

Ius Constitutionale Commune *en América Latina*, de Armin von Bogdandy, Héctor Fix y Mariela Morales Antoniazzi*

Leonardo García Jaramillo**

lgarciaj@eafit.edu.co

Universidad EAFIT-Medellín (Colombia)

Además del desafío propiamente jurídico que plantean la interamericanización del derecho y los proyectos que propugnan por un constitucionalismo transformador de las desigualdades sociales y políticas que aquejan a los países de la región, se plantean retos de naturaleza política. Sobresalen la inclusión social y la debida representación política. Dentro de los retos filosóficos se encuentra la depuración de conceptos que sofisticuen y precisen las categorías con las cuales describimos nuevos fenómenos.

La interamericanización del derecho promueve la creación de un derecho constitucional común latinoamericano que, a su vez, propicia la confluencia entre el constitucionalismo regionalmente configurado, el derecho internacional público y el discurso sobre los derechos humanos. El concepto “*Ius Constitutionale Commune en América Latina*” (ICCAL) es útil para comprender este complejo fenómeno de la interamericanización académica y judicial del derecho, así como para proyectar rumbos de acción hacia un constitucionalismo transformador.

En ejecución del proyecto jurídico, político y cultural que desarrolla el concepto, se han realizado importantes eventos académicos que han convocado a académicos y jueces de distintas cortes nacionales así como de la Corte Interamericana, e igualmente se han publicado varios libros. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, publicado en 2014, presenta

* Von Bogdandy, Armin, Héctor Fix Fierro y Mariela Morales (coords.) (2014). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México D.F.: UNAM-IIIJ - Instituto Max Planck de Derecho Público, Comparado y Derecho Internacional, 525 p.

** Agradezco a Alejandro Cortés y a Óscar Mejía Quintana por sus observaciones críticas.

los últimos desarrollos del concepto y constituye su principal esfuerzo sistematizador. Las 17 contribuciones se estructuran en tres secciones correspondientes a igual número de temas que constituyen las unidades centrales de análisis del ICCAL: “Construcción del *Ius Constitutionale Commune*”, “Contexto y problemas comunes” y “Presente y futuro”.

El proyecto se enfoca en las nuevas formas de comprender, analizar y proyectar debidamente los elementos medulares del derecho público en el contexto de los procesos de globalización, a partir de un abordaje sistémico entre los órdenes normativos local, regional e internacional en lo relativo a la protección de los derechos humanos, tal como lo presenta Bogdandy en su contribución. Los objetivos fundamentales del ICCAL son: la garantía de los derechos humanos, el robustecimiento de la democracia y la consolidación del Estado de Derecho. Al libro lo transversaliza la convicción compartida según la cual el derecho constitucional desempeña un rol fundamental en los complejos procesos de transformación tanto del orden jurídico como de la realidad social. Su cometido pionero hacia la descripción y el análisis de los orígenes, evolución, características, desafíos y destinos posibles del derecho constitucional latinoamericano -como analiza Rodolfo Arango- hace del ICCAL el enfoque más ambicioso y con mayor proyección de los que actualmente propugnan en la región por un constitucionalismo transformador en el contexto de la interamericanización del derecho.

El potencial emancipador del derecho en contextos de graves violaciones a los derechos humanos y constituciones progresistas, articula otro objetivo central: el desarrollo del *Estado abierto*, que alude a la decisión constitucional en favor de la apertura del derecho nacional al derecho internacional. En virtud del Estado abierto, el sistema jurídico dispone de canales para el influjo del derecho internacional público a partir de las cláusulas de apertura o reenvío.

El desarrollo de la noción de Estado abierto, a su vez, conduce necesariamente a reconcebir un concepto central en la teoría del Estado, como es la soberanía, la cual reclama ahora la apertura hacia el derecho internacional. Se ha permeabilizado para filtrar en el derecho interno estándares normativos formales -provenientes de la jurisprudencia interamericana- e informales -a partir de la intensificación del diálogo entre las altas cortes nacionales-. Sobre todo en materia de derechos humanos, las fronteras no son ya las de los

Estados sino las del conocimiento común compartido acerca de una idea de dignidad humana que ha evolucionado del ideario político a la dogmática jurídica para sustantivar el discurso jurídico de protección y promoción de los derechos humanos. El derecho de otros países -típicamente Alemania- y el derecho internacional, han hecho que la dignidad se constituya al tiempo en un estándar de constitucionalidad de las leyes y en un criterio para la justiciabilidad de otros derechos.

Esta relación entre la soberanía y el Estado, ajustados a las dinámicas transnacionales contemporáneas, configura nuevas formas de articulación del espacio político. La *soberanía* nacional no explica ya por sí sola las influencias y relaciones a partir de las cuales se crea y desarrolla el derecho nacional, pues se ha transformado para acoger estándares más elevados respecto del cumplimiento de principios fundamentales como los consagrados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; sobre lo cual el capítulo de Flávia Piovesan es destacable.

La *comparación jurídica* adquiere importancia como herramienta en la creación y el desarrollo del derecho. En términos jurídico-discursivos, al ICCAL lo caracteriza, además de la perspectiva comparativista, la articulación entre academia y doctrina nacional e internacional, así como la orientación metodológica hacia los principios. El comparativismo y los principios como normas vinculantes pertenecientes al sistema jurídico son dos características del derecho común latinoamericano contemporáneo a cuya sofisticación conceptual y sistematización contribuye, de modo importante, un concepto como el ICCAL, demostrando así su utilidad.

La relevancia de la perspectiva comparada radica en el conocimiento de otros sistemas y otras experiencias judiciales en un mundo interconectado. El comparativismo jurisprudencial, propiciado por el diálogo judicial y el activismo académico, es adecuado para no repetir experiencias desafortunadas del pasado pero sobre todo para aprender de la experiencia regional en la solución de nuestros problemas más acuciantes. El deber de corrección y fundamentación suficiente de las sentencias conduce a los tribunales nacionales a consultar precedentes de la Corte Interamericana y otras cortes.

El fundamento jurídico del ICCAL es principalmente la Convención Americana de Derechos Humanos y su desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte, así como doctrinas judiciales que

han surgido en distintos contextos en respuesta a los desafíos que impone la aplicación de la normativa constitucional garantista en contextos signados por la pobreza, la desigualdad y los déficits en la realización de derechos. Asimismo, se fundamenta jurídicamente en otros elementos del constitucionalismo contemporáneo como la naturaleza normativa de la Constitución y la fuerza vinculante de los derechos. La noción que defiende de la Constitución se articula con aquellas concepciones en virtud de las cuales las constituciones contemporáneas no solo limitan el poder del Gobierno y el Congreso, sino que fundamentalmente amplían las exigencias a todos los poderes públicos que se encuentran vinculados a los derechos fundamentales.

La idea de los controles al poder ha visto una intensa evolución desde los controles de legalidad y constitucionalidad, hasta el control de convencionalidad, frente a normas o prácticas locales que resultan contrarias a la Convención. El control difuso de convencionalidad contribuye a configurar y expandir el derecho constitucional común, como enfatiza Mariela Morales. De un modo muy interesante, este control no solo debe ser ejercido por la Corte Interamericana sino también por jueces y tribunales locales que empiezan a contar durante los últimos años con estándares adicionales a los propios para evaluar la conformidad de actuaciones de organismos del Estado o de determinadas normativas con respecto a la Convención. Las decisiones que en virtud del control de convencionalidad ha tomado la Corte tienen un particular potencial para contribuir con los fenómenos de la constitucionalización, el desarrollo de la densidad constitucional y la judicialización de la política. Sobre el control de convencionalidad frente a la autoridad de la cosa juzgada internacional, y otros aspectos como la eficacia de la sentencia interamericana, resulta de particular interés la reproducción del voto razonado de Ferrer Mac-Gregor a la Resolución de la Corte sobre la supervisión de cumplimiento de sentencia en el Caso Gelman.

Ningún proyecto que sustente un constitucionalismo transformador en América Latina sería defendible si no incorporase una concepción acerca de la *inclusión* en los sistemas social, económico y político. La inclusión plantea sobre todo desafíos a la transformación social mediante el constitucionalismo, en la garantía de los derechos sociales, que son precondiciones para el ejercicio de

los derechos de libertad. Los derechos sociales procuran crear las condiciones materiales necesarias para lograr una mínima igualdad, que es esencial para el ejercicio efectivo de la libertad, es decir, son un presupuesto para el ejercicio de los derechos de libertad para la población en situación de déficit en la protección de sus derechos. El amparo de los derechos sociales sitúa a las personas en condición de poder hacer aquello que son libres de hacer. Como han sustentado Alexy, Bobbio y Ferrajoli, entre otros, los derechos sociales son fundamentales porque su satisfacción asegura los “pre-requisitos” de la democracia política, toda vez que solo su garantía puede aportar los presupuestos materiales imprescindibles del disfrute de los demás derechos.

La lucha contra la desigualdad es, entonces, esencial para alcanzar una verdadera autonomía. El ICCAL sustenta la importancia de acoger la tesis de la concepción integral de los derechos fundamentales, en virtud de la cual todos los derechos, sean de libertad o sociales, deben adquirir estatus iusfundamental. Sin desestimar la función judicial en la consecución de logros frente a la justiciabilidad de los derechos sociales, para Salazar Ugarte, de un lado, los jueces por sí solos no pueden ofrecer garantías plenas a los derechos y, de otro, los derechos no pueden demandar únicamente una protección jurisdiccional. La justiciabilidad de los derechos, como fenómenos complejos, requiere de garantías políticas, económicas e incluso sociales, así como de un contexto cultural que los sustente. Resulta de fundamental importancia la cuestión de la independencia judicial en el contexto de la efectiva garantía de los derechos como condición para la consolidación de la democracia. La ampliación de los horizontes del constitucionalismo, como uno de los desafíos del ICCAL, requiere la vigencia de democracias robustas.

Parte esencial de la razón de la existencia de un tribunal constitucional radica en evitar cualquier tipo de discriminación. En virtud de la garantía jurisdiccional de la Constitución se debe contar con un organismo especializado que vigile permanentemente que las mayorías, o los poderosos (los “poderes salvajes” a los que se refiere Ferrajoli), gobiernen en beneficio de todos y que cualquier trato desigual esté justificado jurídicamente. Laura Clérico y Martín Aldao, sobre diversos problemas teóricos y prácticos concernientes a la igualdad, proponen una concepción de la misma como redistribución/reconocimiento para lograr paridad participativa. Revisan las

fórmulas tradicionales de la igualdad para reinterpretar el desafío de la inclusión en clave de igualdad en el contexto del derecho constitucional interamericano. Esta idea de inclusión no puede omitir la fórmula de la igualdad, las concepciones y el alcance de la exigencia de igualdad aplicada.

Resulta fundamental la construcción de una academia jurídica crítica, comprometida con los logros del ICCAL: la inclusión mediante el diálogo y la institucionalidad, frente a los progresos y desafíos locales de implementación de la normativa constitucional y convencional. La academia jurídica colombiana ha tenido en general una deferencia acrítica hacia su tribunal constitucional, lo cual resulta profundamente inconveniente porque implica eludir una de las funciones más importantes de la academia. Ante omisiones legislativas y desidias ejecutivas, los jueces se han tomado en serio el valor normativo de la Constitución y la fuerza vinculante de los derechos, y a partir de la reivindicación de la filosofía de la adjudicación conocida como activismo judicial, han contribuido decisivamente al desarrollo de la densidad normativa material de la Constitución, la judicialización de la política y la constitucionalización del derecho.

En el contexto de un nuevo derecho público que empodera al poder judicial y le otorga una preeminencia política inédita en la historia institucional latinoamericana, el control permanente a decisiones jurisdiccionales se plantea como una de las tareas más importantes en las nuevas democracias constitucionales. En particular, el control al tribunal constitucional, que se halla en el centro de este fenómeno, emerge como una cuestión fundamental. Este control es extra-jurídico, pues está por fuera de las instituciones formales; por lo tanto, de modo primordial le corresponde a la academia, como un foro de expertos de carácter público e independiente, mantener en alto la guardia crítica frente al poder judicial para exigirle rigor argumentativo, adecuado enfoque teórico y creatividad en los remedios de sus decisiones 