

**De la “constitucionalización” a la
“convencionalización” del ordenamiento
jurídico. La contribución del *ius
constitutionale commune*****

**From “constitutionalization”
to “conventionalization” of legal order.
The contribution of the *ius constitutionale
commune***

SUMARIO

Introducción. I. Activismo judicial y constitucionalización del derecho en una democracia constitucional. II. “Convencionalización del ordenamiento jurídico”: la relevancia de un nuevo concepto. III. El *ius constitutionale commune* y el constitucionalismo transformador. III.1. Elementos medulares Conclusiones.

RESUMEN

Una de las expresiones más vívidas de la transnacionalización del derecho constitucional en América Latina es el diálogo judicial y académico que se

* Profesor del Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas de la Universidad EAFIT, Medellín, Colombia, donde ha sido catedrático en su Escuela de Derecho. Editor de *Co-herencia. Revista de Humanidades* (Q2). Columnista de *Ámbito Jurídico*. Contacto: lgarciaj@eafit.edu.co

** Este trabajo constituye un resultado de la investigación “Activismo judicial y dogmática de márgenes de acción: el caso colombiano”, presentada como tesis de maestría en la Università degli Studi di Genova, Italia. Agradezco a mis directores, PIERLUIGI CHIASSONI y SUSANNA POZZOLO, por sus rigurosas observaciones teóricas y metodológicas. Una versión posterior se impartió como conferencia en el seminario “Del paradigma de la fragmentación al paradigma del diálogo”, celebrado en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional (Heidelberg, Alemania, 4 y 5 de diciembre de 2015). Agradezco a MARIELA MORALES, LAURA CLÉRICO, SILVIA GLORIA DE VIVO, RODOLFO ARANGO, XIMENA SOLEY y PAOLA ANDREA ACOSTA por el diálogo y la feliz coincidencia en Heidelberg, así como a ARMIN VON BOGDANDY, MAGDALENA CORREA y MANUEL GÓNGORA por sus objeciones, a las que espero haber sabido dar adecuada respuesta en este trabajo.

Recibido el 26 de enero de 2016, aprobado el 16 de mayo de 2016.

Para citar el artículo: L. García Jaramillo, De la “constitucionalización” a la “convencionalización” del ordenamiento jurídico. La contribución del *ius constitutionale commune*, *Derecho del Estado* n.º 36, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2016, pp. 131-166. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n36.05>.

ha venido desarrollando –sobre todo entre los países que en los últimos 25 años reformaron sus constituciones con importantes elementos afines, como la incorporación del bloque de constitucionalidad–. Dicha transnacionalización se ha fortalecido, a su vez, por otra de estas expresiones, como es la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio del control de convencionalidad. Es pertinente la difusión y depuración del concepto de “convencionalización” del ordenamiento jurídico, que complementa y armoniza su proceso de “constitucionalización”. En virtud del mismo, no son ya únicamente las disposiciones constitucionales las que condicionan la validez y el desarrollo de los ordenamientos jurídicos nacionales, sino también las obligaciones internacionales que adquieren los países sobre la protección de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros pactos. Este trabajo procura avanzar en la dirección de dicha evolución a partir de la utilidad del concepto de *ius constitutionale commune* para comprender este fenómeno y proyectar rumbos de acción hacia un constitucionalismo transformador de las desigualdades sociales y políticas que aquejan a los países de la región.

PALABRAS CLAVE

Constitucionalización del ordenamiento jurídico; control de convencionalidad; convencionalización del ordenamiento jurídico; *ius constitutionale commune*.

ABSTRACT

One of the most vivid expressions of the constitutional law trans-nationalization in Latin America is the scholar and judicial dialogue that have been developed in the last few decades. This dialogue has occurred mainly among those countries that have been reforming its constitutions during the last 25 years with key related elements such as the block of constitutionality. Such trans-nationalization has gained strength because of another of those expressions, namely, the Interamerican-Court of Justice case-law by means of the conventionality control. International obligations related to the rights enshrined in the American Convention shapes the interpretation of laws and administrative practices. It is then pertinent to coin “conventionalization” of legal order as a concept that complements its process of constitutionalization. Constitutional norms no longer exclusively determine the validity and development of national legal orders. This paper moving towards that direction from the utility of another concept: “*ius constitutionale commune*” to understand this phenomena and project courses of action towards a transformative constitutionalism of political and social inequalities that have bedeviled the region.

KEYWORDS

Constitutionalization of legal order; conventionality control; conventionalization of legal order; *ius constitutionale commune*.

INTRODUCCIÓN

Al analizar el estado actual de los sistemas políticos y el funcionamiento de las democracias latinoamericanas no resulta infundado afirmar que se atraviesa por malos momentos. Las clases políticas tradicionales y las emergentes, así como las instituciones públicas en general, gozan de muy poca credibilidad y hay una extendida desconfianza en sus representantes porque actúan con independencia de las necesidades ciudadanas reales. Pequeñas élites son las verdaderamente beneficiadas del progreso mientras que las diferencias sociales se mantienen.

Los déficits en la representación real del grueso de la población ante las instancias de toma de decisiones políticas facilitan la aprobación de medidas parcializadas. Poderosos grupos de intereses privados ejercen una indebida influencia sobre el proceso político. Por estas influencias el sistema político en conjunto tiende –más que a orientarse hacia cierta ideología– a sesgarse a favor de ciertos grupos, lo que termina menguando el tan importante valor de la imparcialidad en la política. El proceso de toma de decisiones judiciales y legislativas ha sido cooptado en ocasiones por intereses políticos sectarios, empresariales y fuerzas de mercado, y es muchas veces dependiente de la coyuntura impuesta por el cabildeo de las organizaciones privadas poderosas que FERRAJOLI llama *poderes salvajes*¹.

Si bien durante las tres últimas décadas se ha avanzado en el cumplimiento de criterios básicos propios de regímenes político-democráticos, pues mientras en las décadas pasadas eran comunes los regímenes autoritarios ya no se ven gobiernos que desaparecen a sus opositores, los progresos alcanzados en la *democracia electoral* no han contribuido con el desarrollo de una *democracia real*. Es más, el ejercicio de la democracia electoral en muchos contextos signados por la pobreza y la desigualdad ha contribuido a agravar déficits democráticos.

La ciudadanía en situación de necesidad es fácilmente manipulable electoralmente, por lo que funcionarios públicos que aspiran a reelegirse o nuevos candidatos, si bien montan una plataforma política y se identifican más o menos con determinada ideología, saben que sobre todo necesitan ingentes recursos para realizar una campaña exitosa. Con obsequios y compra de votos en época preelectoral se consiguen victorias, pero se generan profundos

1 FERRAJOLI, L. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta, 2011.

problemas de representación política. El elegido no se siente comprometido con quienes lo eligieron sino con quienes financiaron su campaña. Dentro de esta lógica perversa se agravan, a su vez, otras falencias de las democracias latinoamericanas: la corrupción y el clientelismo.

Mientras la pobreza y la desigualdad se mantengan en tan alto grado, cualquier reforma al sistema político –cometido permanente en los países de la región– no pasará de ser cosmética, no podrá solucionar sus problemas estructurales. Sólo al interior de un régimen democrático donde se respete el estado de derecho y se garanticen las provisiones contenidas en los derechos, las sociedades latinoamericanas podrán ser no solo más igualitarias sino también más desarrolladas. Con mayor crecimiento y verdadera redistribución se reducirán la pobreza y la desigualdad. Un país con menor desigualdad podrá aumentar la calidad de su democracia porque, de un lado, no habrá un mercado de votos tan grande y determinante de las elecciones, y de otro, quienes carecen de niveles mínimos de bienestar y sufren las injusticias de la desigualdad, solo por los canales que abre la debida representación política podrán constituirse como ciudadanía en fuente auto-originante de pretensiones y reclamos, como diría RAWLS.

Un agravante a las condiciones sociales de pobreza y desigualdad, que también puede entenderse como una consecuencia de ellas, es la desidia, la pereza, la omisión legislativas para afrontar con políticas públicas eficaces los problemas relacionados con los déficits en la garantía de derechos como los sociales. La alternativa que han ensayado con algún éxito diversos países, dentro de los cuales Colombia se señala con particular énfasis en la literatura comparada, es recurrir a las cortes para tratar de conseguir lo que la política no ha logrado.

Este hecho ha derivado, o degenerado más bien, en un desmedido enfoque en la perspectiva judicial, o juriscentrismo constitucional, y en una correlativa omisión de la acción política como determinante de la transformación que desde el constitucionalismo se puede realizar hacia la mejoría de condiciones sociales. El activismo judicial progresista tiene el riesgo de hacer pensar que la sede del cambio social no es el Gobierno ni el Congreso, sino la Corte². La cuestión de cómo lograr que las altas cortes tengan capacidades para reflejar e incorporar en sus fallos las perspectivas constitucionales de diversos organismos democráticos, con el fin de configurar de manera conjunta el significado del derecho constitucional mediante un diálogo constructivo³, es un desafío para el “*ius constitutionale commune* en América Latina” (ICCAL):

2 POST, R. y SIEGEL, R. *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.

3 Entre una creciente bibliografía, véase FERRER MAC-GREGOR, E. y HERRERA, A. coords., *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. México D. F.: UNAM-Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013.

el enfoque más ambicioso y con mayor proyección de los que actualmente propugnan en la región un constitucionalismo transformador en el contexto de la interamericanización del derecho. En la región, dentro de la academia jurídica y la judicatura, sólo en años recientes ha tomado real importancia la perspectiva dialógica como expresión de la transnacionalización del derecho constitucional.

En el ámbito comercial se entiende por transnacionalización, como uno de los efectos de la globalización que influye en todos los Estados del mundo, el establecimiento de empresas en otros países adicionalmente al de su origen para realizar sus actividades mercantiles de venta, compra o producción⁴. Así como en el campo económico y comercial un país no puede desarrollarse sin establecer diversos tipos de relaciones con otros países, en el campo jurídico la transnacionalización también ha configurado nuevas formas más intensas de intercambio entre los países donde surgen doctrinas judiciales, modelos políticos y teorías y aquellos países donde son recibidos y muchas veces reconfigurados para responder a sus propias necesidades contextuales. La transnacionalización del derecho es entonces el proceso consistente en el viaje y recepción creativa de doctrinas judiciales (como la del núcleo esencial de los derechos fundamentales o la del mínimo vital), modelos ideológicos (p. ej., el del Estado social y democrático de derecho) y teorías (*v. gr.*, la teoría externa de los derechos o las teorías procedimentales de la argumentación jurídica), los cuales contribuyen, algunas veces decisivamente, en los procesos locales de creación y desarrollo del sistema jurídico.

Los textos constitucionales se han venido transformando con semejanzas relevantes, dentro de las que se destaca la apertura al derecho internacional a partir, entre otros aspectos, de la incorporación del bloque de constitucionalidad. Contribuir a que mediante las cláusulas de reenvío se desarrolle normativamente el bloque de constitucionalidad es uno de los objetivos del ICCAL para que el control de convencionalidad, entre otros mecanismos del sistema interamericano de derechos humanos, adquiera preeminencia en la configuración del derecho local. Toda vez que el ICCAL hace referencia al derecho positivo (legislación y jurisprudencia) y al discurso jurídico articulado con él, emerge la necesidad de contar con un intenso diálogo judicial entre los países de la región.

Otra consecuencia de la transnacionalización del derecho constitucional en América Latina es el surgimiento del deber de incorporar al derecho interno los estándares sentados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana en ejercicio del control de convencionalidad. Las obligaciones internacionales relativas a la protección de los derechos consagrados en la Convención Ame-

4 TRAJTENBERG, R. *El concepto de empresa transnacional*. Montevideo: Universidad de la República de Uruguay, 2000, 1.

ricana condicionan la interpretación de las normas jurídicas y las prácticas administrativas de los países suscriptores del Pacto de San José.

Se hace entonces pertinente la difusión y depuración del concepto de “convencionalización” del ordenamiento jurídico, que complementa y armoniza su proceso de “constitucionalización”. Este trabajo procura avanzar en dicha dirección a partir de la utilidad del concepto “*ius constitutionale commune* de América Latina” (ICCAL) para comprender este fenómeno y proyectar rumbos de acción hacia un constitucionalismo transformador de las desigualdades sociales y políticas que aquejan a los países de la región.

I. ACTIVISMO JUDICIAL Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

En ejercicio de un control constitucional activista, la Corte Constitucional colombiana ha tomado una serie de decisiones sobre temas abandonados por la política tradicional, por lo cual se ha situado a la vanguardia del constitucionalismo en la región. Además de fungir como legislador negativo, decidiendo que determinadas normas promulgadas por el legislativo no deben hacer parte del ordenamiento jurídico, ha adoptado decisiones proactivas que han hecho de Colombia un país interesante en términos de derecho comparado.

Debido a tres fenómenos interconectados de progresiva implementación en Colombia, se puede observar una clara materialización del activismo judicial. Dichos fenómenos son: (1) la constitucionalización del ordenamiento jurídico, (2) el desarrollo de la densidad normativa material de la Constitución y (3) la judicialización de la política. Estos han alcanzado una centralidad en la creación y desarrollo del derecho, pero sobre todo en la consciencia jurídica local, involucrando ya sea al ciudadano que recurre a la tutela para proteger un derecho y al operador (litigante o juez) que consulta la jurisprudencia en su actividad ordinaria, ya sea al gobierno, cuyas declaratorias de estado de conmoción interior, por ejemplo, deben contar con la aprobación judicial toda vez que deben ajustarse a la Constitución.

El activismo judicial no es fácil de definir. Puede significar muchas cosas para diferentes personas en un rango que oscila desde la concepción peyorativa del concepto, usado como arsenal crítico en contra de académicos y magistrados que defienden la posibilidad de un constitucionalismo transformador desde la judicatura, hasta su concepción elogiosa utilizada para destacar logros alcanzados por sentencias progresistas. Como afirmó el juez estadounidense FRANK H. EASTERBROOK: “todos desprecian el activismo judicial [...] qué concepto tan resbaladizo”⁵. Para el magistrado de la Corte Suprema estadounidense ANTHONY KENNEDY, quien afirma que un tribunal es

5 EASTERBROOK, F. H. Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism? 73 *University of Colorado Law Review* 1401, 2002.

activista sencillamente quiere decir con ello que se trata de un tribunal que toma una decisión que no le gusta⁶.

Si bien en la actualidad la referencia al concepto en examen no es necesariamente crítica o peyorativa, conviene señalar que este fue el matiz o la acepción con la cual se acuñó, cuando políticos conservadores estadounidenses se refirieron a la práctica de los magistrados liberales de derogar leyes estatales y nacionales —entre ellas las que criminalizaban el aborto y la sodomía homosexual— para crear lo que desde la concepción liberal se consideraba una sociedad más justa⁷. En el *Black’s Law Dictionary* el activismo judicial se define como una filosofía de la toma de decisiones judiciales a partir de la cual los jueces permiten que sus perspectivas personales sobre la política pública, los principios y el derecho constitucional, entre otros factores, los guíen en su labor, en el sentido de que los fundamentos de la decisión pueden ser las consideraciones morales o políticas personales del juez, en vez del derecho legislativo, jurisprudencial o aquel internacional que sea vinculante.

La distinción entre una decisión ordinaria y una decisión activista radica fundamentalmente en el tipo de órdenes que imparte o la clase de control que ejerce. Por ejemplo, se definen como activistas las decisiones sobre derechos de los presos, separación de Iglesia y Estado, aborto y segregación racial en las escuelas públicas que tomó la Corte Suprema estadounidense en el periodo conocido como de la “Corte Warren” (entre 1953 y 1969)⁸. Asimismo constituyen ejemplos de decisiones activistas las que tomaron jueces en la India sobre el acceso a la justicia por parte de los pobres e indigentes mediante litigio de interés público; aquellas adoptadas en Sudáfrica en los casos sobre acceso a albergues de emergencia y a medicamentos por parte de pacientes con VIH; y en Colombia, las relativas al acceso a servicios de salud, a los derechos de las parejas del mismo sexo y a la protección de la población víctima del desplazamiento forzado interno.

6 Citado en LEWIS, F. P. *The Context of Judicial Activism. The Endurance of the Warren Court Legacy in a Conservative Age*. Lanham: Rowman & Littlefield, 1999.

7 Véase, entre otros, HORWITZ, M. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. New York, Farrar, Staus & Giroux, 1999. COMPSTON, C. *Earl Warren, Justice for All*. Oxford University Press, 2002.

8 El periodo inmediatamente posterior, conocido como la Corte Burger (1969-1986), también se destacó por su activismo progresista en materias como libertades religiosas (*Engel v. Vitale* (1962)) y libertad de expresión (primera enmienda). Dos de las sentencias más trascendentales de la Corte Suprema en su historia se adoptaron durante la Corte Burger: aquella sobre derechos civiles, *Brown v. Board of Education* (1954) y la extensión del derecho a la intimidad para cobijar el derecho al aborto, *Roe v. Wade* (1973). Véase SCHWARTZ, H. *The Burger Years*. New York: Viking Press, 1987. LAMB, C. y HALPERN, S., eds., *The Burger Court. Political and Judicial Profiles*. Urbana: University of Illinois Press, 1991. A partir de este último queda la imagen de que la Corte Burger fue una Corte de transición entre la activista y liberal Corte Warren y la conservadora Corte Rehnquist.

Un proyecto que sustente la posibilidad de lograr un constitucionalismo transformador debe adoptar la concepción, central en el discurso constitucional contemporáneo, en virtud de la cual las buenas formas de activismo le otorgan una centralidad a la dimensión argumentativa del derecho. “La implantación de un Estado constitucional democrático crea ciertamente un espacio institucional para la solución de los problemas jurídicos. Pero ese espacio necesita ser llenado. El medio para ello es la argumentación jurídica”⁹. No se elude el hecho de que cada juez o doctrinante tiene una idea acerca del derecho, adopta una posición política y tiene valoraciones morales, las cuales necesariamente impregnan sus respectivas interpretaciones del derecho. Más bien se sostiene que la legitimidad del derecho radica en la posibilidad de justificar tales juicios y fundamentarlos mediante sólidas argumentaciones jurídicas.

En un país sin Constitución garantista y sin tribunal constitucional que ejerza algún tipo de control (concentrado, difuso o mixto) es fácil atacar a los magistrados activistas por usurpar las competencias de las otras ramas del poder público, sobre todo de aquellas con representación democrática. En este contexto es más sencillo reclamar restricción judicial cuando se presentan decisiones proactivas y garantistas que imparten órdenes complejas. Pero en países como Colombia la experiencia ha demostrado, a través de sentencias como aquellas que han amparado derechos de poblaciones marginadas o desfavorecidas (presos, defensores de derechos humanos, víctimas de desplazamiento forzado interno y pobres sin acceso a plan integral de salud), que un buen juez debe ser un juez activista. Un juez que busca una transformación dentro del respeto a las leyes, que mira el sentido de una norma dentro de la dinámica realidad social, que entiende cuáles son los valores democráticos que dichas leyes buscan preservar. Para el ex presidente GAVIRIA, “una nueva concepción del derecho ha permitido criticar el excesivo formalismo y señalar a los juristas como símbolos de la rigidez del ritualismo. [...] Que el derecho no sea un obstáculo para los cambios, sino un instrumento de la renovación pacífica”¹⁰. El activismo debe ser, pues, progresista.

Si bien todo progresismo es activista, no todo activismo es progresista. El progresismo siempre es activista porque implica trabajar y actuar en procura de alcanzar grados de progreso individual y grupal en el contexto de derechos y principios como la igualdad, la libertad y la justicia. Reúne ideologías de centro izquierda y centro derecha contrarias al *statu quo* del conservadurismo de derecha. El progresismo en política es entonces activista,

9 ALEXY, R. Mi teoría del derecho. Discurso impartido en la Universidad de Alicante con motivo de la aceptación del doctorado h.c. Citado de la versión electrónica facilitada por el autor.

10 GAVIRIA TRUJILLO, C. El nuevo derecho. *Quaestiones Juridicae*. n.º 1. Universidad Javeriana, junio, 1993.

reformista y pragmático. Ejemplos de progresismo son los logros en términos de derechos civiles y sociales, separación Iglesia-Estado, igualdad de género y eliminación de diversas formas de discriminación.

Puede haber, en contraste, activismo no progresista, regresivo, es decir, un activismo en procura de recuperar tradiciones sociales y culturales relacionadas con el sexo, las libertades y la igualdad, por ejemplo, que no persigan lograr grado alguno de progreso. Ejemplos de activismo regresivo se encuentran, en Colombia, en el ejercicio de la potestad disciplinaria del Procurador General de la Nación, quien se ha opuesto al matrimonio entre parejas del mismo sexo y a la interrupción voluntaria del embarazo. En Estados Unidos hay también ejemplos de decisiones tomadas por la Suprema Corte en este sentido¹¹.

En Colombia, mediante sentencias polémicas, como la que declaró inconstitucional la ley que convocaba a un referendo para decidir sobre la segunda reelección presidencial, el activismo se ha ejercido a partir de un tipo de control constitucional que en general podría calificarse de jurídicamente riguroso y políticamente independiente¹². Se ha tendido así a fortalecer el sistema de frenos y contrapesos institucionales. Quienes sustentan la filosofía de la restricción judicial, es decir el activismo regresivo, lo que añoran realmente es la mayor deferencia que los jueces le prestaban antaño a la voluntad mayoritaria representada en la ley. La crítica al activismo judicial parece estar fundada, tanto en la afectación de las competencias de los órganos con representación democrática para crear derecho, como en la nostalgia por un control formal menos estricto por parte del juez constitucional.

El fundamento de la crítica es desestimable sobre la base del consenso al que se ha llegado a partir de la segunda posguerra, conforme al cual “democracia” no sólo significa respaldo mayoritario a una determinada medida, habiendo sido superada por su propia historia la idea de *demos-cratos*, es decir, de “gobierno del pueblo”. El adjetivo “constitucional” que se le agregó a la doctrina política conocida como “democracia” significa que reconocer

11 Sobre las que puede consultarse el análisis crítico de DWORKIN, R. *Derechos, libertades y jueces*. GARCÍA JARAMILLO, L. y CARBONELL, M. eds. México D. F., Tirant lo Blanch, 2015. Sobre el activismo conservador y retardatario durante la era REAGAN, véase POST, R. y SIEGEL, R. *Constitucionalismo democrático*, cit. GARCÍA JARAMILLO, L. ¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*. Vol. 60, n.º 2, maio/ago. 2015. En este sentido, DE SOUSA SANTOS ha sostenido que “hasta hace muy poco los ejemplos más conocidos de activismo judicial eran políticamente conservadores, por no decir reaccionarios”: DE SOUSA SANTOS, B. Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas. En AA.VV., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Siglo del Hombre et al., 2001, 85.

12 Este criterio orientó asimismo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando falló el caso *Gelman vs. Uruguay* en 2011 contra la voluntad popular que, en dos ocasiones, había decidido mediante referendo mantener vigente la ley que impedía que fueran llevados a juicio perpetradores de graves violaciones de derechos humanos durante la dictadura militar.

la máxima validez normativa a los derechos fundamentales y a los principios constitucionales implica que se erigen en los límites, los diques dentro de los cuales debe fluir el poder político con toda su fuerza. Una democracia constitucional debe contar con los mecanismos para impedir que la voluntad electoral sea manipulada y que mediante plebiscitos o referendos se generen autoritarismos con amparo popular. Si por algún aspecto tiene sentido la idea del gobierno, de la mayoría sometidos al Estado constitucional de derecho, es porque se deben establecer límites a la configuración política de las posiciones respaldadas por algún amplio grupo. Así es como hay que comprender las restricciones que imponen al actuar del poder público las constituciones expedidas desde la segunda posguerra, cuando la historia conoció los excesos que se cometieron en virtud de procedimientos hasta entonces ampliamente considerados democráticos.

Hemos alcanzado un grado importante de consenso en torno a la idea de que la democracia no sólo significa mayorías sino también respeto a los derechos minoritarios y a las reglas de juego democrático. Las decisiones políticas al interior de democracias constitucionales pueden llegar a ser en muchos casos anti mayoritarias. El concepto de “democracia constitucional” trasciende la noción puramente formal de democracia y el tipo estrictamente procedimental de Constitución. El concepto significa sobre todo que las democracias, la organización social y la forma de gobierno se fundan en una Constitución política con determinadas características.

Los elementos medulares de la democracia constitucional son aquellos propios de la democracia política, como el derecho al voto igual, el principio mayoritario y la pluralidad de los partidos políticos; y una articulación entre el constitucionalismo clásico liberal y el constitucionalismo contemporáneo, que combine, de un lado, la regla de mayorías, la división de poderes, la rigidez constitucional y el sistema de frenos y contrapesos institucionales, y, de otro, la naturaleza normativa de la Constitución, la fuerza vinculante de los derechos, el control judicial de constitucionalidad, los principios constitucionales de naturaleza moral, la amplia y protegida participación política, la protección de las minorías –y, como enfatiza Loewenstein, sobre todo de aquellas que defienden opiniones políticas impopulares–, la positivización constitucional de los derechos humanos y la configuración jurisprudencial de los derechos fundamentales. La garantía y posibilidad de ejercicio de los derechos son elementos distintivos de la legitimidad del poder estatal. La fuente de legitimación de la democracia radica en el respeto a las normas constitucionales.

La jurisprudencia constitucional estadounidense ha sostenido en varias ocasiones la justificación de la supremacía judicial como la forma correcta de proteger la voluntad real del pueblo. De ahí que haya dicho que es de su competencia “decir lo que es la ley, que es la esencia de su deber jurídico”, afirmando que la responsabilidad de la Corte de derogar la legislación

inconstitucional es una consecuencia necesaria del cometido de sostener la Constitución. Se establece asimismo el principio de la interpretación judicial sobre el de la interpretación política de la Constitución. “Si una ley se opone a la Constitución y si ambas se aplican a un caso concreto, de tal manera que la Corte debe fallar conforme a la ley desestimando la Constitución, o conforme a la Constitución desestimando la ley, es la misma Corte la que debe determinar cuál de estas normas en conflicto regula el caso”¹³.

Formas adecuadas de activismo judicial, como las desarrolladas por la Corte Constitucional colombiana en casos como los relacionados con derechos diferenciados, además de posicionar al tribunal como protagonista de la vida política e institucional del país, promueven importantes transformaciones políticas, sociales y económicas. Están ya bien estudiados los procesos de democratización que han traído consigo tribunales en la región.

La constitucionalización. Casos e importancia

El concepto de “constitucionalización del derecho” se ha propagado con éxito en la literatura especializada y en doctrinas jurisprudenciales, en todo el ámbito italo-iberoamericano, para explicar el proceso de transformación de un ordenamiento jurídico al término del cual resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora¹⁴.

Significa que las disposiciones constitucionales, otrora reglas para organizar el gobierno y regular la producción de normas de inferior jerarquía, son ahora normas que condicionan también cómo puede desarrollarse el ordenamiento jurídico.

A partir de la naturaleza normativa de la Constitución y la fuerza vinculante de los derechos fundamentales, quedan configurados por la Constitución: la legislación ordinaria, las relaciones entre particulares –como en el caso de los contratos educativos entre los colegios y los padres de familia– y los límites de la acción política. Las disposiciones constitucionales paulatinamente irradian su fuerza normativa a todos los campos del derecho: la legislación, las políticas públicas, la doctrina y, naturalmente, la jurisprudencia. Este proceso no es uniforme y es en todo caso gradual. Depende de las disposiciones

13 MARSHALL, J. en *Marbury v. Madison* (5 U.S. 137, 1803).

14 GUASTINI, R. La constitucionalización del ordenamiento jurídico. El caso italiano. En *Estudios de teoría constitucional*. México D. F.: Fontamara-UNAM-III, 2001. GUASTINI establece unas condiciones básicas para poder hacer referencia a la constitucionalización del ordenamiento jurídico en un contexto determinado, a saber: 1) rigidez constitucional, 2) garantía jurisdiccional de la Constitución, 3) fuerza vinculante de la Constitución, 4) “sobreinterpretación” de la Constitución, 5) aplicación directa de las disposiciones constitucionales, 6) interpretación conforme de las leyes, y 7) influencia de la Constitución en las relaciones políticas. *Ibid.*, 49 ss.

incluidas en la Constitución y, sobre todo, del compromiso con su garantía que asuman los jueces y las autoridades ejecutivas.

En virtud de la constitucionalización del ordenamiento jurídico se amplía el control al ejecutivo y se limita la soberanía del legislador. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado condiciona y somete a los poderes públicos y privados a las normas constitucionales –en particular a los derechos fundamentales– respecto de lo que deben restringirse de hacer, pero también, y fundamentalmente, plantea mandatos respecto de lo que debe hacerse en virtud del desarrollo de la densidad normativa material de la Constitución. La expansión de los contenidos constitucionales ha comportado la constitucionalización material del ordenamiento jurídico¹⁵. A partir de este proceso el ordenamiento se transforma de conformidad con lo constitucionalmente ordenado.

Este proceso ha hecho que las dimensiones normativas de la Constitución sean potencialmente relevantes en todo escenario jurídico: desde el manual de convivencia de un colegio que establece la expulsión de la estudiante embarazada, hasta el derecho a la libertad de expresión en relación con los alcances de la libertad de información, la protección del derecho a la igualdad ante casos de discriminación, el reconocimiento de garantías constitucionales a minorías y la configuración de un contrato realidad en el trabajo sexual, de lo cual se deriva la existencia de relaciones laborales entre el dueño de un burdel y las personas que en el mismo prestan su servicio. Otros casos representativos del proceso de constitucionalización del derecho que se ha venido desarrollando en Colombia, son aquellos sobre la creación jurisprudencial de derechos fundamentales (mínimo vital), el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, el respeto de la justicia indígena con un núcleo mínimo de derechos, el reconocimiento de garantías constitucionales a las parejas homosexuales y a las minorías indígenas y raciales, la regulación de los salarios públicos, el reconocimiento del derecho a la consulta previa de comunidades étnicas minoritarias, la interrupción voluntaria del embarazo, la despenalización del consumo de dosis personal de droga, la permisión condicionada de la eutanasia, la regulación del sistema de financiación pública de vivienda, la consideración del sector bancario como servicio público y la declaratoria del estado de cosas inconstitucional en virtud de la cual la Corte se ha incorporado en las políticas públicas al inicio y al final de su proceso de formación: señala un asunto sobre el que se requiere la construcción o

15 Aspectos explicativos de este fenómeno son la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, los efectos extendidos de la acción de tutela a todos aquellos en la misma situación, la creación de derechos constitucionales innominados en virtud de la interpretación sistemática de la Constitución y la transformación de los derechos en principios de la máxima jerarquía que regulan no sólo las relaciones entre los particulares y el Estado sino también entre los mismos particulares.

corrección de una determinada política, o controla en audiencias públicas, respecto de los organismos del Estado, qué tipo de medidas tomaron y cuáles han sido sus resultados. En casos como el desplazamiento forzado interno y los derechos de las mujeres y los indígenas, por ejemplo, la Corte ha contribuido decisivamente en la construcción de las representaciones de la ciudadanía sobre determinados fenómenos, los cuales se construyen mediante ideas, creencias y visiones del mundo (MULLER, 2006).

Estos casos representan una muestra de la constitucionalización del derecho. Los elementos rectores de este cambio han probado ser: el reconocimiento de los principios como orientadores de la puesta en práctica de los derechos, la vinculación de los poderes públicos a los derechos constitucionales fundamentales, la ubicuidad de los derechos respecto del derecho en general que los hace potencialmente relevantes en cualquier escenario jurídico y la garantía a los derechos.

II. “CONVENCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO”: LA RELEVANCIA DE UN NUEVO CONCEPTO

La transnacionalización del derecho es un fenómeno incuestionable e irreversible. La globalización y la progresiva interconexión son una verdad evidente en el derecho constitucional latinoamericano, donde se ha venido extendiendo y consolidando un “derecho genérico” –en expresión de DAVID LAW¹⁶–, es decir, un conjunto de principios compartidos sobre todo en países occidentales que, durante los últimos 20 años, se han incorporado en las constituciones de los países de la región en procura de garantizar su protección.

Un canon afín de autores, teorías y doctrinas ha adquirido particular relevancia en la configuración de las agendas locales de investigación, doctrina e incluso jurisprudencia en América Latina, en particular, en países como México, Costa Rica, Colombia, Perú, Ecuador, Bolivia, Chile y Argentina. Ahora hay normas (reglas, pero sobre todo principios y teorías) que a pesar de haber surgido dentro de prácticas jurídicas particulares, viajan y son re-ceptadas por otros contextos en donde son recibidas creativamente.

Dentro de las fuentes de este derecho constitucional genérico latinoamericano hay que destacar el papel desempeñado por académicos que durante las dos últimas décadas han transformado el canon jurídico existente (académico propiamente, pero también judicial y pedagógico, p. ej.), del derecho civil decimonónico con clara influencia del racionalismo francés y la exegesis. A partir de trabajos propios y traducciones, este canon se reinterpretó y expandió para que el derecho empezara a dar respuesta a las transformaciones sociales, expresadas en las reformas a los textos constitucionales de Colombia, Ecuador y Bolivia, entre otros.

16 LAW, D. *Generic Constitutional Law*. 89 *Minnesota Law Review* 652, 2005.

Otra fuente es la jurisprudencia interpretativa de la Corte Interamericana en ejercicio del control de convencionalidad como mecanismo judicial creado al interior del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para propugnar la defensa de los principios democráticos y los derechos consagrados en la Convención Americana. Como tal se acuñó en un voto concurrente individual del juez GARCÍA RAMÍREZ en la sentencia del caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, pero en una sentencia del pleno de la Corte se adopta por primera vez en la sentencia del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. LUIS ALFREDO ALMONACID, profesor, dirigente gremial del magisterio y militante del Partido Comunista, fue asesinado en 1973 poco después del golpe militar de Pinochet. Luego de un litigio con la justicia penal militar se encontró que no había causa que justificara la acción de la justicia debido a la amnistía general consagrada en el Decreto 2191 de 1978, por lo que se resolvió declarar que era un caso sobreseído. La Corte Suprema confirmó esa decisión. En virtud del control se pudo establecer que dicho decreto contravenía la normativa internacional de los derechos humanos e infringía la obligación internacional del Estado chileno de juzgar y castigar a los responsables de violaciones a los derechos. Una ley de amnistía que obstaculiza la investigación de violaciones a los derechos e impide el juzgamiento de sus responsables carece de efectos jurídicos, por lo que la orden fue suprimir el decreto.

A pesar de que desde una estricta legalidad en el derecho interno chileno estaba consagrada una ley de amnistía, independientemente de que hubiese sido aprobada por la junta militar presidida por Pinochet, se configura una violación de derechos que si no hubiese sido por la Corte y su control, habría quedado en la total impunidad. En el fundamento 124 del fallo se lee: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, 2006). El control permite entonces la aplicación, en el derecho interno de los países que suscribieron el Pacto de San José, del derecho internacional de los derechos humanos, en particular de la Convención y sus fuentes –siendo una de las más importantes la propia jurisprudencia de la Corte–.

El control de convencionalidad se ejerce entre las normas del derecho interno y la Convención, toda vez que el control vincula al juez y a los demás funcionarios de los países suscriptores de la Convención en la tarea de limitar el poder político y defender los derechos humanos. Los países suscriptores se obligan a interpretar toda norma nacional de conformidad con la Convención. En caso de incompatibilidad, los organismos locales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar la violación de los derechos protegidos

internacionalmente. Si un Estado es parte de la Convención Americana todos sus órganos están sometidos a sus decisiones y, por lo tanto, deben velar por que los efectos otorgados a las decisiones no se reduzcan por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, como sostuvo la Corte en *Gelman vs. Uruguay* (2011). Dicho control ha permitido que distintos países avancen hacia la incorporación de estándares en la protección de derechos, a pesar incluso de que gobernantes de turno o mayorías representadas en el parlamento u organizadas en un referendo hubiesen defendido una posición diferente.

La sentencia del caso *Gelman* articula dos de las líneas jurisprudenciales más consolidadas de la Corte Interamericana: la que desarrolla la regla de proscripción de las leyes de amnistía e indulto, y la que consagra el control de convencionalidad, vinculada en este fallo con la figura del juez como agente de la democracia¹⁷. El sometimiento de los jueces al imperio de la ley y al derecho interno no obsta entonces para desconocer el mandato de la Convención cuando el Estado ratifica la misma. En este contexto los jueces deben atender también los criterios de la Convención y su interpretación oficial por parte de la Corte.

Esta sentencia plantea un cuestionamiento interesante en términos del alcance del control cuando una medida cuestionable tiene no obstante credenciales democráticas amplias¹⁸. La pregunta por la admisibilidad de leyes que amnistían a autores de graves violaciones de derechos humanos, las cuales fueron aprobadas por un parlamento e incluso refrendadas por la ciudadanía, no tiene una respuesta inequívoca. Necesariamente debe circunscribirse a un contexto particular. Un contexto donde se haya o no ratificado los convenios que otorgan jurisdicción interna a la Corte Penal Internacional o a la Corte Interamericana.

Si la respuesta es positiva, es decir si un determinado país ratificó estos convenios, la respuesta a la pregunta es negativa: no serían admisibles este tipo de leyes a pesar incluso de que fueran, no aprobadas por una junta militar para auto amnistiarse, sino por un parlamento y luego validadas por la ciudadanía. Hay ya una asentada jurisprudencia relativa a que la amnistía, en tanto “Olvido legal de delitos, que extingue la responsabilidad de sus autores” (RAE), no es admisible porque implica la validación de una solución desproporcionada, en procura de conseguir la paz, que afecta derechos de las víctimas. Si la respuesta es negativa y el país, digamos Estados Unidos, no ratificó dichos convenios, la respuesta a la pregunta inicial es positiva: el

17 QUINCHE RAMÍREZ, M. *El control de convencionalidad*. Bogotá: Temis, 2004. Véase también FERRER MAC-GREGOR, E. El control de convencionalidad difuso en el Estado constitucional. En FIX-ZAMUDIO, H. y VALADÉS, D. (eds.), *Formación y perspectivas en el Estado mexicano*. México D. F.: UNAM-El Colegio Nacional, 2010.

18 GARGARELLA, R. Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso *Gelman*. Conferencia impartida en el Sela de 2013. Disponible en: www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf

país soberanamente decide, por ejemplo, si tortura o no a sus presos, como quedó al descubierto con los casos de los presos en Guantánamo y en bases militares¹⁹, y ninguna autoridad judicial internacional puede intervenir para tomar medidas en contra de los funcionarios que aprobaron y ejecutaron dichas prácticas.

En sus críticas a las sentencias de la Corte Interamericana, Gargarella omite –a propósito del fallo *Gelman*– que las advertencias de la Corte Interamericana frente a la imposibilidad de amnistías son idénticas a las que plantea la Corte Penal Internacional. Por ejemplo, frente al proceso de paz que se está desarrollando actualmente en Colombia con la guerrilla de las Farc, que ha sido responsable de múltiples violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario durante más de 50 años, FATOU BENSOUDA, fiscal de la CPI, expresó que “una condena manifiestamente inadecuada a la luz de la gravedad de los crímenes y de la forma de participación de la persona acusada, viciaría el carácter genuino del procedimiento nacional, aún en caso de que todas las fases anteriores del procedimiento hubieran sido consideradas genuinas”. En caso de amnistía la CPI podría entonces declarar “no genuinos” los procesos internos de justicia transicional y reclamar competencia sobre los casos, a pesar de que el pueblo y sus representantes en el congreso se declaren a favor de las medidas tomadas.

Interesante resulta que GARGARELLA procure incorporar la variable deliberativa en los procesos de toma de decisiones al interior de la jurisprudencia interamericana. Como sociedad se deben respetar márgenes amplios de decisión acerca de qué bienes, valores o principios se consideran más preciados, y qué otros pueden ceder frente a ellos en un momento determinado. Sin embargo, a pesar de que en este punto la sentencia *Gelman* no es argumentativamente muy rigurosa, se encuentra presente la idea que autores como LUIGI FERRAJOLI o ERNESTO GARZÓN VALDÉS han definido como el coto vedado o la esfera de lo no decidible, en virtud de la cual el margen deliberativo de la sociedad encuentra límites mínimos que ella misma se autoimpone, o bien delega a otra instancia su configuración, como cuando un país decide otorgar competencia a la Corte Interamericana para que examine acciones legales o administrativas. El núcleo intangible de la democracia y de los derechos humanos no puede vulnerarse ni por las decisiones de las mayorías. Como herramientas clave para ir consolidando esta protección se destacan el diálogo jurisdiccional y el control de convencionalidad²⁰.

19 Un lúcido análisis en DWORKIN, R. Lo que la Corte dijo realmente. Guantánamo y la Corte Suprema de los Estados Unidos. En *Derechos, libertades y jueces*, cit.

20 MORALES ANTONIAZZI, M. El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*. En VON BOGDANDY, A.; FIX FIERRO, H. y MORALES ANTONIAZZI, M., coords., *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México D. F.: UNAM-III-Instituto Max Planck de Derecho Público, Comparado y Derecho Internacional, 2014.

A pesar del desacuerdo que en una sociedad pluralista y democrática puede llegar a presentarse en casos sensibles que involucran asuntos de moral intersubjetiva y moral pública, no todo debe ser librado a la deliberación. El más amplio margen, pero no todo, puede ser librado a las sociedades para que decidan los asuntos relativos al tratamiento de las víctimas durante los procesos de justicia transicional. La metáfora constitucional de Ulises y las sirenas²¹, conforme a la cual en épocas de tranquilidad las sociedades se atan ellas mismas las manos para tener parámetros y referentes de actuación en épocas posteriores, puede extenderse a nivel internacional. Los países conjuntamente deciden acerca de unos principios que, como los consagrados en la Convención Americana, atan la voluntad de sus pueblos ante lo que pueden y no pueden decidir en posteriores circunstancias. Este argumento procura restar contundencia al planteamiento de ROBERTO GARGARELLA conforme al cual en una comunidad determinada “ninguna autoridad resulta superior a la voluntad deliberada de sus propios miembros”²².

El control ha permitido evidenciar contextos caracterizados por leyes y políticas que afectan severamente el régimen democrático. Los Estados pierden de alguna forma la soberanía absoluta que antes tenían sobre la configuración de sus propios ordenamientos jurídicos, toda vez que el derecho local empieza a modificarse por cuenta de los criterios sentados por la Corte en virtud del control de convencionalidad. La Corte se pronunció por ejemplo sobre la alianza del Ejército colombiano con los paramilitares, el exterminio de opositores políticos en Perú, la desaparición forzada de niños en varios países, y sobre las normas electorales restrictivas de derechos políticos en México y Nicaragua. Verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición han sido estándares valiosos que en Colombia han orientado procesos de justicia transicional.

En Colombia, por ejemplo, la aplicación especial de las reglas de juzgamiento que consagró el Marco Jurídico para la Paz (criterios de selección y priorización de casos, renuncia a la persecución penal y suspensión de la ejecución de la pena) se condicionó al hecho de que se asegure que, como mínimo, se enjuiciarán los delitos de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra. Toda grave violación a los derechos humanos y al DIH se debe investigar y juzgar en cabeza de sus máximos responsables. Este condicionamiento que planteó la Corte Constitucional de la renuncia a la acción penal para alcanzar la paz hace que el grado de afectación del deber de juzgar las violaciones a los derechos no sea desproporcionado.

21 ELSTER, J. *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1989.

22 GARGARELLA, R. Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman. Conferencia impartida en el Sela de 2013, disponible en: www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf

Sobre la naturaleza jurídica del control de convencionalidad, FERRER MAC-GREGOR, como juez *ad hoc*, propuso concebirlo como difuso, siguiendo esta caracterización: todos los jueces nacionales deben ejercer, adicionalmente a los controles de legalidad y constitucionalidad, un control de convencionalidad en los casos pertinentes; su mayor o menor intensidad depende de la competencia para no aplicar o declarar la invalidez de una norma general en la medida que se trate de un sistema de justicia constitucional concentrado o difuso; el ejercicio es “de oficio” porque se realiza, sea invocado o no por las partes; y sus efectos son retroactivos cuando sea necesario para lograr la plena efectividad del derecho o libertad²³.

Esta concepción allana el terreno para acuñar el concepto de “convencionalización” del ordenamiento jurídico. La emergencia de la internacionalización de los derechos humanos y del derecho constitucional en los países de la región, fortalecida en parte fundamental por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, justifica su uso. Procura designar el proceso de incorporación de las doctrinas que, en desarrollo del control de convencionalidad, crea y fortalece este Tribunal en el proceso de resguardar ante casos concretos la integridad y el rango constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos entre los 25 países suscriptores del Pacto de San José²⁴.

La particularidad radica en que mientras el control constitucional se efectúa respecto de leyes a la luz de las normas superiores del sistema, los estándares de la convencionalidad –al no ubicarse en una jerarquía superior respecto de la Constitución– se interpretan sistemáticamente con el texto de la Constitución conforme a su significado jurisprudencialmente otorgado.

La convencionalización del derecho, más que una confrontación entre la norma y un texto normativo concreto –con todo y su jurisprudencia–, como opera la constitucionalización, exige armonizar interpretativamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana con los propios precedentes sentados por el Tribunal local. De alguna manera entonces la constitucionalización es una precondition de la convencionalización. Si bien la Convención Americana es uno de los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y todos los protocolos y hasta instrumentos *soft law* impactan los órdenes nacionales (Convención de Belém do Pará, desapariciones forzadas, carta democrática...), la relevancia de la “convencionalización del derecho” radica en que se trata del principal instrumento dogmáticamente vinculante, que está por tanto en capacidad de configurar el derecho local.

La convencionalización del derecho contribuye igualmente a redefinir la noción de legalidad y se integra al principio de supremacía constitucional. La

23 *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

24 Que son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

incorporación de la jurisprudencia interpretativa de la Corte como estándar de derecho interno, va creando paulatinamente un estándar regional sobre la aplicabilidad y efectividad de los derechos de la Convención. FERRER MAC-GREGOR en este sentido ha aludido a la idea del “bloque de convencionalidad” que determina también el alcance del control difuso de convencionalidad. Lo anterior, toda vez que el objetivo del control es resguardar la integridad de la Convención dentro del derecho local, por lo cual la convencionalización consistiría en que los países suscriptores del pacto, tanto en su normativa como en sus prácticas (leyes, normas constitucionales y sentencias judiciales, como las practicas judiciales o administrativas), incorporen los estándares sentados por la Corte en sus sentencias.

Para estudiar el eventual incumplimiento de obligaciones internacionales relativas a la protección de derechos humanos es necesario realizar un juicio de adecuación material²⁵ entre la norma concreta del derecho interno y la Convención u otro tratado suscrito sobre la protección de los derechos. El derecho local se debe interpretar conforme a la jurisprudencia de la Corte para subsumir un supuesto de hecho concreto, en el campo de aplicación de una norma identificada previamente en abstracto. A partir de esta interpretación se determina si en la aplicación del derecho interno el juez nacional realizó una actuación que contraría la Convención. De existir dicha contradicción entre la actuación local y la normativa convencional, se fundamenta para el caso concreto la prelación de la Convención sobre el derecho interno.

Luego se especifican las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención que acontecieron por cuenta de las prácticas internas. El hecho internacionalmente ilícito que se le atribuye al Estado le genera responsabilidad internacional por las violaciones a los derechos reconocidos en la Convención u otros tratados. Finalmente, en sentencia se le ordena al Estado poner fin a la conducta identificada como contraria a la Convención, reparar integralmente a las víctimas y adoptar medidas para garantizar la no repetición.

Uno de los argumentos adicionales relevantes para defender la vigencia del control de convencionalidad, y así del concepto de “convencionalización del ordenamiento jurídico”, es el argumento contextual. Las condiciones actuales de desprestigio de los órganos judiciales internos, la cooptación ejecutiva de organismos y ramas del poder público, así como el hiper-presidencialismo que ha sido la pandemia histórica en la región, exigen contar con un órgano supranacional que contribuya a la protección de los derechos, a castigar sus violaciones y a impedir su repetición. La incorporación progresiva del control de convencionalidad, y en general de la jurisprudencia interamericana,

25 CLÉRICO, L. Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En FABRA, J. y GARCÍA JARAMILLO, L. (eds.), *Filosofía del derecho constitucional: Cuestiones fundamentales*. México D. F.: UNAM, 2015.

en procesos como la expansión de la densidad normativa material de la Constitución y la judicialización de la política, es una prueba sólida a favor de los procesos de democratización que ha traído consigo el poder judicial interamericano.

III. EL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* Y EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR

El “*ius constitutionale commune* en América Latina” (ICCAL) es un concepto útil para comprender el complejo fenómeno de la interamericanización –como conceptualiza MORALES ANTONIAZZI²⁶– académica y judicial del derecho. Pretende igualmente proyectar rumbos de acción hacia un constitucionalismo transformador de las desigualdades sociales y políticas que aquejan a los países de la región. Tiene por tanto aspiraciones descriptivas y prescriptivas.

El concepto involucra un proyecto que convoca el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, bajo la dirección de ARMIN VON BOGDANDY y con la coordinación de MARIELA MORALES. Su objetivo fundamental está fincado en la construcción de un derecho constitucional común en América Latina, por lo que articula el derecho constitucional con el derecho internacional. En particular, se caracteriza en términos del discurso jurídico por una coordinación entre academia y doctrina nacional e internacional, una perspectiva comparativista y una orientación metodológica hacia los principios.

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 económica y jurídica del mundo occidental, a partir de un abordaje sistémico entre los órdenes normativos nacional y local en lo relativo a la protección de los derechos humanos. El derecho constitucional desempeña un rol fundamental en los complejos procesos de transformación, tanto de los ordenamientos jurídicos como de la realidad social.

El asunto medular podría establecerse en esta cuestión: cómo el derecho positivo –la normativa y su concreción jurisprudencial–, tanto local como regional, y la doctrina constitucional que en torno al mismo se ha construido en los últimos años, puede realmente contribuir a transformar realidades sociales y políticas concretas. Una de las formas que se han ensayado en la región para transformar las sociedades y hacerlas más igualmente representativas y equitativas ha derivado en populismos y en presidencialismos exacerbados, alternativas que son rechazadas por el ICCAL. Los elementos medulares de la democracia política, como el derecho al voto igual, la regla

26 BOGDANDY, FIX-FIERRO y MORALES ANTONIAZZI, coords., *Ius Constitutionale Commune en América Latina*, cit.

de mayorías, el autogobierno colectivo, la división de poderes, el sistema de frenos y contrapesos institucionales, son valorados como de la máxima importancia por el ICCAL.

III.1. Elementos medulares

El núcleo común del ICCAL está representado por objetivos, conceptos medulares y características, que este trabajo procura precisar, describir y articular. Dentro de los objetivos fundamentales se encuentran la *garantía de los derechos humanos*, el *robustecimiento de la democracia* y la *consolidación del Estado de derecho*.

Estado abierto o estatalidad abierta

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* o la *estatalidad abierta* (*offene Staatlichkeit*). Acuñado por KLAUS VOGEL, refiere a la decisión constitucional a 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 como fuente a partir de las cláusulas de apertura o reenvío, que son las disposiciones constitucionales que permiten interpretar armónicamente su texto con otros textos (un texto normativo concreto, un conjunto de textos normativos, un principio derivado de la jurisprudencia interpretativa como la igualdad o la dignidad humana, o un conjunto de principios como los del derecho internacional). MARIELA MORALES examina el alcance del Estado abierto como objetivo central del ICCAL, en particular respecto del impacto que en su configuración y garantía tienen las sentencias de la Corte Interamericana. Se concibe así la comparación jurídica como una herramienta decisiva en la construcción y consolidación de precedentes judiciales sobre derechos humanos.

Las cláusulas de reenvío de la Constitución colombiana, por ejemplo, están contenidas en los artículos 9 (relaciones internacionales), 44 (derechos de los niños), 53 (convenios de la OIT), 101 (tratados internacionales sobre fronteras), 214.2 (reglas del derecho internacional humanitario) y, de particular importancia, en los artículos 93, sobre la prevalencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados y sobre la interpretación de los derechos consagrados en la Constitución conforme a dichos tratados, y 94, que contiene la cláusula de derechos innominados, relativa a la no negación de otros derechos distintos de los incorporados en la Constitución. Los sistemas jurídicos nacionales se han venido articulando, con diferentes grados de intensidad, en el derecho internacional, lo cual a su vez ha contribuido a su desarrollo. Esta interacción supone la existencia de un derecho

constitucional común que el ICCAL se propone como concepto para contribuir a su sistematización.

Nueva perspectiva acerca de la soberanía

El ICCAL sustenta la necesidad de contar con una *nueva perspectiva acerca de la soberanía* nacional, que no ha dejado de ser un concepto central dentro del Estado de derecho contemporáneo sino que reclama la apertura hacia el derecho internacional. Se ha transformado para acoger estándares más elevados respecto del cumplimiento de principios fundamentales como los consagrados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Los crímenes del nazismo obligaron a repensar y a cuestionar el dogma del Estado soberano y el principio de no interferencia en las cuestiones nacionales. Ya en 1915 el derecho internacional se había mostrado incapaz de detener el genocidio turco en Armenia.

Al término de la Segunda Guerra se tornó imperativo cuestionar las violaciones atroces a los derechos humanos en vez de omitirlas por considerarlas un asunto nacional²⁷. La idea de soberanía se ha permeabilizado para filtrar al derecho interno tanto estándares normativos formales, provenientes de la jurisprudencia interamericana, de los comités y de otros tribunales, como informales, a partir de la intensificación del diálogo entre las altas cortes nacionales y la Corte Interamericana.

Comparación jurídica y diálogo judicial

La idea del Estado abierto conduce a defender la *comparación jurídica* como herramienta en la construcción y consolidación de precedentes judiciales. La importancia de la perspectiva comparada radica en el conocimiento de otros sistemas y otras experiencias judiciales, en un mundo interconectado jurídicamente.

Si bien ha dejado de ser un asunto controversial el hecho de que las leyes deben estar sujetas a algún tipo de control judicial de constitucionalidad –porque en ello recae parte fundamental de la consideración como constitucional de un sistema democrático–, la perspectiva dialógica se ha incorporado recientemente con fuerza al debate constitucional para cuestionar y criticar el juriscentrismo nacional en la configuración del derecho constitucional, es decir, la esperanza desmedida en las capacidades judiciales para transformar a la sociedad en cuanto a las condiciones sociales de la población desprotegida, por ejemplo²⁸.

27 NOWAK, M. *Introducción al régimen internacional de los derechos humanos*. Universidad de Buenos Aires, 2009.

28 Para una perspectiva proactiva de la función judicial en el marco de las políticas públi-

Una vez que se sustentan las ideas del Estado abierto, la reconfiguración del principio de la soberanía nacional y la comparación jurídica, toma fuerza la idea del *diálogo*, respecto del cual, entre todas las formas que puede tomar (entre académicos u organismos del Estado), el ICCAL prioriza aquel entre tribunales. El comparativismo jurisprudencial, propiciado por el diálogo judicial, el activismo académico, las ONG y el litigio estratégico, propiciará mejores formas de creación del derecho local en la medida en que se aprovecharán experiencias vividas en otros contextos para evitar errores y promover aciertos ante fenómenos como la contención al hiper-presidencialismo y la creatividad en la aplicación de la normativa constitucional garantista en contextos de pobreza y desigualdad.

Orientación metodológica hacia los principios y el enfoque en los derechos

La relación entre el derecho nacional y el derecho internacional, que propicia el surgimiento y la consolidación de una academia jurídica interamericana, refuerza la orientación metodológica hacia los principios y el enfoque en los derechos que han procurado consolidar las constituciones políticas nacionales en los últimos años. El componente sustantivo del ICCAL sería en algún sentido vacío si prescindiera de elementos orgánicos que ponen en debido funcionamiento la parte orgánica de la Constitución. El concepto de institucionalidad resulta de particular relevancia. La división de poderes y el sistema de frenos y contrapesos se ven constantemente amenazados por presidentes poderosos que cooptan al legislativo y afectan la independencia judicial. El Estado de derecho se ha visto en crisis también por la indebida injerencia del poder y el dinero privados en la política. Hacia el logro de aquellos objetivos se dirige asimismo el ICCAL.

El ICAAL 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 también y 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 respecto de normas o prácticas locales que resultan contrarias con la Convención.

cas, pero consciente de sus capacidades y restricciones institucionales, véase HENAO, J. C. “El juez constitucional: un actor de las políticas públicas”, *Revista de Economía Institucional*. Vol. 15, n.º 29, 2013.

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. Respecto de la elaboración de políticas que cumplan con reparaciones de amplio alcance, la Corte “convencionaliza” el ordenamiento jurídico interno. Para lograr este propósito es necesario que los respectivos ordenamientos jurídicos de los países bajo la jurisdicción de la Corte Interamericana cuenten, además de con una jurisprudencia rigurosa en el seguimiento de sus precedentes, con una doctrina jurídica que contribuya a fundamentar su comprensión. En este aspecto radica uno de los principales potenciales de aportación del ICCAL.

Inclusión y lucha contra la desigualdad

En América Latina muchas estructuras sociales se han construido de espaldas a grandes colectivos sociales. Esta exclusión es bien sabido que contribuye también, de manera determinante, con la propagación de la violencia y su transformación en un fenómeno estructural, cuyas estructuras se van haciendo cada vez más difíciles de desarticular. Estructuras criminales bien organizadas y financiadas, en el contexto de la incapacidad del Estado para desarticularlas, han propiciado o facilitado la búsqueda de formas privadas de justicia y la organización de grupos armados irregulares para proveer algunos de los servicios que el Estado no logra hacer. La exclusión es, pues, una noción central de cualquier concepto sobre el constitucionalismo transformador.

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 a los derechos sociales. Uno de los principales se refiere a la garantía a los derechos sociales que son precondiciones para el ejercicio de los derechos de libertad. La persona desfavorecida valora que haya derechos efectivos en virtud de los cuales se le proteja de la esclavitud o en los que se le garanticen las libertades de expresión, culto, enseñanza y circulación. Sin embargo, para esa misma persona tendrán más importancia los derechos que le permitan superar su situación existencial deficitaria. La función de las autoridades públicas respecto del goce efectivo de los derechos no solo consiste en la garantía de esferas libres de interferencia ajena a los ciudadanos, sino también en asegurar condiciones materiales mínimas de existencia, de lo cual emana la realización estatal progresiva de los derechos sociales²⁹.

La importancia de proteger los derechos sociales radica en que procuran crear las condiciones materiales necesarias para lograr una mínima igual-

29 Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-251 de 1997.

dad, 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 derechos³⁰. BOBBIO argumentó a favor de la necesidad de incluir los derechos sociales en la agenda política porque constituyen el supuesto de un efectivo ejercicio de los derechos de libertad. Si sólo existieran las libertades negativas todos serían igualmente libres pero no todos tendrían igual poder, por lo cual es necesario que se reconozcan los derechos sociales que ponen a las personas en condición de tener el poder de hacer aquello que son libres de hacer. El reconocimiento de estos derechos requiere la intervención directa del Estado, hasta tal punto que también se denominan derechos de prestación, precisamente porque requieren que el Estado intervenga mediante prestaciones adecuadas³¹.

La lucha contra la desigualdad es entonces esencial para alcanzar una verdadera autonomía. Los tres principios fundamentales que configuran el marco donde se libra esta lucha son: los derechos fundamentales, la democracia y la justicia constitucional³². En la región se ha acogido ampliamente la tesis de la concepción integral de los *derechos* fundamentales, en virtud de la cual todos, sean de libertad o sociales, pueden adquirir estatus iusfundamental. El ICCAL defiende una concepción social de la *democracia*, por sobre otras como la deliberativa (que a juicio de Arango es demasiado ideal para ser sensible a sectores sociales tradicionalmente discriminados). La adopción de la fórmula política del Estado social y democrático de derecho exige al Estado intervenir en la economía y en el proceso político para asegurar los fines sociales esenciales.

Si para tener sociedades más democráticas y menos violentas se deben mejorar las condiciones sociales de la población, pero el enfoque fundamentalmente judicial o juriscéntrico ha probado que por sí mismo no cuenta con las herramientas necesarias para lograr este objetivo, conviene preguntarse: ¿cómo lograr esa protección en sociedades con altas tasas de desigualdad y pobreza?, ¿cuál es el rumbo a seguir si no parece que en el corto o en el mediano plazo vayan a cambiar ni el contexto de pobreza y desigualdad social³³ ni la desidia de los órganos representativos para acometer reformas sociales

30 SUNSTEIN, C. y HOLMES, S. *The Cost of Rights, Why Liberty Depends on Taxes*. Nueva York: W. W. Norton, 2000. ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

31 BOBBIO, N. *Teoría general de la política*. Madrid, Trotta, 2003, 541.

32 ARANGO, R. Fundamentos del *ius constitutionale commune* en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional. En BOGDANDY, FIX-FIERRO y MORALES ANTONIAZZI, coords., *Ius Constitutionale Commune en América Latina*, cit.

33 Colombia es uno de los países con mayores índices de pobreza en el continente. En 2014 la pobreza monetaria (ingresos que no alcanzan para la canasta básica) se registró en 28,5%. La desigualdad es de 0,538 evaluada con el coeficiente de Gini (0 absoluta igualdad y 1 inequidad absoluta). Colombia tiene la tercera peor desigualdad entre 129 países de las Naciones Unidas, superando sólo a Haití y Angola.

urgentes?, ¿cuáles son las razones que explican que haya habido casos exitosos y fallidos en la adjudicación de derechos sociales por la vía judicial?

La incorporación y el fortalecimiento de la perspectiva dialógica le puede bajar la temperatura al típico enfrentamiento entre Constitución y democracia. Para un intérprete constitucional al estilo del originalista SCALIA o para un minimalista estilo SUNSTEIN, las cortes deben esperar hasta que haya un consenso mayor en la ciudadanía o decisiones de tribunales inferiores para que se tomen decisiones legítimas y eficaces a nivel de la Corte Suprema. GERALD ROSEMBERG, en *The Hollow Hope*, mostró cómo la celebrada sentencia *Brown v. Board of Education* (1954), que presuntamente acabó con la segregación racial en las escuelas, verdaderamente no tuvo un impacto tan significativo, toda vez que en muchos estados estas medidas tardaron varias décadas en implementarse y se debieron más a decisiones de legislaturas locales que a la propia sentencia.

Este es un asunto todavía discutible, pero aun asumiendo que esta perspectiva tiene algo de razón, no conduce necesariamente hacia una reivindicación de la restricción judicial sino hacia un fortalecimiento de un tipo dialógico de progresismo en la interpretación y construcción del constitucionalismo. El activismo judicial no se combate restringiendo las funciones y competencias de las cortes, sino implementando mecanismos que generen prácticas dialógicas que son fundamentales para alcanzar los logros sociales que se plantean las sentencias.

La forma más adecuada como los tribunales desempeñan su función institucional es articulándose como partes en un extenso diálogo, en virtud del cual respondan no sólo al Estado de derecho y los principios de legalidad y seguridad jurídica, sino también ante las perspectivas populares de los valores constitucionales. En una sociedad democrática caracterizada por un pluralismo de visiones del buen vivir, los tribunales no deben operar siguiendo el ejemplo celeberrimo de la Corte Warren (1953-1969), sino a partir de una jurisprudencia menos centrada en sí misma y más conectada con movimientos políticos progresistas.

En los complejos procesos hacia el cambio social no es adecuado otorgar demasiada confianza a los tribunales y poca al activismo político³⁴. OBAMA se pregunta si los progresistas han perdido fe en la democracia debido a una desmedida confianza en los tribunales para reivindicar los derechos. La defensa de un ambicioso activismo judicial puede no contar con la sensibilidad política necesaria para que ciertas decisiones, aunque jurídicamente fundamentadas, tengan la legitimidad popular necesaria para que la institución conserve un grado necesario de representatividad y para que las decisiones sean efectivamente obedecidas. El activismo debe defenderse y es una va-

34 OBAMA, B. *The Audacity of Hope*. Random House, 2006.

riable fundamental para el ICCAL, pero requiere de la perspectiva dialógica para aumentar su legitimidad e incluso su eficacia.

Sin perspectiva dialógica las sentencias ambiciosas de las cortes en materia de derechos sociales no pasan de ser muchas veces “saludos a la bandera” o “discursos de domingo”. Si bien ha dejado de ser un asunto controversial el hecho de que las leyes deben estar sujetas a algún tipo de control judicial de constitucionalidad –porque en ello recae parte fundamental de la consideración como constitucional de un sistema democrático–, la perspectiva dialógica se ha incorporado recientemente con fuerza al debate constitucional para cuestionar y criticar el juriscentrismo en la configuración del derecho constitucional.

El caso colombiano es en este punto relevante para la región porque la Corte Constitucional ha construido una serie de herramientas doctrinarias que a su vez la han facultado para intervenir en un amplio rango de campos que ha constitucionalizado. Decisiones judiciales sobre polémicos casos concretos han cultivado el apoyo de académicos y de amplios sectores de la sociedad civil. Este hecho explica que el paradigma clásico en virtud del cual la independencia judicial resulta de la fragmentación política, porque hay un sistema de partidos en virtud del cual se da más o menos equiparable distribución de poder dentro de la Corte, no se aplica en Colombia, donde la independencia de la Corte se debe a factores como el amplio respaldo de diversas instituciones y de la sociedad civil que han cerrado filas alrededor de la Corte³⁵.

La influencia efectiva que se pueda llegar a ejercer en las maneras de interpretar y configurar el derecho constitucional, por ejemplo en casos moralmente polémicos, y de amparar el goce efectivo de derechos sociales, exige una postura más proactiva respecto del usual trabajo de la academia. En lugar de definir la naturaleza y el alcance de los derechos constitucionales desde una torre de Babel donde hay escasa o nula interlocución entre los tribunales, la academia y la sociedad civil organizada, el ICCAL defiende una concepción conforme a la cual la realización de las provisiones constitucionales adquiere su legitimidad y su efectividad como producto de un diálogo progresivo.

SANFORD LEVINSON ha defendido la necesidad de realizar interpretaciones constitucionales no oficiales, a las cuales denomina interpretaciones “protestantes”³⁶, que son tareas conjuntas donde las altas cortes no se encierran en salas plenas a decidir exclusivamente conforme a sus criterios, sino que mantienen canales abiertos para conocer las perspectivas sociales. Así lo ha hecho la Corte colombiana con las audiencias donde convoca al presidente

35 LANDAU, D. *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*. Ph.D. Dissertation. Department of Government, Harvard University, Cambridge, 2004. Cito de la versión manuscrita facilitada por el autor.

36 LEVINSON, S. *Constitutional Faith*. Princeton University Press, 1988.

de la república, senadores de la coalición de gobierno pero también de la oposición, miembros de organismos de control, académicos, activistas de ONG, entre otros. Además de la mayor legitimidad que alcanza una decisión tomada luego de un proceso de planteamiento de argumentos y contestación de contraargumentos, las actividades que podrían desarrollarse a partir de estos canales, o “válvulas de escape”, permitirían que entre la ciudadanía se cree una dinámica política activa frente a ciertos temas y que se asuma que a partir de audiencias públicas o mediante la solicitud de intervenciones públicas en los casos, la Corte pueda eventualmente acoger un argumento o respaldar una postura. Así se preserva la autoridad de la Constitución a pesar del desacuerdo.

Desde la academia se debe reclamar y propiciar el mantenimiento de canales comunicativos abiertos para que dicha comunidad pueda plantear objeciones, propuestas y perspectivas constitucionales que eventualmente sean consideradas. La clave para que un grupo no se considere excluido de la discusión política ante un fallo con el cual difiere, es que existan mecanismos para exteriorizar y canalizar institucionalmente los reclamos. El grado de capacidad de representación (una representación argumentativa, por ejemplo, como defiende ALEXEY) y, así, de legitimidad del derecho constitucional, es correlativo a la forma de creación interactiva de dicho derecho.

La justificación del control de constitucionalidad radica en un cálculo instrumental, es decir, en un cálculo que nos dé mayores razones prácticas de peso para suscribir una institución judicial que tiene un costo democrático. Por esta razón se deben diseñar mecanismos para que el tribunal sea sensible o receptivo ante las perspectivas constitucionales de la sociedad civil organizada, y en esta labor de “cualificar y fortalecer” a la sociedad civil este proyecto tiene mucho por decir.

Los tribunales deben ser sensibles a la opinión pública; la autoridad del derecho constitucional depende de su legitimidad democrática y, a su vez, dicha legitimidad depende en buena medida de su capacidad para percibir la opinión popular; ello no justifica ni implica que los tribunales simplemente decidan los casos de forma que reflejen la “opinión pública” o el “consenso popular”. Es importante entonces considerar que el poder judicial es un poder socialmente integrado y atento a las incidencias e implicaciones de su actividad, sin suponer que por ello debe atender el termómetro político cada vez que va a tomar una decisión, y en particular una decisión polémica. Como todos los poderes públicos, el poder judicial es un poder público del Estado. Esta es una tensión difícil de resolver porque asimismo la integridad del derecho constitucional depende de su independencia de la influencia política.

Una cuestión sobre la que debe avanzar el proyecto del ICCAL es cómo lograr influenciar la conformación de esos cánones a partir, por ejemplo, de la sofisticación dogmática de categorías jurídicas, la revisión, defensa

y difusión de los casos relevantes de la Corte Interamericana así como la creación de alianzas entre facultades y ONG para desarrollar proyectos donde se estudien los contextos judiciales latinoamericanos en que, si bien con diferencias, ha empezado a desempeñar un rol institucional la perspectiva dialógica. Esta perspectiva es estructural en el proyecto del ICAAL porque articula la institucional y la inclusión política. Esta perspectiva tendría dos dimensiones: una académica, donde la exigencia de un diálogo interactivo estaría en capacidad de ejercer influencia efectiva sobre la educación jurídica, la crítica y veeduría a las cortes, y el refinamiento teórico; y otra política, donde la academia plantea temas a la opinión pública para cohesionarla u orientarla alrededor de determinados temas y a favor de particulares valores y principios.

Es decir, mediante el diálogo, la academia toma un papel en la acción política porque el cambio constitucional también debe fluir desde abajo en lugar de ser unilateralmente impuesto desde arriba. Muchas veces en el nivel local se construyen consensos políticos que luego son amparados judicialmente en el nivel constitucional. De un lado, con sus decisiones sensibles a la democracia los tribunales a menudo contribuyen a impulsar a la sociedad hacia un determinado rumbo, pero de otro lado, una opinión pública dialógica (“cualificada”) impulsada o ilustrada por la academia puede también conducir a los tribunales a tomar determinado curso de acción.

Esta última dimensión resulta esencial en la justiciabilidad de los derechos sociales porque, como lo demuestran ya algunos casos, el trabajo judicial, por bien fundamentado y enfocado que esté, no será efectivo a menos que cuente con un respaldo político y popular. En América Latina contamos con buenos ejemplos acerca de cómo importantes elementos del derecho constitucional han evolucionado en respuesta a perspectivas constitucionales sustantivas producto de la movilización de distintos grupos: los homosexuales en Argentina y Colombia, los indígenas en Ecuador y Bolivia, los estudiantes en Chile.

A medida que los países dotan a sus constituciones de la máxima validez formal, incluyen un robusto catálogo de derechos, consagran mecanismos judiciales para favorecer su efectiva garantía, se establecen altos tribunales para implementar las provisiones constitucionales y se incorporan estándares internacionales debido, por ejemplo, a la interpretación que de la Convención Americana hace la Corte Interamericana, la política tiende a judicializarse y el poder judicial adquiere un mayor protagonismo. En un contexto de roles judiciales proactivos y activistas se suele escuchar que estamos ante una democracia judicial o frente a la dictadura de los jueces. La Corte Constitucional colombiana, por caso, ha empleado varios tipos de exámenes de constitucionalidad, dentro de los que se destacan el test de igualdad, el criterio de razonabilidad, la ponderación, el juicio de proporcionalidad y los juicios de constitucionalidad (débil o fuerte). Ha incorporado como criterio

argumentativo de su jurisprudencia la metodología del test de igualdad y el principio de proporcionalidad³⁷.

El cambio en el concepto de democracia a partir de la segunda posguerra, que reivindica el ICCAL, procuró rehabilitar el derecho mediante el establecimiento de nuevas garantías ciudadanas y compromisos entre gobernantes y gobernados para romper radicalmente con el pasado reciente. Otra respuesta fue la creación de tribunales constitucionales. En virtud del principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público para la realización de los fines estatales, no se les puede relegar a un rol de instancia estricta de legislación negativa. Se constituyen en un poder legítimo creador de derecho.

El gobierno sometido al Estado democrático de derecho tiene sentido precisamente porque debe tener límites definidos la configuración política de la voluntad de quienes, en un contexto y en un momento determinado, detentan el poder. Aunque surge una cuestión en principio discutible sobre la necesaria prevalencia de las opiniones de los magistrados sobre las de la opinión pública, particularmente los firmantes de iniciativas legislativas, y los congresistas, la presunción relativa al hecho de que las mayorías deben gobernar se desestima no sólo porque en las democracias latinoamericanas, y la colombiana en particular, no son las mayorías las que están en las instancias de decisión política, sino porque incluso si así fuera, el propósito de las declaraciones de derechos que se incluyeron en las constituciones luego de la segunda posguerra fue precisamente poner a resguardo ciertas cuestiones de las vicisitudes de la cotidianidad política.

Un aspecto medular de la justicia constitucional es evitar cualquier tipo de discriminación. En ello radica parte esencial de la razón de la existencia de un tribunal constitucional, pues en virtud de la garantía jurisdiccional de la Constitución se debe contar con un estamento especializado que vigile permanentemente que las mayorías, o los poderosos, gobiernen en beneficio de todos y que cualquier trato desigual está justificado jurídicamente. Es posible que la sociedad por vía mayoritaria sustente opiniones discriminatorias, ofensivas para una minoría o pretender imponer ideologías o cosmovisiones determinadas. La democracia como forma de organización jurídico-política de los Estados cuenta con una característica importante: las decisiones colectivas son válidas en la medida en que sean adoptadas por el pueblo mediante los mecanismos de participación establecidos. En una democracia mediada por una Constitución, la legitimidad se distingue de la estricta validez. El proceso de configuración de las cuestiones políticas debe, por tanto, contar no sólo

37 El recurso a tales criterios ha reducido el margen de discrecionalidad judicial. Véase INSIGNARES, S. y MOLINARES, V. Juicio integrado de constitucionalidad: análisis de la metodología utilizada por la corte constitucional colombiana. En GARCÍA JARAMILLO, L., coord., *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo*. Lima: Grijley, 2014.

con apoyos mayoritarios, sino con la participación de todos aquellos que serán afectados, así sea potencialmente, por las decisiones. De ahí también que en los últimos años hayan recibido tanta atención concepciones normativas de la democracia como aquella en virtud de la cual la deliberación debe mediar las decisiones que regirán en la sociedad.

Una adecuada teoría de los derechos como aquella que defiende el ICCAL es central para resolver el conflicto que surge por las competencias del Tribunal Constitucional y el Congreso, así como para aliviar la tensión entre la democracia y los derechos fundamentales³⁸, entre lo que pueden hacer las mayorías directamente o por intermedio de sus representantes, y la concepción de las normas de derecho iusfundamental como límites a la voluntad política mayoritaria. Una de las condiciones necesarias para hacer realidad el respeto y la vigencia de los derechos fundamentales tiene que ver con la debida delimitación de los espacios de acción institucional entre los jueces constitucionales y el legislador como representante de la voluntad popular. Los principales problemas de justificación del constitucionalismo surgen al asumir el valor de la democracia y reconocer el principio mayoritario como uno de sus elementos.

CONCLUSIONES

En América Latina, más que en cualquiera otra región del mundo (incluso Europa con su Tribunal de Derechos Humanos), puede hablarse con propiedad de la internacionalización del derecho constitucional. Esto se debe sobre todo a las afinidades orgánicas y dogmáticas en los procesos de reforma constitucional que los países de la región han acometido durante los últimos 25 años, aunadas a los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sobre todo los estándares doctrinarios sentados por la Corte Interamericana. En ejercicio del control de convencionalidad, además de la propia Convención Americana, se han amparado otros instrumentos y normativas que impactan los órdenes nacionales. En el fallo *Gelman* por ejemplo, además de declarar la responsabilidad internacional de Uruguay por la violación de varios artículos de la citada Convención, también se le encontró responsable por la violación de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura. En Colombia, donde no se admite la supra-constitucionalidad³⁹,

38 VÁZQUEZ, R. Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario, en CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

39 Si bien la Constitución les otorga carácter prevalente sobre la legislación nacional a los tratados internacionales sobre derecho internacional humanitario (sentencias T-409 de 1992 y C-574 de 1992) y a aquellos que reconocen derechos humanos, la Corte Constitucional, al analizar el alcance de esta prevalencia, sostuvo que no implica la existencia de una naturaleza supraconstitucional de los tratados o convenios. El sentido de dicha prevalencia es que los tratados

el sistema interamericano ha tenido efectos tanto jurídicos, en la medida que se incorpora el control difuso de convencionalidad en el examen de leyes y prácticas administrativas, como políticos, esto en la consecución de mayores logros en los procesos democratizadores.

Diálogos judiciales y académicos han contribuido con la interamericanización del derecho, la cual a su vez ha propiciado e intensificado estos diálogos entre las altas cortes nacionales y la Corte IDH, así como entre académicos de países que se enfrentan a similares desafíos. Estos diálogos, en algunas materias, han contribuido con los procesos locales de creación de derecho mediante el desarrollo de la densidad normativa material de la Constitución. El protagonismo judicial y el empoderamiento político del juez, como resultados de la conjunción entre la inactividad legislativa y la desigualdad en el ingreso y en la representación política, reclama en el contexto de la interamericanización del derecho un diálogo entre cortes 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 poder judicial es ahora un poder público, no como antes, cuando en la región estuvo sometido al poder ejecutivo. La Constitución y en concreto los derechos han adquirido una preeminencia en el lenguaje jurídico y en la configuración de la acción política. En una democracia constitucional se privilegia la soberanía popular representada en una Constitución respecto de las decisiones políticas provenientes de los poderes legislativos. Cortes activistas en América Latina han mostrado las formas como el poder judicial puede conducir y alcanzar procesos de democratización. Los tribunales han sido actores institucionales fundamentales que han traído con su jurisprudencia procesos de democratización, pero no están en capacidad de soportar enteramente el proyecto de un constitucionalismo transformador.

La intencionalidad colectiva que se ha alcanzado en las últimas décadas a favor de la realización de los derechos humanos (p. ej., frente a la erradicación de toda forma de discriminación) debe continuar avanzando para alcanzar nuevos progresos frente a los desafíos que plantean la desigualdad en el ingreso y los déficits en la representación política. El inmenso trecho que falta por andar hacia el cumplimiento de las provisiones que reconocen los derechos hace necesario un concepto como el ICCAL, que motiva a una agenda progresista en términos de la consolidación de la sociedad civil para la efectividad de los reclamos en términos de políticas públicas. Centrales en este punto son las ideas de igualdad e inclusión, que van más allá de prohibir la discriminación.

forman, con el resto del texto constitucional, un bloque de constitucionalidad cuyo respeto se impone a la ley (C-225 de 1995). Los tratados ratificados se interpretan sistemáticamente con las disposiciones constitucionales frente al caso concreto.

La relación entre la legitimidad del control constitucional y los conceptos de diálogo e inclusión radica en el valor deliberativo de la política. Esto conduce a defender el control constitucional a pesar del costo democrático que implica si el proceso judicial encuentra formas de considerar en sus razonamientos las perspectivas de la sociedad civil organizada. Dentro de las cuestiones que podrían involucrar el trabajo del ICC estarían: ¿mediante qué mecanismos la academia puede contribuir a cualificar y organizar políticamente a la sociedad civil?, ¿cuál es la función que las altas cortes le deben prestar a la ciudadanía?

La forma para conseguir que los tribunales sean democráticos no es repitiendo experiencias infortunadas como la boliviana donde se vota públicamente por la elección de magistrados. Los tribunales no deben convertirse en instituciones con representación mayoritaria como los parlamentos, sino que se deben articular con mecanismos que democraticen, legitimen y así reflejen alguna representación. El diseño de mecanismos que reduzcan la tensión entre la justicia constitucional y la democracia es la forma de superar el costo que supone el control constitucional⁴⁰ y es uno de los desafíos del ICCAL.

El control de convencionalidad ha probado ser un instrumento útil para la realización de los derechos humanos y la consolidación de la democracia. Comporta uno de los asuntos de mayor importancia jurídica y política en la actualidad en la región, toda vez que no solo obliga a los altos estamentos de los Estados suscriptores del Pacto de San José, sino también a todo el poder judicial.

A los académicos progresistas comprometidos con el constitucionalismo transformador les corresponde cuestionarse por formas efectivas de influenciar el diálogo constitucional entre académicos, jueces y la opinión pública. El ICCAL puede orientar en la tarea de contribuir a desarrollar una perspectiva política para la sociedad civil que sea capaz de generar amplios apoyos populares. Es preciso mejorar la inclusión, amparar el pluralismo y defender la institucionalidad, como elementos centrales del ICCAL, para lo cual se debe destinar inteligencia y energía a las formas de encontrar cursos de acción política que contribuyan al logro de sus fines, que son fundamentalmente la garantía de los derechos humanos, el robustecimiento de la democracia y la consolidación del Estado de derecho.

BALKIN y LEVINSON⁴¹ identifican tres formas como la cuestión de los cánones, de uso común por ejemplo en la literatura, puede articularse en el

40 A esto nos dirigen las dos primeras de las tres condiciones democráticas que sugiere Dworkin para garantizar a las personas su igual pertenencia a la comunidad política: cada persona debe tener la oportunidad de incidir en el contenido de las decisiones colectivas, sus intereses deben ser tenidos en cuenta con igual consideración y se le debe dejar en libertad para elegir el tipo de vida que le resulte más valiosa. DWORKIN, R. *Freedom's Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, 24-26.

41 BALKIN, J. y LEVINSON, S. “The Canons of Constitutional Law”, *III Harvard Law Re-*

derecho constitucional. Primero, podríamos preguntar cuáles casos y materiales importantes deberían enseñarse y difundirse (“canon pedagógico”). Segundo, podríamos preguntar de qué casos clave y materiales debería estar enterada una persona educada en un debate serio sobre cuestiones centrales del desarrollo constitucional (“canon de cultura general”). Tercero, podríamos preguntar cuáles casos clave y materiales debería conocer cualquier académico serio –a diferencia del abogado promedio o la persona bien educada– y tomar en cuenta cualquier teoría seria del derecho constitucional (“canon teórico-académico”).

Estos tres cánones plantean distintos desafíos a todo proyecto de un constitucionalismo transformador. Se requiere que en las reformas educativas de los planes de estudio jurídicos se introduzca o fortalezca el derecho internacional público de cara a los progresos que ha alcanzado la interamericanización del derecho en la región. Dentro de los casos clave estaría la escasamente estudiada jurisprudencia interpretativa de la Corte Interamericana, y dentro de los materiales, aquellos que integran los progresos académicos y dogmáticos que ha exhibido el derecho constitucional tanto en el Norte como en el Sur global. Los importantes programas de entrenamiento y capacitación judiciales se han venido llevando a cabo sobre todo por instituciones adscritas a la administración de justicia.

En este escenario resulta fundamental la consolidación de una academia jurídica crítica y propositiva frente a los progresos y desafíos locales de implementación de la normativa constitucional y convencional. Se trata de una cuestión pendiente que proyectos como los involucrados en el ICCAL están en capacidad de contribuir a resolver, toda vez que el poder judicial no ha sido en general objeto de crítica por parte de la academia jurídica en los países de la región. Es inconveniente que la academia siga teniendo una deferencia acrítica hacia los tribunales constitucionales, pues le corresponde uno de los controles más importantes en las nuevas democracias constitucionales, como es el control a la labor del Tribunal Constitucional.

Un cambio de enfoque y un mayor compromiso crítico y propositivo son fundamentales para contribuir a dar respuesta a la objeción típica de quién controla al controlador o quién nos defiende del defensor de la Constitución⁴². Toda vez que este control es extra jurídico porque está por fuera de las instituciones formales, el rol de la academia es esencial para controlar y vigilar la actividad de los tribunales constitucionales. En este sentido se debe reivindicar también el papel que desempeña el ICCAL en la orientación y consolidación de una academia constitucional latinoamericana crítica.

view 963, 1998, vers. cast. de GARCÍA JARAMILLO, L. En CARBONELL y GARCÍA JARAMILLO (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit.

42 Durante la crisis de la democracia de WEIMAR, KELSEN y SCHMITT discutieron acerca de quién debe ser el guardián, o defensor, de la Constitución.

La academia comprometida con el logro de los objetivos del ICCAL, además de promover la publicación de artículos especializados, tiene también un papel fundamental que desempeñar en la crítica a la jurisprudencia, en la veeduría a los organismos del poder público encargados de garantizar los derechos y en la difusión ciudadana de las mejores ideas y posiciones jurídicas ante casos controversiales, mediante, por ejemplo, columnas de prensa, participación en programas de radio y televisión, y con una activa participación en la configuración de una opinión pública deliberante y crítica.

BIBLIOGRAFÍA

- BOGDANDY, A. v.; FERRER MAC-GREGOR, E. y MORALES ANTONIAZZI, M., coords. *La Justicia Constitucional y su internacionalización. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*. Vol. 2. México D. F.: UNAM, 2010.
- 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, D. F., UNAM, 2011.
- BOGDANDY, A. v.; FIX-FIERRO, H. y MORALES ANTONIAZZI, M., coords. *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F.: UNAM, 2014.
- BOGDANDY, A. v. *Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*. *Revista Derecho del Estado* n.º 34, enero-junio de 2015.
- BURGOURGE, L. y ÚBEDA DE TORRES, A. *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*. Oxford: OUP, 2011.
- CARBONELL, M., y GARCÍA JARAMILLO, L., coords. *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.
- CLÉRICO, L. Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En J. FABRA y L. GARCÍA JARAMILLO (eds.), *Filosofía del derecho constitucional: Cuestiones fundamentales*. México D. F.: UNAM, 2016.
- DAVIS, M. C. Constitutionalism and Political Culture. *Harvard Human Rights Journal*. n.º 11, 1998.
- ELSTER, J. *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1989.
- FERRAJOLI, L. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta, 2011.
- FERRER MAC-GREGOR, E. El control de convencionalidad difuso en el Estado constitucional. En H. FIX-ZAMUDIO y D. VALADÉS (eds.), *Formación y perspectivas en el Estado mexicano*. México D. F.: UNAM-El Colegio Nacional, 2010.

- FERRER MAC-GREGOR, E. *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- FERRER MAC-GREGOR, E. y HERRERA, A., coords. *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. México D. F.: UNAM-Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. El control judicial interno de convencionalidad. *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. Vol. 5, 28, 2011.
- GARCÍA JARAMILLO, L. *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*. México D. F.: UNAM-III, 2015.
- GARCÍA JARAMILLO, L., coord. *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo*. Lima: Grijley, 2014.
- GARGARELLA, R. Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso *Gelman*. Conferencia impartida en el Sela de 2013. Disponible en: www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf
- GUASTINI, R. La constitucionalización del ordenamiento jurídico. El caso italiano. En *Estudios de teoría constitucional*. México D. F.: Fontamara-UNAM-III, 2001.
- LANDAU, D. *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*. Ph.D. Dissertation. Department of Government, Harvard University, Cambridge, 2004. Cito de la versión manuscrita facilitada por el autor.
- LAW, D. Generic Constitutional Law. *89 Minnesota Law Review* 652, 2005.
- LEVINSON, S. *Constitutional Faith*. Princeton University Press, 1988.
- MULLER, P. (2002). *Las políticas públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- NOWAK, M. *Introducción al régimen internacional de los derechos humanos*. Universidad de Buenos Aires, 2009.
- POST, R. y SIEGEL, R. *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2013.
- QUINCHE RAMÍREZ, M. *El control de convencionalidad*. Bogotá: Temis, 2014.