así debe ser planteado en la instancia jurisdiccional.

2. *Mecanismo jurisdiccional*

En el ámbito jurisdiccional también se constata un germen de la protección jurisdiccional del orden democrático en sentido amplio. Según mi opinión, la tendencia refleja un cambio de paradigma en cuanto al giro hacia

[338] Vivanco, J. M., *Human Rights Watch*, Carta abierta, 07.08.2102. Disponible en: *http://www.abc.com.py/edicion-impresa/politica/piden-que-el-mercosur-revise-la-situacion-de-ddhh-y-concentracion-de-poder-en-venezuela-435173.html*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

una jurisdicción menos atada al carácter comercial y consciente de la necesidad de ratificar la vinculatoriedad de los Estados partes al derecho de la integración.[339] El sistema de solución de controversias ha ido experimentando una mutación, desde una primera etapa de larga "transitoriedad" bajo la vigencia del Protocolo de Brasilia (1994-2004) y luego con los Protocolos de Olivos y Ouro Preto.[340]

Es una premisa válida que los Tribunales Arbitrales *ad hoc* (TAAH) y el Tribunal Permanente de Revisión (TPR)[341] han sido concebidos inicialmente para resolver asuntos vinculados a restricciones de las libertades inherentes al mercado común. Al TPR se le atribuye una configuración híbrida producto de las corrientes contrapuestas al momento de su creación entre un enfoque minimalista y un enfoque maximalista. En la primera se pone el acento en su rol de segunda instancia jurisdiccional de los tribunales *ad hoc*, más bien como tribunal arbitral y bajo una concepción restrictiva de sus competencias. En la segunda corriente, por el contrario, se inscribían los partidarios de un auténtico Tribunal, con competencias y funciones explícitas e implícitas necesarias para dar coherencia, uniformidad y certeza a sus laudos y resoluciones, facilitando la formación de un acervo jurisprudencial del Mercosur.[342]

Comparto con Alejandro Perotti que el TPR adolece, en lo normativo e institucional, de limitaciones para consolidarse como órgano jurisdiccional comunitario por excelencia, pero dichas restricciones no le han impedido demostrar, mediante sus decisiones, su inclinación a constituirse en un tribunal de justicia que garantiza el Estado de derecho y los derechos de los particulares.[343] Algunos fallos han estado precisamente orientados a precisar el deber de los Estados parte en el cumplimiento del derecho de la integración.[344] La ausencia del carácter supranacional en el ordenamiento mercosureño no impide, según los criterios sentados, que la interpretación

[339] El derecho de la integración ha ido alcanzando, paulatinamente, su autonomía científica, legislativa, didáctica, doctrinaria y jurisprudencial. Marchesini, G. M., *El derecho de la integración y la libre circulación de la mano de obra en la futura comunidad latinoamericana*, Buenos Aires, 1973.

[340] Para la evolución, véase Deluca, S., *Unión Europea y Mercosur: los efectos del derecho comunitario sobre las legislaciones nacionales*, Buenos Aires, 2003.

[341] Artículos 9-16 y artículos 17-24 del Protocolo de Olivos respectivamente.

[342] Conforme a las estadísticas del TPR, se han dictado 10 Laudos arbitrales de los Tribunales Ad-hoc, 12 Laudos del TPR, 3 opiniones consultivas y 4 resoluciones.

[343] Perotti, A. D., *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el Mercosur*, Madrid, Barcelona y Buenos Aires, 2008.

[344] Noodt Taqueda, M. B., "La primacía del derecho del Mercosur en su primer laudo arbitral", *La Ley*, Tomo III, Buenos Aires, 1999, pp. 295 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

de los instrumentos internacionales se realice conforme a los fines, objetivos y principios del sistema de integración.[345] Se ha señalado que el derecho del Mercosur no acepta derogación de las normas mercosureñas por leyes nacionales posteriores y se ha obligado a adaptar la legislación interna para que sea compatible con el derecho del bloque.[346]

El TPR es el órgano que, conforme al Protocolo de Olivos,[347] tiene atribuida la función primaria y fundamental de asegurar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento del ordenamiento jurídico mercosureño de forma consistente y sistemática[348] y le corresponde, en su labor hermenéutica, determinar el sentido y alcance con carácter auténtico de la normativa mercosureña. Teniendo como trasfondo el cambio de paradigma hacia una jurisdicción menos atada al carácter comercial se constatan ciertas señales positivas.

La gestación de este acervo ha tenido como protagonistas a todas las personas naturales o jurídicas, que tienen la facultad de poder acudir a las instancias judiciales competentes para obtener el reconocimiento de los derechos que le confieren las normas del ordenamiento de la integración, y la correlativa obligación de los jueces nacionales de aplicarlas, cualquiera que sea la legislación del país al cual pertenezcan. Hasta fines de 2009 se registraban más de 1500 sentencias dictadas por los tribunales nacionales aplicando el derecho del Mercosur.[349] Es el "otro" Mercosur del que habla Alejandro Perotti, sin carácter peyorativo, sino por el contrario, describe el "proceso de integración judicial y jurisdiccional que en forma continua y constante se profundiza diariamente, en forma independiente de las negociaciones entre los Estados Partes".[350]

Igualmente por la vía de la solicitud de opinión consultiva se desarrolla un mecanismo de acceso indirecto de los particulares al TPR y se le otorga un rol protagónico al juez nacional. Con el objeto de resguardar la aplica-

[345] TAHM, Laudo I, consid. 78.

[346] TAHM, Laudo VI, neumáticos, no. b.2, c. En cuanto al Luado TAHM, Laudo VIII, IMESI, no. ii, Marianne Klumpp invoca incluso una cierta semejanza en el deber de inaplicar una norma por parte del juez ordinario si colide con la norma del bloque. Cita la autora las decisiones Flaminio Costa, de fecha 15.07.1964 (6/64) y Simmenthal, de fecha 09.03.78 (106/77). *Cfr.* Klumpp, M., "La efectividad del sistema jurídico del Mercosur", *Mercosur, Estudios en homenaje a Fernando Henrique Cardoso*, Baso (Org.), São Paulo, 2007, p. 74.

[347] TPR, Resolución No. 02/2007, considerando XXII, del voto de la mayoría.

[348] *Ibidem*, considerando IX del voto de la mayoría.

[349] Dreyzin de Klor, A. y Perotti, A. D., *El rol de los tribunales nacionales de los Estados de Mercosur*, Córdoba, 2009, p. 91.

[350] Perotti, A., "¿Qué está pasando en el «otro» Mercosur?: hoy, las Opiniones Consultivas", *Temas del Cono Sur*, núm. 41, octubre de 2007, pp. 14 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

ción uniforme en el territorio de los Estados parte, el TPR puede emitir pronunciamientos fundados —no vinculantes ni obligatorios— en torno a preguntas de carácter jurídico respecto de la interpretación y aplicación de las normas Mercosur.[351] Son competentes para solicitar las opiniones consultivas no sólo los órganos decisorios del bloque sino también el Parlamento del Mercosur y los superiores tribunales de justicia de los Estados parte.[352]

Es un signo de transformación ya que, mediante la posibilidad de consultar si un acto del poder público estatal es compatible o no con las normas vigentes en el Mercosur, el juez doméstico es a la vez juez de la integración. La Corte Suprema de Justicia de Paraguay al igual que la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental de Uruguay han solicitado opiniones consultivas;[353] mediante la Acordada 13/2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina aprobó las "Reglas para el trámite interno previo a la remisión de las solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur".[354]

El criterio expresado por Pierre Pescatore ya en 1996 respecto al papel creativo del juez nacional en su labor interpretativa de la "ley comunitaria", más exigente que la de llenar lagunas del derecho nacional, incluso corriendo el riesgo de caer en una acción *ultra vires*, ha encontrado eco en la doctrina suramericana.[355] Estos pasos son indicativos de la tendencia a favorecer un carácter no meramente arbitral a la jurisdicción mercosureña.

A. *Una jurisprudencia democrática en estado embrionario*

La primera decisión del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur alusiva al Protocolo de Ushuaia se produjo en 2012 a raíz de la suspensión de Paraguay. Este país argumentó que la incorporación de Venezuela como miembro Pleno del Mercosur es ilegal, violatoria del Protocolo de Adhesión

[351] Artículos 3 y 11 CMC/DEC No. 37/03, Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias.

[352] Artículos 2, 3 y 4 RPO, CMC/DEC No. 2/07 y artículo 13 del Protocolo del Parlasur.

[353] Opinión Consultiva No. 01/2007 (Paraguay); Opinión Consultiva No. 01/2008 (Uruguay); Opinión Consultiva No. 01/2009 (Uruguay). Las decisiones están disponibles en la página oficial del TPR.

[354] CSJN, Expediente No. 2337/2008, Buenos Aires, a los 18 días del mes de junio de 2008.

[355] Perotti, A., "Algunos desafíos que presenta la constitución de un tribunal de justicia comunitario", *El Derecho*, Buenos Aires, 14.03.2011, pp. 7-11. Cita a Pescatore, P., "La interpretación del derecho comunitario por el juez nacional", *Revista de las instituciones europeas*, Madrid, vol. 23, núm. 1, 1996, pp. 24 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

de Venezuela de fecha 4 de julio de 2006, que exige que dicho instrumento entre en vigor a partir de la fecha del quinto instrumento de ratificación.

Paraguay interpuso un escrito (demanda) ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, vía procedimiento excepcional de urgencia en relación con la exclusión de su participación en los Órganos del Mercosur y la incorporación de Venezuela como miembro pleno.[356] Conforme al Tratado de Asunción, son cuatro los Estados Parte y el artículo 20 prevé explícitamente que la aprobación de las solicitudes de adhesión deben ser objeto de "decisión unánime" de los Estados parte. Santiago Deluca afirma que la sanción se refiere a los derechos de participación, sin menoscabarse los intereses económico-comerciales de Paraguay a futuro, y sería improcedente vulnerar el derecho a vetar el ingreso a Venezuela, cuyo Protocolo de Adhesión se suscribió en fecha anterior a su suspensión.[357]

Otro argumento empleado por Paraguay tiene fundamento en el propio artículo 12 del Protocolo de Adhesión de Venezuela, cuya vigencia se condiciona al "trigésimo día contado a partir de la fecha de depósito del quinto instrumento de ratificación". Se advierte que el ingreso de Venezuela realizado sin este requisito de la ratificación por parte de Paraguay es nulo de nulidad absoluta, por lo que no está permitido que en estas condiciones Venezuela adquiera la calidad de miembro pleno del Mercosur hasta tanto Paraguay no deposite la ratificación correspondiente como socio fundador.[358]

Cuando el Tribunal Permanente de Revisión se pronunció sobre las medidas excepcionales de urgencia solicitadas por Paraguay ante la suspensión de su derecho a participar de los órganos del Mercosur,[359] resaltó su competencia *ratione materiae* para conocer de las controversias que abarquen normas del Protocolo de Ushuaia, que es parte integrante del Tratado de Asunción.[360]

[356] Todos los argumentos pueden encontrarse en el Laudo No. 01/2012, TPR, Procedimiento Excepcional de Urgencia solicitado por la República del Paraguay.

[357] Deluca, S., *El Mercosur ¿Un rompecabezas de posible solución?*, Buenos Aires, 18 de julio de 2012.

[358] Comunicado de la Cancillería nacional sobre el ingreso de Venezuela como miembro pleno del Mercosur, Asunción, 31 de julio de 2012.

[359] Decisión sobre la suspensión del Paraguay en el Mercosur en aplicación del Protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático, Mendoza, 29 de junio de 2012. Disponible en: *http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4496/1/ver_adjunto.pdf*.

[360] Laudo 01/2012, Laudo del Tribunal Permanente de Revisión en el procedimiento excepcional de urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común del Sur (Mercosur) y a la incorporación de Venezuela como miembro pleno, párrs. 35-43. Disponible en: *http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Geraldo Vidigal, además de utilizar una nomenclatura singular para describir el cambio desde el Mercosur fundacional al Mercosur actual (el cambio del M4 al M3 en cuanto a los Estados miembros), comenta que para el TPR puede generarse una situación compleja en cuanto a un futuro procedimiento por parte de Paraguay. El Tribunal tendría la opción de aceptar plenamente la validez de la decisión del M3 de Mendoza o, en el escenario contrario, estimar que dicha decisión no puede anular el requisito de unanimidad previsto en el artículo 20 del Tratado de Asunción en tanto que todos los Estados deben ratificar el Protocolo de adhesión. En este último caso, la declaración de Mendoza se quedaría sin efectos jurídicos y el consentimiento de Paraguay sería un requisito indispensable para el ingreso de Venezuela. Esta decisión también afectaría al Protocolo de Adhesión de Bolivia, firmado el 7 de diciembre de 2012, que se firmó de modo idéntico bajo la protestas de Paraguay.

Tal como señala el autor, es un tema que tiene como trasfondo si se produjo o no el llamado "golpe constitucional" o si se respetó o no la normativa constitucional paraguaya (artículo 17 que establece una serie de derechos procesales aplicables a "cualquier procedimiento"). Ante el interrogante sobre la facultad del TPR para indagar más allá de la validez formal de la decisión de Mendoza y pronunciarse acerca de si los términos de la suspensión fueron proporcionales a la gravedad de la ruptura de la democracia, no sólo exigiría un examen de distintos órdenes normativos sino también requeriría un cambio importante en la forma de enfoque del tribunal. Opina que no parece una opción convincente en virtud de que el TPR rechazó la demanda de interpretación teleológica haciendo hincapié en la ausencia de supranacionalidad del derecho del Mercosur. Prosigue el autor afirmando que una opción menos audaz sería que el TPR afirmara un amplio margen de apreciación de los miembros sobre cuestiones políticas, salvaguardando al mismo tiempo su competencia para anular actos que impliquen sanciones claramente desproporcionadas. Las críticas más severas en relación con la decisión Mendoza, no son, de hecho, sobre los méritos de la decisión sino más bien a la falta de coherencia en la formulación y aplicación de la denominada "cláusula democrática".[361]

He venido sosteniendo que la claúsula democrática del Protocolo de Ushuaia puede aplicarse en casos de erosión de la democracia, lo que rige tanto para el ingreso como para la sanción. Por tanto, el TPR podría inspi-

[361] Vidigal, G., "Enforcing Democracy at the Regional Level: Paraguay's Suspension before the Mercosur Court", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 2, núm. 2, 2013, pp. 337-349.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

rarse en los criterios desarrollados en el sistema paraguas que es el interamericano y sentar un precedente en este sentido garantista. Pero en el escenario actual no es posible formular hipótesis. En la expresión de Alejandro Perotti, son incógnitas jurídicas si se llevará a cabo el levantamiento de la suspensión o se producirá el retiro del proceso de integración de Paraguay y está sometido a debate.[362]

En esta ocasión, el TPR sólo se declaró competente para conocer de los conflictos emanados de la aplicación del Protocolo de Ushuaia, pero no declaró con lugar el recurso por no cumplirse todos los requisitos exigidos para un procedimiento de medidas de urgencia, particularmente por no tratarse de bienes perecederos. Como ya mencioné, la declaratoria de competencia *ratione materiae* me parece un desarrollo positivo por parte de un tribunal al que pretende reconocérsele sólo competencia de tipo arbitral.

B. *Un reforzamiento del mecanismo jurisdiccional: Proyecto de la Corte de Justicia para el Mercosur*

La propuesta de creación de una Corte de Justicia para el Mercosur se inscribe en la línea de reforzar los mecanismos jurisdiccionales de protección de la democracia en su vínculo con los derechos humanos en el Mercosur. Especial relevancia tiene el hecho de que se trate de una propuesta presentada por el Parlamento del Mercosur (Parlasur). Este órgano, que originalmente fue constituido en el Protocolo de Ouro Preto de 1994 como Comisión Parlamentaria Conjunta[363] y se transformó en Parlamento en el 2005,[364] comenzó a funcionar en diciembre de 2006 para reactivar el blo-

[362] Perotti, A., "Paraguay y el Mercosur: levantamiento d ela susensión o retiro del proceso de integración: incógnitas jurídicas", *Panel Mercosur, to be or not to be?*, Cámara de Comercio Paraguayo Americana, Asunción, Paraguay, 18 de julio de 2013.

[363] El antecedente de un Parlamento Regional se encuentra en el Parlatino. Véase al respecto Labrano Ruiz, R. D., *Mercosur, Integración y Derecho*, Buenos Aires, 1998, p. 441.

[364] Véase Decisión 23/05, XXIX CMC – Montevideo, 08/XII/05. *Cfr*. Correa Freitas, R., "Los órganos del Mercosur: hacia la conformación de un Parlamento común", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Uruguay, 2005, pp. 809 y ss. Para conocer en detalle los documentos que acompañaron todo el proceso, ver "Hacia el Parlamento del Mercosur", Fundación Konrad Adenauer y Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur, Uruguay, 2006; *Cfr*. Sabsay, D. A., "Federalismi e integrazioni sopranazionali. La experiencia del Mercosur: comparación con la Unión Europea", *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione Europea e Mercosur*, Milán, Bilancia, 2006, p. 370.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

que.[365] En 2009 se promulgó el histórico acuerdo político relativo a la representación ciudadana y en 2010, mediante la decisión CMC No. 28/10, se aprobó el Acuerdo Político para la Consolidación del Mercosur, posibilitando una proporcionalidad atenuada gracias a la elección de sus representantes y, por ende, la posibilidad de procurar una mayor transparencia y acercamiento con los ciudadanos. [366]

Como advierte Norbert Tüllmann, en el escenario de "funstitucionalismo supragubernamental" propio del Mercosur, el Parlasur vive una metamorfosis encaminada hacia convertirla en una institución realmente comunitaria de representación de la ciudadanía (de los Estados parte) del Mercosur, con características claras de órgano supranacional en construcción.[367] En este sentido, la "elección directa" de los parlamentarios del Parlasur en todos los Estados parte, que debe realizarse a más tardar a partir de 2015[368] y que debe respetar las asimetrías demográficas entre los países,[369] es un elemento distintivo de esta metamorfosis. En la agenda mercosureña, gracias al considerable *spillover* que la integración ha provocado en un cierto sentido de construcción comunitaria, el reforzamiento institucional representa un desafío y el Parlamento aparece como órgano que puede proveer legitimidad democrática.[370]

Otra razón que justifica la importancia de la propuesta del Parlasur sobre la creación de la Corte de Justicia radica en su rol político como foro

[365] Gratius, S., "Neue Impulse für den Mercosur: Der Faktor ‚Lula'", *Brennpunkt Lateinamerika: Politik, Wirtschaft, Gesellschaft*, Hamburgo, núm. 4, 2003, pp. 35 y ss. Se le ubica como un paso hacia el afianzamiento de la democracia, la estabilidad económica y la inserción global en la política del Mercosur. *Cfr*. Guedes de Oliveira, M. A., "Mercosur: Desarrollo político y temas comparativos con la Unión Europea", en Peña et al. (comps.), *La Unión Europea y la integración regional, Perspectivas comparadas y lecciones para las Américas*, Buenos Aires, 2005, p. 243.

[366] *Cfr*. Machado Arcanjo, F. E./Cláudia Drummond, M., *Parlamento do Mercosul: proporcionalidade das bancadas nacionais e questões eleitorais internas*, 2008, pp. 4 y s, disponible en: *http://www.senado.gov.br/evmmercosul/publico/setores/000/33/noticias/2008/8/359/pm-artigo-proporcionalidade-julho2008%20vers%C3%A3o%20final.pdf*.

[367] Tüllmann, N., *En busca de la conciencia mercosureña*, Montevideo, 2011, pp. 68 y ss.

[368] Está planteado incluso que a partir de 2014, cuando todos los países elijan en una misma fecha sus parlamentarios, se instituya el "Día del Mercosur Ciudadano". *Cfr*. Legitimidad democrática en el Mercosur. Centro de Integración, cooperación y desarrollo internacional (CICODI). Disponible en: *http://www.cicodi.org/Novedades.aspx?NovedadId=627*.

[369] Un diputado de Brasil representaría 10.000.000 de ciudadanos de ese país, mientras un diputado uruguayo sólo a 185.000. *Cfr*. Drummond, M. C., "Representación ciudadana en el Parlamento del Mercosur: la construcción del acuerdo político", *Puente @ Europa*, año 7, número especial, diciembre de 2009, p. 66.

[370] Gratius, S., *Mercosur y Nafta. Instituciones y mecanismos de decisión en procesos de integración asimétricos*, Madrid y Fráncfort, 2008, p. 301.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

para la democracia. En el Preámbulo del Protocolo Constitutivo del Parlasur los Estados partes manifiestan ser conscientes de que el órgano "significará un aporte a la calidad y equilibrio institucional del Mercosur, creando un espacio común en el que se refleje el pluralismo y las diversidades de la región, y que contribuya a la democracia, la participación, la representatividad, la transparencia y la legitimidad social en el desarrollo del proceso de integración y de sus normas".[371] Conforme a los propósitos, principios y competencias del Parlamento (artículos 2, 3 y 4 del mismo Protocolo), le corresponde contribuir a la preservación del régimen democrático.[372]

El Parlasur ha presentado la propuesta de creación de una "Corte de Justicia del Mercosur" en 2010.[373] Según el Proyecto de Protocolo presentado por el Parlasur, los perfiles serían los de un órgano supranacional (superando la naturaleza arbitral), que dicte sentencias en lugar de laudos y que esté integrado por jueces independientes en vez de árbitros. En cuanto a las atribuciones, el proyecto de Protocolo Constitutivo de la Corte de Justicia del Mercosur prevé que sea el único foro judicial para conocer de acciones de nulidad (artículos 17 y ss.), de omisión (artículos 22 y ss.), de incumplimiento (artículos 24 y ss.) y una cuestión prejudicial (artículos 33 y ss.), junto a la regulación del acceso directo de los particulares. Con esta propuesta, el Parlasur apunta a coadyuvar a la construcción de una Corte y que como tal, ejerza también las competencias de velar por la interpretación y aplicación del derecho de la integración bajo una óptica correlativa con los valores y principios que le sirven de fundamento. Del mismo, esta propuesta de Corte conllevaría al establecimiento y aplicación de estándares conformes con los desarrollos del sistema interamericano, como lo prevén los PU y PA.

C. *Un mecanismo jurisdiccional indirecto: la opinión consultiva ante la CorteIDH*

La primera solicitud de opinión consultiva formulada por los Estados parte del Mercosur ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

[371] Mann, G. H., *Transatlantische Freihandelszone. Politische und ökonomische Perspektiven einer transatlantischen Freihandelszone aus EU, Mercosur und NAFTA*, Fráncfort, 2007, p. 159.

[372] Un precedente importante tuvo lugar en agosto de 2008 cuando se invocó la competencia del Parlamento, específicamente de su Comisión de Derechos Humanos, para debatir asuntos vinculados a las presuntas violaciones del principio democrático y de los derechos humanos. El alcalde Leopoldo López Mendoza inhabilitado para las elecciones de 2008 presentó su caso a la Diputada uruguaya Adriana Peña, Presidenta de la Comisión de derechos humanos del Parlasur. Disponible en: *www.elpais.com/articulo/internacional/alcalde/suspendido/Caracas/acude/Mercosur/elpepuint/20080808elpepiint_6/Tes*.

[373] Mercosur/PM/PN 02/2010 referido a la creación de una "Corte de Interpretación del Mercosur".

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

en relación con la temática de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes,[374] constituye un mecanismo de protección jurisdiccional indirecto que coadyuva a la configuración del *ius constitutionale commune* en la región suramericana. El viejo paradigma que calificaba como aporía la vinculación del sistema interamericano como ordenamiento que sirve de "manto" o "paraguas" a los subsistemas de integración ha quedado en el pasado. Este avance es una muestra del lento, pero progresivo desarrollo del constitucionalismo multinivel suramericano, en el entendido que los regímenes son complementarios y no dicotómicos, tal como ocurre entre la protección universal y la regional de los derechos humanos.[375]

¿Cuál es el fundamento jurídico de esta interacción? La CADH dispone en el artículo 28.3 que "Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención". El Mercosur, aun no siendo una Federación, constituye una asociación de Estados en la que debe velarse por las garantías. [376] El Protocolo de Asunción (PA) regula en su Preámbulo que los Estados partes del Mercosur reafirman los principios y normas contenidas en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos regionales de derechos humanos, así como en la Carta Democrática Interamericana. La plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales representan condiciones esenciales de la integración (artículo 1, PA), los Estados se comprometen a cooperar mutuamente para la promoción y protección efectiva de los mismos (artículo 2) y en caso de que se registren graves y sistemáticas violaciones en situaciones de crisis institucional o durante la vigencia de estados de excepción se aplicarán medidas (artículos 3 y ss., PA). Por tanto, tal como argumento, esta interacción en el campo de la jurisdicción consultiva de la CorteIDH es un mecanismo jurisdiccional para salvaguardar la democracia en su concepción amplia.

[374] Véase el resumen ejecutivo. Disponible en: *http://www.observatoriomercosur.org.uy/UserFiles/File/IPPDH_ Resumen_Ejecutivo_Opinion_Consultiva_MERCOSUR_ante_CIDH_Derechos_ninos_migrantes.pdf. También la nota de prensa de la Corte IDH. http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_11_11_esp.pdf*.

[375] Piovesan, F., *Direitos humanos e justiça internacional*, São Paulo, 2007, p. 14.

[376] Juliano, M. A., "El control de convencionalidad", *Derecho a réplica: espacio crítico sobre sistema penal, estado y sociedad*, 18 de agosto de 2009. Disponible en: *http://derecho-a-replica.blogspot.de/2009/08/el-control-de-convencionalidad.html*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

¿Cómo surge la interacción? En la XVII Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías, llevada a cabo en el mes de abril de 2011 en Asunción, los Estados participantes decidieron impulsar una opinión consultiva sobre la niñez migrante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, [377] otorgando al Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos el mandato de elaborar el texto. Dicha solicitud se hizo con el fin de profundizar y precisar la definición de estándares, principios y obligaciones concretas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que el documento califica como pieza clave, que los Estados deben cumplir en relación con las personas migrantes, en particular con los derechos de los niños y niñas migrantes e hijos e hijas de migrantes, a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, interpretadas de forma armónica con los derechos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

¿Qué objetivos persigue la solicitud de opinión consultiva? Persigue tres objetivos claramente orientados, en mi criterio, a concretizar el *ius constitutionale commune*: reconocer los estándares y principios medulares del derecho internacional de los derechos humanos en cuanto a la no devolución, definir el alcance de la protección de la condición de refugiado y precisar el principio de la protección de la vida familiar. Así, el órgano jurisdiccional del SIDH fortalece las bases del derecho común para "adecuar la legislación, la política migratoria y la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en los Estados Parte" del Mercosur, mientras paralelamente se afianza el orden normativo mercosureño ya existente en cuanto al procedimiento en materia del tránsito de Menores entre los Estados parte y los Estados asociados así como el Acuerdo para las bases de datos compartidas de niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad.[378]

Dada la importancia de identificar los elementos configuradores del *ius constitutionale commune* existente me limito a ejemplificarlos, no a título exhaustivo sino enunciativo, a lo largo de la argumentación sostenida por los Estados parte en la citada solicitud de opinión consultiva. Un primer rasgo se deduce del precedente de la CorteIDH acerca del alcance del deber de la protección especial de los niños, niñas y adolescentes del artículo 19 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, citado por los Estados

[377] Véase el resumen ejecutivo *en http://www.observatoriomercosur.org.uy/UserFiles/File/IPPDH_ Resumen_Ejecutivo_Opinion_Consultiva_MERCOSUR_ante_CIDH_Derechos_ninos_migrantes.pdf*. También, nota de prensa de la CorteIDH. Disponible en: *http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_11_11_esp.pdf*.

[378] Decisiones CMC Nº 25/08 y 26/08.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Parte. Se dejó sentado que para que las políticas públicas migratorias sean compatibles con dicha Convención, el eje central de ellas debe ser la obligación de los Estados de evaluar —en cada caso particular— la posibilidad de adoptar medidas alternativas a la privación de la libertad.[379] En tanto que migrar no es un delito, los Estados no deben desarrollar políticas públicas orientadas a criminalizar al migrante. Se argumenta con base en el principio de no criminalización de la migración irregular y se afirma que deben existir políticas públicas que aseguren el acceso a la educación, la salud, la vida familiar, la recreación y la prestación de servicios sociales vitales, entre otros, basados en su condición migratoria.

Un segundo rasgo, tomado del *petitorium* a la Corte, proviene de la especial consideración de ciertos principios del derecho internacional de los derechos humanos como son: el principio *pro homine*, el principio de no discriminación; la progresividad y dinamismo de los derechos humanos, el principio de protección de especialidad, el principio del interés superior del niño y el principio de "protección integral de los derechos del niño", para que se pronuncie en concreto sobre: *1)* los procedimientos para identificar la necesidad de protección internacional y potenciales de riesgo para los derechos de niños y niñas migrantes; *2)* el sistema de garantías de debido proceso; *3)* la no detención de niños y niñas, estándares para la aplicación de medidas cautelares en un proceso migratorio; *4)* medidas de protección de derechos que no implican restricciones a la libertad; *5)* obligaciones estatales en casos de custodia de niños y niñas por motivos migratorios; *6)* garantías de debido proceso ante medidas que impliquen restricciones a la libertad personal de niños y niñas por razones migratorias; *7)* el principio de no devolución en relación con los niños y niñas migrantes; *8)* procedimientos de protección para el reconocimiento de la condición de refugiados y *9)* derecho a la vida familiar de los niños y las niñas en casos de disponerse la expulsión de los padres.

Una tercera característica es que corrobora una vez más el policentrismo jurídico que condiciona la gestación del *ius constitutionale commune* y la manera en que interactúan los diversos niveles de protección. Por ejemplo, ante la problemática de la carencia del documento para acreditar su identidad y edad y el trato que mayoritariamente reciben como adultos, se acude al Comité de Derechos del Niño cuando ha establecido que se debe tomar en cuenta no sólo el aspecto físico, sino también la madurez psicológica del individuo, haciendo una evaluación con criterios científicos de imparciali-

[379] Véase OC -17/2002 sobre "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párr. 28.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

dad y seguridad, atendiendo al respeto de sus derechos y consideraciones de género.

En el punto de la detención de los migrantes con motivo de su condición irregular, cita expresamente que la CorteIDH ha decidido que la misma no debe, bajo ninguna circunstancia, tener un carácter punitivo y que las medidas privativas de liberad sólo deben ser utilizadas cuando fuere necesario y durante el menor tiempo posible. Los Estados parte se refieren al relator de Naciones Unidas sobre Derechos de Migrantes en su señalamiento de que los niños y niñas no deben ser detenidos por razones migratorias y que atendiendo a su interés superior se adopten medidas alternativas.[380] Insisten en exponer que cualquier medida que restrinja la libertad, sólo debería realizarse como medida de último recurso, una vez que se han hecho todos los esfuerzos posibles para aplicar medidas de protección de derechos en medio familiar y comunitario o alternativas a cualquier forma de libertad. Indican los Estados partes en la solicitud que la normativa debería establecer las causas concretas que habilitan a las autoridades competentes a utilizar la eventual privación de libertad como último y excepcional recurso. Se partiría de principios generales de derecho internacional de los derechos humanos, como el *pro homine* y el de integralidad e interdependencia de derechos, simbolizados en el principio *favor libertatis.* Todos estos principios se reconocen formando parte del *ius constitutionale commune*.

Otro ejemplo de la vinculación dialógica que hacen los Estados parte con los ordenamientos universal y regional es el punto del derecho a la vida familiar de los niños y las niñas en casos de disponerse la expulsión de los padres. Cita el pronunciamiento de la Corte Interamericana en torno a que los Estados, dentro de su responsabilidad de asegurar la protección y respeto de los derechos de los niños y niñas, tienen la obligación de favorecer —de la manera más amplia posible— el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.[381] Agregan que la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 9 que los Estados deben velar porque los niños y niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, excepto cuando se compruebe la violación de los derechos de la niñez en el ámbito familiar.

En último lugar vale la pena reiterar la prioridad del asunto de las restricciones a la libertad y la necesidad de la salvaguarda de las garantías esenciales apuntada por los Estados parte del Mercosur. Explícitamente ad-

[380] UNICEF, Examples of Good Practices in the Implementation of the International Franework for the Protection of the Rights of the Child in the Context Migration, Draft, Nueva York, 18 June 2010, *www.unicef.org/socialpolicy/files/UNICEF_Good_Practices_Children_HRs_and Migration_June_2010.pdf*.

[381] CorteIDH, 17/2002, párr. 66.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

vierten que las personas migrantes no pueden ser alojadas en establecimientos carcelarios u otros destinados a personas condenadas o acusadas, ya que ello afecta a las garantías básicas de los derechos humanos. Según la solicitud, deben existir condiciones apropiadas para el alojamiento temporal de los migrantes sin poner en riesgo su integridad física, su vida y sus derechos fundamentales. Ante menores de edad, deberían tenerse en consideración los principios generales de interés superior del niño, protección especial y protección integral de derechos, para diseñar y desarrollar condiciones en que se pueda ejecutar cualquier circunstancia. En la solicitud se recopilan los estándares tuitivos para los menores privados de libertad, tanto del plano universal como regional. Es un reconocimiento amplio del *ius constitutionale commune* vigente en los Estados parte del Mercosur.[382] Esta señal de interacción entre los distintos órdenes normativos de la democracia y los derechos humanos tiene especial significado para ir consolidando el enfoque del constitucionalismo multinivel suramericano de nuestros tiempos.

[382] Se hace alusión del deber de los Estados de contar con lugares y recursos adecuados que permitan el alojamiento de familias a fin de garantizar la unidad familiar; que los centros de detención no deberán localizarse en zonas aisladas, de tal modo que se tenga la oportunidad de establecer contactos periódicos con amigos y parientes; con el tutor y recibir la visita de éstos; tener asistencia espiritual, religiosa, social y jurídica, acceso a la educación, el esparcimiento y la salud.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

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 cuasi 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 ominicomprensivo 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 cuasi supranacional mercosureño en materia de derechos humanos y el propiamente constitucional.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

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 tímidamente, 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.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

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

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

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 indisociable 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.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

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

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

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

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

obviaron 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,[1] 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

[1] Véase el resumen ejecutivo. *Disponible en: http://www.observatoriomercosur.org.uy/UserFiles/File/IPPDH_ Resumen_Ejecutivo_Opinion_Consultiva_MERCOSUR_ante_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*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

concierne 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.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

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, acompasadas 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 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

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

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 mais* y rechazar cualquier vulneración del acervo del *ius constitutionale commune*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, V., "Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de políticas sociales", *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, 2007.

———, "Aportes para la implementación de los mecanismos nacionales de prevención de la Tortura en los países del Mercosur", *Fortalecimiento de la prevención y prohibición de la tortura*, Buenos Aires, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 2011.

———, "Autonomía y subsidiariedad: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales", en RODRÍGUEZ GARAVITO (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Argentina, 2011.

———, "Volver irreversibles ciertos derechos sociales", *Brecha*, Uruguay, artículo del 27 de julio de 2012 (Artículo de prensa).

———, "Derechos humanos en el proceso de integración", *Jornada 20 años del Mercosur*, disponible en la página oficial del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur (IPPDH).

——— y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, 2002.

ABREGÚ, M., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, una introducción*, Buenos Aires, 1997.

———, "Derechos humanos para todos: de la lucha contra el autoritarismo a la construcción de una democracia inclusiva - una mirada desde la Región Andina y el Cono Sul", SUR, São Paulo. Disponible en: http*://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo8.php?artigo=8,artigo_abregu.htm*.

——— y COURTIS (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, 2004.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

ACUÑAS, G. M., "Las relaciones Argentina-Brasil: convergencias y divergencias en el largo camino hacia la consolidación de una alianza estratégica, Centro Argentino de Estudios Internacionales Programa Política Exterior Argentina". Disponible en *www.caei.com.ar.*

AFONSO DA SILVA, V., "Integración y diálogo constitucional en América del Sur", en VON BOGDANDY *et al.* (coords.), *Derechos humanos, democracia e integración jurídica en América del Sur*, Río de Janeiro, 2010.

AGUIAR ARANGUREN, A., "La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz". Presentación de la obra "La Constitución de Cádiz de 1812. Hacia los orígenes del constitucionalismo iberoamericano y latino", Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004.

———, "El derecho a la democracia. La democracia en el derecho y la jurisprudencia interamericana. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia", Caracas, núm. 87, *Colección Estudios Jurídicos*, 2008.

———, "La libertad de expresión: ¿piedra angular de la democracia?", *La Ley*, Buenos Aires, año 72, núm. 142, 25 de julio de 2008.

———, *La libertad de expresión y prensa: jurisprudencia interamericana (1987-2009)*, Miami, 2009.

AGUILAR CAVALLO, G., "El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público", *Revista Ius et Praxis*, vol. 12, núm. 1, 2006.

———, "La internacionalización del derecho constitucional", *Estudios constitucionales*, año 5, núm. 1, Chile, 2007.

———, "Principio de solidaridad y derecho privado: comentario a una sentencia del Tribunal Constitucional", *Revista ius et praxis*, Chile, año 14, núm. 2, 2008.

———, "¿Emergencia de un derecho constitucional común? El caso de los pueblos indígenas (Parte I)", *Revista Derecho del Estado*, núm. 25, diciembre de 2010.

———, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos sociales", *Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 13, 2010.

———, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos sociales", en VON BOGDANDY *et al.* (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, México, 2011.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

ALCÁNTARA, M. y CRESPO, I. (orgs.), *Los límites de la consolidación democrática en América Latina*, Salamanca, 1995.

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 2007.

———, "Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 95, núm. 2, 2009.

ALONSO, J. A., "América Latina: las trampas del progreso", en FRERES y SANAHUJA (eds.), *América Latina y la Unión Europea. Estrategias para una asociación necesaria*, Barcelona, 2006.

ÁLVAREZ, M., "Los 20 años del Mercosur: una integración a dos velocidades", *CEPAL - Serie* Comercio *internacional*, Santiago de Chile, vol. 108, 2011.

ANGLÉS HERNÁNDEZ, M., "Fallo de la Corte Internacional de Justicia en materia ambiental, evidenciado en el asunto de plantas de celulosa sobre el río Uruguay", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 11, 2011.

ARANGO RIVADANEIRA, R., "La jurisdicción social de la tutela", en MOLINA-BETANCUR (ed.), *Corte Constitucional, 10 años, balance y Perspectivas*, Bogotá, 2003.

———, "Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia. Aporte a la construcción de un *ius constitutionale commune* en Latinoamérica", en VON BOGDANDY *et al.* (eds.), *Construcción y papel de los derechos fundamentales*, México, 2011.

———, "Los derechos sociales en Iberoamérica: Estado de la cuestión y perspectivas de futuro", en VON BOGDANDY *et al.* (eds.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Río de Janeiro, 2010.

———, *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, 2012.

ARAÚJO PRADO, F., "Dos Direitos Humanos e as Organizações nãogovernamentais: casamento marcado?", en OLIVEIRA (coord.), *O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos: Interface com o direito constitucional contemporâneo*, Belo Horizonte, 2007.

ARAUJO RENTERÍA, J., "Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales: Crítica", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, t. II, 2006.

ARBELAEZ URIBE, R., "Pacto Andino Textos Fundamentales", *Serie Integración*, Bogotá, 1979.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

ARCILA CANO, J. A., *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana (1985-2009)*, disponible en: *http://nemesis.unalmed.edu.co/forum/articulo6.pdf*.

ARENAS J. C. y VALENCIA A., "Elecciones y reelecciones presidenciales en América Latina", *Perfil de Coyuntura Económica*, Colombia, núm. 13, 2009.

ARRIGHI, J. M., "Derecho internacional y democracia en el Sistema Interamericano", *Estudios de derecho internacional*, Santiago de Chile, 2008.

———, "Democracia y derechos humanos en la Carta Democrática Interamericana", *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, Brasil, vol. 12, núm. 12, 2012.

ARUMBURU, E., "Historical Perspective. The Evolution of Mercosur in a South American Integration", *Pace International Law Review*, vol. 13, 2001.

ASENSIO, R., *Discriminación de género en las decisiones judiciales: justicia penal y violencia de género*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2010.

AYALA CORAO, C., "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias", *Derecho internacional de los derechos humanos*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional.

———, "El derecho a la participación política de los pueblos indígenas", *Revista IIDH*, Costa Rica, vol. 26, 1998.

———, "Algunas consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en Venezuela", *Tribunales Constitucionales Andinos*, Lima, 1997.

———, "La jerarquía de los tratados de derechos humanos", en MÉNDEZ y COX, *Futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, 1998.

———, *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas-San José, 1998.

———, "La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, 2007, año 5, núm. 1.

———, "Comentarios sobre la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (N° 1939) de fecha 18-12-08", *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 1, 2009.

———, "La doctrina de la 'inejecución' de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)", en VON BOGDANDY *et al.* (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un* ius constitucionale commune *en América Latina?*, México, t. II, 2010.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

———, "Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela", *Estudios constitucionales*, año 10, núm. 2, 2012.

———, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Caracas, 2012.

AZZALI, J. C. y BARBERI, P., *Acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes indígenas: criterios de actuación para una defensa técnica adecuada*, Defensoría General de la Nación - UNICEF Argentina, Buenos Aires, 2012.

BAEZA FREER, J. y LÓPEZ VARAS, M. A., "Patrones de conducta en los intentos de desestabilización democrática en Ecuador: el levantamiento policial de 2010", *Anuario de Derecho Público 2011 Universidad Diego Portales*, Santiago de Chile, 2011.

BANK, R., "Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán", *Ius et Praxis*, Chile, vol. 9, 2003.

BARAHONA DE BRITO, A., "Verdad, justicia, memoria y democratización en el Cono Sur", en BARAHONA DE BRITO *et al.* (eds.), *Las políticas hacia el pasado*, Madrid, 2012.

——— y MALAMUD, A., *The International Dimensions of Democratization: Debates, Paradoxes and Policy Options*, Lisboa, 2008.

BARAS, A., *Brasil en Sudamérica: De la indiferencia a la hegemonía*, Madrid, 2008.

BARRETTO GHIONE, H., *Consecuencias de la Declaración Sociolaboral del Mercosur en la interpretación y aplicación de las normas laborales en los ordenamientos nacionales*, Universidad Católica del Uruguay, p. 2. Disponible en: *www.revistas.luz.edu.ve/index.php/gl/article/viewFile/8685/8977*.

BAYÓN, J., "Ciudadanía, soberanía y democracia en el proceso de integración europea", disponible en: *http://www2.uah.es/filder//ciudadania-soberaniaydemocracia.pdf*.

BAZÁN, V., "El Mercosur en prospectiva: la dimensión constitucional del proceso integrativo. La opción axiológica en favor de la seguridad jurídica comunitaria y de la protección de los derechos fundamentales", *El Derecho*, Buenos Aires, 10 de diciembre de 1998.

———, "El Mercosur en prospectiva: la dimensión constitucional del proceso integrativo y la opción axiológica a favor de la seguridad jurídica comunitaria", *Pensamiento Constitucional*, Lima, año 6, núm. 6, 1999.

———, "La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina", *Estudios Constitucionales*, Chile, año 5, núm. 2, 2007.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

———, "La integración supranacional y el federalismo en interacción: perspectivas y desafíos", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2009.

———, "Justicia constitucional y protección de los derechos fundamentales en Argentina", en BAZÁN y NASCH (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Vene- zuela*, Montevideo, 2009.

———, "El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina", *Estudios constitucionales*, año 8, núm. 2, 2010.

———, "Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Valencia, núm. 18, 2o. Semestre 2011, 2012.

BENÍTEZ, R. y VICENTE, F., "Legitimidad democrática y constitucional de las modificaciones implícitas a la Constitución por parte de la jurisprudencia constitucional en Colombia", *Vniversitas*, Bogotá, núm. 122, 2011.

BERISTAIN, C. M., *Diálogos sobre la reparación Experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos*, Costa Rica, t. II, 2008.

BERMÚDEZ, A., "Grupo Andino. Una visión crítica y perspectiva", *Nueva Sociedad*, núm. 19-20, julio-octubre de 1975.

BERGAMASCHINE MATA DIZ, J., "El Sistema de Internalización de normas en el Mercosur: la supranacionalidad plena y la vigencia simultánea", *Ius et Praxis*, Talca, vol. 11, núm. 2, 2005.

BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, 2005.

———, *El Derecho de los derechos*, Bogotá, 2008.

BERNALES ROJAS, G., "Los tratados internacionales, los derechos fundamentales y la jurisprudencia del período 1981-1989, bajo el régimen del art. 24° transitorio de la Constitución", *Revista Ius et Praxis*, vol. 9, núm. 1, 2003.

BERNARDES, M. N., "Sistema Interamericano de Derechos Humanos como Esfera Pública Transnacional: Aspectos Jurídicos y Políticos de las Decisiones Internacionales", *Sur*, vol. 8, núm. 15, 2011.

BERRIOS, R., "La experiencia del Pacto Andino en regular la inversión extranjera y los flujos de tecnología: un paso adelante, dos atrás", *Estudios Latinoamericanos*, 1981. Disponible en: *www.ikl.org.pl/Estudios/EL8/EL8_5.pdf*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

BESSON, S., "Das Menschenrecht auf Demokratie", HALLER *et al.* (eds.), *Menschenrechte und Volkssouveränität in Europa*, 2011.

BIDART CAMPOS, G., *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, 1991.

———, *Teoría general de los derechos humanos*, México, 1994.

———, *Tratado elemental de derecho constitucional*, Buenos Aires, t. VI, 1995.

——— y HERRENDORF, D., *Principios de derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, 1991.

BINDER, C., "¿Hacia una Corte Constitucional Latinoamericana? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías", en VON BOGDANDY *et al.* (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización*, México, 2010.

———, "The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights", *German Law Journal*, 2011.

BOBBIO, N., *El futuro de la democracia*, trad. de Fernández Santillana, México, 1986.

VON BOGDANDY, A., "Globalización y Europa: cómo cuadrar democracia, globalización y Derecho internacional", *Evolución y Tendencias del Derecho Europeo, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, vol. 3, núm. 9, 2006.

———, "Pluralismo, efecto directo y última palabra: La relación entre Derecho Internacional y Derecho Constitucional", en ESCOBAR GARCÍA (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, 2010.

———, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, 2011.

———, "Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea", en GONZÁLEZ PÉREZ y VALADÉS (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, 2013.

BOMPADRE, G. E., "Cooperación nuclear Argentina-Brasil. Evolución y perspectivas", *Revista Relaciones Internacionales*, Argentina, núm. 18, 2000.

BONILLA, A., *Los mil rostros de la región: Iberoamérica, la cumbre y sus alcances*. Comentario del Secretario General de Flacso. Disponible en: *http://flacso.org/secretaria-general/mil-rostros-regi-n-iberoam-rica-cumbre-y-sus-alcances*.

BONOMETTI, P. y RUIZ SEISDEDOS, S., "La democracia en América Latina y la constante amenaza de la desigualdad", *Andamios*, vol. 7, núm. 13, 2010.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

BOTERO, C., *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2006.

BOTERO BERNAL, A., "Nuevos paradigma científico y su incidencia en la investigación jurídica", *Diálogos de saberes: Centro de Investigaciones Socio Jurídicas*, Bogotá, núm. 18-19, 2003.

———, "Los antecedentes del primer constitucionalismo antioqueño (elementos para comprender el proceso constitucional hispanoamericano)", *Historia Constitucional*, Madrid, núm. 7, 2006.

BOTTO, M., "La integración regional en América Latina ¿una alternativa para el crecimiento?", *Manual de Gestión de Asociaciones Juveniles*, Montevideo, 2004.

BOUTROS-GHALI, B., *An Agenda forDemocratization,* ONU, New York, 1996, Disponible en: *http://www.un.org/en/events/democracyday/pdf/An_agenda_for_democratization[1].pdf*.

BOUZAS, R., "El Mercosur diez años después: ¿proceso de aprendizaje o déjà vu?", *Desarrollo Económico*, Buenos Aires, vol. 41, núm. 162, 2001.

BREWER-CARÍAS, A., *Los problemas constitucionales de la integración económica latinoamericana*, Caracas, 1968.

———, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Caracas, 1992.

———, *La crisis de la democracia venezolana, la Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, Disponible en: *http://www.msinfo.info/default/acienpol/bases/biblo/texto/Brewer/L-1112.pdf*.

———, "La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno. Estudio de derecho constitucional comparado latinoamericano", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 6, julio-diciembre de 2006.

———, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceedings*, Nueva York, 2008.

———, "El derecho administrativo y el derecho a la democracia: una nueva perspectiva para el necesario equilibrio entre los poderes de la administración y los derechos del administrado", *Video Conferencia en las Jornadas Académicas inaugurales del departamento de Derecho Administrativo*, Nueva York-Bogotá, 2008.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

———, *Crónica sobre la "in" justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, EJV, 2007.

———, "El juez constitucional vs. La alternabilidad republicana (La reelección continua e indefinida)", *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 117, 2009.

———, "Reforma constitucional, Asamblea Nacional Constituyente y control judicial contencioso administrativo. El caso de Honduras (2009) y el antecedente venezolano (1999)", *Estudios Constitucionales*, Chile, año 7, núm. 2, 2009.

———, "Las declaraciones de derechos del pueblo y del hombre de 1811", Caracas, colección de Estudios, núm. 93, 2011.

BRICEÑO-RUIZ, J., "La integración suramericana: del subregionalismo a un Nuevo Regionalismo", en VON BOGDANDY *et al.* (eds.), *¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, 2009.

———, "O Mercosul na política de integração de Venezuela", *Civitas*, Porto Alegre, vol. 10, núm. 1, 2010.

———, "La Iniciativa del Arco del Pacífico Latinoamericano. Un nuevo actor en el escenario de la integración regional", *Nueva Sociedad*, núm. 228, 2010.

——— (ed.), *El Mercosur y las complejidades de la integración regional*, Buenos Aires, 2011.

BRINKS, D., *The Judicial Response to Police Killings in Latin America: Inequality and the Rule of Law*, Cambridge, 2008.

BROWN WEISS, E., *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, Tokyo, 1989.

BRUNI, J., "La construcción de la dimensión social del Mercosur", disponible en: *http://white.oit.org.pe/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/proyectos/pdf/dec_soclabor.pdf*.

BUERGENTHAL, T. y PASQUALUCCI, J. M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court on Human Rights*, Cambridge, 2003.

BUONGERMINI, M. M., *Carta de derechos fundamentales del Mercosur. Conferencia en el Supremo Tribunal Federal de Brasil*. Disponible en: *http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/setimoEncontroConteudoTextual/anexo/Carta_de_Direitos_Humanos__Maria_Mercedes_Buongermini.pdf*.

BURGES, S. W., *Brazilian Foreign Policy after the Cold War*, Gainesville, 2009.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

BURGORGUE-LARSEN, L., "El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos entre clasicismo y realidad", *¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, VON BOGDANDY *et al.* (eds.), Madrid, 2009.

———, "El papel de la Corte Interamericana de derechos humanos en la creación de una cultura común en materia de derechos fundamentales en América Latina", en ALONSO GARCÍA (ed.), *Hacia una Corte de Justicia Latinoamericana*, Valencia, 2009.

———, "La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial", *Asociación de Constitucionalistas de España*, *Derecho constitucional europeo*, Madrid, 2011.

———, "La metamorfosis del trato de los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la corte interamericana de los derechos humanos. Los avances del asunto Acevedo Buendía *vs*. Perú", *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, VON BOGDANDY *et al.* (coords.), México, 2011.

———, "Los estándares: ¿normas impuestas o consentidas?", *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñati, 2012.

———, "La erradicación de la impunidad: Claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en DREYZIN DE KLOR, *El derecho en movimiento. En homenaje a Elena Highton*, Buenos Aires, 2012.

———, "De la internacionalización del diálogo entre los jueces", en VON BOGDANDY *et al.* (coords.),*Estudos Avançados de Direitos Humanos. Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, São Paulo, 2013.

——— y ÙBEDA DE TORRES, A., *Les Grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruselas, 2008.

——— y ÚBEDA DE TORRES, A., *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Pamplona, 2009.

——— y ÚBEDA DE TORRES, A., *The Inter-American Court of Human Rights: Case-Law and Commentary*, Oxford, 2011.

BÜSCHGES, C., "Estado, ciudadanía y nación. Repúblicas liberales y comunidades indígenas en los Andes sudamericanos durante el siglo XIX", *Culturas políticas en la región andina*, Madrid, 2011.

BUSTOS, R., *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, 2012.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

BUSTOS GISBERT, R., "Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática (Art. 10 CEDH)", en GARCÍA ROCA y SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*.

CABALLERO, S., "Comunidades epistémicas en el proceso de integración regional sudamericana", *Cuadernos sobre Relaciones Internacionales, Regionalismo y Desarrollo*, Venezuela, vol. 4, núm. 8, julio-diciembre de 2009.

CABALLERO OCHOA, J., "El Derecho internacional en la integración constitucional. Elementos para una hermenéutica de los derechos fundamentales", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 6, 2006.

———, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, México, 2009.

CABALLERO SANTOS, S., "El Mercosur ideacional: un enfoque complementario para la integración regional sudamericana", *Cuadernos de Política Exterior Argentina*, núm. 98, octubre-diciembre de 2009.

CABRANES, J., "Human Rights and Non-Intervention in the American system", *Military Law Review*, vol. 65, 1967.

CAETANO, G., *Breve historia del Mercosur en sus 20 años. Coyunturas e instituciones (1991-2011)*, Montevideo, 2011.

CAICEDO TAPIA, D. A., "El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos humanos más allá de la Constitución", en ESCOBAR GARCÍA (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, 2010.

CAIROLI MARTÍNEZ, M. H., "Derecho Constitucional y Procesos", (con especial referencia al Mercosur), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2003.

CAJÍAS, L., "Bolivia: del camino difícil al callejón oscuro", *Nueva Sociedad*, Caracas, núm. 169, 2000.

CALCAÑO DE TEMELTAS, J., "Tratamiento de los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", *Revista 111*, publicaciones jurídicas venezolanas, disponible en: *http://www.zur2.com/fcjp/111/derhum.htm*.

CALLIESS, C., "60 Jahre Grundgesetz – ein Jubiläum im Lichte der Europäisierung", *AnwBl*, vol. 7, 2009.

CANÇADO TRINDADE, A., "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-1995): evolución, estado actual y perspectivas", *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Libro conmemorativo de la XXIV*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Sesión del Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, San José de Costa Rica, 1996.

———, "A Justiciabilida de dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano internacional", *Presente y futuro de los derechos humanos: ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, San José, 1998.

———, "General Course on Public International Law – International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 2005.

———, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XX*, Chile, 2006.

———, "The Inter-American system of protection of Human Rights: the developing Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights (1982-2005)", en GÓMEZ *et al.* (eds.), *International Protection of Human Rights: Achievements and Challenges*, Bilbao, 2006.

———, "Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones", *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un* ius constitucionale commune *en América Latina?*, México, 2010, t. II.

——— y VENTURA ROBLES, M. E., *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos y UNHCR, 2004.

CANTÓN, S., "Prevención de la tortura en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Fortalecimiento de la prevención y prohibición de la tortura*, Buenos Aires, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 2011.

CAPALDO, G. *et al.*, L., *Internacionalización del derecho constitucional-constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, 2012 (en prensa).

CAPÓN FILAS, R., "Empleo decente y declaración sociolaboral del Mercosur", *Hologramática*, año 2, núm. 3, 2005.

CARAZO ORTIZ, P., "El sistema interamericano de derechos humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica", en VON BOGDANDY *et al.* (eds.), *¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, 2009.

CARBONELL, M., *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho de México*, México, 1998.

———, "Globalización y derecho: siete tesis", en DÍAZ MÜLLER (coord.), *Globalización y Derechos Humanos*, México, 2003.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

CARDOSO, E., *Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos*, Belo Horizonte, 2012, coleção Fórum Direitos Humanos, 4.

CARDOSO, E. L. C., *Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos*, Belo Horizonte, 2012.

CARDOSO, G., "O direito comparado na jurisdição constitucional", *Rev. direito GV* , vol. 6, núm. 2, São Paulo, 2010.

CAROZZA, P. G., "'My Friend is a Stranger' the Death Penalty and the Global *ius commune* of Human Rights", *Texas Law Review*, vol. 81, núm. 3, 2003.

CARPIZO, J., "Derecho constitucional latinoamericano y comparado", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 114, 2005.

———, "Derecho constitucional latinoamericano y comparado", *Anuario de Derechos Humanos*, nueva época, vol. 7, núm. 1, 2006.

———, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, 2007.

———, "El contenido material de la democracia: tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano", en VON BOGDANDY *et al.* (eds.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Río de Janeiro, 2010.

CARRANZA, E., "Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?", *Anuario de Derechos Humanos 2012*, Chile, 2012.

CASAL, J. M., "Desafíos de Los Procesos de Integración en Materia de Derechos Humanos", *Cuadernos de Integración Andina*, núm. 15.

———, "Algunos cometidos de la Jurisdicción Constitucional en la Democracia",en varios autores, *La jurisdicción constitucional, democracia y Estado de derecho*, Caracas, 2005.

———, "Los derechos humanos en los procesos de integración", *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, año 3, núm. 2, 2005.

———, "Aproximación a las funciones de la justicia constitucional", en VON BOGDANDY *et al.* (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius cosntitucionale commune en América Latina?*, México, 2010, t. II.

———, "Las restricciones al ejercicio de los derechos humanos y la cláusula de la sociedad democrática en el sistema interamericano", en SAIZ ARNAIZ *et al.* (coords.), *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración*, País Vasco, 2011.

———, "Los derechos humanos en los procesos de integración", *Estudios Constitucionales*, Chile, vol. 3, núm. 2, 2005.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

———, *Los derechos humanos y su protección (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*, Caracas, 2008.

CASSEL, D., "El alcance e impacto cada vez mayores de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un* ius constitucionale commune *en América Latina?*, México, t. II, 2010.

CASTANEDA, J., "Latin Americas Left Turn", *Foreign Affairs*, vol. 85, núm. 3.

CASTILLA, K., "El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla pacheco", *Anuario mexicano de Derecho Internacional*, vol. 11, 2011. Disponible en: *http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/11/pim/pim20.pdf.*

CAVALLARO, J. L. y SCHAFFER, E. J., "Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas", *Hastings Law Journal*, vol. 56, núm. 2, 2004.

CEPEDA, M. J., "La defensa judicial de la Constitución: la gran fortaleza colombiana", en CEPEDA ULLOA (ed.), *Fortalezas de Colombia*, Bogotá, 2004.

CERNA, C. M., "The Inter-American Commission on Human Rights", en SMITH (eds.), *The essentials of Human Rights*, Londres, 2005.

CHECA SÁNCHEZ, A., "La integración andina y la búsqueda de mercados", *Anales de Geografía de la Universidad Complutense*, España, vol. 12, 1992. Versión electrónica disponible en: *http://revistas.ucm.es/index.php/AGUC/article/view/AGUC9292110149A/31722*.

CIFUENTES MUÑOZ, E., "El constitucionalismo de la pobreza", *Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 4, núm. 2, 1995.

CIPOLATTI, V., "Caso Papeleras: el fallo de la Corte Internacional de Justicia y sus repercusiones nacionales e internacionales", *Grupo de Estudios Internacionales Contemporáneos*, 2010. Disponible en: *http://www.geic.com.ar/2010/category/energia-y-ambiente/page/2/*.

CIPPITANI, R., "El 'derecho de la integración' en la jurisprudencia de las Cortes de Latinoamérica", en PAMPILLO BALINO y RABINOVICH-BERKMAN (coords.), *Derecho supranacional, globalización e integración jurídica*, México, 2012.

CLAES, M., "Constitucionalizando Europa desde su fuente. Las 'cláusulas europeas' en las Constituciones nacionales: evolución y tipología", en CARTABIA *et al*. (eds.), *Constitución Europea y Constituciones nacionales*, 2005.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

CLÉRICO, L., *La proporcionalidad y la Corte Interamericana de derechos Humanos. Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad o el ritmo que impone la tragedia de los casos*, Ponencia, Buenos Aires, 3 al 6 de octubre de 2010.

——— y ALDAO, M., "La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 1, 2011.

CONTESSE SINGH, J., "Constitucionalismo interamericano: algunas notas sobre las dinámicas de creación e internalización de los derechos humanos", en RODRÍGUEZ GARAVITO (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, 2011.

COOPER A. F. y LEGLER T. F., *Intervention without intervening*, Basingstoke, 2006.

CORAL-DÍAZ, A. M. *et al. El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010*, Colombia, 2010.

CORAO, C., "Hacia una agenda de cambios consensuados inmediatos a la Constitución de 1999 para la profundización de la democracia", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2004, t. I.

CÓRDOVA VIANELLO, L., "Las relaciones Ejecutivo-Legislativo y la gobernabilidad democrática", en CARBONELL, Miguel *et al. Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, 2009.

COURTIS, C., *Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Bogotá, 2008.

COUTINHO, M. *et al.*, "Indicadores e analise multidimensional do processo de integracao do Cone Sul", *Revista Brasileira de Politica Internacional*, vol. 51, 2008.

CRUZ VILLALÓN, P., "El papel de los tribunales constitucionales nacionales en el futuro constitucional de la Unión", *Une communauté de droit*, 2003.

——— (coord.), *Hacia la europeización de la Constitución española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Bilbao, 2006.

CURLIZZA, J., "La inserción y jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos", *La Constitución de 1993. Análisis y comentario*, Lima, 1995, t. II.

DA SILVA CARDOSO, A., "The Evolution of Fundamental Rights in the Process of Building a Society Free, Fair and Solidarity", *Revista Forense*, Río de Janeiro, vol. 410, 2010.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

DALLA VIA, A., "La Constitución de Cádiz de 1812: un antecedente indirecto de la Constitución Nacional Argentina", *Revista Jurídica UCES*, Argentina, núm. 13, 2009.

DAMSKY, I., "La internacionalización del ordenamiento jurídico argentino. Su caracterización a la luz del sistema interamericano de derechos humanos y la incipiente integración comunitaria del Mercosur", *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Turín, vol. 3, 2010.

DARÍO LÓPEZ, R., *Bolívar y el derecho de gentes*, Repertorio histórico de la Academia Antioquena de historia, año 1987, vol. 38, núm. 250. Disponible en: *http://biblioteca-virtual-antioquia.udea.edu.co/pdf/11/11_457851946.pdf*.

DE ABREU, S. A. y FLORENCIO SOBRINHO, L., "Democracia representativa versus democracia participativa. ¿Nuevo modelo de expansión? ¿Avance o retroceso en América del Sur?", en OROPEZA GARCÍA (coord.), *Latinoamérica frente al espejo de su integración 1810-2010*, México, 2010.

DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, D., "Nuevas funciones constitucionales en un Estado democrático de Derecho. Un estudio de caso en Brasil", *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 183, 2010.

DE LA REZA, G., *El Congreso de Panamá de 1826 y otros ensayos de integración latinoamericana*, México, 2006.

DE OLIVEIRA MAZZUOLI, V., "O controle jurisdicional da convencionalidade das leis", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2009.

DEL TORO HUERTA, M., "La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año 38, núm. 112, enero-abril de 2005

———, "El diálogo interjudicial entre las jurisdicciones constitucionales y los tribunales internacionales de derechos humanos. Especial referencia al sistema interamericano", en CORZO SOSA (ed.), *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, México, 2009.

DI FABIO, U., *Das Recht offener Staaten*, Tubinga, 1998.

———, "Öffentliche Meinung im System polyzentrischer Herrschaft", *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften*, vol. 7, 2009.

DÍEZ DE URDANIVIA, X., *El Estado en el contexto global*, México, 2008.

DINATALE, M. y GALLO, A., *Luz, cámara... ¡gobiernen! Nuevos paradigmas de la comunicación presidencial en America Latina*, Buenos Aires, 2010.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

DIRMOSER, D., "Transformation im Rückwärtsgang? Zur Krise der lateinamerikanischen Demokratie", *Internationale Politik und Gesellschaft*, vol. 2, 2005.

DREYZIN, A., "Las iniciativas de integración: el Mercosur jurídico", en VON BOGDANDY *et al.* (coords.), *¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, 2009, colección Cuadernos y Debates, núm. 197.

DREYZIN DE KLOR, A. y PEROTTI, A., *El rol de los tribunales nacionales de los Estados de Mercosur*, Córdoba, 2009.

DRI, E., "La integración del Mercosur: análisis del proceso de negociación del Tratado de Asunción", *Programa de Integración Regional*, núm. 46. Disponible en: *www.caei.com.ar/es/programas/integracion/46.pdf.*

DROMI SAN MARTINO, L., *Derecho constitucional de la integración*, Argentina, 2002.

DRUMMOND, M. C., "Democracia e direitos humanos no Mercosul", *Trends in the international law of human rights, Liber Amicorum Antônio Augusto Cançado Trindade*, Porto Alegre, 2005.

DULITZKY, A., "Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano", en BUERGENTHAL (ed.), *Estudios especializados de derechos humanos*, San José, 1996.

———, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado*, Buenos Aires, 1997.

DUQUE CORREDOR, R., *La reforma constitucional y sus límites éticos y políticos*, Conferencia dictada en el Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogados del Estado Sucre, 2007.

EDWARDS, S., *Left Behind: Latin America and the False Promise of Populism*, Chicago, 2010.

EL-CHICHINI POPPOVIC, M. y NADER CONECTAS, L., "Derechos Humanos: La construcción de una Organización Internacional Desde/En el Sur", *SUR*, vol. 8, núm. 15, 2011.

EL-HAGE, J., "Should Paraguay be Expelled from the OAS, Mercsour and Unasur?", *Americas Quarterly de la Sociedad de las Américas y el Consejo de las Américas*, 25 de junio de 2012.

ERLINGSEN, K., *Auf dem Weg in ein Meer der Glückseligkeit?Venezuela unter Hugo Chávez*, Octubre 2005, disponible en: *http://www.weltpolitik.net/Regionen/Nord-%20und%20Lateinamerika/ Gesamtregion/*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

ESCALANTE, A. L. *et al.*, "El fortalecimiento de la democracia y la creación de una comunidad de paz en la región", *25 años de paz, democracia e integración regional, Visibilizando los logros políticos, sociales y culturales del Mercosur*, Integración Regional e Identidad Mercosur, construyendo la unidad Latinoamericana.

ESCOBAR ROCA, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Madrid, 2005.

FAJARDO MORALES, Z. A., "La plena vigencia de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre: una utopía por construir", *American University International Law Review*, núm. 25, 2009.

FARER, T. (Ed.), *Sovereignty, Collectively Defending Democracy in the Americas*, Baltimore, 1996.

FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José de Costa Rica, 2004.

———, "Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano",en varios autores, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso. DESC, libertad personal y libertad de expresión*, San José de Costa Rica, 2005.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., "La justicia constitucional en América Latina", en FERNÁNDEZ SEGADO (ed.), *La justicia constitucional: una visión d derecho comparado*, Madrid, 2009, t. III.

FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, 1999.

———, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Teoría de la democracia*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alonso Ruiz Miguel, Madrid, 2011, t. II.

FERRER, M., "La población y el desarrollo desde un enfoque de derechos humanos: intersecciones, perspectivas y orientaciones para una agenda regional", *Población y desarrollo*, Santiago de Chile, CEPAL, 2005.

FERRER MAC-GREGOR, E., *Crónica de tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Buenos Aires, 2009.

———, *La Corte Interamericana como Tribunal Constitucional, conferencia dictada en el Simposio "La Justicia Constitucional: Prolegómeno de un ius constitutionale commune in America Latina"*, Instituto Max Planck de Derecho Internacional Público y Derecho Comparado, 18 y 19 de noviembre de 2009.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

———, "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional", en FIX ZAMUDIO Y VALADÉS (coords.), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, 2010.

———, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez Mexicano", *Estudios Constitucionales*, Chile, año 9, núm. 2, 2011.

———, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en CARBONELL y SALAZAR (coords.), *Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*, México, 2011.

———, "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores *vs*. México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 131, 2011.

———, *El control difuso de convencionalidad*, México, 2012.

——— y SILVA GARCÍA, F., "La primera sentencia internacional condenatoria en contra del Estado mexicano", *Homenaje al doctor Emilio O. Rabasa*, México, 2010.

FERRERA MENDES, G., "A justiçia constitucional nos contextos supranacionais", en NEVES (coord.), *Transconstitutionalidade do direito*, São Paulo, 2010.

FIGUEREIDO, M., "Transição do Brasil Império à República Velha", *Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 13, núm. 26, segundo semestre de 2011.

———, *Direito constitucional. Estudos interdiciplinares sobre federalismo, democracia e Adminitração Pública*, Belo Horizonte, 2012.

———, "La internacionalización del orden interno en clave del derecho constitucional transnacional", en VON BOGDANDY *et al*. (coords.), *direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, São Paulo, 2013.

FILADORO, M. J., "Eficacia de las instituciones en el Mercosur. El caso de la Secretaría Técnica", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006.

FIX-FIERRO, H. y LÓPEZ AYLLÓN, S., "El impacto de la globalización en la reforma del Estado y el derecho en América Latina", *El papel del derecho internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, México, 1997.

FIX-ZAMUDIO, H., "El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de De-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

rechos Humanos", *The Modern World of Human Rights, Essays in Honor Thomas Buergenthal*, San José, 1996.

———, "El derecho internacional de los derechos humanos y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Latinoamericana de Derecho*, año 1, núm. 1, 2004.

———, "Relaciones entre los tribunales constitucionales latinoamericanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en CORZO SOSA (ed.), *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, México, 2009.

FLORES, M., "Democracia y polarización: ¿(in)compatibilidad?", *V Jornadas: Crisis y derechos humanos*, México, 2010.

FLOREZ RUIZ, J. F., "De Maquiavelo al Estado postmoderno. Paradigmas políticos de aproximación al fenómeno estatal", *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, núm. 29, 2012.

FRESNEDO DE AGUIRRE, C., "Un importante avance en la democratización del proceso decisorio en el Mercosur: El Acuerdo Interinstitucional Consejo Mercado Común - Comisión Parlamentaria Conjunta", *Foro Constitucional Iberoamericano*, Madrid, núm. 4, 2004.

FUENTES HERNÁNDEZ, A. y ALEGRETT SALAZAR, A., "Comunidad Andina: bases jurídico-institucionales y funcionamiento de sus sistema de cumplimiento de compromisos", en VON BOGDANDY *et al*. *¿Integración Sudamericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, 2009.

GAJATE, R. M., "Hacia la construcción de la UNASUL. Institucionalidad y convergencia", en HUMMER y DRNAS DE CLÉMENT, *Mercosur y Unión Europea*, Argentina, 2008.

GALVÁN BAUTISTA, L., *Proyección Internacional de los derechos fundamentales (La Cláusula de apertura constitucional)*, Salamanca, 2008.

GAMUS, R., *El entorno regional como legitimador de los proyectos políticos. El caso venezolano. Ponencia presentada en el XXXVI Congreso de LASA*, marzo de 2006, disponible en: *http://www.reportero24.com/2011/04/juristas-en-el-pais-hay-golpes-de-estado-desde-el-estado-casi-a-diario/*.

GARCÍA JARAMILLO, L., "El determinante influjo de la filosofía del derecho y la investigación sociojurídica en la enseñanza del derecho en Colombia", *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos*, vol. 2, núm. 2, julio-diciembre de 2006.

———, "El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho. El caso colombiano", *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, año 45, núm. 33, enero-abril de 2012.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

GARCÍA RAMÍREZ, S., "Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales", *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 9, 2003.

———, "Ombudsman y tutela interamericana de los derechos humanos", *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, núm. 3, 2006.

———, "El debido proceso. Concepto general y regulación en la convención americana sobre derechos humanos", *Boletín mexicano de derecho Comparado*, México, núm. 117, 2006.

———, "Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*, Montevideo, 2008.

———, "Prólogo", en BURGORGUE-LARSEN *et al. Les Grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruselas, 2008, pp. VII-LXXXVI.

———, "Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en GARCÍA RAMÍREZ y CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, 2009.

———, "Panorama sobre la Corte Interamericana de derechos humanos", en VON BOGDANDY *et al.* (coords.) *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un* ius constitutionale commune *en América Latina?*, México, 2010.

———, "La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México" de CABALLERO OCHOA, J., en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 18, núm. 128, mayo-agosto de 2010.

——— y MORALES SÁNCHEZ, J., *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, 2012.

——— y GOZA, A., *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, 2007.

GARCÍA ROCA, J., "Del compromiso internacional de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos", en GARCÍA ROCA y SANTOLAYA (eds.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2009.

———, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e integración*, Madrid, 2010.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

GARCÍA SAYÁN, D., "Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos", *La Corte Interamericana de Derechos Humanos Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José, 2005.

GARCÍA VILLEGAS, M. y REVELO REBOLLEDO, J. E., *Mayorías sin democracia: desequilibrio de poderes y estado de derecho en Colombia 2002-2009*, Bogotá, 2009.

GARDINI, G. L., "Unity and Diversity in Latin American Visions of Regional Integration", en GARDINI y LAMBERT, *Latin American Foreign Policies. Between Ideology and Pragmatism*, Nueva York, 2011.

———, "In Defense of Oral History: Evidence from the Mercosur Case", *Journal of Politics in Latin America*, vol. 4, núm. 1, 2012.

GARGARELA, R. y COURTIS, C., "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes", *Políticas sociales*, Santiago de Chile, núm. 153, 2009.

GAVIRIA, C., *La OEA 1994-2004: una década de transformación*, Washington D. C., 2004.

GENEVIEVE VERDO, J., "El Dilema Constitucional en Las Provincias Unidas del Río de La Plata (1810-1819)", *Universidad Paris 1, Historia Contemporánea*, vol. 33, 2006.

GIL DOMÍNGUEZ, A., *La regla de reconocimiento constitucional argentina*, Buenos Aires, 2007.

GIL GIL, A., "Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho Penal Internacional. Conicidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo, 2011, t. II.

GIRAUDO, L. (ed.), *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América latina contemporánea*, Madrid, 2008.

GOLDMAN, R. K., "Historia y acción: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en COVARRUBIAS VELASCO y ORTEGA NIETO (comps.), *La Protección Internacional de los Derechos Humanos, un reto en el Siglo XXI*, México, 2007.

GOMES CANOTILHO, J., *Direito constitucional*, Coimbra, 1995.

———, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, 2003.

———, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 2004.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

GÓMEZ GAMBOA, D. A., "La colegiación de periodistas en la jurisprudencia venezolana y peruana", *Cuestiones Jurídicas,* Maracaibo, Venezuela, vol. II, núm. 2, 2008.

GONÇALVES *et al.*, "Alianza Estratégica entre Brasil y la Argentina: Antecedentes, Estado Actual y Perspectivas", *Población & sociedad*, n. 10-11, 2003-2004.

GÓNGORA MERA, M. E., "El Bloque de Constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad", Centro de Derechos Humanos de Nuremberg, 2007.

———, "Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas", en VON BOGDANDY *et al.*, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius cosntitucionale commune en América Latina?*, México, 2010, t. II.

———, *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José, 2011.

———, "Judicializando las desigualdades raciales en América Latina: Un diálogo interamericano, Diálogo sobre diálogos jurisdiccionales", en VON BOGDANDY *et al.* (coords.), *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*, México, 2013 (en prensa).

———, "La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano", en VON BOGDANDY *et al.* (eds.), Ius Constitutionale Commune *en derechos humanos en América Latina. Una aproximación conceptual*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

———, "Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo", en VON BOGDANDY *et al.* (coords.), *Estudos avançados de Direitos Humanos Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, São Paulo, 2013.

———, "Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo", en VON BOGDANDY *et al.* (coords.), *Estudos avançados de Direitos Humanos Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, São Paulo, 2013.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

GONZÁLEZ, F., "El sistema interamericano de derechos humanos y su eficacia. Evaluación y perspectivas futuras", *Estudios básicos de derechos humanos*, San José, 1996, t. IV.

GONZÁLEZ, W., "El Derecho al sufragio: análisis comparado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en VON BOGDANDY *et al. Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, São Paulo, 2013.

GONZÁLEZ, J. C. y VILLEGAS DÍAZ, M., *"Derechos humanos y desaparecidos en dictaduras militares"*, *América Latina Hoy: Revista de Ciencias Sociales*, vol. 20, 1998.

GONZÁLEZ MARTÍN, N. y CHÁVEZ SÁNCHEZ, O., *Dos temas torales para los derechos humanos: acciones positivas y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, México, 2008.

GONZÁLEZ MORALES, F., "La libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos", en REVENGA SÁNCHEZ y VIANA GARCÉS (eds.), *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, 2008.

GONZÁLEZ-SALZBERG, D. A., "La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la corte suprema de justicia de la nación", *Sur*, vol. 8, núm. 15, 2011

GORCZEVSKI , C. y MULLER BITENCOURT, C., "El (re) surgimiento de un concepto: la búsqueda del verdadero sentido de la democracia en la sociedad contemporánea", *Estudios Constitucionales*, Chile, año 8, núm. 2, 2010.

GORDILLO, A., "Jurisprudencia de 1997: elogio a la justicia", *La Ley*, 1997-F.

———, *Derechos humanos*, Buenos Aires, 2005.

GRABENDORFF, W., "La política nuclear y de no-proliferación de Brasil", *Estudios Internacionales*, Santiago de Chile, año 20, núm. 80.

GRATIUS, S., "La 'tercera ola populista' de América Latina", *Working paper FRIDE*, Madrid, núm. 45, 2007.

———, *A diez años de la Carta Democrática Interamericana*, disponible en: *http://www.fride.org/ publicacion/948/diez-anos-de-la-carta-democratica-interamericana.*

———, "Diez años de la Carta democrática interamericana", *Papers FRIDE*, Madrid, núm. 61, 2011.

GROSS ESPIEL, H., "La Constitución de Cádiz de 1812, la constitución del reino de Portugal de 1822, la constitución del Imperio del Brasil de 1824

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

y la Constitución Argentina de 1826 como precedentes de la Constitución Uruguaya de 1830", *La Constitución de Cádiz de 1812. Hacia los orígenes del constitucionalismo Iberoamericano y Latino.*

GROSSMAN, C., "La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", *Revista IIDH*, Costa Rica, vol. 46, 2007.

GUEDES DE OLIVEIRA, M. A., "Political Development and Comparative Issues with EU - The European Union as a Model for the Development of Mercosur? Transnational Orders between Economic Efficiency and Political Legitimacy", *Zentrum und Peripherie*, Múnich, vol. 4, 2007.

GUENKA CAMPOS, T., *O controle de convencionalidade como mecanismo de interação entre ordem interna e internacional: por um diálogo cooperativo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Constitucional brasileiro*, San José, 2010.

GUERRA, S. *et al.*, "Os desafios à integração regional no âmbito do Mercosul", *Revista de direito da unigranrio*, vol. 2, núm. 2, 2009.

HÄBERLE, P., *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

———, *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, 1997.

———, *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional*, Lima, 2001.

———, *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, trad. de Emilio Mikunda, Madrid, 2002.

——— y KOTZUR, M. (eds.), *De la Soberanía al Derecho Constitucional común: Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, 2003.

———, *El Estado constitucional*, trad. de Hector Fix-Fierro, México, 2003.

———, *El Estado Constitucional*, Buenos Aires, 2007.

HABERMAS, J., *Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte* (paper de discusión).

HADENIUS, A. y TEORELL, J., "Pathways from Authoritarianism", *Journal of Democracy*, núm. 1, 2007.

HAUSER, D., "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la Declaración americana sobre los Derechos y Deberes del hombre", en COURTIS *et al.* (eds.), Protección *internacional de los derechos humanos. Nuevos desafíos*, México, 2005.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

HAZAN, P., "Measuring the impact of punishment and forgiveness: a Framework for evaluating transitional justice", *International Review of the Red Cross*, vol. 88, núm. 861, marzo de 2006.

HELFER, L. R., "Overlegalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash Against Human Rights Regimes", *Columbia Law Review*, vol. 102, 2002.

HELFER, L. R. *et al.*, "Islands of Effective International Adjudication: Constructing an Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community", *American Journal of International Law*, vol. 103, 2009.

——— y ALTER, K. J., "The Andean Tribunal of Justice and Its Interlocutors: Understanding Preliminary Reference Patterns in the Andean Community", Nueva York University Journal of International Law and Politics, vol. 41, 2009.

HENRÍQUEZ VIÑAS, M. L., "Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos", *Revista Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 2, 2008.

HERDEGEN, M., "La internacionalización del orden constitucional", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Uruguay, 2010.

HERENCIA CARRASCO, S., "Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos", *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, AMBOS *et al.*, Montevideo, 2011, t. II.

HEYMANN, D., "Políticas de Reforma y Comportamiento Macroeconómico: La Argentina en Los Noventa", *Serie Reformas Económicas*, Santiago de Chile, vol. 61, 2000.

HIRST, M., *La dimensión política del MERCOSUR: actores, politización y ideología*, Instituto de Estudios Avançados da Universidade de São Paulo, vol. 10, núm. 27, mayo-agosto de 1996.

HITTERS, J. C., "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, 2008.

HUBER, P., "Offene Staatlichkeit: ein Vergleich", *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Tomo II, "Offene Staatlichkeit, Wissenschaft vom Verfassungsrecht", Heidelberg, 2008.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

———, "Estatalidad abierta: un análisis comparado", *El derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*, Valencia, 2012.

INSULZA, J. M., *La construcción de un legado en materia de promoción y protección de la democracia, Décimo aniversario de la Carta Democrática. Un compromiso hemisférico con la democracia*, OEA, 2011.

JIMENA QUESADA, L., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Pamplona, 2013.

JULIANO, M. A., "El control de convencionalidad", *Derecho a réplica: espacio crítico sobre sistema penal, estado y sociedad*, agosto de 2009.

KISS, A. C., "La notion de patrimoine commun de l'humanité", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, núm. 175, 1982.

KLABBERS, J. *et al.*, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, 2009.

KLEIN VIEIRA, L., "La Reforma de las Constituciones de los Estados Partes del Mercosur", *La Ley 11.723*, Argentina, 2012.

KLOECKNER FERACIN, V., "A nova pirâmide jurídica formada após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário Nº 466.343-1/SP", *Anima, Revista electrónica*, vol. 2.

KLUMPP, M., "La efectividad del sistema jurídico del Mercosur", en BASO (org.), *Mercosur, Estudios en homenaje a Fernando Henrique Cardoso*, São Paulo, 2007.

KOTZUR, M., *La soberanía hoy*, México, 2003.

LACOSTE, P., "Estanislao Zeballos y la política exterior Argentina con Brasil y Chile", *Revista Confluencia*, año 1, núm. 2, Cuyo, 2003.

LAGOS, E. y RUDY, T., "In Defense of Democracy", *The University of Miami Interamerican Law Review*, núm. 35, 2004.

LAGOS, M. y DAMMERT, L., "La seguridad ciudadana. El problema principal de América Latina", *Latinobarómetro*, Lima, 2012.

LANDA, C., *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Lima, 2007.

———, "Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional peruano", en BAZÁN y NASH, *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la constitución*, Montevideo, 2010.

———, "El rol de la Constitución de Cádiz en la gestación de la independencia del Perú", *Historia Constitucional*, núm. 13, 2012.

LANDAU, H., "El sistema europeo a varios niveles", *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año 18, Bogotá, 2012.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

LANGFORD, M., *Social rights jurisprudence, emerging trends in international and comparative law*, Cambridge, 2009.

LEGLER, T., "La Carta Democrática Interamericana: retórica o realidad", en BONIFACE *et al.*, (eds.), *Promoting Democracy in the Americas*, Baltimore, 2007.

———, *Desaparición del régimen interamericano para promoción de la democracia?*, 2011.

———, "¿Ocaso del régimen interamericano para la promoción de la democracia?", VON BOGDANDY *et al.* (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, País Vasco, 2012.

LEVITSKY, S. y WAY, A., "Elections Without Democracy: The Rise of Competitive Authoritarianism", *Journal of Democracy*, vol. 13, núm. 2, 2002.

LEVRAT, N. y RADUCU, I., "Le metissage des ordres juridiques europeens (une 'theorie impure' de l'ordre juridique)", *Cahiers de Droit Europeen*, núm. 1, 2007.

LIBERMAN, T. y GONZÁLEZ MARTÍN, A., "La reconfiguración de la hegemonía de Estados Unidos en América Latina y el Caribe desde la perspectiva de los tanques pensantes", *Anuario de la integración regional de América Latina y el Gran Caribe*, Buenos Aires, 2010.

LIRA, E., "Verdad, reparación y justicia: el pasado que sigue vivo en el presente", *Contribución de las políticas de verdad, justicia y reparación a las democracias en América Latina*, IIDH, San José, 2011.

LIXINSKI, L., "Human Rights in Mercosur", en FILHO *et al.*, *The Law of Mercosur*, Oxford, 2010.

LOPES SALDANHA, J. M. *et al.* "Reenvio Prejudicial Interamericano: um Novo Mecanismo Processual para o Desenvolvimento do Direito internacional-dos Direitos Humanos", en VON BOGDANDY *et al.* (coords.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica. Avançando no diálogo constitucional e regional*, Río de Janeiro, 2011.

LÓPEZ CASTILLO, A., *Constitución e integración*, Madrid, 1996.

LÓPEZ-MEDINA, D. E. y SÁNCHEZ MEJÍA, A. L., "La Armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Penal colombiano", *Int. Law Rev. Colomb. Derecho Int. ildi Bogotá*, núm. 12, Edición Especial 2008.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

LUCANGELI, J., "La integración de Argentina en el Mercosur, Revisión de antecedentes y evaluación del desarrollo y perspectivas del acuerdo regional", *Serie de estudios*, Argentina, núm. 26, 1998.

LUISELLI, C., "La integración latinoamericana desde Sudamérica: dos mitos", en OROPEZA GARCÍA (coord.), *Latinoamérica frente al espejo de su integración 1810-2010*, México, 2010.

MÄHLER, A., "Bolivien: soziale Konflikte und ihre politischen und sozioökonomischen Hintergründe", Übersee-Dokumentation, Hamburgo, 2004. Disponible en: *http://www.giga-hamburg.de/dl/download.php?d=/content/bibliothek/bibliographien/pdf/ dok-line_lateinamerika_2004_1.pdf*.

———, "Wie autoritär ist Lateinamerika?", *GIGA Focus Lateinamerika*, núm. 8, 2008.

MALAMUD, A., "Mercosur turns 15: Between rising rhetoric and declining achievement", *Cambridge Review of International Affairs*, octubre de 2005.

———, "¿Mejor solo que mal acompañado? Brasil, entre la turbulencia regional y la emergencia global", *RIE Anuario*, 2010.

MALARINO, E., "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo, 2010.

———, "Verfassung und normative Kooperation: zum übergesetzlichen Status Internationaler Menschenrechtsverträge in Brasilien", *VRÜ*, vol. 3, 2011.

MALISKA, M. A., *Fundamentos da Constituição. Abertura – Cooperação – Integração*, Curitiba, 2013.

MALM GREEN, L. A., "Eficacia jurídica de la declaración sociolaboral del Mercosur", *Hologramática*, año 5, núm. 8, 2008.

MANISILLA, H.C.F., "Aproximaciones teóricas a la comprensión del populismo contemporáneo en América Latina", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 152, Madrid, 2011.

MARTÍN DE LA GUARDIA, R. M. y PÉREZ SÁNCHEZ, G. A., *El mundo después de la Segunda Guerra Mundial*, Madrid, 1999.

MARTINICO, G., "Multiple Loyalties and Dual Preliminarity: The Pains of Being a Judge in a Multilevel Legal Order", *International Journal of Constitutional Law*, 2012.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

MASSOLO, A., *Nueva institucionalidad local de género en América Latina*, Santo Domingo, 2006.

MEDINA QUIROGA, C., "Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana", *Anuario de Derechos Humanos*, Chile, 2009.

MEIER GARCÍA, E., "Crónica de un incumplimiento anunciado: sobre la ejecución de sentencias del la Corte Interamericana de Derechos Humanos por los tribunales nacionales. El caso venezolano.", *Gaceta Jurídica*, Lima, mayo de 2009, t. 17.

———, *Constitucionalismo y protección internacional de los derechos humanos: El caso venezolano*, Getafe, 2012, p. 74.

MEJÍA R., "Cinco mitos sobre los DESC", *Revista CEJIL*, núm. 3, septiembre de 2007.

MENDEL, T., *El Derecho a la Información en América Latina: comparación jurídica*, Unesco, Ecuador, 2009.

MENDES, G./RUFINO DO VALE, A., "O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", *Observatório da Jurisdição Constitucional*, año 2, 2008/2009.

MERKE, F., "Conclusiones sobre la economía política del regionalismo en Sudamérica", *CINDES*, Río de Janeiro, 2009.

MIDAGLIA, C., "Un balance crítico de los programas sociales en América Latina. Entre el liberalismo y el retorno del Estado", *Nueva sociedad*, núm. 239, 2011.

MIKKELSEN, C., *El mundo indígena 2012*, Copenhagen, 2012.

MILANESE, J. P., "Argentina y Brasil: Hacia un proceso de seguridad cooperativa", *Agenda Internacional*, vol. 4.

MIRANDA, J., *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, 1993, t. X.

MONTEAGUDO, B., *Ensayo sobre la necesidad de una Federación General entre los Estados hispanoamericanos y plan de su organización*, Lima, 1825.

MONTOYA LONDOÑO, M., "Ética y derechos humanos. La importancia del concepto 'validez moral' de Jürgen Habermas para la justificación racional de los derechos humanos", *Magistro*, Bogotá, vol. 4, núm. 7, 2010.

MORALES ANTONIAZZI, M., "La ampliación y su condicionalidad democrática en el Mercosur", en DREYZIN y MORALES ANTONIAZZI (eds.), *Ampliación del Mercosur: El caso Venezuela*, Buenos Aires, 2009.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

———, "Diálogo transjurisdiccional en materia de protección de las personas privadas de libertad: aportes de la CorteIDH en la construcción de un *ius constitutionale commune*", en LOPES SALDANHA (coord.), *Diálogos* transjurisdicionais, Brasil, 2013 (en prensa).

———, "La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas", *Estudos Avançados de Direitos Humanos.Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo direito público*, Elsevier, Río de Janeiro, 2013.

MOREIRA, C., "Mercosur, democracia y desarrollo: una mirada desde la política regional reciente", en DE SIERRA y BERNALES ALVARADO (comps.), *Democracia, gobernanza y desarrollo en el Mercosur. Hacia un proyecto propio en el Siglo XXI*, Uruguay, 2004.

MORENO, L. A., "La década de América Latina y el Caribe", *BID*, 2011.

MURGA FRASSINETTI, A. y HERNÁNDEZ PALACIOS, L., "Contrarevolución, lucha de clases y democracia en América Latina", *Cuadernos Políticos*, México vol. 25, julio-septiembre de 1980.

NASH ROJAS, C., *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, Santiago de Chile, 2012.

NASH ROJAS, C., "Relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos", en CAPALDO *et al.* (dirs.), *Internacionalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, 2012.

NAVAS y Castillo, "Estado democrático y partidos políticos", *Revista forense*, vol. 393, Río de Janeiro, 2007.

NETTESHEIM, M., "Europäischer Verfassungsverbund?", *Festschrift J. Isensee*, 2007.

NEUS RAMIS, *La OEA y la promoción de la democracia en las Américas: un objetivo en construcción*, Institut Català Internacional per la Pau, ICIP Working Papers 2010/07, Barcelona, noviembre de 2010.

NEVES, M., "Symbolische Konstitutionalisierung und faktische Entkonstitutionalisierung: Wechsel von bzw. Änderung in Verfassungstexten und Fortbestand der realen Machtverhältnisse", *Verfassung und Recht in Übersee*, núm. 29(3), 1996.

———, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, 2009.

———, "La concepción del Estado de Derecho y su vigencia práctica en Suramérica, con especial referencia a la fuerza normativa de un Derecho

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

Supranacional", en VON BOGDANDY *et al.* (eds.), *Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, 2009.

NIETO NAVIA, R., *Introducción al sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Bogotá, 1993.

NIKKEN, P., *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Madrid, 1987.

———, "El derecho internacional de los derechos humanos", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, núm. 72, 1989.

———, "La Constitución venezolana y el derecho internacional de los derechos humanos", *Estado de derecho, administración de justicia y derechos humanos - en homenaje a la memoria de Luis Oscar Giménez y Manuel Torres Godoy*, 2005.

———, "Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana", San José, *Revista IIDH*, 2006.

NIKKEN BELLSHAW-HÓGG, P. y AYALA CORAO, C., *Defensa colectiva de la Democracia: definiciones y mecanismos, Comisión Andina de Juristas*, Lima, 2006, pp. 9 y ss, disponible en: *Difusión de la Carta Democrática Interamericana*, *http://www.cartercenter.org/documents/ defensacolectivadeladem ocracia.pdf*.

NOGUEIRA ÁLCALA, H., *La evolución político constitucional de América del Sur 1976-2005*, Chile, 2009.

———, "El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión", *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 1, 2011.

———, "Informe pericial caso López Mendoza vs. Venezuela", *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 1, 2011, pp. 339-362.

———, "El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno", *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011.

———, "El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno en el período 2006-2010", *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, vol. 39, núm. 1, 2012.

———, "Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en periodo 2006-2011", *Estudios constitucionales*, vol. 10, núm. 2, 2012.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

———, "Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales y su diferenciación con el control de constitucionalidad", Constitución y democracia: a*yer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. 1, 2012.

NOHLEN, D., "Demokratie ohne Vertrauen: Herausforderung für die Zivilgesellschaft in Lateinamerika", *Internationale Politik und Gesellschaft*, núm. 2, 2004.

———, "Caudillismo, nación e integración", en VON BOGDANDY *et al.* (eds.),*¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, 2009.

NOODT TAQUEDA, M. B., "La primacía del derecho del Mercosur en su primer laudo arbitral", *La Ley*, Buenos Aires, 1999, t. III.

NORIEGA ALCALÁ, H., "Los tratados Internacionales en el ordenamiento jurídico interno", *Revista Ius et Praxis*, Talca, año 2, núm. 2, 1997.

O'DONNELL, G., "Uma outra institucionalização", *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, São Paulo, núm. 37, 1996.

———, "Illusions About Consolidation", *Journal of Democracy*, vol. 7, núm. 2, Abril 1996.

———, "Pobreza y desigualdad en América Latina: algunas reflexiones políticas", en TOKMAN y O'DONNELL (eds.), *Pobreza y desigualdad en América Latina*, Buenos Aires, 1999.

O'DONNELL, S., *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Santiago de Chile, 2007.

O'DONNELL, G. y SCHMITTER, P., *Transitions from Authoritarian Rule Tentative Conclusions About Uncertain Democracies*, Baltimore, 1986.

OETER, S., "Souveränität – ein überholtes Konzept?" , *Festschrift H. Steinberger*, 2002

O'LEARY, J. E., *El Paraguay en la Unificación Argentina. La Guerra de la Triple Alianza*, Asunción, 1976.

OROPEZA GARCÍA, A., "La solución de controversias en el marco general del Mercosur", *Contratación y Arbitraje Internacionales*, en MÉNDEZ-SILVA (coord.), México, 2010.

OROZCO HENRÍQUEZ, J. J., "Consideraciones sobre los principios y valores tutelados por el derecho electoral federal mexicano", *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, 2006.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

———, "Derechos políticos", en CORZO SOSA, E. (coord.), *La América de los derechos*, Madrid, 2013 (en prensa).

——— y SILVA ADAYA, J. C., *Los derechos humanos de los mexicanos*, México, 2002.

ORTÍZ GUTIÉRREZ, J. C., "La evolución político-constitucional de la República de Colombia 1976-2005", *Estudios constitucionales*, año 6, núm. 2, 2008.

OTEIZA, E., "Mercosur: diagnóstico provisional sobre el proceso transnacional", *El Derecho*, Buenos Aires, t. 167.

PADIN DE MARISCOTTI, E. T., "El Pacto Andino, Una estrategia subregional de Integración Latinoamericana", *Junín 735*, Buenos Aires 1974.

PALACIOS VALENCIA, Y., "Género en el derecho constitucional transnacional: casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: en conmemoración de los 100 años del Día Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Colombia, vol. 41, núm. 114, 2011.

PAMPILLO BALIÑO, J., *La integración jurídica americana. Reflexiones y propuestas para un nuevo ius commune*, Colombia, 2012.

———, "The legal integration of the American continent: an invitation to legal science to build a new ius commune", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 17, núm. 3.

PARRA, O., "Lucha contra la impunidad, independencia judicial y derechos de los pueblos indígenas. Algunos avances y debates en torno a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en REY (dir.), *Los derechos en Latinoamérica: tendencias judiciales recientes*, Madrid, 2012.

PÁSARA, L., *El uso de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la administración de justicia*, Quito, 2008.

PEDERSEN, T., "Cooperative Hegemony: Power, Ideas and Institutions in Regional Integration", *Review of International Studies*, vol. 28, núm. 4, 2002.

PEIXOTO, J. y LOZA, J., "La relación Argentina – Brasil: entre la administración de conflictos y las políticas de cooperación", *Revista Estudios*, Córdoba, vol. 18.

PENFOLD, M., "La democracia subyugada: El hiperpresidencialismo venezolano", *Revista de ciencia política*, Santiago de Chile, vol. 30, núm. 1, 2010.

PEÑA, M., "Inaplicabilidad por inconstitucionalidad: reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 9, México, 2008.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

PEÑA Y LILLO, J. E., "Procesos constituyentes en el mundo andino. Bolivia y Ecuador en perspectiva comparada", *OSAL*, CLACSO, Buenos Aires, año 10, núm. 25, 2009.

PERNICE, I., *Constitutional law implications for a state participating in a process of regional integration. German Constitution and "multilevel constitutionalism"*, German Rapport to the XV International Congress on Comparative Law, Bristol, 1998, pp. 2-3, citado por BREWER-CARÍAS, A., *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*, Caracas, 1998.

PEROTTI, A., *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*, Montevideo, 2004, ts. I y II,.

———, "El fallo 'Aquino' de la Corte Suprema: una introducción a la aplicación judicial de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Argentina, núm. 3, 2005.

———, *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de derecho en el Mercosur*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.

———, "El principio de primacía del derecho del Mercosur en las tres primeras opiniones consultivas del Tribunal Permanente de Revisión", en ULATE CHACÓN (ed.), *Derecho internacional, derecho comunitario y derechos humanos. Homenaje al Profesor Doctor José Luis Molina Quesada*, San José, 2009.

———, "La justificación jurídica del ingreso de Venezuela al Mercosur es totalmente nula", abogados.com.ar del 02/10/12. Disponible en: *http://www.abogados.com.ar/la-justificacion-juridica-del-ingreso-de-venezuela-al-mercosur-es-totalmente-nula/10986*.

PETERSEN, N., *Demokratie als teleologisches Prinzip. Zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht*, Berlín, 2009.

PICÓN SALAS, M., *Miranda*, 1972.

PINTO, M., "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en ABREGÚ y COURTIS (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, 1997.

PINTO BASTOS JÚNIOR, L. y GUENKA CAMPOS, T., "Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos", *RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, vol. 1, núm. 19, junio-diciembre de 2011.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

PIOVESAN, F., "Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos", *SUR*, año 1, núm. 1, 2004.

———, "El derecho internacional de los derechos humanos y el acceso a la justicia en el ámbito interno y en el ámbito internacional", *Políticas Públicas de Derechos Humanos en el Mercosur*, vol. 1, Montevideo, 2004.

———, "Direito constitucional, direitos humanos e o direito constitucional internacional", *Caderno de direito constitucional V*, Porto Alegre, 2006.

———, *Direitos humanos e justiça internacional*, São Paulo, 2007.

———, "Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional", en DE MESQUITA BENEVIDES *et al.* (coords.), *Direitos humanos, democracia e república*, São Paulo, 2009.

———, "Fuerza integradora y catalizadora del sistema interamericano de protección de los derechos humanos: desafíos para la formación de un constitucionalismo regional", en VON BOGDANDY *et al.* (coords.), *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un* Ius Constitutionale Commune *en América Latina?*, México, 2010, t. II.

———, "Protección de los derechos sociales. Retos de un *ius commune* para Sudamérica", *Construcción y papel de los derechos fundamentales*, México, 2011.

———, "Protección de los derechos sociales en el ámbito global y regional interamericano", en SAIZ ARNAIZ *et al.* (coords.), *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: un análisis desde la Unión Europea*, Bilbao, 2011.

———, "Direitos humanos e diálogo entre jurisdições", *Revista Brasileira de Direito Constitucional* (RBDC), núm. 19, 2012.

———., "*Ius commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos", *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina. Una aproximación conceptual*, en VON BOGDANDY *et al.* (coords.), México, 2013.

PISARELLO, G., "Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico", en CARBONELL y VÁZQUEZ (comps.), *Estado constitucional y globalización*, México, 2001.

PIZZOLO, C., "Los mecanismos de protección en el sistema interamericano de derechos humanos y el derecho interno de los países miembros. El caso argentino", en MÉNDEZ SILVA (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 2002.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

———, *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*, Buenos Aires, 2002.

———, "La fase descendente del derecho constitucional transnacional. La constitución frente a la integración supranacional y el derecho internacional de los derechos humanos", en CAPALDO *et al.*, *Internacionalización del Derecho Constitucional-Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, 2012 (en prensa).

POGGIO TEIXEIRA, C., "Brazil and the institutionalization of South America: from hemispheric estrangement to cooperative hegemony", *Revista brasileira de política internacional*, vol. 54, núm. 2, Brasília, 2011.

POWELL, C. L., "Reflexiones sobre la Carta Democrática Interamericana", *Américas*, vol. 63, núm. 4, julio-agosto de 2011.

PREUSSE, G., "Consecuencias de la salida de Venezuela de la CAN y su entrada al Mercosur", en HUMMER y DRNAS DE CLÉMENT, *Mercosur y Unión Europea*, Argentina, 2008.

PROVEA, *Situación de los derechos humanos en Venezuela. Informe Anual octubre 2009-septiembre 2010*, Caracas, 2010.

QUEROL, M., "Estudio sobre los convenios y acuerdos de cooperación entre los países de América Latina y el Caribe, en relación con sistemas hídricos y cuerpos de agua transfronterizos", *Serie Recursos Naturales*, Santiago de Chile, núm. 64, 2003.

QUIJANO, J. M., "Uruguay en el Mercosur. Qué hacer?", *Integración Latinoamericana*, núm. 167, mayo de 1991.

QUINCHE-RAMÍREZ, M., *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, 2008.

QUITRAL ROJAS, M., "La integración económica latinoamericana en tiempos de crisis: alcances y limitaciones para su consolidación", *Revista Nueva sociedad*, Buenos Aires, vol. 222, julio-agosto de 2009.

RAMACCIOITTI, B. M., "El nuevo paradigma democrático y la protección internacional de la democracia en las Américas", *Ius et Veritas*, Perú, 2005.

———, "La Internacionalización de la Democracia en el Sistema Interamericano", *Georgetown University – Universia*, vol. 2, núm. 1, 2008.

———, *Democracia y Derecho Internacional en las Américas*, Argentina, 2009.

RAMÍREZ, S. G. y GONZA, A., *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos*, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos-Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2007.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

REICHARDT, R., *La Revolución Francesa y la cultura democrática: la sangre de la libertad*, Madrid, 2002.

REINA GARCÍA, Ò. M., "Las cláusulas de apertura o reenvío hacia las fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque d constitucionalidad", *Revista Derecho del Estado*, núm. 29, 2012.

RENSMANN, T., "Die Genese des ‚offenen Verfassungsstaats' 1948-49", *Der "offene Verfassungsstaat" des Grundgesetzes nach 60 Jahren. Anspruch und Wirklichkeit einer großen Errungenschaft*, GIEGERICH (ed.), Berlín, 2010.

RESTREPO PIEDRAHITA, C., *Tres ideas constitucionales: supremacía de la Constitución, Corte Constitucional, el Ombudsman*, Bogotá, 1978.

REY CANTOR, E., "El bloque de constitucionalidad: aplicación de tratados internacionales de derechos humanos", *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, año 4, núm. 2, 2006.

———, *Celebración y jerarquía de los tratados de derechos humanos: (Colombia y Venezuela)*, UCAB, Caracas, 2007.

REYES, A. A., *Participación Política de la Mujer en América Latina*, 2008.

RIBEIRO HOFFMAN, A., "Political Conditionality and Democratic Clauses in the EU and Mercosur", en RIBEIRO HOFFMANN y VAN DER VLEUTEN, *Closing or Widening the Gap? Legitimacy and Democracy in Regional Integration Organizations*, Aldershot, 2007.

———, "Latin American states cooperation at the United Nations General Assembly: One for all and all for one?", *Ponencia en la British International Studies Association (BISA)*, Edimburgo, 2012.

———, *Protection and promotion of Human Rights by Mercosur: last but not least*, Paper ISA, San Francisco, 2013.

RIIS HALVORSEN, K., "La política económica del régimen militar en Brasil", *Revistas Javerianas, Pap. Polít. Estud*, Bogotá, vol. 2, núm. 1, enero-junio de 2006.

RINCÓN, O., "De celebrities pero motivadores pero tele-presidentes pero… ¿democracia?", *Los tele-presidentes: cerca del pueblo, lejos de la democracia* [crónicas de 12 presidentes latinoamericanos y sus modos de comunicar], Bogotá, 2008.

RÍOS ÁLVAREZ, L., "El fundamento axiológico de las relaciones internacionales y de las constituciones modernas", *Revista de Derecho Público*, vol. 66, 2004.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

RISSO FERRAND, M., "La libertad de enseñanza en la Constitución uruguaya", *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, Montevideo, 2004.

———, "El derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 14, julio-dic. de 2010.

RIVADENEYRA, A., *La emergencia del principio de interacción y el diálogo jurisprudencial a la luz del denominado derecho constitucional internacional*, Perú, 2011.

RIVERA RUGELES, J. C., "Las sanciones penales frente a expresiones sobre temas de relevancia pública: ¿Limitación o violación a la libertad de expresión?", *American University International Law Review*, vol. 26:1, 2010.

RODRÍGUEZ, J. C., "Paraguay. Transición sin alternancia", *Nueva Sociedad*, vol. 157, septiembre-octubre 1998.

RODRÍGUEZ GARAVITO, C., *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Argentina, 2011.

RODRÍGUEZ GARCÍA, A., "Participación ciudadana, institucionalidad local y Consejos Comunales en Venezuela", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV*, Caracas, núm. 129, 2007.

RODRIGUEZ RESCIA, V., *Los derechos económicos sociales y culturales en el marco del sistema interamericano: mecanismos para su protección*, San José, 2004.

ROJAS, R., *Historiografía y Política sobre el tema bolivariano*, Barquisimeto, 1999.

ROJAS ARAVENAS, F., *La Década Latinoamericana hacia el desarrollo regional. El Estado que necesitamos*, San José, 2011.

———, "La Celac y la integración latinoamericana y caribeña", *Revista Nueva Sociedad*, núm. 240, julio-agosto de 2012.

ROMÁN-MOREY, E., *Tratado de Tlatelolco de la América Latina: Instrumento para la paz y el desarrollo*, disponible en: *www.iaea.org/Publications/Magazines/Bulletin/Bull371/Spanish/37104693336_es.pdf.*

ROMERO RÍOS, M. E., *Federalismo y municipalización: la dualidad de la descentralización política.* Disponible en: *http://cdi.mecon.gov.ar/biblio/docelec/clad/cong6/6nov/21/ romerrio.pdf.*

ROMERO SILVERA, G., "Implicaciones jurídicas del desarrollo del derecho de acceso a la información pública en el marco del derecho a la libertad de expresión y los derechos humanos", *American University International Law Review*, vol. 26:1, 2010.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

ROSSI, J. y ABRAMOVICH, V., "La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en MARTÍN *et al* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, 2004.

RUBIO LLORENTE, F. y DARANAS PELÁEZ, M., *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Barcelona, 1997.

RUMAZO GONZÁLEZ, A., *8 grandes biografías. Cumaná: Ediciones de la Gobernación del Estado Sucre*, 2001, t. II.

SABSAY, D. A., "Integración y supranacionalidad sin considerar los desarrollos europeos recientes, bases constitucionales y límites. La experiencia del Mercosur", Berlín el 15 de mayo de 1999, 50.º Aniversario de la Constitución alemana. Disponible en: *http://www.farn.org.ar/docs/art04.pdf*.

SAGÜÉS, N. P., *Reflexiones sobre la imprevisión constitucional. Interpretación e integración*, México.

———, "Constitución Nacional. Derechos no enumerados", *Enciclopedia jurídica Omeba*, Apéndice V, Buenos Aires, 1986.

———, "Dificultades operativas del 'Control de Convencionalidad' en el sistema interamericano", *La Ley*, Buenos Aires, 2009.

———, "El poder constituyente como intérprete de la Constitución", *Pensamiento Constitucional*, Lima, año XVI, núm. 16, 2012.

———, "Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad: la 'Constitución convencionalizada'", en VON BOGDANDY *et al.* (coords.), *Estudos avançados de Direitos Humanos Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, São Paulo, 2013.

SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El Art. 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, 1999.

SALDÍAS, O., "Libre circulación de personas y la autonomía del orden jurídico de la Comunidad Andina", *La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica: Modelos comparados. Unión Europea, Mercosur*, Pamplona, 2012.

SALAZAR UGARTE, P. y SALTALAMACCHIA ZICCARDI, N., *Los nuevos retos para la consolidación democrática en América Latina: el papel del Estado*, 2009.

SALGADO PESANTES, H., "La solución amistosa y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario*, México, 2003.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

SALGADO PESANTES, H., "Derecho procesal constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de derechos humanos", en FERRER MAC-GREGOR y LELO DE LARREA (eds.), *Estudios en homenaje a Héctor Fix Fierro, La Ciencia del derecho procesal constitucional*, México, 2008.

SALOMONI, J., *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, 1997.

SALVIOLI, F., "El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la Protección Internacional de los Derechos Humanos", *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Memorias del Seminario, México, 2003.

———, "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos", Costa Rica, *Revista IIDH*, vol. 39, 2004.

———, *El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la Protección Internacional de los Derechos Humanos*, México, pp. 680 y ss., disponible en: *http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/45.pdf*.

SAMTLEBEN, J., "Rechtspraxis und Rechtskultur in Brasilien und Lateinamerika. Beiträge aus internationaler und regionaler Perspektive", *Schriften der deutsch-brasilianischen Juristenvereinigung*, Aachen, vol. 40, 2010.

SANAHUJA, J. A., "Del 'regionalismo abierto' al 'regionalismo post-liberal'. Crisis y cambio en la integración regional en América Latina", *Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe*, Buenos Aires, vol. 8, 2010.

SERNA, J. M., *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012.

SIERRA, H., "Recientes avances de la jurisprudencia constitucional colombiana", en BAZÁN y NASH, *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad 2011*, Bogotá, 2012.

SIKKINK, K., "Reconceptualizing Sovereignty en the Americas: Historical Precursors and Current Practices", *Houston Journal of International Law*, vol. 19, 1997.

SILVA-GARCÍA, F., *La declaración 1-2004 del tribunal constitucional español*.

SILVA OTERO, A., *El Congreso de Panamá*, 1960.

SOMMERMANN, K., "Offene Staatlichkeit Deutschland", *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, t. II: *Offene Staatlichkeit, Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, Heidelberg, 2008.

SYMONIDES, J. (ed.), *Human Rights: New Dimensions and Challenges*, París, 1998.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

SZMOLKA VIDA, I., "Los regímenes políticos híbridos: democracias y autoritarismos con adjetivos. Su conceptualización, categorización y operacionalización dentro de la tipología de regímenes políticos", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 147, enero-marzo de 2010.

TABLANTE, C., *Venezuela herida: un pacto por la democracia del futuro*, Caracas, 2003.

THIERY, P., *BTI 2012 – Regionalbericht Lateinamerika und Karibik*, Gütersloh: Bertelsmann Stiftung, 2012.

THÜRER, D. y BURRI, T., "Self-Determination", en WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2012.

TIRADO MEJÍA, A., *Integración y democracia en América Latina y el Caribe*, Argentina, 1997.

TORRES, A., "¿Se limita o refuerza el poder ejecutivo como consecuencia de la Internacionalización de los procesos de producción normativa?", *Seminario SELA, Panel II: Globalización y Poder Ejecutivo*, Bogotá, 2006. Disponible en: *http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006_pdf/Aida_Torres.pdf*.

———, "En defensa del pluralismo constitucional", en UGARTEMENDÍA y JÁUREGUI (coords.), *Derecho constitucional europeo*, Valencia, 2011.

TRAMONTANA, E., "La participación de las ONG en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: avances, desafíos y perspectivas", en VON BOGDANDY *et al.*, (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un* ius cosntitucionale commune *en América Latina?*, Mexico, 2010, t. II.

TREMINIO SÁNCHEZ, I., *Segundas partes nunca fueron... La reelección presidencial en las Constituciones políticas de América Latina*, Salamanca, 2011.

TURNER MORALES, J., "Bolívar en la historia y el destino de América Latina", OROPEZA GARCÍA (coord.), *Latinoamérica frente al espejo de su integración 1810-2010*, México, 2010.

ÚBEDA DE TORRES, A., *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, 2007.

UPRIMNY, R., "El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal", en O'DONNELL *et al.* (comps.), *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Bogotá, Oficina Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos y De Justicia, 2001.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

———, "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos", RODRÍGUEZ GARAVITO (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Argentina, 2011.

———, "Bloque de convencionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal", disponible en: *http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf*.

VAKY, V. P./MUÑOZ, H., *The Future of the Organization of American States*, Nueva York, 1993, pp. 9-10. Un análisis sobre la dictadura chilena y los documentos aparecidos con posterioridad, en: *Estados Unidos y el golpe de Estado en Chile contra Salvador Allende*, Archivo Chile, Santiago, 2005.

VALADÉS, D., "Prólogo", *El Estado constitucional*, HÄBERLE, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, 2003.

VAN HOOF, F., "The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of some Traditional Views", en ALSTON y TOMASEVSKI (eds.), *The Right to Food*, Utrecht, 1984.

VANEGAS, I., *La reivindica como primera Constitución del mundo hispánico (30 de marzo de 1811)*.

———, "La Constitución de Cundinamarca: primera del mundo hispánico", *Revista Historia Constitucional*, núm. 12, 2011.

VANOSSI, J., *Apunte de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 2007.

VÁSQUEZ, A., "Soberanía, supranacionalidad e integración: la cuestión en los países del Mercosur", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, 2001.

VÉLEZ GARCÍA, J., "La Constitución: Una norma abierta", en ARISMENDI y CABALLERO ORTIZ (coords.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI*, *Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías*, Madrid, 2003.

VENTURA, D., "Mercosur: derechos humanos y participación ciudadana", *DemocraciaSur*, Montevideo, 12 de abril de 2005.

———, "Saúde Pública e Integração Regional: Tensões entre o Direito à Saúde e o Comércio Internacional", en VON BOGDANDY *et al. (eds.)*, *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucionale regional*, Río de Janeiro, 2011.

——— *et al.*, *O assunto de hoje: Comissão de direitos humanos da* OEA. Sistema interamericano sob forte ataque. Disponible en: *http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/59213-sistema-interamericano-sob-forte-ataque.shtml*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

———— y ROLIM, M. F., "Los derechos humanos y el Mercosur: una agenda (urgente) para más allá del mercado", *Revista de Direito Internacional e do Mercosul*, Buenos Aires, vol. 5, 2005.

VERA, T. *et al.*, "Diagnóstico y evaluación de lo acordado", *La construcción del Mercosur, Mercosur e Integración*, ABREU BONILLA, Montevideo, 1991.

VERA-FLUIXÁ, R. X., "Principios de Integración Regional en América Latina", *Discussion Paper C 73*, *Zentrum für Europäische Integrationsforschung*, Bonn, 2000.

VERESHCHETIN, V. S., "New Constitutions and the Old Problem of the Relationship between International Law and National Law", *European Journal of International Law*, vol. 1, 1996.

VIEIRA POSADA, E., "Evolución de las teorías sobre integración en el contexto de las teorías de relaciones internacionales", *Papel Político*, núm. 18, Bogotá, Colombia, 2005

VIO, E., "La Carta Democrática Interamericana con referencias al caso de Honduras", *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, Santiago de Chile, 2010.

VOGEL, K., *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die nternational Zusammenarbeit*, 1964.

WALKER, N., "Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union", *European Law Journal*, vol. 4, 1998,.

WEILER, J. H. H. *et al.*, "European Democracy and Its Critique", en HAYWARD (ed.), *The Crisis of Representation in Europe*, Londres, 1995.

————, "European Neo-Constitutionalism", *Search of Foundations for the European Constitutional Order*, 1996.

WENDEL, M., *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich*, Tubinga, 2011.

WHITEHEAD, L., "Prólogo", en WELP y WHITEHEAD (comps.), *Caleidoscopio de la innovación democrática en América Latina*, México, 2011.

WIND, M., "The European Union as a Polycentric Polity: Returning to a Neo-medieval Europe?", WEILER y WIND (eds.), 2003.

WOLNY, K., "Menschenrechtsschutz auf regionaler Ebene: das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte im Vergleich zum europäischen Schutzsystem", *Recht*, núm. 21(3), 2003.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862

YRIGOYEN FAJARDO, R., "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización", en RODRÍGUEZ GARAVITO (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, 2011.

ZALAQUETT, J., "Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints", en KRITZ (ed.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon With Former Regimes*, Washington D. C., 1995.

ZAMORA, K. C., *La polis amenazada: (in) seguridad ciudadana y democracia en América Latina y el Caribe*, 2012.

ZELAYA, R. M., *Estudio de legislación comparada. La reelección presidencial: un estudio comparativo de casos en América Latina*, Managua, 2010.

ZOVATTO, D., "Democracia y desarrollo en América Latina: oportunidades y desafíos", *FLACSO*, 2011.

ZUBILLAGA, M., "Los fundamentos del derecho comunitario y su soporte constitucional: la experiencia europea y andina", en ARISMENDI y CABALLERO ORTIZ (coords.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, 2003.

ZUGAIB, E., *A Hidrovia Paraguai-Paraná e seu significado para a diplomacia sul-americana do Brasil*, Brasilia, 2005.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune, se terminó de imprimir en agosto de 2014 en los talleres de Impresión Comunicación Gráfica, S. A. de C. V., Manuel Ávila Camacho 689, col. Santa María Atzahuacán, delegación Iztapalapa, 09500 México, D. F. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para los interiores y cartulina sulfatada de 14 puntos para los forros; consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).