

72

SERIE
DOCUMENTOS DE TRABAJO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

¿Es posible consolidar un
ius Commune en América Latina sin
contemplar la integración
económica, política y social?

Juan C. Herrera

SERIE DOCUMENTOS DE TRABAJO

El Departamento de Derecho Constitucional es una de las unidades académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Sus documentos de trabajo dan a conocer los resultados de los proyectos de investigación del Departamento, así como las ideas de sus docentes y de los profesores y estudiantes invitados. Esta serie reúne trabajos de cinco importantes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociología jurídica, la teoría y filosofía jurídica,

Las opiniones y juicios de los autores de esta serie no son necesariamente compartidos por el Departamento o la Universidad.

Los documentos de trabajo están disponibles en www.icrp.uexternado.edu.co/

Serie *Documentos de Trabajo*, n.º 72
***¿Es posible consolidar un Ius Commune en América Latina sin
contemplar la integración económica, política y social?***

Juan C. Herrera

Este documento puede descargarse de la página web del departamento solo para efecto de investigación y para uso personal. Su reproducción para fines diferentes, bien sea de forma impresa o electrónica, requiere del consentimiento del autor y la editora. La reproducción de los documentos en otros medios impresos y/o electrónicos debe incluir un reconocimiento de la autoría del trabajo y de su publicación inicial.

Los autores conservan los derechos de autor. La publicación de este texto se hace bajo los parámetros del *Creative Commons Attribution*. El autor del documento debe informar al Departamento de Derecho Constitucional si el texto es publicado por otro medio y debe asumir la responsabilidad por las obligaciones consecuentes.

Para efectos de citación, debe hacerse referencia al nombre completo del autor, el título del artículo y de la serie, el año, el nombre de la editora y la editorial.

© 2015, Departamento de Derecho Constitucional,
Universidad Externado de Colombia.
Paola Andrea Acosta, Editora
Calle 12 n.º 1-17 Este, Of. A-306. Bogotá, Colombia
www.icrp.uexternado.edu.co/

Presentación

Los *Documentos de Trabajo* son un espacio para la reflexión y el debate. A diferencia de otros formatos, esta serie ofrece un palco para los trabajos inacabados, para la discusión de las ideas en formación y el perfeccionamiento de los procesos de investigación. Se trata pues, de textos que salen a la luz para ser enriquecidos con la crítica y el debate antes de pasar por el tamiz editorial.

En esta colección se sumarán cinco grandes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociológica jurídica, la teoría y filosofía del derecho. Además, de poner a prueba nuestras ideas, el cometido principal de esta publicación es aportar a los debates actuales, tanto aquellos que se viven en la academia como los que resultan de la cada vez más compleja realidad nacional e internacional.

Esta publicación está abierta a todos los miembros de nuestra Casa de Estudios, profesores y estudiantes, así como a quienes nos visitan. Esperamos contar con el aporte de todos aquellos interesados en la construcción de academia.

MAGDALENA CORREA HENAO
*Directora del Departamento
de Derecho Constitucional*

PAOLA ANDREA ACOSTA A.
Editora

¿Es posible consolidar un *Ius Commune* en América Latina sin contemplar la integración económica, política y social? **

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo explorar los principales postulados del proyecto *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL), dentro del marco de la construcción de un derecho constitucional más allá de la triada de los derechos humanos, democracia y Estado de Derecho. Es decir, en todo el campo de acción del constitucionalismo contemporáneo y su internacionalización. Para ello, identifica las principales características del ICCAL en la parte dogmática (sala de navegación) y orgánica (sala de máquinas), con énfasis en la perspectiva de la integración regional. Lo anterior, con el objetivo de plantear interrogantes constructivos en relación a las potencialidades e influencia del proyecto en Latinoamérica y el Caribe.

SUMARIO. *I. Introducción. II. Ius Commune ¿En qué parte de la Constitución?. III. Ius Commune en la parte dogmática. En la sala de navegación de la Constitución. IV. Ius Commune en la parte orgánica. En la sala de máquinas de la Constitución. V. El Ius Commune y la integración económica, política y social. [Preguntas] (A) ¿Por qué el ICCAL entre sus objetivos no puede contribuir a la formación de un bloque regional?; (B) ¿Por qué no puede ser Europa (con métodos distintos en condiciones diferentes), parte del modelo a tener en cuenta?; (C) ¿Y la integración para qué? ¿Podría contribuir al acceso a la sala de máquinas de las constituciones nacionales? VI. Consideraciones finales.*

* Juan Camilo Herrera es Magíster Legum (LL.M), doctorando y parte del personal docente investigador del Área de Derecho Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra (UPF), Barcelona. Antes de iniciar sus estudios de postgrado, trabajó por varios años para la Corte Constitucional de Colombia. Perfil en Academia

** Una versión previa del presente artículo fue presentada en el XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en Ciudad de México del 1 al 3 de febrero de 2017. Agradezco a la Editora de esta Serie de Documentos de Trabajo por los detallados comentarios que han derivado en la presente versión. Las ideas aquí condensadas hacen parte de la investigación doctoral del autor. Por tanto, bajo el esquema de trabajo colectivo en progreso, invito a enviar comentarios, sugerencias, críticas u objeciones. Correo electrónico: juan.herrera@upf.edu

I. INTRODUCCIÓN

En América Latina, se ha planteado la posibilidad de identificar, narrar, complementar o construir un *Ius Commune* (derecho común). La iniciativa está impulsada por uno de los centros más importantes del mundo en materia de investigación jurídica comparada y de derecho público internacional.¹ El proyecto ha tenido buena acogida, por lo que cada vez goza de mayor popularidad y debate entre autores y funcionarios de distintas generaciones tanto de Latinoamérica como del Caribe (en adelante LAC), así como el interés de algunos en Europa y otras latitudes.

Dado que el proyecto y el concepto está en una etapa de solidificación de las bases, en este preciso momento se requiere del debate sobre el enfoque y las repercusiones que podría tener. Especialmente, de cara a los desafíos constitucionales del presente siglo, tanto en el corto, mediano y largo plazo. Plantear la construcción de un derecho común en una región que comparte similitudes en el idioma, religión, tradiciones y especialmente en sistemas políticos y jurídicos, es un elemento que ha estado en su *ADN* histórico, pero que no ha tenido la oportunidad de florecer.

En relación a los sistemas jurídicos y políticos, la influencia del sistema continental europeo en la base de la estructura es innegable, como innegable es que en distintas partes de la región se ha efectuado una adaptación y readaptación “impura” de las estructuras del derecho foráneo.² Similar situación, acontece respecto de la influencia del derecho anglosajón en específicas áreas del derecho y en especial en el sistema de precedentes jurisprudenciales. En medio de esta mixtura de influencias, se encuentra el campo de acción que el *ICCAL* pretende ayudar a configurar en la región.

En el corto y el mediano plazo, los principales objetivos se enfocan en:

Tabla 1. *Objetivos principales del Ius Constitutionale Commune en América Latina (ICCAL)*

(i) Defensa de la democracia;
(ii) Difusión de estándares en materia de derechos humanos;
(iii) Inclusión;
(iv) Constitucionalismo dialógico;

¹ Para quien no esté familiarizado, se hace referencia al Instituto Max Planck para el Derecho Público, Internacional y Comparado con sede en Heidelberg, Alemania. En el siguiente enlace se explican los principales objetivos y hay acceso a la mayoría de las publicaciones: <http://www.mpil.de/en/pub/research/areas/comparative-public-law/ius-constitutionale-commune.cfm> (Último acceso - 30/10/2016).

² DIEGO LÓPEZ. *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá, Legis, 2004.

(v) Materialización del Estado de Derecho;
(vi) Pluralismo constitucional multinivel;
(vii) Constitucionalismo transformador;
(viii) Estatalidad abierta;
(ix) Eficacia y legitimidad de instituciones internacionales;
(x) Materialización de promesas centrales de las constituciones nacionales autoritarias;
(xi) Empoderamiento de actores sociales; y
(xii) ¿la integración económica, política y social? ³

Fuente: Elaboración propia.

De las publicaciones e intervenciones públicas de este colectivo de autores, se hace referencia constante al rol del poder judicial en la garantía de los objetivos descritos, el cual cuenta con un lugar privilegiado de análisis.⁴ En otras palabras, en lo relativo a la función de los jueces al interpretar y aplicar las constituciones nacionales y la Convención Interamericana de DD. HH, entre otros instrumentos. Fenómeno acuñado en categorías tales como: constitucionalización, interamericanización o convencionalización de la región.⁵

La necesidad de superar el letargo de un negativo constitucionalismo nacionalista, da paso y esperanza a la posibilidad de materializar la etapa posterior a esa era. Llámese transconstitucionalidad,⁶ supranacionalidad,

³ En una de las más recientes publicaciones en relación a la clarificación de los objetivos del ICCAL, se afirma: “(...) portrays the embedding of various countries in a mutually supportive structure as a key to success.” Armin von Bogdandy *et al.* *Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism*. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper Num. 2016-21, p. 2. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2859583 (Último acceso - 18/01/2017).

⁴ Para este efecto, algunos de los desarrollos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional de Colombia y la de Costa Rica, entre otros se citan como ejemplo del camino a seguir en la ruta o del tipo de enfoque transformador que propone difundir el proyecto ICCAL.

⁵ En relación a un estudio reciente sobre la temática y el rol que el ICCAL ha cumplido, véase: A. VON BOGDANDY, MARIELA MORALES Y E. FERRER MAC GREGOR (Eds). *Construcción de un ius constitutionale commune en América Latina: Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. BUAP, UNAM, CIDH, MPIL, Puebla, 2016; LEONARDO GARCÍA. *De la “constitucionalización” a la “convencionalización” del ordenamiento jurídico. La contribución del ius constitutionale commune*. Derecho del Estado núm. 36, U. Externado de Colombia, enero-junio de 2016, pp. 131-166. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n36.05> (Último acceso - 30/10/2016).

⁶ MARCELO NEVES. *Transconstitutionalism*. Oxford: Bloomsbury Publishing, 2013.

integración,⁷ metanacionalidad, supraestatalidad, postnacionalidad o la nomenclatura que se prefiera en esta época de desorden de órdenes.⁸ La interdependencia histórica, económica, política y cultural entre los países de LAC, debería impulsar a sus Estados a establecer una voz y foro común en el entendimiento de problemas e instituciones. Pero no ha sido así. La historia y la práctica han demostrado que los distintos intentos de construcción regional común, han derivado más en cooperación intergubernamental que en una integración propiamente dicha en perspectiva comparada con la única iniciativa que lo ha logrado, la Unión Europea (UE). A pesar de todo ello, el 77% de los latinoamericanos consultados por Latinobarómetro en 2016 desearían más integración económica y el 60% integración política.⁹

La posibilidad de configurar o crear un derecho *commune* en LAC, en sí misma, conlleva tintes de utopía. Lo es.¹⁰ Pero se trata de una utopía realizable.¹¹ Como se ha mencionado, cada vez más el proyecto gana interés e influencia; por lo que resulta fundamental contribuir a la asimilación, crítica y puesta en práctica de una teoría construida y ejecutada por actores latinoamericanos y globales. Para tal fin, mi tesis es que la integración regional es un elemento consustancial a la configuración de un *Ius Commune*, para tal fin, desarrollaré una presentación de la forma en que el ICCAL se ha enfocado en la parte dogmática y orgánica de la Constitución para posteriormente sostener por qué debería ser tenida en cuenta la integración dentro del enfoque.

⁷ JOSÉ SOBRINO. *Algunas consideraciones en torno a las nociones de integración y de supranacionalidad*. En los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario, 2008, S. 177-194.

⁸ NEIL WALKER. *Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders*. Int J Constitutional Law 6 (3-4), 2008, 373-396. <http://dx.doi:10.1093/icon/mon016>

⁹ (...) el 77% en promedio de los encuestados quieren que su país se integre más económicamente con sus vecinos, con picos de preferencia de hasta el 89% y mínimos del 59%. Cuando se les pregunta por integración política, algo más complejo porque implica cesión de soberanía, la cifra baja al 60% de media, pero sigue siendo mayoritaria. Carlos Cué. El País. “77% de los latinoamericanos apoya una mayor integración económica” (20 de octubre de 2016) http://internacional.elpais.com/internacional/2016/10/20/argentina/1476970128_583162.html?rel=mas Último acceso - 19/01/2017).

¹⁰ A contrario de proyectos de utopías completas que pretenden cambiar e instaurar un nuevo orden, la apuesta podría ser por un *ius commune* que persiga utopías parciales en los términos explicados por el maestro Carlos Gaviria y especialmente en “(...) tener una sociedad no ideal, no un paraíso sobre la tierra que más que una utopía es una quimera, pero sociedades mejores de las que tenemos. Y hacia esto tienden las constituciones latinoamericanas a partir de la segunda mitad del siglo XX”. MARTHA ARDILA (compiladora). *Encuentros con Carlos Gaviria Díaz*. Universidad de Santander UDES, (Sic) Editorial Ltda, pp. 78 y 79, 2015.

¹¹ JOHN RAWLS. *La justicia como equidad. Una reformulación*. Buenos Aires: Paidós, 2004.

ii. *Ius Commune ¿En qué parte de la Constitución?*

La parte dogmática de la Constitución hace referencia a los principios y valores de una carta política, así como a los derechos y deberes que un orden constitucional contempla. La forma de Estado federal, republicano, monárquico, etc. Además, determina la relevancia de la democracia, el Estado Social de Derecho, el idioma oficial, territorio, autonomías regionales, etc. En otras palabras, dadas las características y trascendencia de esta parte de la Constitución, y partiendo de la analogía de R. Gargarella, esta sección se podría asemejar a la *sala de navegación* de la Constitución en la que se señala el rumbo pretendido por el poder constituyente.

En la otra parte o sala, se consagran los clásicos poderes oficiales del Estado y la forma de organización del poder. Es decir, las potestades y límites del Parlamento, el híper poder del ejecutivo y el poder de los jueces. También se determina qué pueden y qué no pueden hacer las mencionadas ramas y sus organismos de control. Del mismo modo, se establecen las bases para el manejo de la economía, el sistema electoral, territorial, etc.¹² En palabras del mencionado autor: “el cuarto de máquinas de la constitución” o la sección dedicada a la organización y ejercicio del poder.¹³

A finales del siglo XX, en América Latina y especialmente en Suramérica, los acontecimientos políticos y constitucionales dieron lugar al surgimiento de un "nuevo constitucionalismo".¹⁴ Independientemente de la exactitud de la categoría, se identifican dos grandes áreas de trabajo en las que el nuevo constitucionalismo ha trabajado o puede profundizar. La primera consiste en el proceso centrado en la construcción y consolidación en la parte dogmática y con especial énfasis en materia de derechos fundamentales.

En la otra área, ya no solo enfocado a la protección de los derechos fundamentales del Sistema Interamericano y los sistemas nacionales, sino en las repercusiones constitucionales del poder constituyente y otras temáticas.

¹² En la aproximación y configuración clásica de las constituciones, se excluyen los poderes reales o fácticos de actores externos como medios de comunicación, corporaciones u organizaciones sociales. En algunos casos, estos grupos tienen la capacidad de influir y en otros hasta de controlar el accionar del Estado. Este es un aspecto que las Constituciones regulan de forma indirecta o residual. La división del poder pensada para la época de Montesquieu requiere de una actualización urgente a los tiempos de D. Trump, S. Berlusconi o M. Macri por citar algunos ejemplos.

¹³ ROBERTO GARGARELLA. *La Sala de Máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810–2010)*. Katz editores, 2014, pp. 332 y ss.

¹⁴ Al respecto, MIGUEL CARBONELL Y LEONARDO GARCÍA (eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: U. Externado de Colombia, 2010.

Por ejemplo, el caso de autores identificados bajo la categoría: “nuevo constitucionalismo latinoamericano”.¹⁵

En las dos líneas de acercamiento teórico descritas, considero que es posible encontrar elementos para investigar e influir en la esfera constitucional y legal de los procesos de integración de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), la Unión de Naciones de América del Sur (Unasur) o la Alianza del Pacífico, entre otros.¹⁶

No obstante, resulta relevante precisar que para poder construir un derecho constitucional *commune*, se deberían abarcar todas las esferas del constitucionalismo y no solo una parte. Dicho de otra manera, una cosa es un *Ius Commune* en Derechos Humanos y otra un *Ius Constitutionale Commune*. Por tanto, el presente estudio tiene como fin preguntar si el campo de acción de la teoría del ICCAL reposa exclusivamente en el espectro de los DD. HH o si es posible ubicar proyecciones tanto en la sala de máquinas de las constituciones nacionales como de una eventual presencia en el campo de la integración económica, política y social.¹⁷

III. *Ius Commune en la parte dogmática. En la sala de navegación de la Constitución*

La “estatalidad abierta”¹⁸ o la apertura de las constituciones nacionales respecto a otros países u organizaciones, basada en buena parte por la influencia alemana en Europa; ha permeado igualmente la identificación de las potencialidades que tienen las constituciones nacionales para

¹⁵ ROBERTO GARGARELLA Y CHRISTIAN COURTIS. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. CEPAL, Serie políticas sociales Núm. 53, 2009; o bajo otro esquema, Roberto Viciano y Rubén Martínez, *Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Gaceta Constitucional, Núm 48, 2011.

¹⁶ Sin desconocer que, dentro de las instituciones citadas, los derechos humanos hacen parte clave de la estructura supranacional que pretenden construir; ya sea por la existencia de una “Carta” o por un directo compromiso consagrado en la normativa fundacional. Además, en los casos de organizaciones en las que existen órganos judiciales o cuasi-judiciales, Parlamentos y poderes ejecutivos con la potencialidad de consolidarse; valga recordar que tienen un importante rol en relación a la irrigación de los derechos fundamentales tanto en la parte dogmática y orgánica de las constituciones nacionales y la necesidad de dialogar con los poderes nacionales en la consolidación de la estructura regional.

¹⁷ En relación al *ius commune* en materia de derechos humanos, ver el capítulo I de PAOLA ACOSTA. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*. U. Externado de Colombia. pp. 129-171, con especial énfasis en las pp. 140-146, 2015.

¹⁸ Sobre los orígenes y usos de la estatalidad abierta, véase: ARMIN VON BOGDANDY *et al* (coord.). *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3705-soberania-y-estado-abierto-en-america-latina-y-europa> (Último acceso - 30/10/2016).

interconectarse o de alguna manera recibir regulaciones de la esfera regional y viceversa.¹⁹ En pocas palabras, en cómo consolidar en el pensamiento jurídico contemporáneo una concepción más amplia y *pro integratone* de soberanía y Estado en la que el derecho común se construya en distintas esferas y no en jerarquías.

Bajo el mencionado esquema, de la revisión de la literatura que leída en detalle en unos casos demanda la deconstrucción y en otros la construcción de un *Ius Commune* en la parte dogmática de la Constitución, es posible encontrar estudios enfocados en el rol que los jueces tienen al momento de interpretar y resolver los casos relacionados con la garantía de los derechos humanos. A manera de ejemplo: el alcance de la igualdad y la orientación sexual en Chile,²⁰ los derechos de la población desplazada por el conflicto armado en Colombia,²¹ o los feminicidios de campo algodonero en México.²²

Fruto de un diseño institucional mediato o inmediato, uno de los principales focos del proyecto ICCAL ha reposado en el *ius commune* en derechos humanos y en la potencialidad del intercambio de argumentos entre los jueces nacionales y la Corte Interamericana, en clave de diálogo judicial y/o constitucionalismo dialógico. Estos desarrollos han permitido evidenciar que la iniciativa ha contribuido a identificar y difundir las buenas experiencias de este proceso en clave de consolidar y potenciar un derecho común en LAC.²³

Sobre el particular, Mariela Morales subraya el *emblemático* diálogo jurisprudencial entre la Corte Interamericana y la Corte Constitucional de Colombia, así como otros positivos casos en otros países. En palabras de la autora, resulta necesario "(...) explorar cómo otros tribunales nacionales van adoptando los estándares del sistema interamericano, lo que representa esencialmente la base del *ius constitutionale commune* en los derechos humanos desarrollado jurisprudencialmente, que atienda a las condiciones

¹⁹ Tal es el caso precisamente en materia derechos. Ver, MARIBEL GONZÁLEZ PASCUAL. *El Tribunal Constitucional Alemán en la construcción del espacio Europeo de los Derechos*. Civitas, 2010. PP. 240.

²⁰ ARMIN VON BOGDANDY, et al (coords.). *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*. Porrúa, pp. 208, 2012.

²¹ MANUEL GÓNGORA. *Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas*. En ARMIN VON BOGDANDY et al (coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, T., pp. 403-430. UNAM, 2010.

²² SANTIAGO VÁZQUEZ. *El caso "Campo Algodonero" ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En Anuario mexicano de derecho internacional, 11, S. 515-559. 2011.

²³ Aparte de los textos ya citados, ARMIN VON BOGDANDY et al (Coords). *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*. Editorial Porrúa, México, 2013, 273; HÉCTOR FIX et al (Coords). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. UNAM, México, 504 p. 2014.

particulares de los países miembros del sistema y a la vez contribuya a consolidar el Estado de derecho y la calidad de la democracia en la región”.²⁴

La mayoría de los estudios en esta primera etapa han estado enfocados en estudiar los derechos humanos y sociales, así como los “deberes” de los Estados en respetarlos. Esta labor resulta fundamental para determinar el rumbo y la estabilidad en la sala de navegación de la Constitución.²⁵ Con el ánimo de no colmar el texto de descripciones y transcripciones; especialmente invito a revisar las obras citadas y las fuentes revisadas en esas publicaciones. De la revisión de la literatura o incluso con un rápido acercamiento a los textos, resulta evidente que existen elementos suficientes para la construcción/deconstrucción de un *ius commune* en derechos fundamentales en la parte dogmática de la constitución.

IV. *Ius Commune en la parte orgánica. En la sala de Máquinas de la Constitución*

La parte orgánica, dada su “naturaleza”, depende de la forma de organización del poder en la parte dogmática y viceversa. Entre estas dos secciones tanto en Latinoamérica como en Europa se ha presentado en términos de Gargarella una “tensión interna”. Esto ha dado a que afirme “(...) su vocación democrática e inclusiva en la sección referida a los derechos, y su vocación jerárquica y verticalista en la sección referida a la organización del poder”.²⁶ En consecuencia, el rumbo en la sala de navegación de la Constitución está determinado principalmente por el hiper poder del ejecutivo y sus jerarquías, y de forma residual por las demás ramas y órganos encargados del control.

Enfocándonos más allá del “constitucionalismo regional de los derechos” propuesto por el ICCAL, es posible constatar que los participantes del proyecto se han pronunciado en materias propias de la sala de máquinas. Si bien los estudios no son tan numerosos como los de la parte dogmática, de la literatura publicada y el trabajo efectuado en un poco más de una década, dan prueba de ello: investigaciones en materia del sistema presidencial en LAC,²⁷ el nombramiento de magistrados de altas cortes,²⁸ el rol del juez en la reforma

²⁴ MARIELA MORALES. *El Estado abierto como objetivo del ius constitutionale*. En *Ius constitutionale commune en América Latina*, op.cit., p. 283 y ss.

²⁵ A manera de ejemplo, FLÁVIA PIOVESAN *et al* (Coords). *Estudos Avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração jurídica: Emergência de um novo direito público*. Elsevier, Rio de Janeiro, 2013, 800.

²⁶ ROBERTO GARGARELLA. *La Sala de Máquinas de la Constitución*. Op.cit. p. 354.

²⁷ DIEGO VALADÉS. *Formación y transformación del sistema presidencial en América Latina. Una reflexión sobre el ius constitutionale commune latinoamericano*. En *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Rasgos, Op.cit. pp. 169-197.

²⁸ CESAR ASTUDILLO. *El nombramiento de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. En Eduardo Ferrer *et al* (Coords). *La justicia constitucional y su*

constitucional,²⁹ la independencia judicial,³⁰ cuestiones electorales, económicas, entre otras.

Adicionalmente, son prueba de este fundamental aspecto, los temas relacionados con los coloquios iberoamericanos, celebrados mayoritariamente en Heidelberg.³¹ Algunos de los ejemplos de cómo el *ICCAL* ha explorado los temas relativos a la parte orgánica, se encuentran los siguientes: “Los principios del *ICCAL* y el derecho internacional económico: posibles fortalecimientos recíprocos entre constitucionalismo transformador y un derecho sostenible del mercado globalizado” (27/28-11-2014), “La situación político-institucional venezolana” (24-07-2014), “Constitucionalismo latinoamericano” (14-05-2014), “el presidencialismo latinoamericano” (13-03-2014), “*Ius Constitutionale Commune*: inclusión y pueblos indígenas” (30-01-2015),³² entre otros.

De la revisión de las actividades del *ICCAL* es posible afirmar que aborda las dos salas de la Constitución. Con independencia de que las conclusiones y enfoques de los estudios mencionados determinen un acceso o no a la sala de máquinas; resulta relevante resaltar que, si bien la mayoría de los aportes están en sede dogmática, es evidente que se está expandiendo al estudio no solo de los derechos sino del constitucionalismo como un todo.

v. *El Ius Commune y la integración económica, política y social*

¿Es la integración parte del núcleo del ICCAL?

Armin von Bogdandy en uno de los textos fundacionales que le dan el marco conceptual al *ICCAL*, y en calidad de director del proyecto, ha hecho referencia a unos límites relacionados con el radio de acción de la iniciativa. En el 2014 se refirió al rol del derecho comparado con el fin de señalar las

internacionalización. ¿Hacia un Ius cosntitutionale commune en América Latina?, t. I. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 345-385, 2010

²⁹ JORGE CARPIZO. *El tribunal constitucional y el control de la reforma constitucional*. En *La justicia constitucional y su internacionalización*. op.cit. pp. 387-443.

³⁰ MARIELA MORALES. *Estándares interamericanos sobre independencia judicial en los casos de remoción de jueces: negación del diálogo judicial por parte de Venezuela*. En *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Alejandro Saiz *et al* (coords.), Tirant lo Blanch, pp. 531-560, 2017.

³¹ ¿Sería plausible expandir estos encuentros a más lugares de la región? ¿Crear capítulos por países o regiones?

³² Si bien los indígenas cuentan con algunas referencias en las dos salas de algunas constituciones de la región, (exceptuando a Bolivia), las disposiciones en la parte dogmática no han impactado el acceso real en la orgánica. Un ejemplo emblemático de diálogo jurisprudencial en materia de consulta previa de pueblos indígenas y afrodescendientes, será explicado en: JUAN C. HERRERA. *Prior and informed consultation: an emblematic example of dialogue in the framework of a Ius Commune in Latin America*. (Forthcoming 2017).

ventajas de comparar el Estado A respecto al Estado B o C, así como a la importancia de aprender de otros sistemas y regiones, de la que “sin duda, Europa puede ser una de ellas.”³³ Posteriormente, en una publicación de 2015, en la que desarrolla la mirada del *ICCAL* como constitucionalismo transformador, respecto de las posibilidades de la integración, expresó:

“El *ICCAL* no apuesta por la integración funcional de la región, sino más bien por un constitucionalismo regional de los derechos con garantías supranacionales.”
(...)

“(...) los mecanismos de integración económica son considerados poco prometedores. La esperanza yace más bien en un constitucionalismo de raíces regionales basado en derechos humanos con protección supraestatal”.³⁴

Con mayor precisión, en el mismo 2015, en una conferencia presentada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del minuto 28 de la intervención señaló que el proyecto no pretende la homogenización jurídica, política, económica o social entre los países de LAC. Además, ratificó el argumento de la debilidad de los regímenes de integración económica y el pobre potencial de desarrollo. En palabras del mencionado autor, el *ICCAL*:

“(...) no tiene como objetivo la integración económica y política de Latinoamérica, entonces la Unión Europea no es el modelo, y no puede ser el modelo y tampoco tiene como objetivo la formación de un bloque regional (...)”.³⁵

Puntualizado lo que no busca el *ICCAL*, el profesor von Bogdandy se refiere al “núcleo” de la teoría, el cual tiene como fin:

“(...) asegurar a nivel regional la implementación de las decisiones, y el cumplimiento de las promesas centrales de las constituciones que se plasmaron, sobre todo, después de los gobiernos autoritarios de las décadas de los gobiernos de los setenta y ochenta”.³⁶

³³ ARMIN VON BOGDANDY. *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual*. En *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. Op.cit. p. 23.

³⁴ ARMIN VON BOGDANDY. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*. Revista Derecho del Estado, núm. 34, U. Externado de Colombia, enero-junio de 2015, pp. 4 y 37. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n34.01> (Último acceso - 30/10/2016).

³⁵ ARMIN VON BOGDANDY. Conferencia titulada: “*Ius Constitutionale Commune*”, presentada el 14 de abril de 2015 en la sala de audiencias de la Corte Interamericana, disponible en el siguiente enlace: <https://vimeo.com/124967694> Los apartes citados fueron transcritos del minuto (28:10 al 29:37) (Último acceso - 30/10/2016).

³⁶ *Ibidem*.

“(…) la apertura de los ordenamientos jurídicos nacionales de numerosos países latinoamericanos hacia el derecho internacional, y en particular hacia el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, es de especial importancia y constituye el núcleo normativo del ICCAL.”³⁷

Hasta el momento se ha expuesto cuales son los principales objetivos y áreas de trabajo del *Ius Commune* en América Latina. Desde un punto de vista analítico, se trata de una iniciativa con amplias probabilidades de éxito enfocada en la conceptualización y narrativa del proceso de construcción y entendimiento común en materia de derechos humanos con ciertos estudios en otras materias. Sin embargo, por inercia o por la razón que fuere, no se pueden desconocer las publicaciones coordinadas por el proyecto *ICCAL* y otras instituciones e investigadores afines, en los cuales se estudian varios temas relacionados precisamente bajo el manto y enfoque de la “integración”.³⁸ Por tanto, sobre la base de las ideas atrás expuestas queda en el aire: (i) determinar lo relativo a la integración regional como parte del núcleo de trabajo del proyecto; y (ii) esclarecer si Europa es o no un referente a tener en cuenta.

Las precisiones sintetizadas en este acápite y que hacen parte de mi investigación doctoral, corresponden al nudo argumentativo que me ha llevado a elaborar el presente artículo, y que me han acompañado durante el estudio de la obra del *ICCAL*. El objetivo es ante todo fortalecer los aportes y potencialidades de la teoría en la región y ante todo explorar la oportunidad de precisar, ajustar, o simplemente corregir alguna interpretación que el autor de estas líneas pueda tener errada. Circunstancia ante la cual prefiero preguntar y ofrecer argumentos al por qué de las preguntas:

(A) *¿Por qué el ICCAL entre sus objetivos no puede contribuir a la formación o perfeccionamiento de un bloque regional?*

El mandato pro integratione en América Latina

³⁷ ARMIN VON BOGDANDY. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a*, op.cit, p. 4

³⁸ Sobre el particular, ver: ALEJANDRO SAIZ. *et al* (Coords.). *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: un análisis desde la Unión Europea*, op.cit.; Mariela Morales *et al* (Coords.). *La Tutela Jurisdiccional de los Derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, IVAP, U. del País Vasco, Bilbao, 2012; CESAR LANDA *et al* (Coords.). *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, entre otros. Del mismo modo, sirven de ejemplo los temas tratados en algunos de los coloquios iberoamericanos celebrados en el MPIL, tales como: “Mercosur: desafíos del orden jurídico y sistema de solución de controversias” (2014); “El Derecho de Integración Suramericano en su contexto”, (2007) o “Integración suramericana” (2006).

Bajo el marco de la apertura de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos y la noción de promesa central en las Constituciones (núcleo del ICCAL); en los resultados de mis estudios de Maestría, precisamente lo que sostengo y demuestro es que la integración económica, política y social de LAC, hace parte de buena parte de las Constituciones del “nuevo constitucionalismo” e incluso en constituciones antiguas a esta categoría. Desde el preámbulo en unos casos y en otros dentro del capítulo estructural de los principios y los valores, se ha planteado un mandato nuclear de integración latinoamericana o *pro integracione*. Dicho lo anterior, tiene todos los elementos sustanciales para ubicarse en la parte dogmática o sala de navegación de la Constitución.

La conceptualización de los niveles de apertura y la metodología aplicada para clasificar las constituciones, está en las páginas 168 a 172 en Juan C. Herrera. *Las cláusulas de integración en las constituciones de Suramérica*. Revista Colombia Internacional. Universidad de los Andes. vol. 86, ene - abril, 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.7440/colombiaint86.2016.06> o del resto de las constituciones de las Américas con la respectiva referencia a los artículos puede confrontarse en las págs. 133, 134 y 135 en Juan C. Herrera. *La cláusula latinoamericana de integración en Colombia: entre el «lazo de la unión» y la tautología de la «camisa de fuerza»*. Revista Derecho del Estado, Núm. 37, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2016, pp. 127-163. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n37.04> (Último acceso a los links - 23/01/2016).

A manera de ilustración, se ofrece una breve panorámica de los niveles de apertura de las cláusulas de integración a lo largo y ancho de las Américas y el Caribe.

Tabla 2. *Apertura de las cláusulas latinoamericanas de integración en América del Sur*

*	Mayor apertura: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.
*	Apertura intermedia: Argentina, Paraguay y Uruguay.
*	Menor apertura: Chile, Guyana y Surinam.

Tabla 3. *Apertura de las cláusulas latinoamericanas de integración en América Central*

*	Mayor apertura: El Salvador y Nicaragua.
*	Apertura intermedia: Guatemala, Honduras y Panamá.
*	Menor apertura: Belice y Costa Rica.

Tabla 4. *Apertura de las cláusulas latinoamericanas de integración en América del Norte*

*	Mayor apertura:
*	Apertura intermedia:
*	Menor apertura: Canadá, EUA (USA), EUM (México).

Tabla 5. *Apertura de las cláusulas latinoamericanas de integración en el Caribe*

*	Mayor apertura: Cuba y R. Dominicana,
*	Apertura intermedia:
*	Menor apertura: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, Puerto Rico, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Surinam, así como Trinidad y Tobago.

Fuente de las tablas: Elaboración propia conforme a las obras atrás citadas y las versiones alojadas a (08/02/2017) en: <https://www.constituteproject.org> y confrontada con las versiones disponibles en la base de datos políticos de las Américas: <http://pdba.georgetown.edu/> (Último acceso - 30/01/2017).

Aparte de la normativa constitucional mencionada, resulta fundamental tener en cuenta y de paso hasta recordar que los tratados fundacionales de las organizaciones de mayor relevancia en la región: OEA, CAN, MERCOSUR, UNASUR, o la Alianza del Pacífico, todos mencionan como uno de sus objetivos principales: — la integración—.

La Carta de la OEA (1948) en sus Arts. 39.a, 41, 42, 43, 45.f, 46, 52, 94.c, y 99, claramente así lo expresa. A manera de ejemplo, el Art. 42 establece: “Los Estados miembros reconocen que la integración de los países en desarrollo del Continente es uno de los objetivos del sistema interamericano y, por consiguiente, orientarán sus esfuerzos y tomarán las medidas necesarias para acelerar el proceso de integración”. El Acuerdo de Cartagena (1969) que da vida a lo que hoy se conoce como CAN, en el Preámbulo determina “(...) que la integración constituye un mandato histórico, político, económico, social y cultural de sus países”. Así lo ratifican los Arts. 1, 2, 3 y muchos otros que a lo largo del Acuerdo desarrollan las facultades otorgadas a cada organismo y entidad creada para ese fin.

El Tratado de Asunción (1991) que crea el MERCOSUR, igualmente desde el Preámbulo deja claro que lo que se busca es la integración. Así lo ratifica el Art. 1 y en varias ocasiones a lo largo del Acuerdo y protocolos posteriores que mencionan la Asociación Latinoamericana de Integración. En el Preámbulo del tratado fundacional de la UNASUR (2008), se afirma: “(...) la integración suramericana debe ser alcanzada a través de un proceso innovador, que incluya todos los logros y lo avanzado por los procesos del MERCOSUR y la CAN, así como la experiencia de Chile, Guyana y Suriname, yendo más allá de la convergencia de los mismos”. En la misma línea, la más reciente organización, la Alianza del Pacífico (2012), se autodefine como una organización que persigue la “integración profunda”. Ello se extrae del Acuerdo Marco que desde el Preámbulo así lo determina y que lo puntualiza en el Art. 1, así: “las Partes constituyen la Alianza del Pacífico como un área de integración regional”. Y lo ratifica en los Arts. 3, 4 y 8.

El mandato pro integratione como cláusula dormida en el marco del constitucionalismo aspiracional

El mandato *pro integratione* que se ha brevemente expuesto y la problemática de su incumplimiento, podría ser asimilada al término: “cláusula dormida” propuesto por Gargarella y Courtis en materia de derechos. Además, con fundamento en el trabajo de Lane Scheppele de un lado y de otro García Villegas en términos de constitucionalismo aspiracional.³⁹ Si bien Gargarella lo hace más enfocado al “sueño constitucional” que vivieron los derechos fundamentales y los derechos sociales, económicos y culturales durante buena parte del siglo XX en LAC, cabría hacerlo por extensión a otras promesas no cumplidas.⁴⁰ De este modo, los elementos claves de la categoría “cláusula dormida”, son perfectamente adaptables al caso de las cláusulas latinoamericanas de integración o mandato *pro integratione* que se explica en las publicaciones atrás citadas.

Las cláusulas de integración han sido mayoritariamente proclamadas en la ola constitucional de transición del siglo XX al XXI e incluso en algunos países de Europa, resulta difícil encontrar tantas disposiciones constitucionales integradoras o de unión para con sus vecinos.⁴¹ Sin embargo, su función actual resulta más poética que práctica. En referencia a este claro y asimilable ejemplo de “constitucionalismo aspiracional”, el autor de la sala de máquinas, puntualiza:

“(…) la incorporación de ciertas cláusulas constitucionales ambiciosas puede ser una buena manera de apostar al futuro, en pos de un cambio en las condiciones

³⁹ “Aspirational constitutionalism refers to a process of constitution building (a process that includes both drafting and interpretation by multiple actors) in which constitutional decision makers understand what they are doing in terms of goals that they want to achieve and aspirations that they want to live up to.” Kim Lane. *Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models*. I.CON, Volume 1, Number 2, 2003, Oxford University Press and NYU, 2003, pp. 296–324. Ver, Mauricio García. *Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio social en américa latina*. Revista Análisis político, U. Nacional de Colombia, vol. 25, núm. 75, 2012, p. 89-110.

⁴⁰ En relación al concepto de cláusula dormida aplicada a los derechos, ver: ROBERTO GARGARELLA Y CHRISTIAN COURTIS. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Op.cit, pp. 31-33.

⁴¹ El desafío ahora lo tienen las Constituciones del “viejo constitucionalismo” latinoamericano. Por ejemplo, Chile, que se ha caracterizado por ser uno de los países más reacios a este esquema integrador y de apertura para con la región. Juan C. Herrera. *¿La integración latinoamericana será parte del debate constituyente en Chile?* El Mostrador 23-04-2016 <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2016/04/23/la-integracion-latinoamericana-sera-parte-del-debate-constituente-en-chile/> (Último acceso - 21/02/2016).

político-sociales que hoy bloquean el desarrollo o la consolidación de los nuevos compromisos”.⁴²

Para efectos de abordar la internacionalización del derecho constitucional en A. latina, la voluntad política y judicial determinará todo, por lo que precisamente no está de más recordarle a los actores llamados a despertar los mandatos que conceptos tradicionales de soberanía, frontera e incluso de Estado, han cambiado en la realidad y seguirán cambiando.⁴³ Influenciados o forzados por estos cambios, en la actualidad los textos constitucionales de la región están conectados de formas múltiples con la Convención Americana de Derechos Humanos, así como los distintos tratados y convenios internacionales con los que cada Estado se ha comprometido. Bajo este panorama se requiere profundizar y analizar con los respectivos cuidados las ventajas del constitucionalismo multinivel y del pluralismo constitucional.⁴⁴

Dicho esto, dentro del núcleo de trabajo del ICCAL está a manera de ejemplo el objetivo de la difusión de estándares regionales. Prueba de este tipo de investigaciones está que sobre la base de la interpretación de la libertad de expresión y la censura previa en Chile se puedan generar precedentes para que el resto de países de la región cumplan con un estándar mínimo.⁴⁵ Aparte de lo mencionado, también resulta clave trabajar un *ius commune* no solo en el seno del sistema interamericano de los derechos, sino también en organizaciones regionales como el Mercosur, en la que se ha protegido el principio democrático, y se ha ordenado suspender a Paraguay⁴⁶ o Venezuela⁴⁷ por desconocer la cláusula democrática y no facilitar la creación de las condiciones necesarias para el establecimiento del Mercado Común.

Aparte del ejemplo citado y otros gérmenes de integración que se pueden advertir en otras organizaciones, el desarrollo práctico de estos procesos, hasta la fecha ha demostrado que las iniciativas, en su mayoría, han derivado en mera cooperación política. Dada la evidente dependencia de la voluntad

⁴² ROBERTO GARGARELLA, *La Sala de Máquinas*, op.cit. p. 265.

⁴³ RAFAEL BUSTOS. *Integración y pluralismo de constituciones. Hacia una red de constituciones o un constitucionalismo en red*. En *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: un análisis desde la Unión Europea*, coordinado por Alejandro Saiz et al (Coords), 149-173. Oñati: IVAP, 2011.

⁴⁴ AIDA TORRES. *En defensa del pluralismo constitucional*. En *Derecho Constitucional Europeo*, editado por Juan Ugartemendía y Gurutz Jáuregui, 1-26. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

⁴⁵ Por ejemplo, el caso de la última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), Sentencia del 5 de febrero de 2001.

⁴⁶ Crisis democrática en Paraguay del 2012 que derivó en el Laudo 1/2012 del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (TPR).

⁴⁷ Suspensión emitida el 02/12/2016. En la que se confirma la declaración conjunta relativa al funcionamiento del Mercosur y al Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur, expedida el 13/09/2016.

política y judicial, ante esta situación, resulta relevante preguntar: ¿qué hacer en los casos en los que no existe esa “voluntad” integradora? ¿Qué hacer con los actores o sistemas hostiles al constitucionalismo transformador? ¿podría ser la integración regional una de las soluciones a explorar?

Si bien uno de los principales ejes del *ICCAL* es la protección de los derechos y demás objetivos enlistados (*ver tabla 1*), en las etapas posteriores de profundización del proyecto, bajo el marco de promesa central del constitucionalismo común se podría abordar en el corto, mediano y largo plazo el proceso de integración económico, político y social existente en la región. Ello con el objetivo precisamente de poder contar con las ventajas propias de la interdependencia que subyace a los procesos de integración. No es lo mismo para un país X ser obligado a mantener un estándar en materia de derechos humanos bajo la amenaza de ser condenado a pagar una sanción pecuniaria. Que eso, más la presión directa e indirecta de gobiernos nacionales e instituciones regionales recordando los compromisos y promesas centrales de los tratados y las propias constituciones nacionales en materia de integración económica, política y social.

(B) ¿Por qué no puede ser Europa (con métodos distintos en condiciones diferentes), parte del modelo a tener en cuenta?

En 1982, G. García Márquez en el discurso de aceptación del premio Nobel, explicó el tamaño de la soledad de América Latina en los siguientes términos:

¿Por qué la originalidad que se nos admite sin reservas en la literatura se nos niega con toda clase de suspicacias en nuestras tentativas tan difíciles de cambio social?
¿Por qué pensar que la justicia social que los europeos de avanzada tratan de imponer en sus países no puede ser también un objetivo latinoamericano con métodos distintos en condiciones diferentes?⁴⁸

Teniendo como referente la línea argumentativa transcrita, se torna necesario aclarar que el objetivo no es abogar por un neo-colonialismo en plena etapa post-colonial, ni pretender que el evangelio de las teorías europeas sea promulgado en las otrora colonias del derecho continental europeo. No. El

⁴⁸ “No: la violencia y el dolor desmesurados de nuestra historia son el resultado de injusticias seculares y amarguras sin cuento, y no una confabulación urdida a 3 mil leguas de nuestra casa. Pero muchos dirigentes y pensadores europeos lo han creído, con el infantilismo de los abuelos que olvidaron las locuras fructíferas de su juventud, como si no fuera posible otro destino que vivir a merced de los dos grandes dueños del mundo. Este es, amigos, el tamaño de nuestra soledad.” GABRIEL GARCÍA. *La Soledad de América Latina*. The Nobel Prizes 1982. Wilhelm Odelberg (ed.) Stockholm, 1983. Disponible en: http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/literature/laureates/1982/marquez-lecture-sp.html (Último acceso - 26/01/2017).

objetivo es precisamente poder contar con la experiencia y el apoyo de (autores y actores del sector público y privado) de la única región que ha sido capaz de materializar una transición exitosa del antiguo Estado-nación westfaliano al fenómeno que sea que acontezca en la esfera: transnacional, regional, metanacional, supraestatal, post-estatal o supranacional de esa región.⁴⁹ Eso sí, basado en un diálogo recíproco y de *hombro a hombro*.⁵⁰

Dada la madurez y los niveles que el constitucionalismo y el derecho internacional latinoamericano están alcanzado en su inserción global, ya no se trata de estudiar y acercarse a los académicos del norte con el fin de *importar, actualizar o copiar y pegar* como en muchos casos se hiciera en el pasado o como a veces se intenta en el presente.⁵¹ Se trata de *analizar, adaptar, decantar, criticar, filtrar, depurar, rechazar e injertar* para con el debido cuidado *crear e innovar* conforme a las particularidades de los sistemas internacionales y constitucionales de la América Latina por reformular en el siglo XXI.⁵²

La construcción de un “*Ius Constitutionale Commune Europaeum*” ha sido posible dada la interdependencia de la mayoría de las Naciones de Europa occidental y su influencia en otras partes de ese continente. Para efectos de ser más preciso, la experiencia del proceso de integración europeo, sea que fracase o no en el mediano plazo, corresponde a un fenómeno que debería ser tenido en cuenta para la formulación del *Ius Commune en América Latina* o de cualquier otra teoría con alcances supranacionales en la región.⁵³

⁴⁹ Tal y como se precisó, todo sello, nomenclatura, categoría o etiqueta que se le quiera poner al fenómeno llamado UE.

⁵⁰ Sobre el particular, y teniendo en cuenta las particularidades de cada época, vale la pena acercarse a la obra y actitud del con justicia considerado “internacionalista latinoamericano del siglo XX”, Alejandro Álvarez, y la de todos aquellos hombres y mujeres de la región que han emulado los pasos de él y de anteriores a él. Ver, LILIANA OBREGÓN, *Noted for Dissent: The International Life of Alejandro Alvarez*. *Leiden Journal of International Law* 19, n.º 4, Cambridge University Press 2006, 983–1016. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0922156506003724> (Último acceso - 26/01/2017).

⁵¹ Algunas reflexiones y legítimas dudas al respecto son enunciadas por PAOLA ACOSTA. *Enseñar e investigar derecho internacional en Latinoamérica. Un ejercicio de catarsis*. Documentos de Trabajo Núm 46. Departamento de Derecho Constitucional U. Externado, 2015.

⁵² Sobre el particular, es un faro a seguir la concepción y línea de trabajo de los estudios planteados en: CÉSAR RODRÍGUEZ, (Ed). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Siglo Veintiuno XXI Editores, 2011.

⁵³ Lo que considero clave, es la necesidad de recalcar la mala o buena suerte de ser el único proceso de integración con la potencialidad de ser comparado. Está línea argumentativa en la comparación del caso latinoamericano y europeo ha sido adelantada por ANDRÉS MALAMUD. *Regional integration in Latin America: Comparative theories and institutions*. Sociología. Problemas e Prácticas, 44: 135-54, 2004. <http://hdl.handle.net/10071/376> (Último acceso - 30/10/2016).

De contemplarse la integración como uno de los ejes principales para la construcción de un derecho común latinoamericano, resultaría clave y hasta quizá necesario fortalecer las estructuras regionales con esa perspectiva y, de esa manera, tener en cuenta la estructura europea como referente, así como las experiencias en otras partes del globo.⁵⁴

El enfoque sur-sur y el eterno retorno a Europa

Sería desatinado descartar las ventajas del enfoque *sur-sur* para tratar de explorar y aprender de los aciertos y desaciertos de las iniciativas integradoras en África y Asia. Al respecto, por supuesto que resulta pertinente explorar lo aprendido desde 1975 por los 15 países africanos tanto en la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (ECOWAS, por sus siglas en inglés), así como desde 1994 en la (Unión Económica y Monetaria del Oeste Africano (UEMOA, por sus siglas en francés), o lo estructurado en materia de seguridad desde 1992 en la Comunidad para el Desarrollo del África Austral (SADC, por sus siglas en inglés) y que a su vez agrupa otros 15 países del cono sur africano.⁵⁵

De otra parte, la experiencia asiática, concretamente la de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN), que inició en 1967 con 5 países: Indonesia, Malasia, Filipinas, Singapur y Tailandia que a lo largo de la mitad del siglo XX se expandió a Brunéi, Darussalam, Vietnam, Laos, Myanmar (Birmania) y Camboya. Lo anterior permite pensar que en el sur global se podrían estar configurando intentos de integración o cooperación para tener en cuenta respecto de qué se puede emular o incluso rechazar en el proceso latinoamericano.

Sin embargo, para desdicha de unos y regocijo de otros, los caminos parecieran redirigir los intentos comparativos a Europa. Sí bien en Latinoamérica se pueden hacer comparaciones con otras regiones en materia de la triada de los derechos humanos, democracia y Estado de Derecho u otras materias conexas, en relación a la integración no. Como bien lo señala A. Malamud, “el principal inconveniente que encuentran las teorías de la

⁵⁴ El enfoque y cobertura de la revista SUR y la Revista Pensamiento Propio, corresponden a modelos a emular en el estudio del constitucionalismo latinoamericano. <http://sur.conectas.org/es/> / http://www.cries.org/?page_id=33 (Último acceso - 26/01/2017).

⁵⁵ En el papel, la ECOWAS cuenta con división de poderes regionales con Parlamento, Corte de Justicia y Comisión comunitaria. Al respecto, ver: (<http://www.ecowas.int/>). La UEMOA, tiene la particularidad de contar con una moneda única y áreas de trabajo en distintos sectores como agricultura, industria, medio ambiente, energía, entre otros. (<http://www.uemoa.int/>). La SADC contempla entre sus fines el compromiso con la integración regional, erradicación de la pobreza por medio del desarrollo económico y asegurar la seguridad y la paz. (<http://www.sadc.int/>) (Último acceso a los enlaces- 25/01/2017).

integración derivadas del caso europeo es el problema de $n=1$: existiendo un único caso, la comparación es imposible y la generalización fútil”.⁵⁶

¿Por qué Europa?

En la experiencia europea, la parte dogmática y orgánica del constitucionalismo nacional y regional se solapa y conecta de distintas maneras y da lugar a un pluralismo constitucional en red mucho más amplio que en A. Latina. Sobre la base de la experiencia nacional en la división de poderes, con la integración materializada a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, ese fenómeno se replicó en la esfera transnacional. De allí que exista en Luxemburgo un Parlamento Europeo, un Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y en Bruselas un poder ejecutivo en cabeza de la Comisión Europea y el Consejo de la Unión.

De otra parte, aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no hace parte de la UE, el TJUE también interpreta y protege los derechos fundamentales. Por tanto, en forma de tenaza y a pesar de los desacuerdos, las dos Cortes cumplan una labor asimilable a la de una *Corte Constitucional Europea* con una Sala en Estrasburgo para los derechos humanos y otra en Luxemburgo para el control abstracto de la normativa europea. A los poderes descritos, los rodean y apoyan distintos tipos de instituciones e instrumentos que desde instancias supranacionales irradian el poder a los Estados miembros bajo un esquema multinivel.⁵⁷

De otra parte, las Constituciones y legislaciones nacionales, la Convención Europea de Derechos Humanos y el tratado sobre el funcionamiento de la UE y demás acuerdos de base, más la normativa que establece “reglamentos”, “directivas”, “decisiones”, “recomendaciones” y “dictámenes”, etc. Todo lo anterior, permite afirmar la existencia de un claro *corpus iuris* que da vida y forma un *ius commune* en esa específica región del mundo.

⁵⁶ ANDRES MALAMUD. *Conceptos, teorías y debates sobre la integración regional*. En *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: un análisis desde la Unión Europea*, coordinado por Alejandro Saiz et al (Coords), p. 71. Oñati: IVAP, 2011.

⁵⁷ Algunas de las instituciones que permiten el funcionamiento de la UE y de hecho florecer un “*ius commune Europaeum*”, son: (i) [Parlamento Europeo](#); (ii) [Consejo Europeo](#); (iii) [Consejo de la Unión Europea](#); (iv) [Comisión Europea](#); (v) [Tribunal de Justicia de la Unión Europea \(TJUE\)](#); (vi) [Banco Central Europeo \(BCE\)](#); (vii) [Tribunal de Cuentas Europeo \(TCE\)](#); (viii) [Servicio Europeo de Acción Exterior \(SEAE\)](#); (ix) [Comité Económico y Social Europeo \(CESE\)](#); (x) [Comité de las Regiones \(CDR\)](#); (xi) [Banco Europeo de Inversiones \(BEI\)](#); [Defensor del Pueblo Europeo](#); (xii) [Supervisor Europeo de Protección de Datos \(SEPD\)](#); (xiii) [Organismos interinstitucionales](#), entre otras.

Estos instrumentos e instituciones establecen más que meros “deberes” y tienen un poder vinculante directo en los Estados y sus ciudadanos. Es decir, tanto en la parte dogmática como orgánica del constitucionalismo nacional y transnacional de buena parte del continente europeo. Si se toma como referencia el proceso de integración adelantado en Europa, la primera fase de la integración precisamente floreció ahí, en lo económico.⁵⁸ Sobre la base de una regulación organizada en el movimiento de personas y mercancías con el fin mantener la paz y los valores de los acuerdos de posguerra, la iniciativa se trasladó gradualmente al terreno político y social dando lugar a la hoy UE.⁵⁹

¿Existe un corpus iuris latinoamericanum?

En relación al tema del *corpus iuris*⁶⁰ en el caso latinoamericano, de un lado se tienen las Constituciones Nacionales y la Convención Americana de Derechos Humanos. Del otro, la particularidad de ser una de las regiones con mayor número de tratados de comercio y de integración, lo que ha derivado en el ya clásico “tazón de espagueti”.⁶¹

Particularmente, en Latinoamérica ese tazón integrador se está cocinando con un *espagueti* conformado por la OEA (1948), CARICOM (1973), MERCOSUR (1991), SICA (1991), Mesoamérica PPP (2001), ALBA (2004), UNASUR (2008), CELAC (2010) y la Alianza del Pacífico (2011). No obstante, para adobar el proceso, se han agregado simultáneamente a manera de *salsa* un significativo número de tratados multi y bilaterales de comercio. Algunas de las organizaciones mencionadas cuentan con instituciones e instrumentos que podrían ser comparables con los de la UE. No obstante:

¿Tienen a la fecha la potencialidad de ser un todo equiparable para considerar su normativa y los efectos de su accionar parte del corpus iuris latinoamericanum?

⁵⁸ Se toma como punto de partida el proceso de integración materializado mayoritariamente en Europa occidental a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. Con el fin de acotar, esta investigación no aborda aspectos ontológicos propios de ese proceso previo que desbordaría los límites de la misma.

⁵⁹ Ver, LUUK VAN MIDDELAAR. *The Passage to Europe: How a Continent Became a Union*. Yale University Press, 2013.

⁶⁰ “Body of law.” “(1) A body of law, such as the collection of rules relating to a specific subject. (2) A comprehensive collection of the laws of a jurisdiction.” AARON X. FELLMETH AND MAURICE HORWITZ. *Guide to Latin in International Law*. Oxford University Press, 2009.

⁶¹ Ante la cantidad de acuerdos y tratados internacionales, el término “spaghetti bowl” fue introducido por el economista indio Jagdish Bhagwati, quien literalmente describe este fenómeno como “orgy”: “with bodies intertwined and reaching out in different directions”. Jagdish Bhagwati. *US trade policy: The infatuation with FTAs*. Discussion Paper Series No. 726, Columbia University, Department of Economics, 1995.

En materia de *ius commune* de derechos humanos, al analizar la teoría del bloque de constitucionalidad, las constituciones nacionales, la Carta Americana, la jurisprudencia nacional y la de la Corte Interamericana; es posible detectar y concluir que, en materia de derechos, existe y hay altas potencialidades de materializar un *ius commune* con su respectivo *corpus*.⁶² ¿Lo es también en materia de las organizaciones que proclaman buscar la integración? Lo anterior es un área y temática aún no abarcada en mi investigación doctoral.

No obstante, al considerar el rol que el *Ius Commune* podría tener a futuro en el todo (parte dogmática y parte orgánica), precisamente es en materia de integración y de estudios comparados como se podría expandir su acción. Un centro de investigación basado en Europa, en el que confluyen investigadores y expertos de otras latitudes (y que de hecho podría ser replicado con capítulos o sedes en otras partes de LAC), es donde más podría profundizar sus aportes. En estos “nodos”, sería plausible sacar más provecho de los avances constitucionales de lado y lado. Es decir, las experiencias del constitucionalismo del sur en el norte y viceversa.⁶³ Dada la particularidad del MPIL-Heidelberg en materia de Derecho Público, Internacional y Comparado, precisamente en el campo de la integración y en temas globales es donde en el mediano y largo plazo mayores aportes podría dar a la región.⁶⁴

⁶² LAURENCE BURGORGUE-LARSEN. *La Corte IDH como Tribunal Constitucional*. En Héctor Fix-Fierro et al, *Ius Constitutionale Commune En América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. Op Cit, p. 434.

⁶³ Como bien lo señalan los representantes directos de la iniciativa: “we think that the Latin-American path is of interest for other parts of the world, in particular because of its comparative and multilevel dimensions. But also for scholars from countries where transformative constitutionalism is not common, there are reasons to engage with the Latin American contributions to constitutionalism. They afford the opportunity to consider the extent to which the constitutional conceptions of the ‘global North’ can truly claim to be universal. At the same time, Latin American constitutionalism has a lesson for those who see key concepts of Northern constitutionalism as exhausted”. XIMENA SOLEY et al. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism*. Op.cit p. 6; o en una línea crítica Sikkink “(...) the Global North have silenced voices in the developing world and imposed Northern values upon them, they too have silenced the past by not investigating very carefully sources from the developing world itself. So, this short article is a plea of sorts for attention to the possibility of Southern protagonism at many stages of global norm development and global governance. KATHRYN SIKKINK. *Latin America’s Protagonist Role in Human Rights*. SUR 22 (2015). <http://sur.conectas.org/en/latin-americas-protagonist-role-human-rights> (Último acceso - 08/02/2017).

⁶⁴ A manera de ejemplo, los temas y principales proyectos del instituto: <http://www.mpil.de/en/pub/research/projects/institutional-projects.cfm> (Último acceso - 30/10/2016).

(C) *¿Y la integración para qué? ¿Podría contribuir al acceso a la sala de máquinas de las constituciones nacionales?*

En principio, se podría pensar que el acceso a la sala de máquinas podría darse exclusivamente o por vía de reforma o por medio de sustitución constitucional. Sin embargo, ¿cuándo llegará ese nuevo *momentum*⁶⁵ constitucional? Pensar de forma progresiva permite organizar las ideas de cara a los desafíos del siglo. Una mirada rápida a la vida de las constituciones latinoamericanas, permite concluir que, desde finales de la década de los ochentas, las constituciones de América Latina han sido ampliamente reformadas o sustituidas.⁶⁶ Si se tiene en cuenta el descuidado cálculo elaborado por *The Economist* “(...) “The average lifespan of a Latin American constitution is 16.5 years; in western Europe, it is 77”.⁶⁷

Bastante discusión podría tener la precisión del dato ofrecido respecto de los datos de Europa central u oriental y sí se incluyera a Europa como un todo; tal y como lo pretende hacer con LAC. En el caso latinoamericano, el dato varía si se trata del norte, centro y/o el sur del continente o si solo se estudia el caribe (*tal y como está presentado en las tablas 2 a 5*). A manera de ejemplo, no es lo mismo la primera etapa de turbulencia descolonizadora del siglo XIX, que lo transcurrido al inicio y final del siglo XX en cada una de las subregiones comparadas.⁶⁸

Las sustituciones constitucionales y las enmiendas son fenómenos complejos de promediar y obedecen a distintos factores. Por tal motivo, debería tenerse en cuenta las particularidades del caso por caso y ser más cuidadoso en las generalizaciones. No obstante, la relevancia del “dato” cobra

⁶⁵ *Del lat. momentum. Momento, movimiento o impulso.* El término se usa en Física, Química y otras áreas de las ciencias exactas. Sin embargo, la noción que aplico en materia constitucional corresponde a una cercana a la que se usa en Psicología (*psychological momentum*) y que determina el evento o la serie de eventos positivos o negativos que tienen la potencialidad de efectuar un cambio cognitivo. En nuestra área de trabajo, aplicado a momentos de tal magnitud, con la capacidad de instaurar un nuevo orden constitucional o de alto impacto.

⁶⁶ Sobre el particular, se recomienda consultar —*Comparative Constitutions Project*— en el cual se encuentran disponibles los datos (incluye meta-data) de todas las constituciones y sus respectivas reformas en la historia. Disponible en: <http://comparativeconstitutionsproject.org/chronology/> (Último acceso - 30/10/2016).

⁶⁷ *The Economist* 15 march 2014. “*Changing constitutions. All shall have rights*”. <http://www.economist.com/news/leaders/21599002-latin-americas-politicians-fiddle-far-too-much-their-constitutions-all-shall-have-rights> (Último acceso - 30/10/2016).

⁶⁸ Con el fin de demostrar la volatilidad del dato y atacar la generalización que se pretende, a continuación, el número de constituciones expedidas en la historia de algunos países pertenecientes tanto a Europa como a las Américas: Albania 9, Bolivia 17, Brasil 7, Chile 6, Colombia 8, Cuba 8, España 13, México 8, Francia 15, Grecia 12, Polonia 8, Portugal 6, Rumania 8, Rusia 6, Suecia 2, Suiza 7 y Venezuela 22. Los datos fueron extraídos de: <http://comparativeconstitutionsproject.org/chronology/> (Último acceso - 10/02/2017).

vida en el marco del constitucionalismo aspiracional. ¿Variará el *momentum* de la reforma o la sustitución? ¿Habrá sustitución constitucional en 16, 30, 40 o 77 años? ¿Será progresista o regresiva? ¿En ese *momentum* constitucional se podrá tener acceso a la sala de máquinas de las Constituciones?

Como se expresó, a la fecha, las cláusulas de integración latinoamericana son una mera promesa, una cláusula dormida. Dadas las particularidades y limitaciones de la disciplina constitucional para predecir el futuro e incluso para entender el presente, prefiero coincidir con Carlos Gaviria y su versión de utopías parciales o con Gargarella en que más que la búsqueda de cambios maximalistas, la vía podría estar en reformas o incluso en el replanteamiento de concepciones que ni si quiera modifiquen los textos.

Despertar el mandato —*pro integratione*—, de la mano con otras promesas y principios constitucionales, podría contribuir a potenciar el constitucionalismo transformador. El debate regional que implica una integración regional y la interdependencia que debería surgir de alguna de las organizaciones y tratados del *tazón de espagueti* (o de las que estarán por venir), constituye precisamente una oportunidad. De este modo se podría explorar como desde la esfera trasnacional se puede influir directa o indirectamente el cumplimiento del estándar del nuevo constitucionalismo; con la claridad que ya no solo sea en la esfera de la protección de los derechos fundamentales sino también en lo económico, político y social.⁶⁹

De ser exitosa la “receta” propuesta por el ICCAL u otras aproximaciones de calado regional, el gradual proceso de construcción de un sistema *común* podría estar desarmonizado si no se estudia la parte dogmática y orgánica bajo la perspectiva de la integración. Para ilustrar mi punto el caso español resulta relevante. En España la reforma constitucional es considerada un “tabú”⁷⁰ y en general podría considerarse una Constitución aversiva en términos de K.L. Scheppele.⁷¹ Sobre el particular, las dos reformas constitucionales que ha

⁶⁹ Como ejemplos paradigmáticos, los casos ya citados de Paraguay y Venezuela por parte del Mercosur en materia democrática y económica. Nótese que ya no son solo deberes, sino que se trata del cumplimiento de las obligaciones derivadas del compromiso integracionista que emigra de la poesía del papel a la realidad.

⁷⁰ “La Constitución expresa (...) ciertas querellas que en el pasado dividieron a los españoles de forma trágica. La Constitución se elaboró con la memoria de la guerra civil.” VÍCTOR FERRERES. *Una defensa de la rigidez constitucional*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, p. 23, 2000.

⁷¹ “Aversive constitutionalism, (...) calls attention to the negative models that are prominent in constitution builders’ minds. Constitution builders may have only the vaguest sense of where they are going and how they should get there; more often, they have a clearer sense of what it is that they want to avoid. (...) is backward-looking, proceeding from a critique of where past (or other) institutions and principles went badly wrong and taking such critiques as the negative building blocks of a new constitutional order”. KIM LANE SCHEPPELE. *Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models*. op cit. p. 300.

tenido la Constitución de España (1978), han provenido precisamente de la esfera externa. La presión y pertenencia a la Unión Europea ha obligado a reformar en 1992 el Art. 13.2 en materia de “sufragio pasivo” para que ciudadanos extranjeros de la UE pudiesen votar a las elecciones municipales. Además, en 2011 se vieron forzados a introducir en el Art. 135 la “estabilidad presupuestaria” con el fin de controlar los desbordados gastos del país ibérico. El citado, se configura como un ejemplo de la presión regional por armonizar el estándar *commune* en la parte dogmática y orgánica del constitucionalismo español y regional.

De otra parte, —a manera de tenaza—, la existencia del artículo 10.2 ha permitido que España procure mantener un estándar europeo e internacional en materia de interpretación de derechos humanos y ha obligado a dejar de un lado vetustas interpretaciones y concepciones del rol del derecho constitucional.⁷² En otros casos, continua.⁷³

VI. *Consideraciones Finales*

¿Es posible consolidar un *Ius Commune* en América Latina sin contemplar la integración económica, política y social? Para responder de forma negativa a esta pregunta, el presente artículo presenta y analiza los principales postulados del ICCAL en relación al campo de acción de la teoría y su núcleo en las dos esferas principales del Derecho Constitucional. Conforme a las categorías usadas, en la sala de navegación de la Constitución (parte dogmática) así como en la sala de máquinas (parte orgánica).

Con el objetivo de alimentar un constructivo debate y en especial de ampliar la capacidad de influencia, este artículo ha planteado unas preguntas abiertas en relación a la viabilidad de que la construcción de un *ius commune* contemple entre sus objetivos: (A) contribuir a la formación o perfeccionamiento de un bloque regional; (B) considerar a Europa (con métodos distintos y los respectivos cuidados), como parte del modelo de integración a comparar; y (C) contemplar la integración regional como opción para acceder a la sala de máquinas de las constituciones nacionales.

Dada la existencia de lo que el texto asocia a una “cláusula dormida” en materia de integración regional y dentro del marco del constitucionalismo

⁷² ALEJANDRO SAIZ. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

⁷³ A manera de ejemplo, la STC 145/2015 relacionada con la sanción de un farmaceuta en Sevilla que se negaba a disponer de la “píldora del día después” y de preservativos en su farmacia. La protección de la libertad de conciencia vinculada a la libertad ideológica, fue ampliamente criticada por el sesgo ideológico y demás errores técnicos explicados en detalle en los votos concurrentes y particulares.

aspiracional; se señala la necesidad de despertar de su sueño constitucional a esta relevante promesa central contemplada en constituciones claves de la región. Con intermedia o mayor apertura, estas cláusulas establecen una aspiración clara en relación a la integración. El mandato constitucional *pro integracione*, podría y tendría la potencialidad de replantear o permear los sistemas hostiles al constitucionalismo transformador y a los objetivos globales de consolidar un *ius commune* en América Latina.

El enfoque integracionista no requiere una reforma maximalista ni tratar de reformular el “todo” ni pretende generar un antes y un después en la historia. Todo lo contrario, simplemente utilizar las cláusulas y herramientas existentes en el marco de utopías realizables. Ello, con el fin de multiplicar las buenas experiencias de países como Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica o México en todo el campo de acción del derecho constitucional e internacional *commune*. La propuesta es usarlas ya sea desde la esfera nacional o *supra* con el fin de que los actores implicados se vean compelidos a sintonizar un estándar constitucional a la altura de las conquistas y desafíos del presente siglo, y no convidados de piedra o custodios de las doctrinas y prácticas del pasado.

