

¿LA DEMOCRACIA COMO PRINCIPIO DEL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN AMÉRICA LATINA? CONSTRUCCIÓN, RECONSTRUCCIÓN Y DESAFÍOS ACTUALES PARA LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Mariela MORALES ANTONIAZZI*

SUMARIO: I. *Una cuestión preliminar: el contexto.* II. *El corpus iuris interamericano y la democracia: la construcción del principio.* III. *¿Reconstrucción del principio democrático en virtud de la desconstitucionalización?* IV. *Reflexión conclusiva.*

La conmemoración del bicentenario de la independencia y del surgimiento de las primeras Constituciones en América Latina es una ocasión propicia para aproximarse, de modo retrospectivo y prospectivo, a la creciente construcción de un *ius constitutionale commune* en materia de protección de la democracia, bajo una concepción comprensiva de los derechos humanos¹ e inclusiva de una protección configurada por los diversos órdenes

*Magíster Legum (LL.M) de la Universidad de Heidelberg, Alemania; referentín para Latinoamérica del Instituto Max Planck de Derecho Público Internacional y Derecho Público Comparado, Heidelberg, Alemania.

¹ En la doctrina se introduce el término “Carta Interamericana de Derechos Humanos” aludiendo al omnicomprensivo marco jurídico integrado por todos los instrumentos del sistema, Carta de la OEA, Declaración Americana, Convención Americana, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad,

normativos (interamericano y nacional), en conformidad con los desarrollos del derecho internacional.² El objetivo principal de esta contribución es sostener la tesis que el *corpus iuris* común³ en América Latina se ha configurado en función de la garantía de la democracia en un sentido

Carta Democrática Interamericana. Cfr. Fajardo Morales, Z. A., “La plena vigencia de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre: una utopía por construir”, *American University International Law Review*, 2009, 25 AMUILR 77. Para la comprensión de esta concepción en perspectiva comparada, Cfr. Úbeda de Torres, A., *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, 2007.

² Hace dos décadas comenzó a hablarse de una nueva era de democracia, paz y unidad. Específicamente para el caso Europeo en la Carta de París por una nueva Europa, se resalta que: “Los derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio de todos los seres humanos, son inalienables y están garantizados por la ley. Su protección y fomento es la primera responsabilidad de los gobiernos. Su respeto es una salvaguardia esencial contra un excesivo poder del Estado. Su observancia y pleno ejercicio son la base de la libertad, la justicia y la paz”. Cfr. http://www.osce.org/documents/mcs/1990/11/4045_es.pdf. Otro documento referencial es la Declaración universal sobre la democracia, adoptada por el Consejo Interparlamentario en Egipto en 1997 (con la reserva de China), en la que se pone de relieve que la democracia es un ideal universalmente reconocido y un objetivo basado en valores comunes compartidos y entre sus principios se menciona que “Como ideal, la democracia trata fundamentalmente de mantener y promover la dignidad y los derechos fundamentales del individuo, garantizar la justicia social, facilitar el desarrollo económico y social de la colectividad, reforzar la cohesión de la sociedad...”, cfr. <http://www.unesco.org/cpp/sp/declaraciones/democracia.htm>. Existen incluso iniciativas para explorar los mecanismos y las condiciones previas para realizar “un referéndum global” en la población del mundo que consulte la posibilidad de establecer un sistema democrático global. Cfr. <http://www.kdun.org/es/documents/2010declaration.pdf>.

³ Aludiendo a la cultura común en materia de derechos fundamentales y destacando que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (abril 1948) es anterior a la universal (diciembre 1948), Laurence Burgorgue-Larsen enfatiza la profunda metamorfosis que ha tenido lugar en las Américas, que ya no tiene un puro valor simbólico o declarativo. Cfr. Burgorgue-Larsen, L., “El papel de la Corte Interamericana de derechos humanos en la creación de una cultura común en materia de derechos fundamentales en América Latina”, García, Ricardo Alonso, *Hacia una Corte de Justicia Latinoamericana*, Valencia, AMELA, 2009, pp. 139-163. Cfr. también Aguilar Cavallo, G., “Emergencia y consolidación de un derecho americano de los derechos humanos”, en Bogdandy, A. von, Piovesan, F. y Morales Antoniazzi, M. (eds.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2010, pp. 397-435; Humberto Nogueira Alcalá habla del bloque constitucional de derechos fundamentales en América Latina. Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, “El bloque constitucional de derechos fundamentales en América Latina y su aplicación en Chile y América Latina”, *ibidem*, pp. 494 y ss.

amplio,⁴ que abarca no solo la procedimental (focalizada en las elecciones y la participación política)⁵ sino la sustancial⁶ (vinculada a la gramática de los derechos humanos),⁷ incluyendo la dimensión social⁸ y que procura

⁴ Arrighi, J. M., “Derecho internacional y democracia en el sistema interamericano”, *Estudios de derecho internacional*, Santiago de Chile, 2008, pp. 503-521. Para la comprensión de esta concepción en perspectiva comparada, *Cfr.* Úbeda de Torres, *op. cit.*

⁵ Tradicionalmente el derecho al sufragio, la libertad de expresión, la libertad de asociación se han considerado componentes intangibles de la democracia. En relación con el amplio espectro de categorías híbridas que hoy se constatan en el mundo que han surgido en los últimos años, se deja evidenciado que la mayoría de los regímenes políticos comparten elementos de la democracia y del autoritarismo, *Cfr.* Szmolka Vida, I., “Los regímenes políticos híbridos: democracias y autoritarismos con adjetivos. Su conceptualización, categorización y operacionalización dentro de la tipología de regímenes políticos”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 147, Madrid, enero/marzo de 2010, pp. 103-135.

⁶ En palabras de Ferrajoli sería la democracia sustancial una respuesta a la crisis de la democracia formal, por cuanto los poderes públicos no se sujetan a la ley, y por tanto surgen nuevas formas de absolutismo en el ejercicio del poder debido a la carencia de límites y controles adecuados, Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta. 1999, p. 17.

⁷ La interdependencia entre democracia y derechos humanos quedó plasmada universalmente, aunque de modo declarativo, en el párrafo octavo de la Declaración de la Conferencia mundial de Viena de 1993. En palabras de Jürgen Habermas significa: “los derechos humanos hacen posible el proceso democrático, sin el cual ellos, a su vez, no pueden positivizarse y concretizarse en el marco de un Estado Constitucional garantista de los derechos humanos”, Habermas, J., *Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte* (paper de discusión). Traducción de la autora

⁸ Según el artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana (CDI) un componente fundamental del ejercicio de la democracia es el respeto por los derechos sociales. En el plano internacional un paso importante ha sido el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PF-PIDESC), que establece tres procedimientos internacionales de protección: un procedimiento de comunicaciones individuales, un procedimiento de comunicaciones interestatales y un procedimiento de investigación de violaciones graves o sistemáticas de los derechos económicos, sociales y culturales. *Cfr.* Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 2008, Instituto Interamericano de Derechos Humanos /Comisión Internacional de Juristas, 2008. http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1375160761/CIJ%20comentario%20PF-PIDESC.pdf. A nivel de los Estados, como lo expresa Camilo Castellano, se trata en esencia de la forma de “Estado social de derecho” consagrada en la mayoría de las Constituciones latinoamericanas y que “supone politización de lo social, al tiempo que socialización de lo político; esto es, hacer de la igualdad el fin del Estado, garantizando una seguridad social básica para todos y la mayor igualdad de oportunidades, al tiempo que la creación de una compleja trama de asociaciones que den forma política a los intereses sociales y puedan incidir en el curso del Estado”. *Cfr.* Castellano, C., “Autoritarismo o democracia”, *Cuando la excepción es la regla. Colombia: estados de*

unos estándares mínimos de exigibilidad⁹ con base en la no discriminación.¹⁰ América Latina, caracterizada por la desigualdad y la exclusión,

excepción y régimen político, Colección Información en Derechos Humanos, núm. 2, Bogotá, 2005, p. 190. Cfr. Arango Rivadeneira, R., “Los derechos sociales en Iberoamérica: Estado de la cuestión y perspectivas de futuro”, Bogdandy, A. von, Piovesan, F. y Morales Antoniazzi, M. (eds.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 379-396.

⁹ Para un análisis actualizado de las características de esta exigibilidad, cfr. Documento de la OEA-PNUD, La democracia de ciudadanía. Una agenda para la construcción de ciudadanía en América Latina, Secretaría General de la Organización de Estados Americanos y del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2009, disponible en <http://www.nuestrademocracia.org/pdf/OeaPnud-DemocraciaDeCiudadania-2009.pdf> (consulta: 30 de septiembre de 2009). Un paso importante ha sido el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PF-PIDESC), que establece tres procedimientos internacionales de protección: un procedimiento de comunicaciones individuales, un procedimiento de comunicaciones interestatales y un procedimiento de investigación de violaciones graves o sistemáticas de los derechos económicos, sociales y culturales. Cfr. Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 2008, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comisión Internacional de Juristas, 2008 http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1375160761/CIJ%20comentario%20PF-PIDESC.pdf.

¹⁰ El principio de igual dignidad de todos los seres humanos constituye los cimientos del edificio de los derechos humanos, es el punto de encuentro entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales y emana justamente de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Desde 1984 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su opinión consultiva OC-4/84, advierte que el principio de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona...En su opinión consultiva OC-18/03 de 2003, entre otros, la Corte IDH ha dejado sentado el criterio de que el principio de no discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos consagra la igualdad entre las personas e impone a los Estados ciertas prohibiciones, donde las distinciones basadas en el género, la raza, la religión, el origen nacional, se encuentran específicamente prohibidas en lo que se refiere al goce y ejercicio de los derechos sustantivos consagrados en los instrumentos internacionales. En el informe del PNUD (2004), se plantea sabiamente la agenda de: cómo pasar de una democracia cuyo sujeto es el elector a una cuyo sujeto es el ciudadano que tiene derechos y deberes expandidos, en el campo político, civil y social; cómo pasar de un Estado de “legalidad trunca” (concepto de O’Donnell) da a un Estado con alcance universal en todo el territorio y cuyo principal objetivo sea garantizar y promover los derechos, un Estado de y para una nación de ciudadanos; cómo pasar de una economía concebida según los dogmatismos del pensamiento único a otra con diversidad de opciones, y cómo construir un espacio de autonomía en la globalización. Se trata, en fin, de llenar de política a la sociedad y, consecuentemente, de sociedad a la política”. PNUD, *La democracia en América Latina: Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Nueva York, 2004, p. 182. Como se apunta en la doctrina, el derecho fundamental a no sufrir discriminación comprende dos mandatos jurídicos de igual rango y exigibilidad: igual-

pues 180 millones de personas viven en pobreza en la región y 71 millones en indigencia,¹¹ demanda inexorablemente la concretización de los derechos sociales fundamentales como base de la democracia. Ello implica igualmente la deconstrucción del modelo dominante de Estado soberano y homogéneo,¹² para dar paso al pleno reconocimiento de un sistema normativo multinivel y plural,¹³ convergente y no dicotómico.¹⁴ Esta evolución se refleja, entre otros aspectos, en la recepción de la jurisprudencia interamericana por la justicia constitucional, la justiciabilidad de los derechos sociales, los derechos de los pueblos o comunidades indígenas, el control de convencionalidad, la labor de los tribunales constitucionales en la salvaguarda de la democracia, emergiendo un *ius publicum commune*¹⁵ bajo el signo de la integración jurídica.¹⁶ Se argumenta, en segundo lugar, que este proceso de construcción de un *corpus iuris* democrático común no

dad de trato e igualdad de oportunidades. Cfr. por ejemplo, Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Rivera Maldonado, A., “El caso Mininuma: un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 59, México, 2009, 251, pp. 89-122.

¹¹ Panorama social de América Latina 2009, Naciones Unidas Cepal, Chile, 2009, p. 8 <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/9/37859/PSP2009-Sintesis-lanzamiento.pdf>.

¹² Los Estados nacionales se formaron bajo el prisma de la homogeneidad. Para un estudio exhaustivo sobre la nueva normatividad indígena, las reivindicaciones multiculturales y las resistencias homogeneizadoras, Cfr. L. Giraudó (ed.), *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América latina contemporánea*, CEPC, Madrid, 2008.

¹³ Un rasgo claro es el pluralismo normativo. Un ejemplo lo muestra la nueva Constitución de Bolivia (artículo 190 ss.). Cfr. Andaluz, H., “La estructura del sistema jurídico: las relaciones entre las fuentes del derecho en la constitución vigente”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2010, pp. 38 y ss. Néstor Sagüés sostiene que las integraciones pluriétnicas deben servir para el diálogo y no para fraccionar al Estado. Cfr. Sagués, N., “Cultura constitucional y desconstitucionalización”, *ibidem*, p. 102.

¹⁴ Piovesan, F., *Direitos humanos e justiça internacional*, São Paulo, 2007, p. 14.

¹⁵ Entendido principalmente desde la fuerza normativa que ha tenido la jurisprudencia transnacional, en el caso latinoamericano, producto del diálogo vertical y horizontal entre los tribunales “constitucionales, con fundamento en la premisa del reconocimiento de la “común humanidad”, la naturaleza humana compartida, expresada en los derechos humanos. Carozza, P. G., “My friend is a stranger the Death Penalty and the Global *Ius Commune of Human Rights*”, *Texas Law Review*, 81 (2003) 3, pp. 1031-1089.

¹⁶ Bogdandy, A. von y Morales Antoniazzi, M., “Presentación”, en Bogdandy, A. von, Landa Arroyo, C. y Morales Antoniazzi, M. (eds.), *¿Integración suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. IX-XXXI.

está exento, sin embargo, de momentos de “desconstitucionalización”¹⁷ y se cuestiona la dimensión y significado de la “preservación de la institucionalidad democrática”. Para ello se utiliza el ejemplo de la supresión de la garantía democrática de la no reelección. En razón de que les corresponde a los tribunales constitucionales cumplir su rol de garantes del control del poder público y del amparo efectivo de los derechos humanos para concretar la progresiva normatividad de las Constituciones, se estima que la intangibilidad del núcleo de la democracia y la identidad constitucional pueden ser útiles como fórmulas fortalecedoras de la capacidad del derecho para incidir en la vida social, sin llegar al fetichismo,¹⁸ ni a la función de hipertrofia simbólica de los textos constitucionales.¹⁹

El presente trabajo se divide en cuatro partes y ofrece un enfoque que enfatiza los estándares de la Carta Democrática Interamericana (CDI) como parte de un acervo doctrinal, normativo y jurisprudencial en progresiva formación, que ha ido moviendo las fronteras²⁰ para posibilitar una interpretación constitucional conforme a los valores democráticos y a los derechos fundamentales. En la primera parte (I), se analiza brevemente el contexto interamericano de la protección de la democracia. Seguidamente (II), el estudio se concentra en el *corpus iuris* interamericano para demostrar que la democracia constituye un principio supranacional de seguimiento obligatorio. La CDI, como marco jurídico, aun cuando no sea *strictu sensu* un instrumento vinculante, pone en evidencia que en el sistema interamericano se pasó de la no-intervención (aho-

¹⁷ Parafraseando a Marcelo Neves en sentido contrario, porque el habla de episodios de constitucionalización simbólica, *cfr.* Neves, M., “La concepción del Estado de derecho y su vigencia práctica en Suramérica, con especial referencia a la fuerza normativa de un derecho supranacional”, *ibidem*, pp. 52.

¹⁸ Cepeda, M. J., “La defensa judicial de la Constitución: la gran fortaleza colombiana”, en Cepeda Ulloa, F. (ed.), *Fortalezas de Colombia*, Bogotá, Ariel-Banco Interamericano de Desarrollo, 2004.

¹⁹ *Cfr.* Neves, M., *A Constitucionalização simbólica*, 2a. ed., São Paulo, 2007.

²⁰ Expresión que utiliza Sergio García Ramírez, ex magistrado y ex presidente de la Corte IDH al aludir que las fronteras se han desplazado “pro homine, en favor del ser humano, sin aventuras, que no serían plausibles ni manejables, pero con rigor, constancia y espíritu de progreso”. *Cfr.* García Ramírez, “Panorama sobre la Corte Interamericana de derechos humanos”, en Méndez-Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, 2008, pp. 112 y ss.

ra se habla de la no indiferencia)²¹ a la promoción y protección de la democracia y de los derechos humanos, inspirada por una doctrina de la vida digna e impregnada por la dimensión social, propia del contexto latinoamericano. No obstante, también se evidencian algunas amenazas y retrocesos en cuanto a la exigibilidad de los elementos y fundamentos de la democracia previstos en la CDI y que se exponen bajo el caso ejemplar de la (no) reelección presidencial (III) con base en la sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-141 del 26 de febrero de 2010. Por último, se hace una reflexión final a título de conclusión para destacar que los conceptos de la protección del núcleo de la democracia y de la identidad constitucional pueden ser antídotos a la desconstitucionalización y estas herramientas se encuentran en armonía absoluta con la amplia dimensionalidad de la protección de la democracia prevista en el ámbito interamericano (IV).

I. UNA CUESTIÓN PRELIMINAR: EL CONTEXTO

En 2010, habiendo transcurrido más de seis décadas de la Declaración americana de derechos y deberes del hombre, firmada en Bogotá; más de cinco décadas de la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), más de cuatro décadas de la suscripción del llamado Pacto de San José y más de tres décadas de la instalación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) y de la vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH),²² se ponen de relieve los avances en cuanto a la protección del binomio democracia-derechos humanos en América Latina.

²¹ Brasil, como el actor global y regional de mayor relevancia actual en América Latina, divulga este principio en el ámbito de los derechos humanos. Cfr. Amorim, C., “O Brasil e os Direitos Humanos: em busca de uma agenda positiva”, *Revista Política Externa*, vol. 18, num. 2, disponible en: <http://www.itamaraty.gov.br/temas/direitos-humanos-e-temas-sociais/o-brasil-e-os-direitos-humanos-em-busca-de-uma-agenda-positiva/view>. Brasil asume una postura de hegemonía consensuada y exhibe sus valores democráticos para lograr alianzas en favor de esta agenda. Cfr. Burges, S. W., “Consensual Hegemony: Theorizing Brazilian Foreign Policy after the Cold War”, *International Relations* 22 (1), 2008, pp. 65-84.

²² Todos los documentos básicos del sistema interamericano de derechos humanos están disponibles en: <http://www.cidh.org/basic.esp.htm>.

Sin hacer alusión al concepto de la democracia, noción ampliamente debatida²³ y asumiendo que es un fenómeno dinámico y expansivo,²⁴ que tiene implícitos valores y principios, está claro que no existe un consenso sobre su teoría y sus postulados porque depende de la concepción de democracia que se adopte. Sin embargo, sí puede constatararse un consenso universal y fundamentado en bases jurídicas respecto a las condiciones para calificar un Estado como democrático.²⁵ Tanto el derecho internacional,²⁶ el derecho comparado²⁷ así como la teoría constitucional y política²⁸ coinciden en los elementos esenciales del contenido clave del principio democrático en relación con la organización del poder público,²⁹ entre ellos, gobernantes con legitimidad a partir de elecciones

²³ Acerca de la noción de democracia no sólo existe abundante bibliografía desde todas las perspectivas (filosófica, política, jurídica), sino que constituye uno de los temas más dinámicos y de permanente actualidad. Desde el siglo de las luces pasando por la revolución francesa y el tiempo entre guerras (C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlín, 1928) hasta la fase iniciada en la década de los ochenta del siglo XX, ha estado presente el debate sobre la democracia. En la ciencia política la democracia se fundamenta en la voluntad del pueblo, libremente expresada, para determinar su propio régimen político, económico, social y cultural, y en su plena participación en todos los aspectos de la vida. Carpizo, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007. La última etapa ha estado signada por el fenómeno de la “desdibujación” de los límites de la estatalidad (Sommermann, K. P., “Der entgrenzte Verfassungsstaat”, *KritV* 81, 1998, p. 404- 412). Véase también Arango Rivadeneira, R. (ed.), *Filosofía de la democracia, fundamentos conceptuales*, Bogotá, 2007.

²⁴ Carpizo, “El contenido material de la democracia: tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano”, en Bogdandy, A. von, Piovesan, F. y Morales Antoniazzi, M. (eds.), *op. cit.*, 2010, p. 3.

²⁵ Bogdandy, A. von, “Globalización y Europa: cómo cuadrar democracia, globalización y derecho internacional”, *Evolución y tendencias del derecho europeo*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3 (2006) 9, pp. 13-39.

²⁶ Franck, T., “The Emerging Right to Democratic Governance”, *A.J.I.L.*, 1992, p. 46; Frowein, J. A., “Konstitutionalisierung des Völkerrechts”, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, 2000, pp. 427, 431 y ss. En esta era del derecho global se habla del principio de horizontalidad como sinónimo de democratización. *Cfr.* Domingo, R., *The New Global Law*, Cambridge, 2010, pp. 181 y ss.

²⁷ Dorsen, N. et al., *Comparative Constitutionalism*, 2003, pp. 1267 y ss.

²⁸ Sartori, G., *Demokratiethorie*, 1992, pp. 40 y ss.

²⁹ El debate teórico sobre el contenido del principio democrático adquiere su máxima relevancia en el nivel supranacional. *Cfr.* Bogdandy, A. von, “Una idea controvertida se convierte en derecho: consideraciones acerca de la democracia europea como principio jurídico”, en Bogdandy, A. von, Landa Arroyo, C. y Morales Antoniazzi, M. (eds.), *op. cit.*, pp. 633-646; Bogdandy, A. von y Bast, J., “Founding Principles”, *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2010, pp. 47 y ss. En un principio,

populares generales, iguales, libres y periódicas, un poder público ejercido de conformidad con el Estado de derecho y limitado mediante una posibilidad garantizada de cambio en el poder y el respeto de la persona humana.³⁰

El derecho a la democracia es una creación reciente y se inscribe dentro de la denominada por Cançado Trindade como la “era de la internacionalización de la democracia”,³¹ tal como ha tenido lugar la internacionalización de los derechos humanos y la humanización del derecho internacional contemporáneo.³² A nivel global, regional o subregional ha surgido el debate acerca de la existencia de un derecho humano a la democracia.³³ En efecto, la cuestión democrática ha sido una preocupación cada vez más central de las organizaciones internacionales y del derecho internacional desde el final de la Guerra Fría (1947-1991). Algunas organizaciones regionales, tales como el Consejo de Europa (COE) y la Organización de Estados Americanos (OEA), ya habían proclamado la

Comunidades Europeas eran reticentes a insertar una referencia directa a la democracia y los derechos humanos en el derecho originario, dada la desconfianza de los Estados miembros y su resistencia a la cesión de soberanía, pero hoy día el debate ha sido superado, gracias a la actividad del TJCE (ahora TJUE), como la regulación en los Tratados. Para el análisis evolutivo, Cfr. Ûbeda de Torres, A., “La evolución de la condicionalidad política en el seno de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 32, enero/abril de 2009, pp. 49-88. Morales Antoniazzi, M., “La ampliación y su condicionalidad democrática en el Mercosur”, en Dreyzin, A. y Morales, M. (eds.), *Ampliación del Mercosur: El caso Venezuela*, Buenos Aires, 2009, pp. 152 y ss. El tema democrático formó parte del debate posConstitución. Se argumentó que la Unión Europea, pegada todavía a sus orígenes iusinternacionalistas, “ha de pasar por la democracia nacional para crear la democracia europea. Así, un texto constitucional negociado en el nivel supranacional por los actores políticos europeos resultó paralizado por los Referenda negativos de dos Estados miembros”; Aldecoa Luzarraga y Guinea Llorente, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 13, mayo de 2007, “¿Hacia dónde va la Unión Europea? La salida del laberinto constitucional ante el Consejo Europeo de junio de 2007”. Pero el Tratado de Lisboa ya contempla un Título relativo a los principios democráticos. Cfr. http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/index_es.htm.

³⁰ Cfr. Brewer-Carías, *Democracia. Sus elementos y componentes esenciales y el control del poder*. Documento elaborado para la obra grandes temas para un observatorio electoral ciudadano, México, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2007.

³¹ Cançado Trindade, A. A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Barcelona, Jurídica de Chile, 2001, pp. 147-183. Cfr. también Arrighi, J. M., “Democracia, derechos humanos y derecho internacional”, en Méndez-Silva (coord.), *op. cit.*, t. II, pp. 79-87.

³² Piovesan, F. *op. cit.*, pp. 7 y ss.

³³ Una iniciativa interesante se encuentra en “The Great Lakes Pact Protocol on Democracy and Good Governance”, 2006, Cfr. <http://www.icglr.org>.

democracia como un objetivo antes de comienzos de la década de los noventa.³⁴ Pero la división del Este y el Oeste, con su profundo desacuerdo con respecto a las nociones de gobernabilidad y legitimidad, excluyó cualquier compromiso jurídico internacional sobre la democracia, tampoco hubo acuerdo ni sobre su conveniencia ni sobre su propia significación. En los tratados internacionales sobre derechos humanos redactados antes de 1989 también se guarda silencio sobre la cuestión, garantizando los derechos que muchos consideran como elementos constitutivos de la democracia, pero no un derecho a la propia democracia.

La evolución en el plano interamericano tiene sus particularidades. En la vía para construir mecanismos de protección colectiva de la democracia, se encuentran las disposiciones de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), la Declaración de Santiago (1959), los protocolos de la reforma a la Carta de la OEA de Cartagena (1985) y Washington (1992), la Resolución 1080 (1991), la Declaración de Nassau (1992), la Declaración de Managua (1993), la Declaración de Québec (2000) y la propia Carta Democrática Interamericana.³⁵ Para ratificar este “derecho a la democracia”, núcleo esencial en el marco de la OEA y sus miembros para cumplir con la ‘obligación’ de promoverla y defenderla, se encuentran por ejemplo la Declaración sobre la Seguridad de las Américas de 2003 (Ciudad de México); la Declaración de Nuevo León en 2004, en la cumbre especial en Monterrey, México y la Declaración de Florida de 2005. Avanzando en las precisiones a la CDI, se elaboró el informe sobre aspectos jurídicos de la interdependencia entre democracia y desarrollo económico y social.³⁶ En 2007 el secretario general presentó el informe sobre la Carta Democrática Interamericana, de con-

³⁴ Fox, G. “Democracy, Right to, International Protection”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, disponible en: http://www.mpepil.com/sample_article?id=epil/entries/law-9780199231690-e773&recno=23&. Un análisis detallado en derecho internacional, Petersen, N., “Demokratie als teleologisches Prinzip. Zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht”, Bd. 204, 2008, pp. 2 y ss.

³⁵ Bellshaw-Hógg, Nikken y Ayala Corao, C., *Defensa colectiva de la democracia: definiciones y mecanismos*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2006, pp. 9 y ss., disponible en: <http://www.cartercenter.org/documents/defensacolectivadela-democracia.pdf> (consulta el 1o. de octubre de 2010). CJI/doc.190/05 rev. 3, 20 de marzo de 2006. CJI/doc.317/09 corr.1 Seguimiento de la aplicación de la Carta Democrática Interamericana (presentado por el doctor Jean-Paul Hubert). *Cfr.* también los documentos anteriores CJI/doc.335/09, CJI/doc.332/09 rev.1.

³⁶ CJI/doc.190/05 rev. 3, 20 de marzo de 2006.

formidad con las resoluciones AG/RES. 2154 (XXXV-O/05) y AG/RES. 2251(XXXVI-O/06)".³⁷ Por su parte, el Comité Jurídico Interamericano en su Informe Anual presentado a la Asamblea General en 2010 incorpora un análisis exhaustivo (documental y doctrinario) que, sin duda, debe contribuir a la promoción y fortalecimiento de la democracia en la región, cónsona con los elementos y componentes sustanciales descritos en los artículos 3 y 4 de la CDI³⁸ y deja al descubierto sus "falencias" actuales.

La Carta Democrática Interamericana (CDI) "fue concebida como una herramienta para actualizar, interpretar y aplicar la Carta fundamental de la OEA en materia de democracia representativa, y representa un desarrollo progresivo del derecho internacional".³⁹ La sincronización entre la transición a la democracia de las décadas 80 y 90 y la aceptación de la jurisdicción de la Corte IDH es un hecho significativo para los avances logrados, cuenta con democracias aún en vías de consolidación.⁴⁰ Al momento de entrar en vigencia la Convención Americana de Derechos Humanos, muchos de los países del centro y sur de América estaban gobernados por dictaduras. Los autores más críticos afirman que la "democratización" que se delineó como tendencia dominante en los países suramericanos en ese período, no ha llevado a la construcción, ni tampoco a la realización del Estado democrático de Derecho según el modelo europeo y norteamericano.⁴¹ Al discurso de la "transi-

³⁷ OEA/Ser.G, CP/doc.4184/07. .

³⁸ CJI/doc.317/09 corr.1 Seguimiento de la aplicación de la Carta Democrática Interamericana (presentado por el doctor Jean-Paul Hubert). *Cfr.* también los documentos anteriores CJI/doc.335/09, CJI/doc.332/09 rev.1.

³⁹ CJI/RES. 159 (LXXV-O/09) Elementos esenciales y fundamentales de la democracia representativa y su vinculación con la acción colectiva en el marco de la Carta Democrática Interamericana.

⁴⁰ En palabras del secretario general de la OEA, "Desigualdad, violencia y debilidad institucional son los principales retos para nuestras democracias", en el marco de la XIV Conferencia anual de la Corporación Andina de Fomento (CAF), 9 de septiembre de 2010, disponible en: http://www.oas.org/OASpage/press_releases/press_release.asp?sCodigo=C-323/10.

⁴¹ Se habla de "una otra institucionalización", O'Donnell, G., "Uma outra institucionalização", *Lua Nova- Revista de Cultura e Política*, núm. 37, São Paulo, 1996, pp. 5-31. Sólo para mencionar algunos casos Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 02. 07.2004, Serie C, núm. 107, párrafo 115; Ricardo Canese vs. Paraguay, 31.08.2004, Serie C, núm. 111, párrafo 85; Caso Yatama vs. Nicaragua, 23.06.2005, Serie C, núm. 127, párrafos 193, 207 y 215.

ción” del autoritarismo hacia la democracia,⁴² se le notan restricciones, que dejan en evidencia más bien una constitucionalización simbólica.⁴³

Pese a las críticas, la premisa que inspira estas líneas es que el desarrollo jurisprudencial que ha dado la Corte IDH,⁴⁴ destacando que no existe democracia sin derechos humanos ni se protegen los derechos humanos sin democracia, ha ido consolidando el núcleo de la democracia, tal como lo establecen los artículos 3 y 4 de la CDI. En términos generales, pese a una protección asimétrica en el sistema interamericano (por la divergencia en los ámbitos de protección en Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y los que Estados que sólo son parte de la Declaración Americana de Derechos Humanos (DADH) y de la Carta OEA),⁴⁵ se exhibe un balance positivo en el marco de la jurisprudencia pionera, original y audaz,⁴⁶ que activa las “fuerzas imaginativas del derecho”⁴⁷ para darle contornos propios al binomio democracia-derechos humanos.

⁴² Véase, entre otros, Mainwaring, O’Donnell y Valenzuela (orgs.), *Issues in Democratic Consolidation: The New South American Democracies in Comparative Perspective*, Notre Dame, 1992; Alcántara y Crespo (orgs.), *Los límites de la consolidación democrática en América Latina*, Salamanca 1995; O’Donnell, Guillermo, “Illusions About Consolidation”, *Journal of Democracy*, vol. 7, núm. 2, abril de 1996, pp. 34-51.

⁴³ Neves alude al denominado constitucionalismo bolivariano de modo crítico, pues observa una democracia monolítica. *Cfr.* “La concepción del Estado de derecho...”, *cit.*, pp. 70 y ss.

⁴⁴ Sólo para mencionar algunos casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, del 2 de febrero de 2004, Serie C, núm. 107, párrafo 115; *Ricardo Canese vs. Paraguay*, del 31 de agosto de 2004, Serie C, núm. 111, párrafo 85; *Caso Yatama vs. Nicaragua*, del 23 de junio de 2005, Serie C, núm. 127, párrafos 193, 207 y 215.

⁴⁵ También denominada protección “a la carta”, *Cfr.* Burgorgue-Larsen y Ûbeda de Torres, *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Thomson Reuters, 2009.

⁴⁶ *Cfr.* Burgorgue-Larsen, en Bogdandy, A. von, Landa Arroyo, C. y Morales Antoniazzi, M. (eds.), *op. cit.*, pp. 287-313.

⁴⁷ En la expresión de Mireille Delmas-Maty, citada por Burgorgue-Larsen, L., “El papel de la Corte Interamericana de derechos humanos en la creación de una cultura común en materia de derechos fundamentales en América Latina”, en Alonso García Ricardo *et al.*, *Hacia una Corte de Justicia Latinoamericana*, Valencia, AMELA, 2009, p. 141.

II. EL *CORPUS IURIS INTERAMERICANO* Y LA DEMOCRACIA: LA CONSTRUCCIÓN DEL PRINCIPIO

La protección de la democracia y del Estado de derecho, a nivel de la OEA, tiene larga tradición.⁴⁸ Los textos normativos y la jurisprudencia de la Corte IDH muestran una amplia protección de la democracia.⁴⁹ Por una parte se tiene la Convención Interamericana de los Derechos Humanos,⁵⁰ que en su artículo 23 regula el derecho: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. La propia Carta de la OEA en su preámbulo declara que la democracia representativa “es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región” y a continuación reitera “dentro del marco de las instituciones democráticas”.⁵¹ La Corte IDH ha estimado la democracia representativa como “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”.⁵²

En su artículo 2 b) la Carta dispone como uno de sus propósitos esenciales el “promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención”. Asimismo, el artículo 3 d) afirma que “La solidaridad de los Estados americanos y los altos fines

⁴⁸ Dentro de los antecedentes se cita particularmente la Conferencia de Chapultepec en México en 1945, donde ya se incluían declaraciones sobre derechos como la libertad de información. Igualmente, *Cfr.* Declaración de Santiago de 1959, Resolución XXVII de la Quinta Reunión Consultiva de los Ministros de Relaciones Exteriores, Acta Final, OEA/Ser.C/II.5, pp. 4-6.

⁴⁹ Por todos, véase Aguiar, A., “El derecho a la democracia. La democracia en el derecho y la jurisprudencia interamericanos. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia”, Colección Estudios Jurídicos, núm. 87, Caracas, 2008.

⁵⁰ Wolny, K., “Menschenrechtsschutz auf regionaler Ebene: das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte im Vergleich zum europäischen Schutzsystem”, *Recht*, 21 (2003) 3, pp. 93-100.

⁵¹ Cooper, A. F. y Legler, T., *Intervention Without Intervening the OEA Defense and Promotion of Democracy in the Americas*, Basingstoke, 2006; Rudy, T. D., “A quick look at the Inter-American Democratic Charter of the OEA, what is it and is it “legal”?”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 33 (2005) 1, pp. 237-248.

⁵² *Cfr.* “La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986; párrafo 34.

que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa”. Esto es, la promoción de la democracia forma parte de los objetivos de la Organización.

En la década de los noventa se produjeron novedades en el ámbito del principio democrático. La OEA comenzó a instalar un mecanismo para el cumplimiento de estos objetivos y en junio de 1991, la Asamblea General de la OEA aprobó la Resolución 1080, que prevé que el Consejo Permanente deberá ser convocado cuando la democracia en un país miembro está amenazada, a fin de investigar la situación y resolver las medidas adecuadas. En efecto, los Estados americanos articularon una respuesta multilateral ante las amenazas de golpe de Estado en el Compromiso de Santiago y la llamada Resolución 1080 sobre Democracia Representativa, creando un mecanismo que cataliza un proceso de consulta regional frente a la interrupción súbita o irregular del proceso institucional democrático o del ejercicio ilegítimo del poder por un gobierno elegido democráticamente en un Estado miembro de la OEA.⁵³ Apenas un año más tarde la Carta de la OEA quedó enmendada en ese sentido a través del Protocolo de Washington.⁵⁴ Desde entonces, de conformidad con el artículo 9 de la Carta de la OEA, es posible suspender determinados derechos de un Estado miembro cuando un gobierno electo democráticamente haya sido derrocado por la fuerza. La evolución⁵⁵ hasta la CDI se hace gráfica afirmando que este instrumento es la cúspide en el avance de los Estados en la vía para construir mecanismos de protección efectiva de la democracia.⁵⁶

⁵³ A-56: Protocolo de Reformas a la Carta de La Organización de Los Estados Americanos “Protocolo De Washington”, <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-56.html> (noviembre 21, 2009).

⁵⁴ AG/Res 1080 (xxi-0/91). Véase Sovereignty, B., *Collectively Defending Democracy in the Americas*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1996.

⁵⁵ En la visión panorámica ya expuesta, se tiene la Declaración de Santiago (1959), los protocolos de la reforma a la Carta de la OEA de Cartagena (1985) y Washington (1992), la Resolución 1080 (1991), la Declaración de Nassau (1992), la Declaración de Managua (1993), la Declaración de Québec (2000) y la Carta Democrática Interamericana (CDI).

⁵⁶ OEA, Carta Democrática Interamericana, AG/Res.1 (XXVIII-E/01) (11.09.2001). La CID está dividida en seis capítulos, a saber: I. la democracia y el sistema interamericano; II. La democracia y los derechos humanos; III. Democracia, desarrollo integral y combate a la pobreza; IV. Fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática; V. la democracia y las misiones de observación electoral, y VI. Promoción

La Carta Democrática Interamericana es un hito en la historia democrática del hemisferio.⁵⁷ Abarca múltiples alcances, sentando nuevos paradigmas: en lo político se pasa de una versión minimalista electoral a un concepto amplio basado en la dignidad humana, en lo histórico, ve hacia el futuro desde su pasado y antecedentes, en lo social aspira a satisfacer el derecho a la democracia que sienten los pueblos de América y en lo jurídico, aunque se trata de una Resolución y no de un Tratado, su condición es particular al entenderse como instrumento de actualización e interpretación de la Carta fundacional de la OEA. En la Carta se les concede a los pueblos de América el derecho a la democracia, estableciéndose en los artículos 17 al 22 un mecanismo para su imposición.⁵⁸ Además, la Carta permite tomar contramedidas incluso en aquellos casos en los que las instituciones democráticas queden debilitadas, aun sin llegar a una caída forzosa del gobierno. Si bien la Carta Democrática, como resolución de la Asamblea General, carece de carácter inmediatamente vinculante, justamente el mecanismo de imposición normado en ella es considerado como precisión del artículo 9 de la Carta de la OEA al invocar el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁵⁹

Dado el amplio contenido de la CDI, parece conveniente limitar las siguientes reflexiones a tres aristas claves: la doble condicionalidad entre democracia y derechos humanos (artículos 7 y 8), los derechos económicos, sociales y culturales —DESC— como *conditio sine qua non* de la democracia interamericana (artículo 13) y la dimensión de la preservación de la institucionalidad democrática (artículos 17 al 22).

1. *La condicionalidad recíproca democracia-derechos humanos: artículos 7 y 8 de la CDI*

Según el artículo 7 de la CDI, “La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos hu-

de la cultura democrática. Se señala que los tres primeros capítulos constituyen la parte dogmática de la Carta, mientras los tres últimos definen los mecanismos relativos a los procedimientos de la OEA para su aplicabilidad.

⁵⁷ Así lo han manifestado los líderes de la región, Véase <http://www.america.gov/st/washfile-spanish/2005/June/20050607161600ASrelliM0.734173.html>.

⁵⁸ Véase, Bellshaw-Hógg y Ayala Corao, *op. cit.*

⁵⁹ Lagos, E. y Rudy, T., “In Defense of Democracy”, *The University of Miami InterAmerican Law Review*, 35 (2004), 283, 304.

manos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos”. El artículo 8 de la CDI establece en su párrafo segundo que “Los Estados Miembros reafirman su intención de fortalecer el sistema interamericano de protección de los derechos humanos para la consolidación de la democracia en el Hemisferio”. La conexidad entre la democracia y los derechos humanos ya ha sido tratada por la Corte IDH en diversos fallos,⁶⁰ quedando claro el valor de la CID como fuente de inspiración y pilar fundamental para la interpretación del alcance de la democracia en los países signatarios. Un caso importante la representa la sentencia *Yatama vs. Nicaragua*,⁶¹ referente a la participación democrática de miembros de la comunidad indígena, afiliados al partido Yatama, a quienes se les había prohibido presentarse para la elección municipal del 5 de noviembre de 2000, mediante la decisión del Consejo Supremo Electoral de Nicaragua. La Corte IDH, además de condenar al Estado de Nicaragua a pagar las indemnizaciones por los daños materiales e inmateriales, determinó que se procediese a la reforma de la respectiva ley electoral, ampliando los derechos fundamentales constitucionales con base en la norma del *corpus iuris* interamericano invocada para dirimir el conflicto. Sin duda, llenar el concepto del derecho interno de ciudadanía activa, materia intrínsecamente constitucional, quedó vinculada a la regulación internacional, gracias a la interpretación de la Corte IDH

⁶⁰ CIDH, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, del 02. 07.2004, Serie C, núm. 107, párrafo 115; *Ricardo Canese vs. Paraguay*, de 31.08.2004, Serie C, núm. 111, párrafo 85. Entre la abundante literatura sobre el tema de los DDHH en el contexto interamericano, Hauser, D., “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la Declaración americana sobre los Derechos y Deberes del hombre”, en Courtis, Hauser y Rodríguez Huerta (eds.), *Protección internacional de los derechos humanos. Nuevos desafíos*, México, Porrúa-ITAM, 2005, pp. 123-146. Sobre el trabajo de la Comisión, véase Faúndez Ledesma, H., “Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano”, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso. DESC, libertad personal y libertad de expresión*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2005, t. II, pp. 91-180. En la perspectiva internacional, García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones Constitucionales*, (2003) 9, México, 2003, pp. 127-157.

⁶¹ Del 23 de septiembre de 2005, Serie C, núm. 127, párrafos 193, 207 y 215.

en su rol de “tribunal constitucional”.⁶² La doctrina de la Corte también se corrobora desde 1982 con las *Opiniones consultivas* OC-1/82 sobre “Otros tratados internacionales”, la OC-2/82 sobre “Reservas a la Convención Americana”, la OC-3/83 sobre “Restricciones a la pena de muerte”, la OC-4/84 sobre la “Modificación de la Constitución de Costa Rica” y las célebres OC-5/85 sobre “Colegiación Obligatoria de los Periodistas”, OC-6/86 sobre “La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención” y OC-7/86 sobre “El derecho de rectificación y respuesta”.

Las disposiciones de la Carta tienen la función de ser una especie de “cláusula de corte transversal” constitucional que van a permear la totalidad de los órdenes jurídicos, lo cual también postula e incluye el precepto de homogeneidad entre la Carta y las Constituciones nacionales, garantizando la gramática de la democracia.⁶³ Existe una “cultura común” o *ius commune* que se ha creado en materia de democracia que induce al reconocimiento de ciertos principios y valores comunes entre los Estados del hemisferio.⁶⁴ La Carta, que tiene su origen inicialmente en las experiencias histórico-culturales de sus Estados miembros, surge y mantiene su plena vigencia como resultado de procesos colectivos de aprendizaje que conformaron esos determinados principios constitucio-

⁶² Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La Corte Interamericana como Tribunal Constitucional”, conferencia dictada en el Simposio “La Justicia Constitucional: Prolegómeno de un *ius constitutionale commune* in America Latina, Instituto Max Planck de Derecho Internacional Público y Derecho Comparado, 18 y 19 de noviembre de 2009.

⁶³ Todas las Constituciones establecen el principio democrático, a título de ejemplo las tres más recientes, artículo 2 de la Constitución de Venezuela (1999) dispone que “se constituye en un Estado democrático y social de derecho y de justicia...”; según el artículo 1 de la Constitución de Bolivia (2009), “se constituye en un Estado unitario social de derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías...”; conforme al artículo 1 de la Constitución del Ecuador (2008), “es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...”. “Algunas consideraciones críticas se aprecian”, en Alcántara, M. y Crespo, I. (eds.), *Los límites de la consolidación democrática en América Latina*, Salamanca, 1995. También M. Neves, “Symbolische Konstitutionalisierung und faktische Entkonstitutionalisierung: Wechsel von bzw. Änderung in Verfassungstexten und Fortbestand der realen Machtverhältnisse”, en *Verfassung und Recht in Übersee*, 29 (1996) 3, pp. 309 y ss.

⁶⁴ Las jurisdicciones constitucionales, aun cuando sean ejercidas por Cortes Supremas, están en sintonía con la jurisprudencia de la Corte IDH. Para un ejemplo, véase el caso Argentino, véase Simón, Julio Héctor y otros, Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) -2005-06-14-Fallos: 328:2056.

nales y valores que los respaldan, entendidos en la doctrina como “preferencias colectivas”.⁶⁵ Forman parte de ellas la paz y la seguridad, el respeto a la dignidad humana, los principios democráticos y del Estado de Derecho, sobre todo la protección de los derechos fundamentales.⁶⁶

En efecto, las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos como Carta Magna del Continente⁶⁷ y las Constituciones de los Estados, con su carácter vinculante, se imbrican con la propia Carta Democrática Interamericana (en principio *soft law*) y hacen que la condicionalidad recíproca dispuesta en los artículos 7 y 8 de la CDI adquieran fuerza vinculante y sean de obligatorio cumplimiento por los poderes públicos de todos los Estados, configurando en el plano conceptual y teórico el sistema interamericano es uno de los más desarrollados y protector.⁶⁸

2. *Los DESC como conditio sine qua non de la democracia interamericana: artículo 13 de la CDI*

Dos pilares sirven para explicitar la vigencia de la justiciabilidad del principio democrático en su dimensionalidad social: por una parte, la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales

⁶⁵ En materia de derecho comparado, *cfr.*, entre otros, Calliess, *EUV, EGV, das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*; **Kommentar**, artículo 6, p. 57.

⁶⁶ Véase Alonso García, R. y Sarmiento, D., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Thomson, Civitas, 2006.

⁶⁷ *Cfr.* Salgado Pesantes, H., “Derecho procesal constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de derechos humanos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *Estudios en homenaje a Héctor Fix Fierro, La ciencia del derecho procesal constitucional*, México. UNAM, p. 641-666.

⁶⁸ Brewer-Carías, “El derecho administrativo y el derecho a la democracia: una nueva perspectiva para el necesario equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos del administrado”, Video Conferencia en las Jornadas Académicas inaugurales del departamento de Derecho Administrativo, 2008, Facultad de Derecho, Universidad Externado de Colombia, 13 de febrero de 2008. Nikken, P., “La cooperación internacional para la promoción y defensa de la democracia”, *Agenda para la consolidación de la democracia en América Latina*, San José de Costa Rica, IIDH/CAPEL, 1990, pp. 493-526. *Cfr.* también Carazo, P., “El sistema interamericano de derechos humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica”, en Bogdandy, A. von, Landa, C. y Morales Antoniazzi, M. (eds.), *op. cit.*, pp. 231 y ss.

(DESC)⁶⁹ y, por la otra, la protección de los más vulnerables,⁷⁰ todo en

⁶⁹ Carlos Urquilla menciona la vasta doctrina del sistema interamericano en relación a los DESC, a saber, entre ellos: Bolívar, Ligia, “Derechos económicos, sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes: una visión desde la (in) experiencia de América Latina”, *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, núm. V, San José, IIDH, 1996; Abramovich, Víctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Presente y futuro de los derechos humanos: ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, San José, IIDH, 1998; Cançado Trindade, A. A., “A Justiciabilidade de dois direitos econômicos, sociais e culturais no plano internacional”, *idem*; Urquilla Bonilla, Carlos Rafael, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, *Revista IIDH*, núms. 30-31, San José, IIDH, 2000; García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *op. cit.*; Melish, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: manual para la presentación de casos*, Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights, Yale Law School- Centro de Derechos Económicos y Sociales, 2003; Salvioli, Fabián, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Revista IIDH*, núm. 39, San José, 2004; Pinto, Mónica, “Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el Sistema Universal y en el Sistema Interamericano”, *Revista IIDH*, núm. 40, 2004; Rossi, Julieta y Abramovich, Víctor, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Martín, Claudia *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, 2004; Cano Nieto, Juliana, “The Protection of ESCR in the Inter-American System through the Use of Precautionary and Provisional Measures”, *Revista IIDH*, núm. 45, San José, 2007. Cfr. Urquilla, C., *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 2009, p. 11, disponible en: http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/PaginaExterna.aspx?url=/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_945261041/Justiciabilidad directa DESC.pdf. Otros aportes relevantes se encuentran en los Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, *op. cit.*, ts. IV y IX. En perspectiva comparada, Langford, M., *Social Rights Jurisprudence, Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, 2009.

⁷⁰ Cfr. por ejemplo la Opinión Consultiva de septiembre de 2003, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (OC-18/03, Serie A, núm. 18); Sentencia de la Corte IDH del 10 de febrero de 2000, Comunidad Mayagna (Sumo) Awast Tigni vs. Nicaragua (Serie C, núm. 66); Sentencia de la Corte IDH del 15 de junio de 2005, *Comunidad Muiwana vs. Suriname* (Serie C No. 124); Sentencia de la Corte IDH del 17 de junio de 2005, *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (Serie C, núm. 125); Sentencia de la Corte IDH del 23 de junio de 2005, *Yatama vs. Nicaragua* (Serie C, núm. 127); Sentencia de la Corte IDH del 29 de marzo de 2006, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (Serie C, núm. 146); Opinión Consultiva de la Corte IDH del 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño (OC-17/02, Serie A, núm. 17, apartados 53, 54 y 60); Sentencia de la Corte IDH del 8 de julio de 2004, *Hermanos Gómez Paquiyauri/Perú* (Serie C, núm. 110, apartado 164); Sentencia de la Corte IDH del 8 de septiembre de 2005, *Niñas Yean y Bosico/República*

sintonía con los objetivos de desarrollo del milenio dirigidos a erradicar la pobreza.⁷¹ Es precisamente en estas áreas donde se detecta el déficit democrático de los Estados latinoamericanos. Basta centrarse en las tendencias recientes de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia por ejemplo de garantía de los derechos de los detenidos, de los migrantes y de los pueblos indígenas. En cuanto a los derechos humanos de los reclusos, justamente se ha afirmado en la doctrina que una expresión de la “legalidad trunca” en América Latina es el porcentaje (mas del 50%) de población carcelaria que no tiene proceso o condena.⁷² La Corte IDH afirma que en las “instituciones totales”, donde la libertad de la persona se halla de jure y de facto suprimida —o radicalmente coartada—, es particularmente intenso el deber de garante a cargo del Estado (deber que comprende, en la especie, reconocimiento, respeto y garantía) y tiene su fundamento en el respeto de la dignidad humana.⁷³

ca Dominicana (Serie C, núm. 130, apartados 133 y 134); Sentencia de la Corte IDH del 16 de noviembre de 2009, González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México (Serie C, núm. 205).

⁷¹ Al final de la Cumbre de la ONU del 20 a 22 de septiembre de 2010 se presentaron los avances hacia el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, creándose una estrategia para atender a mujeres y niños, <http://www.un.org/es/mdg/summit2010/>.

⁷² O’Donnell, G. y Schmitter, P., *Transitions from Authoritarian Rule Tentative Conclusions About Uncertain Democracies*, Baltimore, 1986.

⁷³ *Cfr.* Corte IDH, Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, Sentencia del 5 de julio de 2006, Serie C, núm. 150; Corte IDH. Resolución de la presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Convocatoria a Audiencia Pública Medidas Provisionales Respecto de la República Bolivariana de Venezuela Asuntos Internado Judicial de Monagas (“La Pica”); Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare); Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana), e Internado Judicial Capital El Rodeo I y el Rodeo II. 12 de agosto de 2009, párrafo 9 (c). *Cfr.* también Corte IDH, Fallo “Instituto de Reeduación del Menor” vs. Paraguay, Sentencia del 2 de septiembre de 2004, Serie C, núm. 112, párrafo 153; Corte IDH, Asunto de Penales Peruanos respecto Perú, 27 de enero de 1993; Corte IDH, Asunto de las personas privadas de libertad de la Penitenciaría “Dr. Sebastião Martins Silveira” en Araraquara, São Paulo respecto Brasil, 25 de noviembre de 2008, Corte IDH. Asunto de las Penitenciarías de Mendoza respecto Argentina, 17 de octubre de 2008. Corte IDH. Chaparro Álvarez und Lapo Ñiguez vs. Ecuador”, vol. 21, noviembre de 2007. Corte IDH, Sentencia de fondo del 31 de agosto de 2001, Serie C, núm. 79, párrafo 149.

La doctrina de la Corte en relación con los derechos de los pueblos indígenas⁷⁴ representa un propio *corpus iuris*.⁷⁵ Un relevante impacto internacional alcanzó la sentencia de 2001, en el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, que se convirtió en un referente a nivel de la justicia internacional. En el caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni versus Nicaragua (2001), su *leading case* sobre el derecho de propiedad comunal de la tierra ancestral de miembros de comunidades indígenas, la Corte Interamericana señaló que para los miembros de dichas comunidades la relación con sus tierras no se agota en una simple cuestión de posesión y producción, sino que constituye un elemento material y espiritual básico de su cultura, esencial para la preservación de su legado y su transmisión a las generaciones futuras.⁷⁶ La Corte ha interpretado la noción del derecho a la vida digna en relación a las comunidades indígenas, a la luz de la situación de su especial vulnerabilidad por ejemplo en el Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay de 2005 o en el Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay de 2006. En la Comunidad Yakye Axa se pronuncia la Corte IDH en el sentido de que proteger y preservar la propia identidad cultural, es en última instancia, proteger su derecho fundamental a la vida lato sensu, y en el caso de la Comunidad Sawhoyamaya, la Corte define correctamente las medidas positivas para proteger y preservar el derecho inderogable a la vida (párrafos 148-153), y las reparaciones ordenadas (inclusive la devolución de las tierras ancestrales, párrafos 206-211), teniendo como base la necesidad de preservar la identidad cultural de la Comunidad (párrafos 218-219, 226 y 231).

La Corte IDH también se ha pronunciado sobre la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los trabajadores migrantes frente a los trabajadores nacionales. De conformidad con el criterio sentado por la Corte, por ser empleados en condiciones de trabajo menos favorables

⁷⁴ Los “pueblos indígenas” son muchos y diversos en nuestra región latinoamericana, representan un diez por ciento de la población general, de 40 a 50 millones, oscilando este porcentaje de país a país (en Bolivia constituyen la mayoría de la población, en Venezuela el 2 %) y la mayoría de las comunidades indígenas viven en pobreza. Cfr. El mundo indígena 2010, IWGIA, Copenhague, 2010, disponible en: http://www.iwgia.org/graphics/Synkron-Library/Documents/publications/Downloadpublications/IndigenousWorld/MUNDO%20INDIGENA_2010_WEB.pdf.

⁷⁵ Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., *op. cit.*, 2009.

⁷⁶ Corte IDH, Sentencia de fondo del 31 de agosto de 2001, Serie C, núm. 79, párrafo 149.

y para determinadas tareas, constituye un aliciente para buscar ese tipo de mano de obra, con el objeto de obtener los beneficios de una competencia desleal. La negación de iguales derechos laborales a los migrantes indocumentados con base en su situación irregular constituye un trato discriminatorio.

Si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular. Esto es de suma importancia, ya que uno de los principales problemas que se presentan en el marco de la inmigración es que se contrata a personas migrantes que carecen de permiso de trabajo en condiciones desfavorables en comparación con los otros trabajadores.⁷⁷

La Corte IDH afirma que los derechos laborales surgen de la condición de trabajador, y que se entiende por tal a toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada. Por lo tanto, toda persona que ingresa a un Estado y establece relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales independientemente de su situación migratoria, no pudiendo la misma constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, que deben ser garantizados por el Estado que lo recibe. Si bien ni el Estado ni los particulares en un Estado están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados, sí están obligados, para el caso de contratarlos, a una relación laboral que los hace titulares de los correspondientes derechos, y por tal razón no se los puede discriminar respecto de los demás trabajadores por su situación irregular. La Corte IDH precisó que la responsabilidad internacional del Estado por una situación de discriminación en el ámbito laboral puede ser directa, cuando actúa como empleador, o derivar de la actuación de terceros que actúen con su tolerancia, aquiescencia, negligencia o respaldados por directrices o políticas estatales que favorezcan la creación o el mantenimiento de situaciones de discriminación.⁷⁸

⁷⁷ Opinión Consultiva OC-18/03. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. del 17 de septiembre de 2003, párrafo 136.

⁷⁸ Sobre este carácter discriminatorio, consultar por ejemplo la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) www.adc.org.ar, <http://www.adc-sidh.org/la-corte-detalle.php?idsec=1&idsub0=12&idsub1=151&idsub2=298&item=299>.

Por último, debe destacarse el mecanismo creado por la Corte IDH para asegurar la efectividad y justiciabilidad de la Convención Americana de derechos humanos: se trata del llamado control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que atribuye dicho control está transformándola en una institución supranacional⁷⁹ y el diálogo con la

⁷⁹ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano *vs.* Chile, Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párrafo 124, “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana; Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso *vs.* Perú. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 158, párrafo 128, “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. En el Caso Radilla Pacheco *vs.* México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209, párrafo 339, la Corte IDH hace mención del control de convencionalidad y agrega en la nota a pie de página 321, “El Tribunal observa que el control de convencionalidad ya ha sido ejercido en el ámbito judicial interno de México. *Cfr.* Amparo directo administrativo 1060/2008, Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, sentencia del 2 de julio de 2009. En tal decisión se estableció que: “los tribunales locales del Estado Mexicano no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales sino que quedan también obligados a aplicar la Constitución, los tratados o convenciones internacionales y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros organismos, lo cual los obliga a ejercer un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, como lo consideró la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [...]”. En palabras de Néstor Sagüés, el “control de convencionalidad” sentado por la Corte IDH cumple un doble papel, pues invalida la aplicación de las normas

justicia constitucional nacional en su sentido amplio confirma el acatamiento de esta doctrina.⁸⁰ Sin duda, un avance en el constitucionalismo interamericano de gran trascendencia, pues mediante este proceso simultáneo de “constitucionalización” recíproca se alcanza la máxima de que “[e]l paradigma de la democracia constitucional no es otro que la sujeción del derecho al derecho”, y en el ámbito interamericano, entenderíamos la sujeción del derecho a los derechos”.⁸¹ En otras palabras:

nacionales (incluso las constitucionales) opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la propia Corte IDH a la vez que obliga a interpretar todo el derecho nacional conforme al Pacto y a la jurisprudencia, excluyendo las interpretaciones que se opongan a éstos. En materia de las medidas provisionales, se puede mencionar la Resolución de la Corte IDH, del 4 de mayo de 2004, respecto de Venezuela (casos Liliانا Ortega y otras, Luisiana Ríos y otros, Luis Uzcátegui; Marta Colomina y Liliانا Velásquez), párrafo 7, pues la Corte señala “que la obligación de cumplir con lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y como lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden, por razones de orden interno, dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida... En lo que atañe a la implementación de las medidas provisionales ordenadas, los Estados obligados deben adoptar todas las providencias necesarias para la efectiva protección de los beneficiarios de las mismas, de conformidad con las instrucciones de la Corte. Esta obligación incluye el deber de informar al Tribunal con la periodicidad que éste indique sobre la implementación de las medidas provisionales. La posición del Estado en las presentes medidas provisionales desconoce los principios que imperan en el derecho internacional y en el sistema interamericano, al afirmar que los Estados deciden en forma discrecional y autónoma si cumplen las decisiones de la Corte”. El párrafo 8 prosigue “La Corte, como todo órgano con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz) así como de sus resoluciones y fallos. El cumplimiento de estos últimos no puede quedar al mero arbitrio de las partes...”.

⁸⁰ Buenos Aires, 31 de agosto de 2010 La Corte Suprema de Argentina, en el caso Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo ha precisado que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que 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, tarea en la que 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 (Fallos: 330:3248, considerandos 20 y 21).

⁸¹ Ferrajoli, L., *op. cit.*, p. 52

la sujeción a los derechos en su protección universal, supranacional y nacional.

3. El alcance de la preservación de la institucionalidad democrática: artículos 17 al 22 de la CDI

El gran desafío actual que enfrenta la CDI es darle los contornos precisos a los términos utilizados en el capítulo relativo al fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática. Conforme al artículo 17 de la CDI, “cuando el gobierno de un Estado miembro considere que está en riesgo su proceso político institucional democrático o su legítimo ejercicio del poder, podrá recurrir al secretario general o al Consejo Permanente a fin de solicitar asistencia para el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática”. El artículo 18 comienza enunciando que: “Cuando en un Estado miembro se produzcan situaciones que pudieran afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder...”. Por su parte el artículo 19 hace alusión a la “ruptura del orden democrático o una alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático en un Estado miembro”. Y el artículo 20 contempla que “En caso de que en un Estado miembro se produzca una alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático...”. En el marco del cuestionamiento sobre el alcance de esta preservación han tenido lugar intensos debates doctrinarios. Según el último Informe del Comité Jurídico Interamericano, las tres principales ‘limitaciones’ de la CDI se manifiestan en *a)* la carencia de precisión en los criterios para definir cuándo y en qué medida se han alterado las instituciones democráticas de un país, cuando la OEA se enfrenta a una situación de alteración o de interrupción inconstitucional del orden democrático y cuando hay una crisis; *b)* la tensión obvia entre el principio de no intervención y la posibilidad de proteger la democracia a través de mecanismos colectivos; *c)* problemas de acceso para aquellos que intentan beneficiarse de los mecanismos de la Carta.⁸²

Según el criterio defendido en esta contribución, la CDI contiene provisiones para ocuparse potencialmente de amenazas golpistas y no

⁸² Informe citado supra, disponible en http://www.oas.org/cji/CJI-RES_160.pdf.

golpistas a la democracia,⁸³ ya que abarca también mecanismos de prevención.

La Carta ha servido como instrumento útil disponible para la OEA en momentos de crisis democrática (...) pero la comunidad internacional está virtualmente inmovilizada siempre que un líder democráticamente elegido gana apoyo público para sus acciones por medios plebiscitarios, sin importar el efecto de estas acciones sobre la calidad o la estabilidad de la democracia.⁸⁴

Esta crítica contenida en el Informe del Comité Jurídico Interamericano sirve de fundamento para las siguientes reflexiones en torno a una de las amenazas actuales como es el socavamiento de la garantía de la alternabilidad democrática.

III. ¿RECONSTRUCCIÓN DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO EN VIRTUD DE LA DESCONSTITUCIONALIZACIÓN?

Un grave peligro actual en América Latina es la denominada *desinstitutionalización* que se está observando en la región.⁸⁵ Si bien es cierto que las dictaduras militares forman parte del pasado, es igualmente cierto que se constata una recentralización y algunos gobiernos pueden ser catalogados desde democracias participativas hasta autocracias elec-

⁸³ Legler, T., “La Carta Democrática Interamericana: retórica o realidad”, *Promoting Democracy in the Americas*, 2007, pp. 113-130. Cfr. en material de la cláusula democrática del Mercosur, Ribeiro Hoffman, A., “Political Conditionality and Democratic Clauses in the EU and Mercosur”, en Ribeiro Hoffmann A. y Van der Vleuten, A. (eds.), *Closing or widening the Gap? Legitimacy and Democracy in Regional Integration Organizations*, 2007, p. 179. También Morales Antoniazzi, M., “La ampliación y su condicionalidad democrática en el Mercosur”, en Dreyzin, A. y Morales, M. (eds.), *Ampliación del Mercosur: El caso Venezuela*, Buenos Aires, 2009.

⁸⁴ Informe citado supra, disponible en http://www.oas.org/cji/CJI-RES_160.pdf.

⁸⁵ Mähler, A., “Wie autoritär ist Lateinamerika?”, *GIGA Focus Lateinamerika*, núm. 8, 2008, pp. 1-8. Sobre la obligatoriedad para Venezuela de cumplir con el principio democrático, véase Brewer-Carías, “Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, Cámara de Diputados. LVII Legislatura-UNAM, 2000, pp. 171-193; *Revista de Derecho Público*, núm. 81, Caracas, enero-marzo de 2000, pp. 7-21; *Revista Facultad de Derecho*, vol. III, núm. 5, Santa Fe de Bogotá, julio 2000, pp. 9-26; *La Constitución de 1999*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 14, Caracas, 2000, pp. 63-88.

torales.⁸⁶ La violación constante de los derechos humanos, la falta de independencia del poder judicial, la inseguridad y alta criminalidad, entre otros factores, generan serios cuestionamientos en cuanto a la efectividad de la democracia en algunos países, lo cual supone estar alerta para exigir el estricto cumplimiento de la cláusula democrática.⁸⁷ En este contexto, se pasa a examinar uno de los casos concretos que en la actualidad exigen reconstruir o reconceptualizar el contenido de la CDI, como es la garantía de la no reelección presidencial.

1. ¿Constitucionalizar desconstitucionalizando el mecanismo de la no reelección?

La reelección se ha convertido en América Latina en un tema político de alta sensibilidad que ha polarizado en extremo algunos países como Venezuela, Ecuador, Bolivia, Nicaragua, Colombia. En la prensa se lee que no es la gripe porcina el único virus que está presente en Latinoamérica,⁸⁸ pues parece que los líderes políticos de la región se han contagiado con el virus de la reelección, en las modalidades de inmediata, alterna e indefinida (sólo Cuba y Venezuela).⁸⁹ Hasta ahora únicamente en Guatemala, Honduras, México y Paraguay no se permite la reelección en ninguna modalidad. Líderes populistas, de izquierda y de derecha, mediante asambleas constituyentes, reformas, enmiendas constitucionales o referéndum aspiran permanecer en el gobierno, mien-

⁸⁶ Hadenius, A. y Teorell, J. "Pathways from Authoritarianism", *Journal of Democracy*, núm. 1, 2007, pp. 143-156.

⁸⁷ Para el análisis empírico pueden consultarse la CIDH, Informe por país, Freedom House, Latinobarómetro, The KAF Democracy Report 2006, Berlin, 2006.

⁸⁸ Cfr. "El virus de la reelección en América Latina", disponible en: <http://www.relia.org/Articulos/articuloDetalle.asp?id=8446>. Daniel Zavatto sostiene que "esta fiebre reeleccionista, en mi opinión, es una mala noticia para una región como la nuestra caracterizada por la debilidad institucional, la personificación creciente de la política y el hiperpresidencialismo. El fortalecimiento y la consolidación de nuestras frágiles democracias no pasa por líderes carismáticos y providenciales, sino por la calidad de las instituciones, la madurez de los ciudadanos y una sólida cultura cívica", en Martínez Pozo, J., "América se cuida de la reelección", *Perspectiva Ciudadana*, www.elnacional.com.do, 4 de febrero de 2007, disponible en <http://www.perspectivaciudadana.com/contenido.php?itemid=14194>.

⁸⁹ Un enfoque periodístico se encuentra en Perea Díaz, E., "La reelección presidencial en América Latina", *Mundo Electoral*, año 2, núm. 6, Panamá, septiembre de 2009, disponible en: <http://www.mundoelectoral.com/html/index.php?id=341>.

tras los expertos constitucionalistas y politólogos advierten los pro y contra de esta tendencia de la reelección.⁹⁰ Las nuevas Constituciones han permitido pasar de la reelección alterna a la inmediata, como en Ecuador desde 2008⁹¹ y Bolivia desde 2009.⁹² En el caso de Venezuela, a reelección es ahora indefinida luego de que fuera aprobada la enmienda a la Constitución mediante referéndum en 2009 que permite la reelección indefinida,⁹³ a pesar del rechazo a la reforma constitucional en el 2007 en la cual se preveía esta reelección ilimitada.⁹⁴ En Honduras una propuesta de reforma constitucional por medio de un referéndum inconstitucional que permitiera la reelección presidencial terminó en la destitución de modo inconstitucional del presidente proponente el 28 de junio de 2009, generando una grave crisis en el seno de la OEA.⁹⁵ En Brasil se presentó un proyecto de reforma constitucional para permitir un tercer mandato presidencial consecutivo, pero en julio de 2009 fue rechazado por la Cámara de Diputados. En Nicaragua, en octubre de 2009, ante las escasas posibilidades de conseguir que el Congreso aprobara una reforma constitucional que permitiera la reelección, el presidente presentó un recurso judicial que fue resuelto por seis Magistrados afines

⁹⁰ Brewer-Carías, “Reforma constitucional, Asamblea Nacional Constituyente y control judicial contencioso administrativo. El caso de Honduras (2009) y el antecedente venezolano (1999)”, *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, Chile, 2009, pp. 317-353.

⁹¹ Según el artículo 144 de la Constitución de Ecuador de 2008 “La Presidenta o Presidente de la República permanecerá cuatro años en sus funciones y podrá ser reelecto por una sola vez”.

⁹² Conforme al artículo 168 de la Constitución de Bolivia de 2009 “El periodo de mandato de la Presidenta o del Presidente y de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado es de cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua”.

⁹³ El primero es la introducción de un periodo presidencial de seis años con reelección. La posibilidad de un periodo continuo de 12 años es sin duda el más largo de América Latina y la eliminación de restricciones a la reelección hace este problema aún más agudo, Penfold, M., “La democracia subyugada: El hiperpresidencialismo venezolano”, *Revista de Ciencia Política*, vol. 30, núm. 1, Santiago de Chile, 2010, pp. 21-40.

⁹⁴ *Cfr.* Consideraciones presentadas por la Comisión de Juristas de la oposición frente a la reelección indefinida con motivo de la reforma constitucional de 2007, actualizadas por José E. Molina V., para la propuesta de Enmienda Constitucional sobre Reelección Indefinida de diciembre de 2008.

⁹⁵ *Cfr.* Informe de la Comisión de Alto Nivel de la OEA sobre la situación en Honduras. Presentado en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2531 (XL-O/10). Asamblea General/doc.1/10, 29 julio 2010.

a su partido. Se decidió que la prohibición a ser reelecto en dos periodos consecutivos o por haber fungido ya dos veces como presidente menoscaba el derecho del presidente Ortega de elegir y ser electo.⁹⁶ La Constitución de la República Dominicana de enero de 2010 establece la prohibición de la reelección presidencial inmediata, pero dejó abierta la posibilidad de que un ex presidente pueda volver a ser presidente en el futuro.⁹⁷ En Colombia la Constitución fue modificada en 2004 para permitir que el presidente de turno pudiera ejercer dos mandatos consecutivos, y en el 2006 ganó la reelección. Desde 2009 sus partidarios impulsaron otra enmienda que permitiría una reelección para un tercer mandato. La Corte Constitucional de Colombia (CCC) en su decisión C-124/10 impidió sin embargo que el presidente participara en un nuevo proceso electoral y fuera eventualmente reelecto.⁹⁸

2. La justicia constitucional frente a la desconstitucionalización

La justicia constitucional latinoamericana,⁹⁹ que actúa en el contexto de Estados poscoloniales, con democracias aún no consolidadas, marca-

⁹⁶ La Sala Constitucional, declaró posible la reelección del presidente, el 19 de octubre 2009, con el voto de seis magistrados afines al Gobierno y el 30.09.2010 la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena conformada por cinco magistrados afines al gobierno (incluyendo a dos ex magistrados y conjuceces, ratificó la inaplicabilidad del artículo 147 de la Constitución política, que la norma que prohíbe la reelección del presidente). *Cfr.* http://www.elpais.com/articulo/internacional/Corte/Suprema/Nicaragua/da/via/libre/reeleccion/Ortega/elpeuint/20091020elpeuint_5/Tes; *cfr.* también <http://www.radio.laprimera.com/noticias/general/85863/csj-restablece-derecho-reeleccion-para-todos-los-ciudadanos>; reelección “al estilo Arias”, en: <http://www.elnuevodiario.com.ni/politica/60013>. En Costa Rica, en razón de una sentencia de la sala constitucional de ese país que declaró que la norma de prohibición de la reelección era inconstitucional, está permitida la reelección inmediata y deben transcurrir dos mandatos presidenciales (ocho años) antes que el presidente pueda ser candidato por segunda vez.

⁹⁷ Artículo 124 de la Constitución de la República Dominicana relativo a la Elección presidencial: El Poder Ejecutivo se ejerce por el o la presidente de la República, quien será elegido cada cuatro años por voto directo y no podrá ser electo para el periodo constitucional siguiente. Disponible en: <http://www.senado.gov.do/PortalSILSenado/Portals/0/Noticias/CONSTITUCI%C3%93N%202010.pdf>.

⁹⁸ <http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2010/C-141-10.rtf>.

⁹⁹ *Cfr.*, entre otros, Fernández Segado, Francisco, “La justicia constitucional en América Latina”, en Fernández Segado, Francisco (ed.), *La justicia constitucional: una visión d derecho comparado*, Madrid, t. III, 2009, pp. 51 y ss.

dos por una fragilidad institucional, enfrenta retos singulares¹⁰⁰ como es la tensión que se genera en la relación entre los tribunales constitucionales y el Poder Ejecutivo. Un caso específico se plasma en la toma de posición ante la reciente tendencia a “desconstitucionalizar” el mecanismo por excelencia de protección de la democracia latinoamericana, como es la no reelección inmediata del presidente para dar paso a la constitucionalización de la reelección.

La mayoría de las Constituciones de los países de América Latina se rigen por el sistema presidencial¹⁰¹ en los que la figura del presidente desempeña un papel predominante.¹⁰² Este sistema que se inspiró en el modelo constitucional norteamericano, muestra sin embargo una gran diferencia con el presidencialismo de ese país por carecer de los mecanismos de *check and balances*.¹⁰³ No obstante, la creación de los Tribunales Constitucionales en la región introduce un elemento de check

¹⁰⁰ La distancia entre la normatividad y la efectividad de la garantía de los derechos humanos tiene en América Latina especiales implicaciones que deben salvar los jueces. Cfr. Pásara, Luis, *El uso de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la administración de justicia*, Quito, 2008, pp. 23 y ss.

¹⁰¹ Jorge Carpizo ha reflexionado sobre la tipología del presidencialismo latinoamericano, sintetizando posturas, entre otras varias, como las de Gómez, a) el presidente constitucional, b) el caudillo demagógico, c) el guardián militar, y d) el caudillo paternalista), Cumplido a) el gobierno presidencial de ejecutivo vigorizado, b) el gobierno presidencial parlamentario, c) el gobierno presidencial controlado, d) el gobierno semipresidencial, y e) el gobierno presidencial autoritario), Colomer a) presidencialismo hegemónico de excepción, b) presidencialismo hegemónico constitucional democrático, c) presidencialismo autónomo, de equilibrio de poderes, y d) presidencialismo con sujeción parlamentaria), Nohlen en referencia al presidencialismo en América Latina (presidencialismo autoritario, el reforzado, el puro, el atenuado y el parlamentarizado), Valadés (sistema presidencial tradicional, transicional y democrático). Cfr. Carpizo, *op. cit.*, pp. 189 y ss.

¹⁰² Cfr. Nohlen, Dieter (ed.), *Presidencialismo versus parlamentarismo. América Latina*, Caracas, 1991; *El presidencialismo renovado. Instituciones y cambio político en América Latina*, Caracas, 1998; Andueza, J. G., “¿Presidencialismo caudillista o cesarista?”, *Tendencias actuales del derecho constitucional*, 2007, pp. 431-464; García Belaunde, Domingo, “Evolución y características del presidencialismo peruano”, *Pensamiento Constitucional*, vol. 13, 2008, pp. 95-110; Carpizo, J., “Veintidós años de presidencialismo mexicano: 1978-2000”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 34, 2001, pp. 71-99; Valadés, Diego (ed.), *El gobierno en América Latina ¿presidencialismo o parlamentarismo?*, México, 2000.

¹⁰³ La sociedad norteamericana es extraordinariamente homogénea, con un bipartidismo consolidado y un federalismo caracterizado por el control que ejercen los poderes locales frente al poder federal. Cfr. Acosta Silva, A., “Estado y régimen presidencialista en México: los dilemas de la gobernabilidad democrática”, en Labastida Martín

and balance de altísima importancia para el control del ejercicio de los poderes del Estado. Ha entrado como nuevo actor en la escena política, que asume un rol significativo en el proceso político como órgano constitucional,¹⁰⁴ y político,¹⁰⁵ y conlleva al control del ejercicio de los poderes del Estado.¹⁰⁶ Pero la efectividad y objetividad de dichos tribunales constitucionales se ven afectados en el contexto latinoamericano por el fenómeno de la circularidad: por una parte el Tribunal Constitucional participa en la dirección del Estado cuando controla el comportamiento de los otros poderes del Estado, pero por la otra parte, el Ejecutivo controlado pretende controlar al Tribunal Constitucional nombrando jueces afines a su partido político. Particularmente en Latinoamérica, gracias al dominio de una cultura de toma de decisiones jerárquica-decisionista y al fuerte presidencialismo, las estructuras son especialmente proclives al intervencionismo político en la esfera de la jurisdicción constitucional. Las decisiones de los Tribunales Constitucionales en general son interpretadas como “perturbantes”.¹⁰⁷ Un ámbito de fricción en el que el Tribunal Constitucional se hace mucho más vulnerable a los ataques políticos es justamente en materia de las decisiones relativas a la reelección del presidente. Como casos paradigmáticos se pueden mencionar la destitución del Tribunal Constitucional peruano durante el régimen de Fujimori (1997), caso que fue sometido a la Corte Interamericana

del Campo, J., Camou, A. y Luján Ponce (eds.), *Transición democrática y gobernabilidad: México y América Latina*, México, 2000, p. 86.

¹⁰⁴ Robert Alexy habla de la justicia constitucional como representación argumentativa de los ciudadanos, Cfr. Alexy, “Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 95, núm. 2, 2009, pp. 162 y ss.

¹⁰⁵ Häberle, P., “El tribunal constitucional como poder político”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 125, 2004, pp. 9-38. Como afirma César Landa, la naturaleza política del Tribunal Constitucional sólo es en definitiva reconocer su rol como creador de derecho. Cfr. Landa, “Los precedentes constitucionales”, *Injusticia Constitucional*, núm. 5, Lima, 2007, pp. 33, 35 y ss, disponible en <http://lettere.media.unisi.it/w2d/cora/view/articoli/index.html?radiobutton=h&nonext=1>.

¹⁰⁶ La jurisdicción constitucional presupone una actividad consorciada entre los poderes públicos, de modo que cada uno individualmente y en su conjunto, son responsables de la consolidación de los valores constitucionales y de la realización de la democracia. Cfr. Hennig, M. C., *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre os limites e a legitimidade da Jurisdição Constitucional na ordem democrática*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 210.

¹⁰⁷ Cfr. Nohlen, D., “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia”, *Tribunales constitucionales y democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, pp. 13 y ss.

de Derechos Humanos (CorteIDH), que encontró una violación de los artículos 1.1., 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)¹⁰⁸ así como la destitución de Magistrados del Tribunal Constitucional por parte del Congreso con anuencia del presidente en Ecuador (2004).¹⁰⁹

Sin duda, la justicia constitucional tiene que enfrentar las “arremetidas” destinadas a su debilitamiento. Como es la regla en Latinoamérica, se constata una paradoja: por una parte, el intento de manipulación, incluidas todas las ideologías —incluyendo las décadas de dictaduras como antecedente— bien para “utilizar o depreciar a la jurisdicción”, pero por otra parte, “con su clásica ductilidad manipuladora, cambiar bruscamente el discurso y proclamar su irrestricto respecto a la jurisdicción, cuando consideran que es conveniente en esa coyuntura derivarle un problema político o social, que no tienen solución o que la solución que se le podría deparar afectaría a su clientelismo político”.¹¹⁰

3. *El núcleo intangible de la democracia y la identidad constitucional*

Colombia es un ejemplo del impacto positivo de la jurisdicción constitucional para el desarrollo del Estado de derecho y la tradición constitucional. Es paradójico que Colombia tenga un contexto de contrastes y que en medio de tanta violencia exista una fuerte tradición de Estado de derecho y de invocación constante de la supremacía de la Constitución.¹¹¹ La Corte Constitucional de Colombia (CCC), reforzando su reconocida reputación como un actor imparcial y capaz de establecer límites a las

¹⁰⁸ Para una visión completa cfr. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, Sentencia del 31 de enero de 2001, Serie C, núm. 71, disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf.

¹⁰⁹ Resolución del Congreso Nacional R-25-160, del 20 de diciembre del 2004, disponible en: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=1745#anchor346237.

¹¹⁰ Cfr. Zaffaroni, E. R., “Dimensión política de un Poder Judicial democrático”, Andrade Ubidia, S. y Ávila Linzán, L. F. (eds.), *La transformación de la justicia*, Quito, 2009, pp. 113 y ss.

¹¹¹ Cepeda, M. J., “La Constitución y el juez: nuevos enfoques interpretativos”, en *Memorias Constitucionalización del orden jurídico Alemania-Colombia*, Bogotá, 2010, p. 149.

actuaciones del poder ejecutivo,¹¹² en la Sentencia C-141 de 26 de febrero de 2010, dictada en el denominado caso del “referendo reeleccionista”, decidió declarar “inexequible” (inconstitucional) en su totalidad la Ley 1354 de 2009 “por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional” al considerar que, una segunda reelección presidencial sustituye ejes estructurales de la Constitución Política de 1991.¹¹³

Un “fallo ejemplarizante”,¹¹⁴ entre otras razones, porque mediante una decisión de 7 votos en favor y 2 votos en contra, la Corte aprobó su “test de independencia” del Poder Judicial y ratificó su doctrina de la no sustitución de la Constitución. Según la doctrina de la no sustitución de la Constitución, la CCC sostiene que los principios fundamentales como los de Estado democrático y social de derecho no pueden ser modificados por vía de una reforma constitucional, incluso ni mediante referendo de iniciativa popular. Ello significa que sólo por vía de una Asamblea Nacional Constituyente podría cambiarse totalmente la fisionomía del Estado constitucional de derecho regulado desde 1991. Dice la Corte “De conformidad con lo establecido en su artículo 1o., ante todo la Carta de 1991 define la forma de gobierno, pues indica que el Estado social de derecho en ella instituido se organiza como república y a continuación se ocupa del régimen político y, en tal sentido, precisa que esa república es democrática, participativa y pluralista, como ya lo había anticipado en el preámbulo al señalar que la Constitución se adopta en nombre del pueblo de Colombia, con unas finalidades que allí mismo se enuncian, y “dentro de un marco jurídico, democrático y participativo”. Agrega respecto al control estricto adelantado mediante el juicio de sustitución que el mismo es necesario en virtud de que “la autorización de una segunda reelección del presidente de la República, que conduciría al ejercicio de

¹¹² La Corte Constitucional de Colombia muestra con las decisiones de largo alcance sobre la ley de emergencia (CCT el asunto C-301/93, C-466/95 caso, el asunto C-070/09), el déficit endémico derecho fundamental como es el caso de los llamados “desplazados” (sentencia C-025/04), sobre las medidas económicas del gobierno (C-700/99 caso) y sus decisiones en materia de derechos fundamentales. Estrada, A. Julio, “Corte Constitucional (Colombia)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, Buenos Aires, UNAM, 2009, pp. 139 y ss.

¹¹³ CCC, Sentencia C-141 de 2010, Expediente CRF- 003, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/c-141-10.doc>.

¹¹⁴ En la expresión de Roberto Gargarella.

un tercer mandato, además de ser una situación por completo novedosa en el constitucionalismo colombiano, plantea serios interrogantes acerca de si se mantienen o se sustituyen por otros opuestos, elementos basilares de la Carta vigente, en cuanto constitutivos de su identidad”.¹¹⁵

La CCC, con ocasión de su sentencia C 551/3, ya había señalado que garantizar la libre formación de la voluntad política de la ciudadanía es fundamental dentro de la democracia, y tiene mayor trascendencia cuando se trata del ejercicio del sufragio en un referendo, pues el mecanismo puede ser utilizado para manipular al sufragante con la finalidad de legitimar regímenes autoritarios plebiscitariamente. En efecto, es reconocido en la doctrina el valor de las decisiones de la CCC en materia de interpretación del alcance de los referendo, como mecanismo de democracia participativa, a fin de no ser desvirtuado a favor del gobierno de turno, pues evidentemente si se permitiese contenidos plebiscitarios de las reformas, o las notas introductorias absolutamente inductivas y por tanto violatorias de la libertad electoral, se viola el texto constitucional en concordancia con el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que garantiza la libertad del elector.¹¹⁶

Por tanto, proteger el núcleo intangible de la democracia implica, para el caso de la CCC conforme a lo preceptuado en la carta política (CP), garantizar que “la alternación constituya una forma de hacer efectivos otros derechos relacionados con el sistema democrático como la libertad de expresión, el libre acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación, la libertad de información, el derecho al voto, el derecho a ser elegido y el derecho a la oposición política ...Por las razones expresadas resulta posible concluir que la alternación en el poder constituye un elemento o componente esencial del modelo democrático establecido por la Constitución de 1991, el cual tiene fundamento i) en las elecciones periódicas para proveer cargos públicos (artículo 260 de la CP), ii) en los períodos fijos de los cargos de elección popular, iii) en el reconocimiento mismo de la pluralidad de partidos, movimientos o fuerzas políticas, con igualdad de oportunidades electorales (CP artículos 40-3, 107 y 108), iv) en la existencia de un régimen de oposición (CP artículo

¹¹⁵ C-141-10, p. 442.

¹¹⁶ Morales Viteri, J. P., “Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica”, en Santamaría, R. (ed.), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, 2008, p. 109.

112); (v) en la garantía de las libertades fundamentales, como lo son, la igualdad (CP artículo 13) y las libertades de expresión y opinión (CP artículo 20); y finalmente, (vi) en el derecho que tiene todo ciudadano a participar en la conformación y ejercicio del poder político, que se expresa, entre otros, en el derecho a elegir y ser elegido (CP artículos 40-1 y 258) y en la posibilidad real de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (CP artículos 40-7 y 125)".¹¹⁷ La CCC destaca que "resulta claro que la introducción de la segunda reelección afecta la igualdad en la contienda electoral por la Presidencia de la República, puesto que el incremento progresivo de períodos presidenciales puede conducir a que un líder se autoperpetúe en el poder y potencialmente fortalece un círculo vicioso mediante el cual se permitiría la consolidación de una sola persona en el poder".¹¹⁸

La concepción de la identidad constitucional la perfila la CCC en un sentido inverso al declarar que:

Si a causa de la segunda reelección el sistema presidencial corre el riesgo de degenerar en el presidencialismo, si, además, el pluralismo, la participación y la noción de pueblo prohijada constitucionalmente sucumben ante la permanencia en el gobierno de una mayoría y si, por último, los elementos que configuran el modelo republicano se desvirtúan, ello quiere decir que la Constitución de 1991 no sería reconocible en la que llegara a surgir de la autorización de una segunda reelección presidencial.¹¹⁹

Esto implica que no reconocer la Constitución significaría perder su identidad. Desde el punto de vista del derecho comparado luce interesante este postulado de la CCC sobre la salvaguarda de la identidad constitucional, teniendo en cuenta la conocida Sentencia-Lisboa¹²⁰ del

¹¹⁷ C-141-10, p. 460.

¹¹⁸ C-141-10, p. 478.

¹¹⁹ C-141-10, p. 485.

¹²⁰ Para algunos comentarios críticos a la sentencia *Cfr.* López Castillo, A., "Alemania en la Unión Europea a la luz de la Sentencia-Lisboa, del 30 de junio de 2009, del Tribunal Constitucional Federal alemán", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 87, septiembre-diciembre de 2009, pp. 337-360; Häberle, P., "La regresiva Sentencia Lisboa como Maastricht anquilosada", *ReDCE*, año 6, núm. 12, julio-diciembre de 2009, pp. 397-429; Quadra-Salcedo Janini, T. de la, "La ardua ratificación del Tratado de Lisboa. Penúltima estación: la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán del 30 de junio de 2009", *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 8, 2009, p. 12; Bobes Sánchez, M. J., "La integración europea según el Tribunal Constitucional

Tribunal Constitucional Federal (TCF) que desarrolla el concepto de identidad constitucional.¹²¹ En dicha decisión, el TCF afirma:

El Tribunal Constitucional Federal comprueba además si el contenido esencial inviolable de la identidad constitucional de la Ley Fundamental es respetado de conformidad con el artículo 23.1 frase 3 en conexión con el artículo 79.3 LFB (...). El ejercicio de dicha competencia de control, que está basada en el derecho constitucional, sigue el principio de apertura hacia el derecho europeo de la Ley Fundamental, y no contradice por ello el principio de cooperación leal (artículo 4.3 TUE versión Lisboa); de otro modo, las estructuras políticas y constitucionales fundamentales de los Estados miembros soberanos, reconocidas en el artículo 4.2 frase 1 del TUE versión Lisboa, no podrían quedar protegidas en el proceso de progresiva integración. A este respecto, las garantías —tanto la de derecho constitucional como la de derecho de la Unión— de la identidad constitucional nacional van de la mano en el espacio jurídico europeo. El control de la identidad posibilita la verificación de si a consecuencia de la actuación de las instituciones europeas resultan lesionados los principios de los artículos 1 y 20 LFB, declarados intangibles en el artículo 79.3 LFB.¹²²

Desde la perspectiva del principio democrático, la vulneración de la identidad constitucional establecida en el artículo 79.3 LFB es al mismo tiempo una usurpación del Poder Constituyente del pueblo. El Poder Constituyente no ha dado a los representantes y órganos del pueblo mandato alguno para poder disponer sobre la identidad constitucional. No se ha dado a ningún órgano constitucional la competencia para modificar

Federal Alemán. Comentario a la Sentencia del BVerfG sobre el Tratado de Lisboa”, *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 33, 2010, pp. 157-186; Classen, C. D., “¿Fortalecimiento legítimo del Bundestag o lecho constitucional de procrusto?: Acerca de la sentencia del Tribunal constitucional Federal sobre el Tratado de Lisboa”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, 2010, pp. 237-260.

¹²¹ La concepción del control de la identidad constitucional encuentra antecedentes en el marco del control de los derechos fundamentales, centrado en el llamado contenido esencial o nuclear de la Constitución (Verfassungskerngehalte). BVerfGE 37, 271 <279 f.>: “Grundstruktur der Verfassung”, “Identität der geltenden Verfassung”, “un-aufgebbares Essentiale der geltenden Verfassung”. El TCF en la sentencia Lisboa hace mención a la jurisprudencia anterior como BVerfGE 75, 223 <235, 242> - Solange I; 89, 155 <188> - Solange II; 113, 273 <296> - Europäischer Haftbefehl-order de detención europea).

¹²² BVerfG, 2 BvE 2/08 de 30.6.2009, párrafo 240.

los principios constitucionales que el artículo 79.3 LFB establece como fundamentales. Como se afirma en la doctrina, “al reformular su teoría de los límites materiales en torno a la identidad constitucional nacional entendida como gramática del Sozialer Rechtsstaat, el Tribunal está contribuyendo a reiterar la continuidad entre el derecho constitucional comunitario y el derecho constitucional nacional, fijando de este modo lo que en la jerga diplomática se denominan “líneas rojas”, con la diferencia de que éstas no derivan de un cálculo diplomático, sino de la idea misma de derecho constitucional democrático”.¹²³

Garantizar la intangibilidad del núcleo de la democracia y no permitir el vaciamiento de su contenido es un cometido fundamental de la justicia constitucional. Vincular esta garantía con la alternancia en el poder, especialmente en el contexto de los regímenes presidencialistas latinoamericanos, adquiere una relevancia mayor y deja en evidencia cuando el poder judicial doblega su autonomía frente al ejecutivo todopoderoso. Un ejemplo en este sentido negativo se constata en el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) de Venezuela, que declaró en su decisión 53 del 3 febrero de 2009 que el referéndum propuesto por el presidente para la reelección indefinida era constitucional, a pesar del rechazo de la reforma constitucional de 2007 en la que estaba contemplada esta materia.¹²⁴ Pareciera

¹²³ Menéndez, A. J., *La Unión Europea en el espejo de Lisboa. La sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Alemán en clave constitucional europea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

¹²⁴ La Constitución de Venezuela regula en el artículo 340 que “La enmienda tiene por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de esta Constitución, sin alterar su estructura fundamental”. Pero el artículo 345 dispone: “Se declarará aprobada la Reforma Constitucional si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos. La iniciativa de Reforma Constitucional que no sea aprobada, no podrá presentarse de nuevo en un mismo periodo constitucional a la Asamblea Nacional. Por su parte, el artículo 6 regula el principio democrático y dispone: “El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”. En el recurso de interpretación ante el TSJ se solicitó interpretar “El alcance del concepto jurídico indeterminado estructura fundamental de la Constitución, y en particular que se aclare si a través de una Enmienda Constitucional puede permitirse la reelección presidencial ilimitada, a pesar de que uno de los principios básicos de nuestro sistema de gobierno es la alternabilidad, y 2. El alcance de la limitación contenida en el artículo 345 de la Constitución, a los fines de determinar la posibilidad de modificar (vía enmienda) el artículo 230 de la Constitución, para establecer la reelección ilimitada del presidente de la República, cuando esta misma modificación ya fue rechazada por la voluntad popular el 2 de diciembre de

que en Venezuela se podría utilizar la expresión de que el Poder Judicial no es un tercer poder, sino un poder de tercera.¹²⁵ Las críticas a la justicia constitucional en Venezuela se han expresado no sólo en cuanto a la garantía de la no reelección, sino también en cuanto al funcionamiento de la Sala Constitucional del TSJ¹²⁶ y, en particular, ante lo que llamamos la desconstitucionalización en cuanto a la “inejecución” de las sentencias internacionales y al desconocimiento del derecho internacional por parte de la jurisdicción constitucional venezolana.¹²⁷

IV. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

Los retos del siglo XXI se centran en el papel que juegan los poderes públicos, globales, supranacionales y nacionales para hacer efectivos el respeto y la garantía de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho, teniendo en consideración los objetivos de desarrollo del milenio. La construcción dogmática se ha llevado a cabo mediante el progresivo acervo normativo, doctrinario y jurisprudencial en cuanto a que la democracia y los derechos humanos constituyen principios rectores de la integración jurídica, son mandatos jurídicos de aplicación directa e inmediata (*self executing*), que colocan la dignidad humana en el centro de la estructura constitucional y sirven de parámetros para que, respetando el núcleo central de la identidad constitucional de cada país, se construya un *ius commune* en América Latina.

2007, un proyecto de reforma que contenía la misma modificación que ahora se quiere volver a plantear. El TSJ decidió la constitucionalidad del referendo para la enmienda constitucional. Cfr. <http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/5-2009/5-8.pdf>.

¹²⁵ Parafraseando a Héctor Fix-Fierro en el análisis de la realidad mexicana. Cfr. H. Fix-Fierro, “La reforma judicial en México ¿De dónde viene? ¿Hacia dónde va?”, Documento de Trabajo núm. 31, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

¹²⁶ Cfr. Casal H., J. M., “Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, UNAM, Buenos Aires, 2009, pp. 503-527. Allan Brewer-Carías habla de la “in” justicia constitucional en el sentido del juez constitucional sometido al poder político, cfr. Brewer-Carías, *Crónica sobre la “in” justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, EJV, 2007.

¹²⁷ Ayala Corao, C., *La “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, Caracas, 2009.

Latu sensu, la Carta Democrática Interamericana (CDI) implica que tanto la Constitución de los Estados como su realidad constitucional, deben garantizar la pluralidad política, las elecciones libres y secretas, un sistema que facilite la alternancia del poder, debe estar asegurada la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el respeto del Estado de derecho, debe, en definitiva, regirse por la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad, la pluiralidad y la igualdad entre mujeres y hombres, debe protegerse a los grupos más vulnerables. En la praxis, con algunas excepciones, las cláusulas democráticas y de derechos humanos, especialmente los derechos sociales fundamentales, se han erigido como un símbolo de la consolidación de un “constitucionalismo social regional”. Representan una especie de “cláusula de corte transversal”, que condicionan la totalidad de los órdenes jurídicos e involucra a todos los poderes públicos.

Esta construcción de la democracia vinculada a los derechos humanos y a los DESC es de reciente data. En la década de los noventa era hipotético hablar de la justiciabilidad de los DESC y hoy se le concibe como mecanismo de transformación social,¹²⁸ que ha tenido un gran auge a nivel global, gracias a la práctica de la justicia constitucional. Es cierto que los DESC no se escapan de las dicotomías propias del contexto latinoamericano: por una parte, amplios catálogos en las Constituciones, pero por la otra parte condiciones adversas para su protección efectiva. No obstante, también es una verdad incuestionable que tanto en la academia como en la jurisprudencia se han dado avances relevantes para concretizar su exigibilidad.¹²⁹ En el cambio de paradigma de la injusticiabilidad a la justiciabilidad ha tenido un rol central el litigio estraté-

¹²⁸ Gargarella, R., Domingo, P. y Roux, T., “Courts, Rights and Social Transformation: Concluding Reflections”, *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?*, Aldershot, 2006, p. 255.

¹²⁹ Cfr. Arango Ribadeneira, R., “El concepto de derechos sociales fundamentales”, *Legis*, Bogotá, 2005; *idem*, “Das kolumbianische Verfassungsgericht und die sozialen Rechte”, *Verfassung und Recht in Übersee*, 42 (2009) 4, pp. 576-584. Cepeda, M. J., “The Internationalization of Constitutional Law”, *Verfassung und Recht in Übersee*, 41 (2008) 1, pp. 61-77; Ordoñez, J., “El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Apuntes para la definición de un contenido esencial de ese derecho en la jurisprudencia mexicana”, *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, *cit.*, pp. 700 y ss.; Suárez, A. M., *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte. eine Untersuchung über den aktuellen Zustand in Lateinamerika, unter Beachtung der völkerrechtlichen Menschenrechtsstandards*; Kolumbien als Frankfurt, Beispiel, 2010.

gico, tanto en el sistema interamericano de derechos humanos¹³⁰ como a nivel doméstico. Los actores sociales, entre ellos las ONGs y órganos jurisdiccionales, han sido capaces de activar un proceso normativo transnacional, con el objetivo de alterar políticas públicas, legislación o producir nuevos precedentes judiciales tendentes a la efectiva garantía de los derechos.¹³¹ El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PF-PIDESC) es el resultado de estas iniciativas e interacciones en redes,¹³² dando lugar a transformaciones sustantivas en doble vía: el espectro de acción de los actores sociales se ha ampliado, influyendo en los procesos de configuración del derecho (nuevas Constituciones) y creación del derecho por los órganos jurisdiccionales (jurisprudencia en materia de DESC), pero también el derecho y sus operadores se han permeado con la lógica argumentativa de los actores sociales para influir en el espacio jurídico-público.

Esta realidad constitucional positiva y esperanzadora, enfrenta sin embargo desafíos importantes en virtud de las amenazas de desconstitucionalización del acervo común en materia de democracia y derechos humanos, en el que la Comisión Interamericana y la Corte IDH han jugado un rol decisivo para el cumplimiento de la Carta Magna interamericana. En el campo concreto de la CDI, se cuenta por una parte con los elementos y componentes fundamentales del ejercicio de la democracia (artículos 3 y 4 de la CDI). Incluso las reacciones frente a los acontecimientos de junio de 2009 en Honduras¹³³ y de septiembre de 2010 en Ecuador demuestran que la comunidad internacional y, en particular, los órganos de la OEA, reaccionan con eficacia frente a “golpes de Estado”¹³⁴

¹³⁰ Cardoso, E., *Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos: análise de casos da Corte Interamericana*, São Paulo, Maestría, Universidade de São Paulo, 2008.

¹³¹ Cardoso, E., “Luchas (trans)constitucionales: redes de litigantes estratégicos en Argentina y Colombia”, ponencia en el Humboldt-Kolleg, Internacionalización del Derecho Constitucional-Constitucionalización del Derecho Internacional, Buenos Aires, 4-6 de octubre 2010.

¹³² Para obtener información actualizada Cfr. http://www.escr-net.org/resources/resources_show.htm?attribLang_id=13441&doc_id=431812.

¹³³ Se aprobó la resolución AG/RES. 2 (XXXVII-E/09) para suspender a Honduras del ejercicio de su derecho de participación en las OEA.

¹³⁴ 28 de junio del 2009, el Consejo Permanente de la OEA aprobó una resolución (CP/RES. 953) para condenar el golpe de estado y convocó a un periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General.

o “cualquier intento de alterar la institucionalidad democrática”.¹³⁵ Pero por otra parte, los mecanismos para la preservación de la institucionalidad previstos en la CDI (artículos 17 al 22) no son invocados ante la tendencia de socavamiento “silente” de la institucionalidad democrática. En estos casos, se mencionan los vacíos legales de que adolece la CDI y en función de ellos, se da un amplio margen a la divergencia en cuanto a la aplicabilidad de este instrumento de obligatorio cumplimiento.

En este orden de ideas, vías como la explorada por la Corte Constitucional de Colombia en torno al control de la identidad constitucional y a la salvaguarda del núcleo intangible de la democracia para no permitir una sustitución del texto constitucional en el caso de la reelección presidencial pueden ser útiles como fórmulas para detener la desconstitucionalización de la CDI. Si se comparte con Habermas la sugerencia de interpretar la democracia como un proceso histórico de autocorrección de la Constitución,¹³⁶ donde la democracia sirve para la realización y actualización de los valores constitucionales, no hay duda alguna que en el contexto latinoamericano el valor fundamental es el respeto de los derechos humanos (incluidos los DESC) en el marco de una estructura de separación de poderes y de límites a los poderes. Enfocar pues el límite máximo de ejercicio del poder por un solo presidente no es aleatorio, sino que emerge como un punto cardinal en la preservación de la democracia en la región. ¿Por qué? Porque como se ha destacado en la doctrina, marca una línea sutil entre dictadura y democracia.

La posibilidad de reelección sin límites en América Latina lesiona el principio de alternancia en el gobierno, que forma parte del núcleo esencial de la democracia y de la tradición e identidad constitucionales. Estas fórmulas pueden ser invocadas para frenar el vaciamiento progresivo de esta garantía democrática. Los estudios empíricos demuestran que la mayoría de los presidentes usan todos los medios oficiales para mantenerse en el poder, hacen uso de las instituciones del Estado y, conforme a las estadísticas de la última década, en las últimas nueve (re) elecciones, sólo en dos ocasiones, el presidente no fue reelegido, dada la dificultad para el electorado de distinguir entre ellos como titulares

¹³⁵ Resolución del Consejo Permanente de la OEA sobre la situación en la República del Ecuador 30 de septiembre de 2010. Disponible http://www.oas.org/OASpage/press_releases/press_release.asp?sCodigo=S-14.

¹³⁶ Habermas, J., “Constitutional democracy. A Paradoxical Union of Contradictory Principles?”, *Political Theory*, vol. 29, núm. 6, 2001, p. 29.

del cargo y como candidatos. Desde una perspectiva comparativa, debe recharzarse el argumento de que en Europa los gobiernos pueden ser reelectos indefinidamente. Tal comparación no es válida debido a las diferencias fundamentales entre el presidencialismo y el parlamentarismo y, en América Latina concretamente, los poderes del presidente tienen un alcance e impacto mayor que en los sistemas europeos.

Uno de los rasgos que diferencia el presidencialismo de los regímenes dictatoriales y de los totalitarios es la regla de la no reelección al término de uno o dos mandatos¹³⁷. Igualmente, en el marco de las limitaciones del poder de reforma constitucional, se argumenta que en Iberoamérica la prohibición de la reelección presidencial tras uno o también tras dos periodos en el cargo persigue evitar que la figura del presidente, que dispone sobre el aparato del poder estatal en su totalidad, se enraíce en el poder y se convierta en dictador.¹³⁸

¿Forman parte las dictaduras del pasado en América Latina? Para dar una respuesta íntegramente afirmativa se deben activar las “fuerzas imaginativas del derecho”¹³⁹ y centrarse en los potenciales del espacio judicial para crear las barreras que impidan la desconstitucionalización del principio democrático. Los Tribunales Constitucionales (incluida la Corte IDH como corte constitucional supranacional) como actores claves en este proceso, junto al litigio estratégico, los *amicus curiae*, las universidades, deberán ir perfilando, en la praxis, los contornos exactos de la protección interamericana de la democracia en aquellos casos que derivan de los poderes electos. Hay que acometer este desafío.

¹³⁷ Hauriou, A., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, 1980, p. 948.

¹³⁸ Loewenstein, K., *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1982, pp. 189 y 190.

¹³⁹ Como se mencionó supra, empleando la expresión de Mireille Delmas-Maty, citada por Burgogue-Larsen, L., *op. cit.*, 2009, p. 141.