

Ius Constitutionale Commune en América Latina. Aclaración conceptual*

Armin von Bogdandy

SUMARIO: 1. Contexto y finalidad de esta contribución. 2. Justificación del enfoque del *Ius Constitutionale Commune*. 3. Objetivos y medios. 4. Conclusión.

1. CONTEXTO Y FINALIDAD DE ESTA CONTRIBUCIÓN

¿Puede tener algún tipo de relevancia para Latinoamérica este análisis hecho por un publicista alemán? Hoy en día, cualquier “asesoramiento” europeo a Latinoamérica sobre la manera “adecuada” para organizar una sociedad despierta suspicacias.¹ Es

* Este texto se basa en publicaciones anteriores editadas por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y por la Universidad Externado de Colombia. En el primer caso en el libro *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, de Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), México, 2010. En el segundo caso, en la *Revista de Derecho del Estado*, núm. 34, 2015, pp. 3-50.

¹ Respecto de la problemática de los Estados débiles, Oeter, S. (“Fragile Staatlichkeit und Entwicklung” en DANN, P., Kadelbach, S. y Kaltenborn, M. (coords.), *Entwicklung und Recht*. Baden-Baden: Nomos. 2014, pp. 471-497. La investigación histórica sugiere que nunca ha habido una transferencia unilateral de conocimiento entre Europa y otras partes del mundo; más bien las transferencias de conocimiento entre las regiones siempre han tenido carácter multidireccional; para un resumen véase Wendt, H. y Renn, J. “Knowledge and Science in Current Discussions of Globalization”

más, el mero ofrecimiento de conceptos se ve con recelo en el ámbito de los estudios poscoloniales.² No obstante, numerosas sesiones del Coloquio Iberoamericano que fue creado en 2004 en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público³ han revelado que la descripción y conceptualización de un fenómeno, realizadas por una persona que lo observa a cierta distancia, pueden ser provechosas para quienes se encuentran más cerca del fenómeno en cuestión. Las reconstrucciones que parten de otros contextos y que se realizan a una mayor distancia pueden generar conocimiento valioso. Así es como entiendo mi rol en el ICCAL. Podemos ilustrar este punto modificando levemente una imagen descrita por Isaac Newton: para alcanzar nuevo conocimiento en un proceso de investigación común no es necesaria una ubicación más elevada, basta con una ubicación distinta.⁴ Sin embargo, entre más alejada sea la ubicación, más precario y abstracto será el conocimiento alcanzado.

En el Coloquio se han abordado diversas constelaciones temáticas, pero la cuestión central ha sido el constitucionalismo

en Renn, J. (coord.), *The Globalization of Knowledge in History*. Berlin: Edition Open Access. 2012, pp. 45-72, refiriéndose en particular a Frank, A.G. *ReOrient. Global Economy in the Asian Age*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press. 1998.

² Una aproximación a esta idea se puede encontrar en Draude, A. y Neuweiler, S., "Governance in der postkolonialen Kritik. Die Herausforderung lokaler Vielfalt jenseits der westlichen Welt". *SFB-Governance Working Paper Series*, 2010, 25(5), pp. 7-8.

³ Desde el año 2004 el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público ha sido el anfitrión del Coloquio Iberoamericano, organizado desde el año 2006 por Mariela Morales Antoniazzi, investigadora del Instituto para temas latinoamericanos. Las 140 sesiones del Coloquio que se han celebrado hasta ahora han servido como foro para intercambiar, comparar y contrastar las ideas de los numerosos expositores y participantes, y han generado una agenda de investigación común. El Coloquio cuenta al día de hoy con una red que comprende alrededor de 250 miembros; se han organizado conferencias internacionales anualmente en así como cursos de verano sobre derecho comparado; además, se han publicado 16 libros. Desde marzo de 2014, el Coloquio es el evento principal de la sección alemana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

⁴ Merton, R. K., *Auf den Schultern von Riesen: Ein Leitfaden durch das Labyrinth der Gelehrsamkeit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp. 1983, pp. 13 y ss.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

transformador en América Latina.⁵ Se trata de superar la profunda exclusión social a la luz de la tríada derechos humanos, democracia y Estado de derecho. El Coloquio ha facilitado el análisis jurídico de este desafío bajo un enfoque tanto comparativo como internacionalista, lo que implica una serie de innovaciones. Este enfoque jurídico holístico se conoce cada vez más como *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL).⁶

⁵ El concepto de constitucionalismo transformador se conoce del constitucionalismo colombiano en el marco de la nueva constitución de 1991. La Constitución de 1991 se identifica como un parteaguas y tiene como soporte la efectividad de los derechos humanos como uno de sus pilares fundamentales. Cepeda, M. J., “¿Cómo se hizo la Asamblea Constituyente?” en: *Introducción a la Constitución de 1991: Hacia un nuevo constitucionalismo*. Bogotá: Presidencia de la República. 1993, 173-186; Cepeda, M. J., *Los derechos fundamentales de la Constitución de 1991*. Vol. 2. Bogotá: Editorial Temis. 1997. Se afirma que los constituyentes de 1991 no solo eran depositarios de una voluntad popular ansiosa de respuestas institucionales para transformar la situación, sino que estuvieron motivados por una especial sensibilidad en lo que concierne al derecho internacional de los derechos humanos. Upegui Mejía, J. C., “Cuatro indicios de la influencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en el constitucionalismo colombiano”, en *Revista Derecho del Estado*. núm. 23, 2009, 191-212. El constitucionalismo transformador también se conoce a partir de la discusión sudafricana. Pionero en este sentido: Klare, K., “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”, *South African Journal on Human Rights*, 14(1), 1998, pp. 146-188; sobre su significado, Roux, T., “Transformative Constitutionalism and the best interpretation of the South African constitution: distinction without a difference?”, *Stellenbosch Law Review*. 2009, 20(2), pp. 258-285.

⁶ Sobre el concepto del *Ius Constitutionale Commune*, 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, Inter-American Institute of Human Rights, 2011, p. 243; Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010; Arango, R., “*Ius constitutionale commune*”, *El Espectador*, 4 de noviembre de 2009; Sagués, N. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*. 2010, 8(1), pp. 117-136; García Ramírez, S., “El control judicial interno de convencionalidad”. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 5(28), 2011, pp. 123-159; Piovesan, F., “Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano”, *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. 77(4), 2011, pp. 102-139; Piovesan, F., “Direitos humanos e diálogo entre jurisdições”, *Re-*

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

La idea de un constitucionalismo latinoamericano no es nueva.⁷ Sin embargo, el siglo XXI la ha dotado de nuevos contornos en el sentido de un *Ius Constitutionale Commune*. Un momento importante en la formación de su identidad lo constituye el rechazo de las tres ideologías constitucionales tradicionales latinoamericanas, a saber, el conservadurismo, el liberalismo y el radicalismo.⁸ Sus características positivas son la combinación del derecho nacional y del internacional público, la orientación metodológica hacia principios, la centralidad de los derechos y la estrategia de perseguir transformaciones de manera incremental.

Metodológicamente, este análisis consiste en la interpretación que un publicista alemán hace de algunos textos académicos, sobre todo de aquellos que han sido objeto de debate en el Coloquio Iberoamericano, así como de las posiciones que se han defendido en él.⁹ Esta síntesis se guía por el deseo de captar cómo las personas asociadas al *Ius Constitutionale Commune* en América Latina comprenden, relacionan y desarrollan el derecho del Estado, el derecho internacional público universal, el derecho regional de la integración, el derecho comparado y la teoría política a fin de responder a los desafíos de nuestros tiempos.

La motivación para estudiar el enfoque latinoamericano no se debe solamente a un interés académico por la región, ya que dicho enfoque abarca fenómenos que también son europeos y

vista *Brasileira de Direito Constitucional*, 19, 2011, pp. 67-93 (en adelante “Direitos humanos e diálogo”).

⁷ Para conocer la trayectoria latinoamericana se puede acudir a la edición especial de la revista especializada *Rechtsgeschichte*, Duve, T., “Verfassung und Verfassungsrecht in Lateinamerika im Licht des bicentenario. Einleitung zur Debatte”, *Rechtsgeschichte*, 16, 2010, p. 16; también Casal Hernández, J. M., “El constitucionalismo latinoamericano y la oleada de reformas constitucionales en la región andina”, *Rechtsgeschichte*, 16, 2010, pp. 212-241.

⁸ Gargarella, R., *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*, Oxford, OUP, 2013, en particular pp. 197 y ss.

⁹ Sobre cuestiones epistemológicas, Duve, T., “Internationalisierung und Transnationalisierung der Rechtswissenschaft –aus deutscher Perspektive”, *LOEWE Research Focus*, “Extrajudicial and Judicial Conflict Resolution”, Working Paper, 2013, pp. 6, 9 y ss.; Tamanaha, B. Z., “What is ‘General’ Jurisprudence? A Critique of Universalistic Claims by Philosophical Concepts of Law”, *Transnational Legal Theory*, 2(3), 2011, pp. 287-308.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

globales.¹⁰ Como bien lo demuestra la fundación de la *International Society of Public Law*, el entrelazamiento entre la teoría política, el derecho del Estado, el derecho comparado, el derecho de la integración y el derecho internacional público, es un tema tan actual como universal.¹¹

2. JUSTIFICACIÓN DEL ENFOQUE DEL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE*

2.1. Lo común

Como muchos términos jurídicos (derecho constitucional, derecho internacional público, derecho de familia, sin olvidar el término clásico europeo *Ius Commune*), el concepto *Ius Constitutionale Commune* en América Latina se refiere tanto al derecho positivo como al discurso jurídico sobre el mismo.¹² Referirse al fenómeno en tanto que derecho común (*Ius Commune*) se justifica por dos componentes esenciales del enfoque.¹³ El primer componente consiste en la nueva apertura de los ordenamientos

¹⁰ De manera similar en el ámbito de la historia del derecho, Duve, T., “Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive”, *Rechtsgeschichte*, 20, 2012, p. 18. No implica la idea de una “jurisprudencia universal”, en ese sentido cfr. Mohnhaupt, H., *Historische Vergleichung im Bereich von Recht und Staat*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2000, pp. 437 y ss.; Tamanaha (*op. cit.*, p. 10).

¹¹ Véase la página web de *The International Society of Public Law*, disponible en <http://icon-society.org/> programático: Weiler, J., “The International Society for Public Law –Call for Papers and Panels”, *Int J Constitutional Law*, 12, 2014, pp. 1-3.

¹² Sobre el doble significado del “verdadero” *Ius Commune* y su posible significado contemporáneo, Zimmermann, R., “Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit”, *Juristenzeitung*, 1992, pp. 8-20. Al igual que respecto del verdadero *Ius Commune* el debate académico latinoamericano parece ser esencial para la creación del fenómeno en el derecho positivo. Ciertamente el concepto latinoamericano se diferencia del europeo en muchos sentidos.

¹³ Sobre el atractivo del concepto de *Ius Commune* para América Latina Serna de la Garza, J. M., “El concepto del *Ius Commune* latinoamericano en derechos humanos: Elementos para una agenda de investigación”, en *Rasgos*, (*op cit.*, 19), pp. 212 y ss.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

jurídicos estatales latinoamericanos hacia un estrato común de derecho internacional público, sobre todo hacia la Convención Americana. Aunque esta apertura se exprese únicamente en uno o pocos artículos de las constituciones,¹⁴ se sostiene que tal apertura afecta y transforma la esencia del constitucionalismo. Los derechos constitucionales estatales y el derecho internacional público se encuentran en una relación de fortalecimiento mutuo, están llamados a realizar las garantías y promesas del así llamado “bloque de constitucionalidad”. Esta apertura es entonces expresión de un desarrollo *común*, que además le confiere a los ordenamientos jurídicos estatales una orientación *común*. De allí que luzca muy congruente que la Corte Interamericana describa el conjunto de los tratados de derechos humanos como un *corpus iuris*.¹⁵ Se trata asimismo de un cambio *común*, ya que vincular el derecho estatal con el derecho internacional público constituye una ruptura en la manera tradicional de estudiar estas dos áreas del derecho, puesto que tradicionalmente su tratamiento académico e investigación se desarrolla por aparte.¹⁶

El segundo componente es un discurso común de derecho comparado.¹⁷ La idea de poner el derecho constitucional comparado al servicio de fines democráticos acompaña la fundación del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional en el año 1974 en Buenos Aires, producto de la colaboración entre juristas mexicanos y argentinos. El cometido inicial de Jorge Carpizo, Héc-

¹⁴ En más detalle, abajo, III 3.

¹⁵ Se reconoce como aporte de la Corte Interamericana al derecho internacional. Cfr. O'Donnel, D., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, pp. 57-59. Dicho reporte también incluye la reseña sobre las decisiones de la Corte Interamericana en donde se usa el término.

¹⁶ Pionera Piovesan, F., *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo, Limonad, 1996; cfr. también con Nikken, P., “El derecho internacional de los derechos humanos”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 72, 1989, pp. 15-52.

¹⁷ Brewer-Carías, A., *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceedings*, Nueva York, CUP, 2014; Ferrer Mac-Gregor, E., *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, Pons, 2013.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

tor Fix-Zamudio, Pedro Frías, Diego Valadés y Jorge Vanossi fue el de establecer la comunicación entre dos ámbitos de discusión jurídica que hasta ese momento se desarrollaban por separado, para así dar seguimiento conjunto a la idea del constitucionalismo en el difícil contexto de los gobiernos autoritarios. En cuestión de poco tiempo varios juristas de otros Estados tales como Brasil, Venezuela, Colombia, Guatemala, Perú y Uruguay se unieron al proyecto; hoy en día el Instituto Iberoamericano es un foro fundamental del pensamiento contemporáneo sobre el constitucionalismo.¹⁸

La intensificación del estudio comparado del derecho público como parte del proyecto transformador impulsado por el ICCAL se deja vislumbrar también en otros escenarios. En este sentido, cabe mencionar una serie de publicaciones. Desde 1989, la *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, publicada por la Universidad Nacional de Costa Rica se centra en el debate acerca de los derechos humanos, evidenciando así el protagonismo de este ámbito jurídico para la región. Una publicación algo más antigua es *Derecho de la Integración: Revista Jurídica Latinoamericana*, que se publicara de 1967 a 1978 por el Instituto para la Integración de América Latina¹⁹ afiliado al Banco Interamericano de Desarrollo. Su temática eran los aspectos jurídicos de la integración económica en América Latina y estaba ligada a la idea de la creación de un espacio económico latinoamericano.²⁰ El Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer ya publicó la XIX edición de su *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* dedicado al estudio y fomento de esta rama del derecho en los países de la región, con aportaciones de académicos, operadores jurídicos y jóvenes investigadores. Todos convergen hoy en día en identificar como un rasgo común la “sed de materialización garantista” de estas constituciones.²¹

¹⁸ Recientemente XI. Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional “Jorge Carpizo”, 17-19 de septiembre de 2013 en Tucumán, Argentina, disponible en <http://www.iberconstitucional.com.ar>

¹⁹ Hoy llamado Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe.

²⁰ Instituto para la Integración de América Latina, Editorial, *Derecho de la Integración: Revista Jurídica Latinoamericana*, 1, 1967, pp. 5-7.

²¹ Elsner, G. y Steiner, C., Prólogo, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 2011, p. 9.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Para ejemplificar el estudio comparado se cuenta también con la *Revista Latinoamericana de Derecho*, en circulación desde 2004 y publicada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Esta revista se dedica a la investigación del derecho más allá de las fronteras nacionales en América Latina, en especial en los ámbitos que son particularmente relevantes en razón de tradiciones culturales y proyectos afines.²² Otras revistas tienen como meta, al menos en razón de su denominación, el fomentar un discurso jurídico latinoamericano, como por ejemplo la *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. También publicada por la UNAM, tiene como finalidad dar oportunidad a los juristas mexicanos y extranjeros de crear una nueva doctrina en el ámbito del derecho social que propicie soluciones al problema de la desigualdad en las relaciones sociales.²³ Parece muy importante también la fundación de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional en el año 2007 para fomentar la discusión regional en tales temas.²⁴

Todo ello evidencia el gran interés de contar con un discurso jurídico regional. No obstante, de acuerdo con las observaciones de muchos de los participantes en el Coloquio y a pesar de las facilidades lingüísticas, el discurso jurídico regional encuentra severos obstáculos. A menudo da la impresión de que el contacto con instituciones de investigación de extracción estadounidense o europea es más intenso que entre instituciones latinoamericanas. Tomando en consideración que la falta de recursos suele ser un problema en la región, la decisión del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México de dar acceso libre en línea a su amplia gama de publicaciones marca una alentadora pauta.²⁵

²² Ventura, A. Presentación, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, 1, 2004, pp. XI-X.

²³ Valadés, D., Palabras de Bienvenida, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 1, 2005, pp. IX-XIII.

²⁴ Véase la página web de la *Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional*, disponible en <http://lasil-sladi.org/es/home.html>

²⁵ Disponibles en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/> El libro *Rasgos* (op. cit., 19) también ha sido publicado de esta manera.

2.2. ¿Qué quiere decir latinoamericano?

Para muchos autores es importante, y en esto hacen hincapié, que el discurso latinoamericano se inserte en el discurso universal y que no se convierta en un particularismo más.²⁶ El *Ius Constitutionale Commune* está muy lejos de la idea de un derecho internacional específicamente distinto en América Latina.²⁷ Así, la calificación del *Ius Commune* como latinoamericano no implica una distinción fundamental frente al Norte global, pues no se esgrimen “valores latinoamericanos” como sí sucede con los supuestos “valores asiáticos”.²⁸ Se trata más bien de la descripción de una región para la cual un discurso jurídico común podría acarrear grandes beneficios.

Al mismo tiempo, focalizar los estudios en la región latinoamericana y no interamericana, excluye de su ámbito a los países de habla inglesa o neerlandesa de las Américas. A su vez, no haber denominado a la región “iberoamericana” excluye a España

²⁶ García Ramírez, S., “La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*”, en *Rasgos* (op cit., 19), pp. 459-491; así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos subraya a menudo las bases universalistas de su jurisprudencia. Incluso los tribunales nacionales hacen uso de la jurisprudencia de otras regiones del mundo cfr. Morales Antoniazzi, M., “El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Rasgos* (op. cit., 19), pp. 265, 267 y ss.

²⁷ Esquirol, J. L.,m “Latin America” en Fassbender, B. y Peters, A. (coords.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, OUP, 2013. pp. 553, 562 y ss.; Becker Lorca, A., “International Law in Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination”, *Harvard International Law Journal*, 47, 2006, pp. 283-305. Quizás el representante más importante fue Álvarez, A., “Latin America and International Law”. *American Journal of International Law*, 3(2), 1909, pp. 269-353.

²⁸ Kapur, A., “Asian Values v. the Paper Tiger. Dismantling the Threat to Asian Values Posed by the International Criminal Court”, *Journal of International Criminal Justice*, 11(5), 2013, pp. 1059-1090, en particular 1063-1066; Di Plinio, G., “Rule of law/fazhi: il diritto in Cina tra WTO e Asian values”, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2011, pp. 326-338; Davis, M. C., “Constitutionalism and Political Culture”, *Harvard Human Rights Journal*, 11, 1998, pp. 109-147, en particular 111-112.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

y Portugal,²⁹ mientras que la decisión de no denominarla “sudamericana” supone la inclusión de los países centroamericanos así como de México. Se trata, por tanto, de las antiguas colonias españolas y portuguesas, principalmente.³⁰ El uso del latín *Ius Constitutionale Commune* es una señal del legado europeo, mostrando así que dicha influencia es mucho más que una mera carga histórica.³¹

Empero, la denominación “latinoamericana” no pretende que exista homogeneidad en la situación política, social, económica o jurídica de los diferentes países de la región.³² Las diferencias entre Chile y Honduras no son menores, es más, quizás hasta sean mayores que aquellas entre Suecia y Rumanía.³³ Además, por distintas razones, los regímenes de integración económica³⁴

²⁹ No hay que olvidar que en España se discutió hasta los años setenta del siglo xx, acerca de su pertenencia a Europa, la cual se entendía a sí misma como secular y moderna, o si más bien no sería mejor entenderla como parte de Iberoamérica, ya que al igual que en los Estados latinoamericanos el catolicismo tradicional seguía jugando un papel preponderante.

³⁰ A pesar de que el término latinoamericano es una creación francesa del siglo xix, sobre este tema cfr. Valadés, D., “Formación y transformación del sistema presidencial en América Latina: Una reflexión sobre el *Ius Commune* latinoamericano”, en *Rasgos* (op cit., 19), pp. 169, 170 y ss.; el objetivo político de sus orígenes no tiene hoy ninguna relevancia.

³¹ Sobre la influencia del derecho romano en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos González, M.d.R., “El periodo colonial y su legado”, en *Rasgos* (op cit., 19), pp. 85-97. Esta contribución señala al mismo tiempo que el derecho de los pueblos precolombinos siempre permaneció vigente.

³² Para una descripción de las grandes y crecientes diferencias Malamud, A., “El contexto del diálogo jurídico interamericano: fragmentación y diferenciación en sociedades más prosperas”, en *Rasgos* (op cit., 19), pp. 107 y ss.

³³ Cfr., p. ej., el PIB *per capita* según el Fondo Monetario Internacional, disponible en <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2014/01/weo-data/index.aspx> el Índice de Desarrollo Humano 2013, según el Human Development Report PNUD. 2013, disponible en <http://hdr.undp.org/en/data>

³⁴ Estos son, entre otros, el Mercado Común del Sur (Mercosur), la Comunidad Andina de Naciones (CAN), la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) y el Mercado Común Centroamericano (MCCA). La mayor parte de los países centroamericanos, junto con la República Dominicana, firmaron el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Cen-

Ius Constitutionale Commune en América Latina

son débiles y cuentan con un pobre potencial de desarrollo. Cabe mencionar que estas iniciativas de integración no se dirigen a una sola comunidad latinoamericana sino más bien halan a los países en direcciones distintas.³⁵ La apuesta económica de México no puede entenderse sin el NAFTA/TLCAN, el acuerdo de integración económica más pujante del espacio latinoamericano, el cual aparta a México del espacio latinoamericano. Pero también la Alianza del Pacífico, fundada en junio de 2012 entre Chile, Colombia, México y Perú se dirige más bien hacia Asia y la cuenca del Pacífico y se ve cada vez más como contrapeso del MERCOSUR (Argentina, Brasil, Uruguay, Paraguay y Venezuela).³⁶ Reconociendo el estado de la cuestión, el *Ius Constitutionale Commune* no tiene como objeto la integración económica y política de Latinoamérica al estilo europeo, tampoco tiene como objeto la formación de un bloque regional ni mucho menos la vieja idea de un gran Estado regional.³⁷

El núcleo del *Ius Constitutionale Commune* es distinto. Se trata de asegurar a nivel regional la implementación de las decisiones y el cumplimiento de las promesas centrales que se plasmaron en las constituciones estatales, sobre todo en aquellas adoptadas tras los gobiernos autoritarios de los años setenta y ochenta del

troamérica y los Estados Unidos de América (TLCCA-DR). Muchos países latinoamericanos han suscrito tratados de libre comercio a nivel bilateral con países dentro y fuera de América Latina. El líder regional en este sentido es Chile con más de 15 tratados bilaterales de libre comercio. Véase la base de datos sobre tratados comerciales de la Organización Mundial de Comercio, disponible en <http://rtais.wto.org/UI/PublicSearchByMemberResult.aspx?MemberCode=152&lang=1&redirect=1>

³⁵ Más en detalle Malamud, A. (*op cit.*, 47), pp. 114 y ss, el cual de manera ilustrativa identifica 20 mecanismos distintos de cooperación regional.

³⁶ Briceño Ruiz, J., “Ejes y modelos en la etapa actual de la integración económica regional en América Latina”. *Estudios internacionales*, 45(175), 2013, pp. 9-39, disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-37692013000200001&lng=es&tlng=es. 10.5354/0719-3769.2013.27352

³⁷ Grote, R., “Los esfuerzos integradores en el contexto histórico suramericano”, en Bogdandy, A. von; Landa Arroyo, C. y Morales Antoniazzi, M. (coords.), *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*. Madrid, CEPC, 2009, pp. 3 y ss. (en adelante “¿Integración suramericana a través del Derecho?”).

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

siglo pasado. El gran problema es que los ordenamientos jurídicos y las estructuras reales de poder no se han ajustado a estas decisiones y promesas constitucionales, es decir, ha habido poco cambio en este sentido.³⁸ Por lo tanto, a la luz de esta situación, no resulta sorprendente la débil normatividad de las disposiciones legales con un componente social u orientadas hacia la inclusión.

El debate que se ha generado con miras a garantizar a escala regional la realización de las promesas centrales de las constituciones estatales es el origen del enfoque conocido como *Ius Constitutionale Commune en América Latina*; este concepto le otorga un nombre y le aporta una idea central. Aún está por verse si dicho concepto y enfoque prevalecerá, es decir, si llegará a ser aceptado de manera generalizada. Si lograra fomentar el debate para entender y desarrollar el fenómeno jurídico sería ya un éxito. En este sentido, sus funciones se asemejan a las propias de una serie de conceptos, como por ejemplo, el nuevo *Ius Commune* en Europa,³⁹ el *Ius Publicum* europeo,⁴⁰ o bien refiriéndonos a conceptos de corte más global, el así llamado derecho de la humanidad,⁴¹ derecho cosmopolita,⁴² derecho global,⁴³ derecho mundial,⁴⁴

³⁸ Gargarella (*op cit.*, 7), pp. vii, 157 y ss., 200 y ss.

³⁹ De manera programática Coing, H., “Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet. Probleme und Aufbau”, *Ius Commune*, 1, 1967, pp. 1-33. Zimmermann, (*op cit.*, 27).

⁴⁰ Bogdandy, A. v. y Hinghofer-Szalkay, S., “Das etwas unheimliche Ius Publicum Europaeum. Begriffsgeschichtliche Analysen im Spannungsfeld von europäischem Rechtsraum, droit public de l’Europe und Carl Schmitt”, *ZaöRV*, 73(2), 2013, p. 209 ofrecen una explicación de las funciones patentes y ocultas del concepto.

⁴¹ Cançado Trindade, A. A., “International Law for Humankind. Towards a New Jus Gentium (I)”, *Recueil des cours*, t. 316. 2005, pp. 9-439; “International Law for Humankind. Towards a New Jus Gentium (II)”, *Recueil des cours*, t. 31, 2005, pp. 9-312; Jenks, C. W., *The Common Law of Mankind*. Londres, Stevens & Sons, 1958.

⁴² Benhabib, S., “The Philosophical Foundations of Cosmopolitan Norms”, en Benhabib, S. y Post, R. (coords.), *Another Cosmopolitanism*, Oxford, OUP, 2006, p. 13.

⁴³ Domingo, R., *The New Global Law*, Cambridge, CUP, 2010.

⁴⁴ Delmas-Marty, M., *Trois défis pour un droit mondial*, París, Seuil, 1998.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

derecho mundial interno,⁴⁵ derecho transnacional⁴⁶ o transconstitucionalismo.⁴⁷ Todos ellos tienen varias características en común: promueven la inserción de los ordenamientos jurídicos estatales en contextos más amplios, subrayan la función intraestatal, es decir doméstica, del derecho internacional y proveen una idea que orienta la transformación. Esto es importante: los mencionados conceptos no tienen una vocación meramente académica sino también práctica, en especial cuando ingresan al ordenamiento jurídico por medio de detalladas construcciones doctrinarias. Procuran orientar en la enrevesada situación actual, estructurar y generar comunicación y dotar de sentido a las construcciones doctrinarias capaces de convertir promesas y garantías en realidad.

3. OBJETIVOS Y MEDIOS

3.1. La interpretación latinoamericana de ciertos principios constitucionales

Los principios fundamentales que orientan al *Ius Constitutionale Commune* son universales. Se trata sobre todo del respeto de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho. No obstante, el objetivo principal no es participar en un discurso global sobre principios abstractos. Más bien, el enfoque se nutre de experiencias concretas, de situaciones humanas inaceptables a raíz de déficits sistémicos.⁴⁸ El *Ius Constitutionale Commune* tiene una vocación sumamente práctica: hacer realidad las promesas y garantías de las constituciones latinoameri-

⁴⁵ Habermas, J., *Der gespaltene Westen: Kleine politische Schriften*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2004, pp. 143, 159 y ss.

⁴⁶ Jessup, P. C., *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956.

⁴⁷ Neves, M., *Transconstitucionalismo*, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009.

⁴⁸ Sobre el concepto de déficit sistémico cfr. Bogdandy, A. v. y Ioannidis, M., “La deficiencia sistémica en el Estado de Derecho. Qué es, qué se ha hecho y qué se puede hacer”, *Revista de Estudios Políticos*, 165, 2014, pp. 19-64.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

canas nuevas o reformadas después de la era de los gobiernos autoritarios. Los textos que se producen bajo la bandera del *Ius Constitutionale Commune* respiran un aire idealista: a pesar de los ya conocidos problemas que padece el constitucionalismo en Latinoamérica, aún se le atribuye al derecho constitucional un potencial emancipador.⁴⁹ Ante las considerables discrepancias entre los textos constitucionales y convencionales y la realidad, los autores no reaccionan con cinismo, resignación o ilusamente, sino más bien aceptan los desafíos que la situación presenta.⁵⁰

El eje del *Ius Constitutionale Commune* son los derechos fundamentales y humanos;⁵¹ a menudo se habla del *Ius Constitutionale Commune* como un *Ius Constitutionale Commune* en Derechos Humanos.⁵² Tres razones principales lo explican. En primer lugar, el contenido transformador de las constituciones se plasma principalmente en las disposiciones sobre derechos fundamentales. En segundo lugar, estos derechos son la piedra angular de la movilización de la sociedad civil.⁵³ Por último, son las sentencias judiciales sobre derechos fundamentales y humanos, a menudo producto de la lucha de grupos sociales, las que dotan al *Ius Constitutionale Commune* con una energía de carácter específicamente

⁴⁹ Posición que en América Latina no necesariamente es compartida por todos. Cfr. el análisis del asesor legal del presidente Salvador Allende, Novoa Monreal, E., *El derecho como obstáculo al cambio social*, México-Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 1980, pp. 118-140.

⁵⁰ Fix-Fierro, H., “Epílogo”, en *Rasgos* (op cit., 19), 501; sobre el papel constructivo del pensamiento utópico en el derecho Peters, A., “Realizing Utopia as a Scholarly Endeavour”, *EJIL*, 24, 2013, p. 533.

⁵¹ Según la dogmática jurídica alemana, los derechos fundamentales son aquellos que están previstos en la Constitución mientras que los derechos humanos están previstos en los tratados internacionales. En el debate latinoamericano no se hace esta distinción, compárese con Salazar Ugarte, P. “La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*”, en *Rasgos* (op cit., 19), p. 42.

⁵² Piovesan, F., (op cit., 20); García Ramírez, S. (op cit., 41).

⁵³ Tramontana, E., “La participación de las ONG en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: avances, desafíos y perspectivas”, en *La justicia constitucional y su internacionalización* (op cit., 9), pp. 533-556, en particular 538-540.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

te jurídico. Hoy en día parece indudable que tales derechos ya han tenido un impacto fuerte y probablemente transformador en América Latina: aunque su garantía efectiva no siempre es una realidad, los derechos han proporcionado un lenguaje común —jurídico, pero también político y social— que antes no existía para debatir los retos y los estándares, no solo entre juristas, sino también en el discurso político y público más amplio.

Los derechos del *Ius Constitutionale Commune*, no obstante su anclaje universal, muestran una serie de características específicas.⁵⁴ La primera es la importancia de grandes injusticias, sobre todo de la violencia.⁵⁵ Esto explica algunas innovaciones latinoamericanas que han sido acogidas internacionalmente, tales como la prohibición de amnistías por violaciones graves de derechos humanos,⁵⁶ el feminicidio,⁵⁷ y la desaparición forzada de personas,⁵⁸ así como la protección especial que se le ha dado

⁵⁴ Este ámbito en particular fue impulsado de manera temprana por América Latina Huhle, R., *Lateinamerika und die Entstehung des internationalen System des Menschenrechtsschutzes*, Nürnberg, Nürnberger Menschenrechtszentrum, 2007, disponible en http://www.nmrz.de/wp-content/uploads/2009/11/Lateinamerika_menschenrechtsschutzes.pdf

⁵⁵ Una teoría con tal base en Günther, K., “The Legacies of Injustice and Fear: A European Approach to Human Rights and their Effects on Political Culture”, en Alston, P. (coord.), *The EU and Human Rights*, Oxford, OUP, 1999, p. 117.

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)*, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Fondo. Serie C, núm. 75. Véase también *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Serie C, núm. 154; *La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de 30 de noviembre de 2007, Interpretación de la Sentencia de Fondo. Reparaciones y Costas. Serie C, núm. 173; *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Serie C, núm. 219; *Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones. Serie C, núm. 221.

⁵⁷ Corte IDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Serie C, núm. 205.

⁵⁸ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, núm. 4 (como *leading case*).

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

a migrantes,⁵⁹ pueblos indígenas⁶⁰ y personas afrodescendientes.⁶¹

Otra característica del desarrollo latinoamericano de los derechos humanos se explica en razón de la exclusión que diversos grupos desfavorecidos sufren en la región. Un rasgo distintivo del pensamiento de muchos de los autores del ICCAL es la insistencia en que se cumplan las promesas que desde la revolucionaria Constitución mexicana de 1917 se han hecho a los pueblos latinoamericanos.⁶² La indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, en particular de los derechos civiles respecto de los sociales, es subrayada.⁶³ Así, el derecho y los tribunales también deberían estar al servicio de los grupos sociales marginalizados.

Por esta razón el principio de igualdad no se comprende como mera prohibición de la discriminación. Requiere más bien el reconocimiento, así como la superación de al menos las formas más grotescas de desigualdad social, y en consecuencia una cierta redistribución por parte de un Estado social.⁶⁴

⁵⁹ Corte IDH, *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 8 de setiembre de 2005, Serie C, núm. 130.

⁶⁰ Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awast Tigni vs. Nicaragua*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 66; Corte IDH, *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125; Burgorgue, L. y Úbeda de Torres, A., *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford, OUP, 2011, pp. 500 y ss.

⁶¹ Dulitzky, A., “When Afro-Descendants Became Tribal Peoples”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 15, 2010, pp. 29-82.

⁶² Serna de la Garza, J. M., *The Constitution of Mexico. A Contextual Analysis*. Oxford, Hart, 2013, pp. 15 y ss., 163 y ss.

⁶³ Bogdandy, A. v., Fix-Fierro, H. y Morales Antoniazzi, M. (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM, 2011.

⁶⁴ Clérico, L. y Aldao, M., “De la inclusión como igualdad en clave de redistribución y reconocimiento. Rasgos, potencialidades y desafíos para el derecho constitucional interamericano”, en *Rasgos (op cit., 19)*, pp. 219 y ss.; Carpizo, J., “Perspectiva de la protección de los derechos humanos en el México de 2010”, en Fix-Zamudio, H. y Valadés, D. (coords.), *Formación*

Ius Constitutionale Commune en América Latina

Este énfasis en la inclusión explica, de manera emblemática, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia la cual, gracias a su cariz social,⁶⁵ es conocida a lo largo del mundo⁶⁶ habiendo sido su labor reiteradamente reconocida como ejemplar en el marco del *Ius Constitutionale Commune*. Utilizando notables innovaciones jurídicas, la Corte intenta aplicar los derechos sociales en un contexto difícil, es decir, a pesar de no contar con una legislación o administración social desarrollada.⁶⁷

Otro elemento distintivo de los derechos humanos en América Latina es el énfasis en la dimensión colectiva en la protección de derechos fundamentales. A menudo las sentencias conciernen expresamente al tratamiento que se le da a un grupo específico. En otras ocasiones se redactan de manera que se resuelve directamente sobre aspectos que afectan a ciertos grupos, lo cual termina beneficiándolos.⁶⁸ El carácter colectivo se refuerza debido a que muchos casos paradigmáticos son fruto de estrategias de

y perspectivas del Estado latinoamericano en derechos humanos y en México. México D.F.: UNAM. 2010, 98 ss. Véase también Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

⁶⁵ Entre tantos, Munoz Cifuentes, E., “El constitucionalismo de la pobreza”, en *Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 4(2), 1995, pp. 53-78.

⁶⁶ Escobar García, C., “La defensa judicial de la Constitución en el constitucionalismo colombiano. Balances y perspectivas después de dos décadas”, *Foro Revista de Derecho*, 12, 2009, pp. 127-180; Cepeda, M. J., “La Defensa Judicial de la Constitución. La Gran Fortaleza Colombiana”, en Bogdandy, A. v.; Piovesan, F. y Morales Antoniazzi, M. (coords.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2009, pp. 581-628.

⁶⁷ Osuna, N., “Panorama de la justicia constitucional colombiana”, en *La Justicia Constitucional y su Internacionalización* (op. cit., 9), pp. 623-643.

⁶⁸ Piovesan, F. (op cit., 20), pp. 67 y ss.; Clérico, L. y Alado, M. (op cit., 79), pp. 237 y ss.; Corte IDH, “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63, párr. 164; Corte IDH, González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 205, párrs. 282, 284, 39; Corte IDH, Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130, párrs. 109(9), 134, 138.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

litigio de grupos y organizaciones no gubernamentales que abogan por la transformación social.⁶⁹

Si bien el proyecto tiene como objetivo una transformación fundamental, la juridicidad del enfoque así como su concentración en los derechos humanos evidencia un profundo escepticismo ante los grandes proyectos políticos. La transformación real e incremental es un rasgo distintivo de la perspectiva del ICCAL. Nadie apuesta por soluciones rápidas o revolucionarias y muchos se centran en el arduo proceso que implica una jurisprudencia transformadora.

Este escepticismo también permea la comprensión que se tiene del principio democrático. En el plano abstracto los textos del *Ius Commune* no se diferencian de manera significativa de los bien conocidos textos del Norte global.⁷⁰ Sin embargo, la lección de la antropología escéptica ha sido internalizada aún más profundamente y ha dado como resultado importantes desarrollos. Determina sobre todo el tratamiento del presidencialismo, el eje central del discurso latinoamericano sobre la organización del Estado.⁷¹

Una respuesta típica en la región para hacer frente a la exclusión es el presidencialismo plebiscitario,⁷² que se dirige principalmente a los ciudadanos excluidos. La conocida debilidad de las instituciones estatales, los bien organizados y obstinados grupos de poder, así como la gran presión por resolver los pro-

⁶⁹ Parra Vera, Ó., “El impacto de las decisiones interamericanas. Notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al “empoderamiento institucional”, en *Rasgos* (op cit., 19), pp. 383, 393 y ss.; Cardoso, E., *Litigio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos*, Belo Horizonte, Editora Forum, 2012.

⁷⁰ Cfr. Arango, R. (op cit., 19), pp. 31 y ss.; Carpizo, J., *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM, 2007.

⁷¹ Cfr. Carpizo, J., *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo XXI Editores, 1979. El libro cuenta con 16 ediciones y ha sido traducido a varios idiomas, inclusive al alemán: Carpizo, J., *Das mexikanische Präsidialsystem*, Múnich, Eberhard, 1987.

⁷² Diego Valadés considera que la fuente de inspiración del presidencialismo es la experiencia francesa y su Constitución de 1848 y no la estadounidense de Valadés, D. (op cit., 45), pp. 176, 182.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

blemas que padecen distintos países en Latinoamérica, justifica para muchos una centralización extrema del poder público ya que se considera la única manera de emprender y realizar reformas. En contraste, para los representantes del *Ius Constitutionale Commune*, esta estrategia de inclusión, también denominada “hiperpresidencialismo”, no solo es incapaz de solucionar los problemas sino que más bien los agudiza.⁷³ El hiperpresidencialismo obstaculiza otros aspectos importantes del gobierno democrático: la representación parlamentaria, la deliberación, así como la separación de poderes y el reparto de las competencias. La centralización del poder tampoco es compatible con la democratización de la sociedad implícita en los amplios catálogos de garantías fundamentales. Además, la marcada personalización de la institucionalidad es altamente perjudicial para la misma.⁷⁴

Así, el *Ius Constitutionale Commune* ve poco prometedor el énfasis en elementos de democracia directa, como por ejemplo la elección popular de los jueces.⁷⁵ El ICCAL tiende más bien hacia la representatividad y la deliberación, con el fin de fortalecer la institucionalidad.

⁷³ Precisamente ese es el leitmotiv del libro de Gargarella, R. (*op cit.*, 7).

⁷⁴ Nohlen, D., “Caudillismo, nación/nacionalismo e integración”, en *¿Integración suramericana a través del derecho?* (*op cit.*, 52), pp. 35 y ss. De gran importancia es la decisión de la Corte Constitucional de Colombia, la cual con una argumentación audaz rechazó la posibilidad de una segunda reelección, véase la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-141/10 de 26 de febrero de 2010; Sierra Cadena, G.d.J., “La Justicia constitucional en la era de la gobernanza (Un análisis de perspectiva comparada desde la periferia del derecho)”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 13, 2011, pp. 67-95. Una muestra de institucionalidad es el acatamiento de la decisión por parte del presidente afectado por la misma.

⁷⁵ Arts. 182, 188, 194, 198 de la Constitución boliviana. Desde el punto de vista del nuevo constitucionalismo cfr. González Quevedo, J., “Bases jurídicas para el empoderamiento político en los actuales diseños constitucionales de Venezuela, Ecuador y Bolivia”, en Viciano Pastor, R. (*op cit.*, 8), pp. 269 y ss.; más crítico Rivera Santibáñez, J. A., “La justicia constitucional en el nuevo modelo de Estado boliviano”, en *La justicia constitucional y su internacionalización* (*op cit.*, 9), pp. 645 y ss.

3.2. Sobre el concepto de institucionalidad y el nuevo rol de los tribunales

El concepto de institucionalidad es particularmente útil para entender el constitucionalismo latinoamericano. Este término, que no tiene equivalente directo en Europa, se menciona con asidua regularidad en los seminarios del Coloquio, en especial para subrayar las diferencias con la situación alemana, principalmente respecto de las discrepancias habituales entre los textos constitucionales y la realidad constitucional. De acuerdo a la comprensión que se tiene de la Constitución en Alemania, los principios y garantías de la misma determinan, con un alto grado de confiabilidad, el marco del ordenamiento jurídico así como las relaciones sociales. Muchos países latinoamericanos no gozan de una situación similar, lo cual frecuentemente es descrito como una falta de institucionalidad.

Sin embargo, no hay que olvidar que la situación alemana tampoco es típica en Europa. Ni siquiera los principios constitucionales del artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) tienen una normatividad similar a los principios constitucionales alemanes.⁷⁶ Al mismo tiempo, cabe recalcar que algunos países latinoamericanos, en especial Chile, Costa Rica y Uruguay superan a ciertos países europeos, como por ejemplo Bulgaria, Grecia, Italia o Rumanía, en los indicadores del Estado de derecho.⁷⁷ No obstante lo anterior, los déficits sistémicos ocurren con mayor frecuencia en Latinoamérica y además son un tema recurrente.⁷⁸

⁷⁶ Cfr. Barroso, J., Discurso sobre el estado de la Unión 2013. Sesión plenaria del Parlamento Europeo, Estrasburgo, 11 de setiembre de 2013, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-684_es.htm

⁷⁷ Worldwide Governance Indicators, Banco Mundial, 2014, Palabra clave: rule of law, 2012, disponible en <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home> The World Justice Project, 2014, disponible en http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/files/wjp_rule_of_law_index_2014_report.pdf

⁷⁸ Desde la perspectiva de la teoría de sistemas, Neves, M., “La concepción del estado de derecho y su vigencia práctica en Suramérica”, en *¿Integración suramericana a través del derecho? (op cit., 52)*, pp. 51, 53 y ss.; más en detalle Neves, M., *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne. Eine theoretische Betrachtung und Interpretation des Falls Brasilien*, Berlin, Duncker und Humblot, 1992.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

En la región, la normatividad del derecho a menudo es precaria y el entramado estatal preocupantemente débil.⁷⁹ Un desafío constante es la falta de institucionalidad, es decir, la falta de diferenciación entre un cargo público y su titular; la corrupción es una expresión evidente de un fenómeno que, cuando alcanza a ser sistémico, corroe el Estado de derecho.⁸⁰ Entonces, el núcleo del concepto de institución se puede resumir de la siguiente manera: una institución se compone de prácticas sociales firmemente establecidas, prácticas que transcurren en su mayor parte independientemente de los individuos que ocupan el cargo.⁸¹

El fomento de la institucionalidad y en consecuencia de la normatividad del derecho es una aspiración central para los representantes del *Ius Constitutionale Commune*. Una de las convicciones fundamentales del enfoque es que, a pesar de los posibles conflictos que la interacción entre el Estado de derecho, los derechos humanos y la democracia puedan ocasionar, estos solo pueden realizarse en su conjunto.⁸² En particular se valora la separación de poderes y la independencia de las instituciones en oposición al hiperpresidencialismo.

Esto explica la trascendencia de la figura del Ombudsman que Jorge Carpizo introdujo en el ordenamiento jurídico mexicano. Otro ejemplo importante para la realización de la democracia es el establecimiento de instituciones independientes para llevar a cabo y supervisar el proceso electoral. La creación de dichos organismos se remonta a 1924 cuando Uruguay y Chile crearon la Corte Electoral y el Tribunal Calificador de Eleccio-

⁷⁹ Cfr., p. ej., García Villegas, M., “Ineficacia del derecho y cultura del incumplimiento de reglas en América Latina” en Rodríguez Garavito, C., *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, pp. 161-184.

⁸⁰ En este tema también hay grandes diferencias: cfr. con las estimaciones del “Worldwide Governance Indicators Project” (*op cit.*, 92); así como en www.govindicators.org Algunos Estados latinoamericanos están en mejor situación que algunos estados europeos; Sissenich, B. (*op cit.*, 13), pp. 11-40.

⁸¹ Sobre la falta de confianza: Nohlen, D., “Demokratie ohne Vertrauen: Herausforderung für die Zivilgesellschaft in Lateinamerika”, *Internationale Politik und Gesellschaft*. 2004, pp. 80-106.

⁸² Salazar Ugarte, P. (*op cit.*, 66), p. 38.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

nes, respectivamente.⁸³ Poco a poco, todos los países de la región fueron creando instituciones electorales especializadas y al menos nominalmente independientes de los poderes clásicos.⁸⁴ En el lapso de noventa años, estos organismos han adquirido mayor independencia (la cual en muchas ocasiones era meramente nominal), mayores funciones (p. ej.: la elaboración del registro electoral y en ocasiones civil, la regulación de partidos políticos y su financiación), así como una mayor legitimidad institucional.⁸⁵ La contribución de los organismos electorales a la transparencia del sufragio, dotó a las contiendas electorales en algunos países de mayor credibilidad y condujo a una mayor receptividad del sistema político.⁸⁶ Este mecanismo institucional es fundamental para avanzar el proyecto del ICCAL.

La insistencia de los representantes del *Ius Constitutionale Commune* en crear nuevas instituciones de protección jurídica evidencia un cierto recelo frente al poder judicial estatal. La verdad es que, aunque algunos tribunales sean altamente reconocidos y resulten actores clave de las transformaciones constitucionales, el poder judicial en general goza de poca credibilidad. No obstante, todos los tribunales son llamados a jugar un papel importante en dicha transformación. Con este objetivo en mente se han creado o fortalecido instituciones jurisdiccionales. La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y de la

⁸³ Issacharoff, S., *Fragile Democracies: Constitutional Courts in the Breach*. 2014, en prensa, p. 165. La importancia del modelo uruguayo se subraya en el manuscrito de Issacharoff, así como en Fiallos Oyanguren, M., “Los organismos electorales en el proceso de consolidación democrática en América Latina”, en Pretelt, J. y Ramírez, J. M. (comps.), *Democracia política y electoral en América Latina*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, OEA, 2000, p. 348.

⁸⁴ Jaramillo, J., “Los órganos electorales supremos”, en Nohlen, D. et al. (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, vol. 2, México, IIDH, 2007, p. 372.

⁸⁵ Martínez Ruano, P., Los modelos latinoamericanos y europeos de control electoral, *Revista Derecho Electoral*, 13, 2102, pp. 180-181.

⁸⁶ No obstante, no en todos los países hubo un fortalecimiento de la democracia después de la creación de organismos electorales independientes. Para un resumen sobre el récord mixto de la región, véase, Jaramillo, J. (*op cit.*, 99), pp. 410, 419-423.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

Corte Interamericana de Derechos Humanos demuestra que semejante rol para los tribunales no es una idea utópica. El énfasis en el poder judicial como motor de innovaciones transformadoras es algo nuevo en Latinoamérica. Por eso, muchas sentencias que bajo el viejo paradigma parecerían activismo judicial cuestionable, se entienden bajo el nuevo paradigma como propios del poder judicial en una democracia constitucional que de manera incremental ayuda a realizar el nuevo proyecto constitucional.

Sin duda, las sentencias de los tribunales pueden transformar una sociedad únicamente si esta transformación está respaldada y es promovida por importantes grupos sociales. Además, los representantes del ICCAL son conscientes de que los tribunales no apoyan automáticamente un proyecto transformador,⁸⁷ ya sea porque no pueden o porque no quieren, a pesar de que el ideal de protección judicial de los derechos humanos cuenta con una larga y rica tradición regional que se remonta a los inicios del siglo XIX.⁸⁸ Un tema recurrente es cómo hacer para que los tribunales latinoamericanos, que tradicionalmente no encaran al poder ejecutivo ni le hacen frente a la desigualdad, acepten esta ardua tarea exitosamente. La investigación en materia de justicia muestra que los tribunales, tanto nacionales como internacionales, pueden perseguir los más diversos proyectos.⁸⁹ Los representantes del ICCAL conocen bien los peligros de una estrategia enfocada en los tribunales: en Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, bajo la influencia del Ejecutivo, desmanteló metódicamente ciertas garantías del Estado de derecho.⁹⁰

⁸⁷ Salazar Ugarte, P. (*op cit.*, 66), pp. 43 y ss., 48 y ss.; Fix-Fierro, H. (*op cit.*, 65), p. 502.

⁸⁸ Sobre la historia y las funciones del amparo Ferrer Mac-Gregor, E. (*op cit.*, 32), pp. 303 y ss.

⁸⁹ Hirschl, R., *Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004, en particular pp. 100-148. Sobre los objetivos de los tribunales internacionales Shany, Y., *Assessing the Effectiveness of International Courts: A Goal-Based Approach*, *American Journal of International Law*, 106(2), 2012, pp. 225-270, en particular 243-248.

⁹⁰ De manera insistente y detallada Brewer-Carías, A., *Crónica sobre la “in” justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007.

Existe también el peligro de que los tribunales empleen sus nuevas competencias y libertades argumentativas de manera disfuncional, lo cual puede resultar en una falta de seguridad jurídica o bien en el patrocinio de intereses ajenos al derecho.⁹¹ No es fácil desarrollar discursos de aplicación convincentes sobre los derechos humanos o principios constitucionales abstractos en la tradición jurídica latinoamericana, más bien conocida por su formalismo. La creación de una cultura argumentativa justificadora toma su tiempo. Este desafío quizás explica la sorprendente recepción de Robert Alexy en América Latina.⁹² Su teoría sobre principios y argumentación aclara, de manera aún más precisa que Ronald Dworkin,⁹³ las fórmulas argumentativas a las que los tribunales pueden recurrir para cumplir cabalmente con su nuevo rol. Al mismo tiempo, Alexy muestra que una orientación basada en los derechos humanos y los principios no necesariamente implica pérdidas de racionalidad.⁹⁴

A pesar de la incertidumbre que el nuevo rol de los tribunales genera, existe consenso en el sentido de que el aumento de poder de los órganos jurisdiccionales debe ser acompañado con políticas adecuadas. Por ejemplo, desde el reconocimiento de la doctrina del control de convencionalidad, México emprendió enérgicamente un programa de capacitación de jueces.⁹⁵ Pero el acompañamiento del cual se habla aquí requiere también de

⁹¹ Salazar Ugarte, P. (*op cit.*, 66), pp. 53 y ss.

⁹² Arango, R., *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado Colombia, 2004; Clérico, L., *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009; Clerico, L.; Sieckmann, J. R. y Oliver-Lalana, D., “Prólogo” en Clérico, L. (coord.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011, pp. VII-VIII.

⁹³ Dworkin, R., “Hard Cases”, *Harvard Law Review*, 88(6), 1975, pp. 1057-1109.

⁹⁴ Sin embargo existen dudas sobre si la reconstrucción racionalista de Alexy es capaz de concebir analíticamente y guiar normativamente las decisiones judiciales de manera convincente, es decir, si el derecho y la política son tan fáciles de distinguir como sostiene. Quizás sea el racionalismo extremo el atractivo de la teoría para la región.

⁹⁵ Corte IDH, *Radilla Pacheco vs. México*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 14 de mayo 2013, puntos 37 y ss. La Corte valora positivamente los programas de capacitación de los jueces.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

la atención del público en general,⁹⁶ de una reforma en la formación de los profesionales en derecho,⁹⁷ así como de una academia crítica pero al mismo tiempo constructiva,⁹⁸ el tipo de academia con la cual se identifican los representantes del *Ius Constitutionale Commune*. En este contexto, el sistema jurídico puede dar un aporte importante y específico al proceso de transformación, aunque claramente no puede sustituir un proceso político en el sentido amplio.

3.3. Sobre el rol de las instituciones regionales

Otro rasgo particular del *Ius Constitutionale Commune* frente a otros proyectos transformadores más antiguos es la superación del horizonte estrictamente estatal: interrelaciona el derecho constitucional y el derecho internacional público y les atribuye a las instituciones internacionales una medida importante de autonomía. El alcance de este desarrollo se manifiesta en la concepción imperante sobre la soberanía. Este concepto ha sido trascendental en Latinoamérica, al menos desde el momento de la doctrina Calvo.⁹⁹ Según dicha concepción tradicional, funciona como “escudo” para proteger la soberanía interna y en general concibe al ordenamiento jurídico de los Estados latinoamerica-

⁹⁶ Las sesiones de algunos tribunales supremos pueden ser vistas en televisión, e incluso se transmiten sus deliberaciones “internas”. La utilidad de la transmisión para fomentar un público crítico es un punto de controversia; cfr. Hübner Mendes, C., *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Oxford, OUP, 2013, pp. 164-166.

⁹⁷ Serna de la Garza, J. M. (*op cit.*, 28), p. 216.

⁹⁸ Fix-Fierro, H., “Los juristas académicos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la construcción de las nuevas instituciones democráticas”, en Vázquez Ramos, H. (coord.), *Cátedra Nacional de Derecho Jorge Carpizo. Reflexiones Constitucionales*, México, UNAM, 2014, pp. 451-459.

⁹⁹ Calvo, C., *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, París, D'Amyot, 1868, vol. 1, pp. 301-302; Tamburini, F., “Historia y destino de la «doctrina calvo»: ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 24, 2012, pp. 81-101. Sobre las implicaciones para el Estado Serna de la Garza, J. M., *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012, pp. 9 y ss.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

nos como un tipo de “universo normativo” no obstante las numerosas instancias de “inspiración” jurídica provenientes de países vecinos, o bien de Europa o Norteamérica. Las dimensiones cuasicontinentales de algunos Estados (en especial Brasil, pero también México y Argentina), así como las fórmulas económicas de los años sesenta y setenta del siglo xx que insistían en un parcial desacoplamiento del mercado mundial reforzaron esta concepción tradicional de la soberanía.¹⁰⁰

Ahora bien, hoy en día, la famosa premisa del concepto clásico de soberanía, aquella que sostiene que los Estados constituyen “comunidades independientes”,¹⁰¹ ha sido modificada por la globalización, inclusive en los países de dimensión cuasicontinental. Tomando el ejemplo del ordenamiento jurídico mexicano, Héctor Fix-Fierro y José María Serna han mostrado que estos cambios también han surtido efectos profundos en Latinoamérica.¹⁰² Pero no es la comprensión del aspecto jurídico de la globalización lo que impele a los representantes del *Ius Constitutionale Commune* a reconfigurar el concepto tradicional de soberanía. Todo lo contrario: el escepticismo frente a las organismos económicos internacionales, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional o bien los tribunales arbitrales en materia de inversión, es mucho más profundo que en Europa.¹⁰³ En general

¹⁰⁰ Influyente Prebisch, R., *Hacia una dinámica del desarrollo latinoamericano*, México, FCE, 1961, pp. 89-94.

¹⁰¹ Formulado en estos términos por la Corte Permanente de Justicia Internacional, Sentencia de 7 de noviembre de 1927, S.S. *Lotus, Francia vs. Turquía*, Serie A, núm. 10, 1927, párr. 18.

¹⁰² Fix-Fierro, H. y López-Ayllón, S., “The Impact of Globalization on the Reform of the State and the Law in Latin America”, *Houston Journal of International Law*, 19, 1996-1997, trad. por Virginia Davis, pp. 785-805 en particular 795; Serna de la Garza, J. M. (*op cit.*, 114), pp. 111 y ss.

¹⁰³ Refiriéndose a las instituciones de Bretton Woods Girón, A., “Financiamiento del desarrollo. Endeudamiento externo y reformas financieras”, en Vidal, G. y Guillén, R.A. (comps.), *Repensar la teoría del desarrollo en un contexto de globalización. Homenaje a Celso Furtado*, Buenos Aires, CLASCO, 2007, pp. 125-142. Sobre los tratados internacionales de comercio Rojas, R., “El TLC: Poder y representación en el capitalismo contemporáneo”, *Colombia Internacional*, 61, 2005, pp. 116-133; Ahumada, C., “Comercio, género y propiedad intelectual: TLC entre Estados Unidos y Colombia”, en Girón, A. (coord.), *Género y globalización*, Buenos Aires, CLASCO, 2009, pp. 165-187.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

se asocian con el “Consenso de Washington” de los años noventa de corte “neoliberal”, el cual dejó una huella profunda y hasta hoy palpable, ya que según muchos autores recrudeció sustancialmente el problema de la exclusión.¹⁰⁴ En Latinoamérica se es mucho más consciente que en Europa de que muchos tratados e instituciones internacionales tienen un sesgo en beneficio del Norte global.

Así pues, los representantes del ICCAL no abogan por una apertura general sino más bien por la salvaguarda específica de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho. La relevancia del principio de soberanía no se pone en tela de juicio. Pero esto no quiere decir que no sufra una transformación, porque en su nueva concepción pasa de ser una figura de cierre para convertirse en un principio funcional que se pone al servicio de los principios fundamentales. Las instituciones del derecho internacional se entienden así como conquistas del derecho constitucional.¹⁰⁵

El nombre de una conferencia que se celebró con ocasión del bicentenario de la Revolución de Mayo de 1810 en Argentina captó de manera muy atinada la idea principal del constitucionalismo actual de la región: internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional.¹⁰⁶ Claro está que la internacionalización del derecho constitucional

¹⁰⁴ Enfático en este sentido Gargarella, R. (*op cit.*, 7), pp. 151 y ss.

¹⁰⁵ Morales Antoniazzi, M., *Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*, México, UNAM, 2015. Sikkink muestra además que los juristas y políticos de antaño no tenían la intención de usar el principio de soberanía para escudarse de los reclamos sobre violaciones de derechos humanos Sikkink, K., “Reconceptualizing Sovereignty in the Americas: Historical Precursors and Current Practices”, *Houston Journal of International Law*, 19, 1996-1997, pp. 705-729 (712).

¹⁰⁶ El libro producto de la conferencia fue coordinado por Capaldo, G.; Siekmann, J. y Clérico, L. (coords.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012; sobre el tema en general Fix-Zamudio, H., “La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, en *La justicia constitucional y su internacionalización* (*op cit.*, 9), pp. 583-673.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

y la constitucionalización del derecho internacional son fenómenos bien conocidos en Europa.¹⁰⁷ No obstante, la dinámica de transformación latinoamericana no es un mero ejemplo adicional de cómo funcionan estos fenómenos sino que goza de destacada originalidad y fuerza innovadora.

A nivel estatal, las novedades dignas de mencionar son bien captadas con el concepto de estatalidad abierta de Klaus Vogel.¹⁰⁸ No obstante, la apertura en Latinoamérica es distinta a la de Alemania. La seguridad colectiva y la integración no juegan el mismo papel central. Los países latinoamericanos, tras el regreso a la democracia, han decidido más bien abrirse a las normas internacionales de protección de los derechos humanos para así proteger mejor los principios fundamentales de sus propias constituciones.¹⁰⁹ Se puede hablar de una estatalidad abierta doble, ya que los tratados de derechos humanos gozan de otro tipo de incorporación que los tratados de integración económica.¹¹⁰

La primacía del derecho internacional público, como bien lo expresó el ilustre constitucionalista mexicano y precursor del *Ius Constitutionale Commune*, Héctor Fix-Zamudio, solo aplica con respecto a los tratados internacionales de derechos humanos.¹¹¹

¹⁰⁷ Cfr. Ruiz Fabri, H. y Rosenfeld, M. (coords.), *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, París, Société de législation comparée, 2011.

¹⁰⁸ Vogel, K., *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit*, Tübingen, Mohr, 1964.

¹⁰⁹ En este sentido se observan paralelismos con las constituciones post-socialistas de Europa central y del este, Hofmann, M., *Von der Transformation zur Kooperationsoffenheit? Die Öffnung der Rechtsordnungen ausgewählter Staaten Mittel- und Osteuropas für das Völker- und Europarecht*, Berlín-Heidelberg, Springer, 2009.

¹¹⁰ De manera extensa, Morales Antoniazzi, M. (*op cit.*, 120).

¹¹¹ 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*, 1, 2004, pp. 141-180, en particular 147-151; sobre sus obras Gaviria Trujillo, C., "Presentación. Honores y Justicia al juez Fix-Zamudio", en *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. 1, San José, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, pp. XLIX-LII; Ferrer Mac-Gregor, E., "Semblanza del maestro Héctor Fix-Zamudio", en Ferrer Mac-Gregor, E. y Zaldívar Lelo de Larrea,

Ius Constitutionale Commune en América Latina

Un ejemplo emblemático es la Constitución de Colombia de 1991 que, entre otras varias disposiciones, establece que “los tratados y convenciones internacionales ratificados por el Congreso prevalecen en el orden interno” y, a la vez, dispone que todos los derechos fundamentales constitucionales deben ser interpretados a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia (art. 93). Esta norma ha dado lugar a la distinción entre bloque de constitucionalidad *stricto* y *lato sensu*. Otra Constitución ejemplar es la de Argentina de 1994, que en su artículo 75, inciso 22,¹¹² incorpora una lista extensa de tratados de derechos humanos al orden constitucional argentino. Esta disposición constitucional plasma la política en materia de derechos humanos y justicia de transición que Argentina persiguió tras la dictadura,¹¹³ y que es la piedra angular de una jurisprudencia transformadora que bajo el nombre de “justicia de transición” logró convertirse en una figura jurídica de carácter global.¹¹⁴ La Constitución de Ecuador de 2008 regula, por una parte, que “los derechos y garantías esta-

A. (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, 2008, pp. XXXV-XL; Vergottini, G.d., “Premessa”, en Mezzetti, L. y Ferrer Mac-Gregor, E. (coords.), *Diritto processuale costituzionale. Omaggio italiano a Héctor Fix-Zamudio per i suoi 50 anni di ricercatore di diritto*, Milán, CEDAM, 2010, pp. 3-5.

¹¹² El art. 75, inc. 22 de la Constitución argentina menciona los siguientes tratados: 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 Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹¹³ Elías, J. S., “Constitutional Changes, Transitional Justice and Legitimacy: The Life and Death of Argentina’s «Amnesty Laws»”, *Student Scholarship Papers*, paper 57, disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/student_papers/57

¹¹⁴ Fundamental Teitel, R., *Transitional justice*, Oxford, OUP, 2000; Teitel, R., “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal*, 16, 2003, pp. 69-94.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

blecidos 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” (art. 11.3) y por otra parte, establece 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” (art. 417). Dispone igualmente 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” (art. 424).

Otro ejemplo importante es, desde junio de 2011, la referencia a los tratados internacionales ratificados en materia de derechos humanos del artículo 1º, párrafo primero de la Constitución mexicana, en donde se les reconoce rango constitucional. Apenas un mes después, el más alto Tribunal mexicano ya había confirmado y aplicado esta disposición.¹¹⁵ Inclusive las constituciones marcadas por el constitucionalismo bolivariano le atribuyen un papel importante a los derechos humanos. La Constitución boliviana de 2009 dispone que las garantías internacionales en materia de derechos humanos tienen un rango superior al derecho interno, y que los derechos y deberes de la Constitución deben ser interpretados de conformidad con el derecho internacional.¹¹⁶ Además, las normas convencionales tienen un rango superior a la Constitución en la medida en que otorguen mayores derechos.¹¹⁷ En otros Estados se han producido estos mismos cambios por medio de la interpretación constitucional. Por ejemplo, desde 1995, la Sala Constitucional de Costa Rica le atribuye

¹¹⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación (México), Decisión en el asunto *Varios 912/2010*, 14 de julio de 2011; al respecto Ferrer Mac-Gregor, E., “Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un *Ius Constitutionale Commune Americanum*. Eficacia de la Sentencia Interamericana y la Cosa Juzgada Internacional (Sobre el Cumplimiento del *Caso Gelman vs. Uruguay*)”, en *Rasgos* (op cit., 19), pp. 329, 347 y ss.

¹¹⁶ Art. 13.IV de la Constitución boliviana.

¹¹⁷ Art. 256 de la Constitución boliviana.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

rango supraconstitucional a los tratados de derechos humanos en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas.¹¹⁸

La apertura de la estatalidad opera doctrinariamente con la figura jurídica del bloque de constitucionalidad, una figura importada de Europa pero ingeniosamente adaptada a la realidad latinoamericana.¹¹⁹ El Consejo Constitucional francés fue quien la desarrolló para crear una jurisdicción constitucional a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y del catálogo de derechos fundamentales de la Constitución de la Cuarta República. El Tribunal Constitucional de España modificó esta figura y a través de la misma incorporó la legislación ordinaria sobre la organización territorial española al derecho constitucional. Así, reconoció el valor superior de los Estatutos de Autonomía lo cual fomentó un mayor equilibrio entre el Estado central y las comunidades. Se ve entonces que mientras en Francia y España la figura se utiliza para incorporar normas del derecho estatal al derecho constitucional, en Latinoamérica el bloque de constitucionalidad se utiliza para integrar normas de derecho internacional al ordenamiento jurídico estatal, lo cual fortalece argumentativamente a los tribunales que apoyan una transformación democrática.

Los elementos provenientes del derecho internacional público que conforman el bloque constitucional, tal y como lo ilustra el listado de la Constitución argentina, son muy variados. El estado de ratificación de los tratados internacionales es heterogéneo en la región, lo cual evidencia que el *Ius Constitutionale Commune* no es un fenómeno uniforme.¹²⁰ Sin embargo, sigue estando conformado por un núcleo común: el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, sobre todo gracias a la labor de sus instituciones. Su importancia para la región justifica que

¹¹⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, *Voto 2313-95* de las 16:18 horas del 9 de mayo de 1995.

¹¹⁹ 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 *Rasgos (op cit., 19)*, p. 301.

¹²⁰ Morales Antoniazzi, M. (*op cit.*, 120).

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

se hable de una interamericanización de manera similar a como se habla de la europeización.¹²¹

El hecho de que el sistema interamericano se haya convertido en el núcleo normativo del *Ius Commune* no se debe a ninguna característica inherente al mismo; mucho más al respaldo que las fuerzas transformadoras en los varios países encontraron en él para sus proyectos en el contexto nacional.¹²² La función principal del plano internacional consiste en inclinar la balanza del poder en el plano estatal interno a favor de los proyectos constitucionales con vocación transformadora.¹²³ La denuncia de Venezuela de la Convención, la cual se anunció en setiembre de 2012 y surtió efecto un año después, es una señal de la autoridad de la Corte; el mero incumplimiento de las decisiones interamericanas dejó de ser una opción viable para el gobierno venezolano.

A su vez, la Corte, en los 200 casos decididos ha desarrollado una jurisprudencia a la medida de la problemática de la región.¹²⁴ No ha titubeado en anular leyes de amnistía,¹²⁵ darle efectos directos y *erga omnes* a sus decisiones,¹²⁶ ni en ordenar medidas

¹²¹ Sentando las bases de estas ideas Morales Antoniazzi, M. (*op cit.*, 120).

¹²² Parra Vera, Ó. (*op cit.*, 84), pp. 383 y ss.

¹²³ El cumplimiento de este objetivo depende de la composición de la Comisión y la Corte; en última instancia, nada puede impedir que la Corte persiga objetivos distintos cuando su composición varíe, pensemos por ejemplo en las diferencias tan palpables de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Warren en contraste con la de *Renquist*; al respecto Currie, D. P., *The Constitution in the Supreme Court: The Second Century 1888-1986*, Chicago-Londres, University of Chicago Press, 1990, pp. 599-601.

¹²⁴ Expuesta de manera sistemática por Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, trad. por Rosalind Greenstein, Oxford, OUP, 2011; Kokott, J., *Das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte*, Berlín-Heidelberg, Springer, 1986.

¹²⁵ Binder, C., “Auf dem Weg zum lateinamerikanischen Verfassungsgericht? Die Rechtsprechung des Interamerikanischen Menschenrechtsgerichtshofs im Bereich der Amnestien”, 71, *ZaöRV*, 2011, pp. 1-29.

¹²⁶ Destaca al respecto Cassese, A., “Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des Etats et justice pénale internationale?”, en Cassese, A. y Delmas-Marty, M. (coords.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*. París, Presses Universitaires de France, 2002, pp. 13-29, 16; Góngora-Mera, M. (*op cit.*, 5), p. 54. Esto aplica sobre todo respecto de

Ius Constitutionale Commune en América Latina

específicas.¹²⁷ Estas sentencias han desatado una dinámica que ha dado impulso al *Ius Constitutionale Commune*, creando lo que la misma Corte Interamericana llama el *corpus iuris*.¹²⁸ Este *corpus iuris* así como los efectos tan marcados de su jurisprudencia, han despertado el debate sobre la legitimidad de sus actos y su legitimidad como institución. Esta crítica no proviene únicamente de instituciones que hayan sido el blanco de sus acciones¹²⁹ sino también de autores que en principio apoyan la creatividad y la orientación de su jurisprudencia.¹³⁰ Parece ser que la Corte se ha percatado del problema y la decisión de celebrar “sesiones itinerantes” en los distintos Estados que hubieran aceptado la competencia contenciosa podría considerarse una reacción en este sentido.¹³¹ Las sesiones itinerantes tienen como propósito

las violaciones más graves de derechos humanos tales como la tortura o las ejecuciones extrajudiciales, las cuales representan una violación al *jus cogens* según la Corte. Véase Binder, C. (*op cit.*, 140).

¹²⁷ Competencia prevista de manera expresa en el art. 63.1.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las medidas ordenadas incluyen la difusión del reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, la construcción de monumentos en memoria de las víctimas, así como la adopción de reformas legislativas, todas estas con el objetivo de remediar las violaciones ocurridas y prevenir nuevas violaciones; cfr. Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A. (*op cit.*, 139), pp. 234-238, con referencias adicionales.

¹²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Serie A, núm. 16, párr. 115; véase también García Ramírez, S. “Foreword” en Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A. (*op cit.*, 139), pp. xvii-xxviii, en particular xx.

¹²⁹ Compárese sobre todo con la Corte Suprema venezolana que sostiene la “inaplicabilidad” de las sentencias de la Corte Interamericana en razón de “usurpación de funciones”, véase: Corte Suprema, Sala Constitucional, *Expediente No. 08-1572*. Sentencia de 18 de diciembre de 2008, disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html> Al respecto Ayala Corao, C., “La doctrina de la “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)” en *La justicia constitucional y su internacionalización* (*op cit.*, 9), pp. 85 y ss.

¹³⁰ Gargarella, R. (*op cit.*, 7), pp. 170 y ss.

¹³¹ Saavedra Alessandri, P. y Pacheco Arias, G., “Las sesiones “itinerantes” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

acercar la Corte a los Estados parte y a los interesados. El diálogo constante con organizaciones de la sociedad civil también es característico del sistema.¹³² Por último, la Corte ha contribuido a la consolidación de la democracia en América Latina.¹³³ A pesar de todo, la respuesta a las críticas sobre legitimidad sigue siendo un tema inacabado.¹³⁴

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos es el mecanismo regional más importante para afianzar el constitucionalismo pero no el único. La Carta Democrática Interamericana es otro de estos mecanismos.¹³⁵ Se trata de una resolución de la Organización de Estados Americanos sin carácter vinculante pero que contiene un mecanismo de control que ya se utilizó en el pasado para la promoción de la democracia.¹³⁶

Otro mecanismo que también tiene como objeto la consolidación del constitucionalismo lo encontramos en el Mercosur.¹³⁷ Si bien la integración económica es el enfoque primordial de este régimen, ha dirigido su atención también hacia cuestiones de carácter constitucional. El Protocolo de Asunción incorpora la

por América” en García Ramírez, S. y Castañeda Hernández, M. (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM, 2009, p. 37.

¹³² PIOVESAN, F. (*op cit.*, 20), p. 75.

¹³³ Parra Vera, Ó., “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 Martínez, F. (coord.), *Los derechos en Latinoamérica: tendencias judiciales recientes*, Madrid, Editorial Complutense, 2012, 363-416. Sobre el nuevo rol de los Tribunales Cassese, S., *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009.

¹³⁴ Bogdandy, A. v. y Venzke, I., *In Whose Name? A Public Law Theory of Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

¹³⁵ En detalle Morales Antoniazzi, M. (*op cit.*, 120).

¹³⁶ Casal Hernández, J. M., “Las restricciones al ejercicio de los derechos humanos y la cláusula de la sociedad democrática en el sistema interamericano”, en Saiz Arnaiz, A., Morales Antoniazzi, M. y Ugarte Mendia, J. (coords.), *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración*, Oñate, Instituto Vasco de Administración Pública, 2011, pp. 477-505.

¹³⁷ En detalle Morales Antoniazzi (*op cit.*, 120).

Ius Constitutionale Commune en América Latina

protección de los derechos humanos y el Protocolo de Ushuaia promueve la protección de la democracia por medio de un proceso político. Claro está, ningún protocolo asegura por sí mismo el constitucionalismo. Eso lo muestra claramente el caso paraguay de 2012, el cual sirvió como estrategia para eludir la resistencia de Paraguay a aceptar a Venezuela como miembro del Mercosur.¹³⁸

Con bastante frecuencia, las instituciones internacionales que he mencionado son denominadas supranacionales.¹³⁹ Claro está que el entendimiento que se tiene de la supranacionalidad no es el mismo que impera en Europa, el cual está íntimamente relacionado con la Unión Europea. La utilización latinoamericana del término es más flexible, ya que aborda de manera mucho más abstracta la cuestión de la superación de la concepción contractualista y horizontal del derecho internacional. Por esta razón muestra un potencial generalizador mayor.

3.4. Pluralismo dialógico

La tríada de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho denota, de manera muy abstracta, el objetivo constitucional a cuyo servicio deberían estar los tribunales y las instituciones internacionales: la institucionalidad. Pluralismo dialógico, el último concepto que aquí se define, tiene dos acepciones en el *Ius Constitutionale Commune*: es a la vez un objetivo del ICCAL así como un medio para alcanzarlo. Designa una modalidad de interacción social y para la resolución de conflictos que al mismo tiempo supone la situación social a la cual aspira. Al igual que los otros conceptos que aquí se han definido, el pluralismo dialógico está anclado en el discurso universal, presenta, eso sí, características muy latinoamericanas.

¹³⁸ Malamud, A. (*op cit.*, 47), pp. 117 y ss.

¹³⁹ Bazán, V., “La integración supranacional y el federalismo en interacción: perspectivas y desafíos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 15, 2009, pp. 639-687; Cavallaro, J. L. y Schaffer, E.J., “Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, *Hastings Law Journal*, 56(2), 2004, pp. 217-282.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Normalmente se describen tres fenómenos distintos con el pluralismo.¹⁴⁰ En el derecho constitucional es un concepto antiguo que denota una sociedad en donde los distintos grupos que la conforman, se enfrentan los unos con los otros en procesos públicos y democráticos con respecto a una amplia gama de valores, intereses y formas de vida. En segundo lugar, se refiere a normas que no forman parte del ordenamiento jurídico estatal pero que rigen las relaciones sociales de ciertos grupos.¹⁴¹ El tercer fenómeno se refiere a la interacción entre los distintos regímenes jurídicos, en especial a la relación abierta entre el derecho constitucional estatal, el derecho de la Unión Europea y el derecho europeo en materia de derechos humanos.¹⁴²

Los tres aspectos y fenómenos los podemos encontrar en el *Ius Constitutionale Commune* en América Latina, empero, la interacción es mucho más marcada en la región. Una vez más la exclusión es el factor más importante para explicar esta particularidad. Para construir una sociedad verdaderamente pluralista en la región, es indispensable procurar la inclusión de la población indígena y afrodescendiente, es decir, darles espacio en las instituciones estatales y reconocer que son grupos con valores e intereses específicos. Esto implica también el segundo aspecto del pluralismo, ya que a menudo estos grupos cuentan con un orden normativo propio y particular. La inclusión real exige una participación que comprenda sus órdenes normativos. Aquí encontramos algunas innovaciones constitucionales recientes muy importantes. Desde 2001 y como reacción al levantamiento zapatista en Chiapas, la constitución mexicana dispone en su artículo

¹⁴⁰ Isiksel, T., “Global Legal Pluralism as Fact and Norm”, *Global Constitutionalism*, 2, 2013, pp. 160 y ss.

¹⁴¹ Benda-Beckmann, F. v., “Who’s Afraid of Legal Pluralism?”, *J. Legal Pluralism & Unofficial L.*, 47, 2002, pp. 37-82, en particular 60-62; un ejemplo en Europa son los grupos musulmanes, Foblets, M., “Diversité Religieuse en Europe: Une Approche Innovante Conjuguant l’Approche Juridique et Sociologique”, en Ast, F. y Duarte, B. (coords.), *Les Discriminations Religieuses en Europe: Droit et Pratiques*, París, L’Harmattan, 2012, pp. 105-119.

¹⁴² Walker, N., “The Idea of Constitutional Pluralism”, *Modern Law Review*, 65, 2002, p. 317; Wendel, M., *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

2º, que la Nación mexicana es pluricultural y por ende también incluye a los pueblos indígenas como tales. La Constitución boliviana de 2009 es la más avanzada en este sentido ya que también integra principios éticos de los pueblos indígenas,¹⁴³ así como la cosmología indígena y ciertas formas de propiedad colectiva.¹⁴⁴ En el *Ius Constitutionale Commune*, dichas disposiciones no son vistas como mero folclor. Es más, se reconoce el potencial que en ellas se encierra y por esta razón son objeto de análisis teórico.¹⁴⁵ Pero hay que reconocer que es un desafío enorme incorporar de manera orgánica los principios de los pueblos precolombinos a los Estados constitucionales modernos. Para el elemento *común* del *Ius Constitutionale Commune* queda también claro que debe dejar mucho espacio a la diversidad, respondiendo así a las numerosísimas y diversísimas formas del tejido social y cultural de los pueblos latinoamericanos.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana depende, primero, del pluralismo social ya que muchas de sus sentencias paradigmáticas son el fruto del litigio estratégico de agrupaciones de la sociedad civil.¹⁴⁶ Segundo, sus sentencias habitualmente apoyan el pluralismo social o el pluralismo étnico-cultural. Tercero, la firmeza con la cual actúa respecto a situaciones internas ha hecho de su relación con los tribunales nacionales un tema clave. También aquí el concepto de pluralismo es sumamente importante.

La figura central de esta discusión se denomina control de convencionalidad y representa el núcleo doctrinal del *Ius Constitutionale Commune*. Esta figura fue creada por la Corte en el caso

¹⁴³ Compárese con el art. 8: “El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaq ñan* (camino o vida noble)”.

¹⁴⁴ Prada Alcoreza, R., “Análisis de la nueva Constitución Política del Estado. *Crítica y emancipación*”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales*, 1, 2008, pp. 35-50, en particular 48-50.

¹⁴⁵ Clérico, L. y Aldao, M. (*op cit.*, 79), p. 220; Morales Antoniazzi, M. (*op cit.*, 41), p. 266.

¹⁴⁶ Piovesan, F. (*op cit.*, 20), pp. 72 y ss.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Almonacid Arellano vs. Chile.¹⁴⁷ Exige a los tribunales nacionales la aplicación de la Convención Americana de conformidad con la interpretación que la Corte haya hecho de la misma. Según esta decisión, cuyo alcance exacto todavía se desconoce, todos los actos estatales quedan sujetos al control de su conformidad con la Convención y en caso de conflicto con la misma no pueden ser aplicados por los tribunales nacionales. Esto produce efectos sustanciales en la distribución de competencias a nivel estatal: tanto la relación del poder judicial con los otros poderes así como la jerarquía en el seno del poder judicial. En particular ha afectado al papel de los tribunales supremos. Considerando que además la Corte Interamericana le atribuye aplicación directa y efectos *erga omnes* a su jurisprudencia,¹⁴⁸ que ha declarado la inaplicabilidad de leyes nacionales, decretado que se emprendan reformas legislativas y ordenado una amplia gama de medidas concretas, se ha generado una dinámica impresionante.¹⁴⁹ La dimensión constitu-

¹⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, *Almonacid Arellano vs. Chile*, Serie C, núm. 154, párr. 124; Sagüés, N., “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, 8(1), 2010, p. 117; García Ramírez, S. (*op cit.*, 5), p. 123; Nogueira Alcalá, H., “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en periodo 2006-2011”, *Estudios Constitucionales*, 10(2), 2012, p. 57.

¹⁴⁸ Descrito detalladamente por Ferrer Mac-Gregor, E. en el sensible caso *Gelman*, en el cual la Corte declara sin efectos una ley de amnistía con credenciales democráticas impecables (*op cit.*, 130), pp. 329 y ss.; Gargarella, R., “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso *Gelman*”, *Seminario de Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política de la Universidad de Yale*, 2013, disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf Rincón-Covelli, T., “El derecho internacional de los derechos humanos: ¿límite o elemento constitutivo de la democracia? –A propósito de la transición uruguaya a la democracia–”, *Estudios Socio-Jurídicos*, 14(2), 2012, pp. 71-106; Sferrazza Taibi, P., “¿Amnistías democráticas? El Caso *Gelman vs. Uruguay* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un caso práctico para una reflexión teórica”, en Santano, S. A. y Mejías, S. A. (coords.), *La seguridad, un concepto amplio y dinámico: V Jornadas de estudios de seguridad*, Madrid, IUGM-UNED, 2013, pp. 323-356.

¹⁴⁹ Una decisión pionera en este sentido es Corte IDH, *Barrios Altos (Chumbi-puma Aguirre y otros vs. Perú)*, Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

cional es evidente,¹⁵⁰ en especial debido a que los temas tratados son altamente políticos, temas sobre los cuales ciertos grupos sociales se encuentran en profundo desacuerdo. No sorprende entonces, que la jurisprudencia interamericana haya suscitado un rico debate. El desafío consiste en acomodar cuidadosamente la dinámica transformadora con el entramado institucional y la distribución de competencias a nivel estatal. Aquí encuentra aplicación la tercera definición del concepto de pluralismo¹⁵¹ si bien otros conceptos compiten por describir la situación, como por ejemplo: redes de colaboración horizontal¹⁵², trapecio,¹⁵³ redes constitucionales,¹⁵⁴ normativismo supranacional,¹⁵⁵ transconstitucionalismo.¹⁵⁶

Las perspectivas pluralistas se dividen en dos campos. La posición más radical parte de la visión de que los conflictos que se ocasionan son conflictos de poder y que por ende difícilmente pueden ser abordados desde el razonamiento jurídico.¹⁵⁷ La posición del diálogo tiene un punto de partida diametralmente opuesto: la observación de que los diversos regímenes jurídicos e instituciones normalmente desarrollan relaciones jurídicas estables no obstante su independencia normativa. Esta posición sos-

¹⁵⁰ Expuesto sutilmente por Burgorgue-Larsen, L., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional”, en *Rasgos* (op cit., 19), p. 421.

¹⁵¹ Serna De La Garza, J. M. (op cit., 114), pp. 243 y ss.

¹⁵² Pampillo Baliño, J. P., “The Legal Integration of the American Continent: An Invitation to Legal Science to Build a New *Ius Commune*”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 17(3), 2011, pp. 517-533, en particular 519.

¹⁵³ Piovesan, F., *Direitos humanos e diálogo* (op cit., 5), p. 67.

¹⁵⁴ Bustos Gisbert, R., *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa. 2012, pp. 13 y ss.

¹⁵⁵ Gordillo, A. et al., *Derechos humanos*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2005, vol. 5, p. 10, con referencias adicionales.

¹⁵⁶ Neves, M. (op cit., 62), pp. 115 ss.

¹⁵⁷ Dyèvre, A., “Game Theory and Judicial Behaviour”, en Stelmach J. y Załuski, W. (coords.), *Game Theory and the Law*, Cracovia, Copernicus Center Press, 2011, disponible en <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1783507> La reacción del Tribunal Supremo venezolano apunta en esta dirección (op cit., 144).

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

tiene que los conflictos fundamentales son una gran excepción, la regla consiste más bien en un trabajo conjunto y fructífero.¹⁵⁸ Los representantes del *Ius Constitutionale Commune* optan por el pluralismo dialógico y así reconstruyen la interacción entre la Corte Interamericana y los tribunales nacionales.¹⁵⁹

4. CONCLUSIÓN

El *Ius Constitutionale Commune* en América Latina representa un enfoque transformador que se dota de energía a partir de la experiencia concreta y la convicción profunda de la inaceptabilidad de situaciones de injusticia sistemática. Su sustrato de derecho positivo lo constituyen principalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las garantías de las constituciones nacionales sobre la misma materia, las cláusulas de apertura, así como la correspondiente jurisprudencia, tanto nacional como internacional. Apuesta por un discurso que interrelacione los distintos ordenamientos jurídicos con el objeto de reforzar las transformaciones en los países latinoamericanos. Así, el enfoque tiene el potencial de convertirse en un verdadero proyecto.

El *Ius Constitutionale Commune* en América Latina se apoya en los elementos de cercanía cultural y la historia jurídica compartida de la región, la cual es producto de la colonización ibérica, la influencia del *Corpus Iuris Civilis* y del *Corpus Canonici*, la Constitución de Estados Unidos, la Constitución de Cádiz, el derecho constitucional y administrativo francés, así como en el ideal de una gran unión latinoamericana y su consiguiente fracaso. El ICCAL lucha, en consonancia y cooperación con actores en otros sistemas sociales, contra problemas compartidos, en particular la desigualdad y la exclusión de amplios sectores de la sociedad, el legado de los gobiernos autoritarios, la sombra de intereses norteamericanos, el hiperpresidencialismo, así como la frecuente debilidad del derecho. Existe además amplio consen-

¹⁵⁸ Burgorgue-Larsen, L. (coord.), *Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, París, Pedone, 2012.

¹⁵⁹ La Fundación Konrad Adenauer también comparte esta visión y la fomenta al organizar encuentros entre los mencionados tribunales.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

so respecto del camino a tomar. Los mecanismos de integración económica son considerados poco prometedores. La esperanza yace más bien en un constitucionalismo de raíces regionales basado en derechos humanos con protección supraestatal.

¿Cuáles son las perspectivas de este *Ius Constitutionale Commune* en América Latina? El que busque razones para el desaliento las encontrará, ya sea en los recorridos históricos, rasgos culturales, estructuras económicas, circunstancias geopolíticas, relaciones de poder, conflictos sociales, sean lo que sean. Razones abundan. Pero: visto en su conjunto y a pesar de todas estas dificultades, el constitucionalismo transformador latinoamericano es expresión de una dinámica tan impactante que hasta un realista puede apostar por él.