

Por un derecho común para América Latina

Cómo fortalecer las democracias
frágiles y desiguales

Armin von Bogdandy



Trasladar las transformaciones sociales y políticas
desde el presente se trata en la construcción de una
democracia vibrante centrada en los derechos humanos y
alternativas para el cambio.

El desarrollo de las instituciones democráticas es esencial,
especialmente desde la perspectiva del Sur Global,
porque a menudo corresponde a los intereses del Norte Global.

El desarrollo económico internacional no puede
realizarse a menos que se desarrolle primero
y los actores, especialmente, que se desarrolle de él
en el contexto de los derechos humanos.

Índice

Cubierta

Índice

Portada

Copyright

Un constitucionalismo transformador (Paola Bergallo y Roberto Gargarella)

Introducción (Leonardo García Jaramillo)

Prólogo

1. El mandato transformador del Sistema Interamericano. Legalidad y legitimidad de un proceso jurisgenerativo extraordinario

2. El constitucionalismo transformador frente a los desafíos del derecho económico internacional. La perspectiva del *Ius Constitutionale Commune* (con Franz Christian Ebert, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan, Pedro Salazar Ugarte y Ximena Soley).

3. El *Ius Constitutionale Commune* en América Latina a la luz de El concepto de lo político de Carl Schmitt

4. Reformismo transformador. El pensamiento jurídico y político de Norberto Bobbio

5. La transformación del derecho europeo. El concepto reformado y su búsqueda de la comparación

6. ¿El derecho constitucional comparado como ciencia social? Una reacción hegeliana a Comparative Matters, de Ran Hirschl

7. Transformar instituciones internacionales mediante un derecho público internacional (con Matthias Goldmann e Ingo Venzke)

8. El Banco Mundial frente al constitucionalismo transformador latinoamericano. Panorama general y pasos concretos (con Franz Christian Ebert)

Fuentes

Armin von Bogdandy

POR UN DERECHO COMÚN PARA AMÉRICA LATINA

Cómo fortalecer las democracias frágiles y
desiguales

Selección y traducción de textos al cuidado de
Leonardo García Jaramillo



siglo veintiuno
editores



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW

Bogdandy, Armin von

Por un derecho común para América Latina: cómo fortalecer las democracias frágiles y desiguales.- 1ª ed.- Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2020.

Libro digital, EPUB.- (Derecho y política)

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-801-021-2

1. Derecho Internacional. 2. Derecho. I. García Jaramillo, Leonardo, trad. II. Título.

CDD 341.09

© 2020, Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A.

www.sigloxxieditores.com.ar



Esta colección comparte con IGUALITARIA el objetivo de difundir y promover estudios críticos sobre las relaciones entre política, el derecho y los tribunales.

www.igualitaria.org

Traducción del capítulo 1: David Geng, revisión de Miriam Henríquez, Rene Urueña, Mariela Morales y Leonardo García Jaramillo; capítulos 2, 5, 6, 7: Leonardo García Jaramillo; capítulos 3 y 4: Daniela López Testa; capítulo 8: Juan C. Herrera y Lucas Sánchez, revisión de Leonardo García Jaramillo.

Diseño de colección y de cubierta: Eugenia Lardiés

Digitalización: Departamento de Producción Editorial de Siglo XXI Editores Argentina

Primera edición en formato digital: junio de 2020

Hecho el depósito que marca la ley 11.723

ISBN edición digital (ePub): 978-987-801-021-2

Un constitucionalismo transformador

En el año 2002, el profesor Armin von Bogdandy se convirtió en uno de los directores del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, ubicado en Heidelberg, Alemania. Desde poco después de su llegada, el instituto se transformó en un centro académico de referencia para todo jurista interesado en la situación del derecho en América Latina. Ello fue así, al menos, por dos razones de importancia. En primer lugar, la creciente centralidad del instituto se debió a la intensa y generosa agenda de seminarios que comenzaron a organizarse en su ámbito y que permitieron que numerosos jueces, juezas, académicos y académicas con interés y experiencia en el derecho latinoamericano convergieran en el lugar con frecuencia, para encontrarse, reconocerse, y empezar a interactuar entre ellos y ellas. Fue así que miembros prominentes de la comunidad jurídica regional comenzaron a forjar, poco a poco, un lenguaje, un ideario y una agenda de acción en común. Y aquí es donde se halla, según pensamos, la segunda y fundamental razón que permitió convertir a una institución situada lejos del continente americano –en el propio corazón de Europa– en un punto de referencia obligado para quienes reflexionamos sobre el lugar y el sentido del derecho en la región.

Esa forja de un lenguaje jurídico compartido puede examinarse desde puntos de vista diferentes, pero sin duda el comienzo debe situarse en la idea de lo que se ha dado en llamar un *Ius Constitutionale Commune* en América

Latina (lccal). “lccal” es la sigla con que se designa a un modo particular de pensar el derecho constitucional latinoamericano: un *constitucionalismo transformador*. Este constitucionalismo parte del reconocimiento de la pluralidad de puntos de vista y orientaciones políticas e ideológicas que caracterizan a sus miembros. Al mismo tiempo, y sin embargo, afirma que, desde ese pluralismo que opera como punto de partida, y por caminos diferentes, es posible coincidir en una lista de preocupaciones comunes, capaz de dotar de contenido y dirección el trabajo compartido. ¿Qué características tiene esa lectura propuesta sobre el cambio jurídico que requiere América Latina?

Ante todo, el constitucionalismo transformador aparece enfocado en dos problemas que señala como propios de la región, y que considera particularmente graves: la debilidad institucional que muestran todos los países latinoamericanos, y la situación de marginación y exclusión que afecta a porciones muy importantes de su población. Dichos problemas se encuentran interrelacionados y se alimentan mutuamente. En efecto, la seria exclusión social, económica y política que afecta a los grupos más vulnerables del continente redonda en la endeble legitimidad de todo el entramado institucional prevaleciente, y ayuda a dar forma, finalmente, a democracias frágiles, fáciles de “erosionar” y vaciar de sentido “desde adentro”. Al mismo tiempo, la debilidad institucional dominante en la región favorece la producción de abusos de poder y el recurso a la corrupción -males endémicos en América Latina-, que ayudan a que más gente se sienta “desvinculada” del sistema institucional y la democracia pierda adhesión, especialmente en los sectores populares.

Frente a tal diagnóstico, tan certero como desolador, quienes defienden este constitucionalismo transformador se preguntan cuál es la contribución que puede hacer el derecho latinoamericano al respecto, y sugieren una línea

de respuestas bastante definida. Esa respuesta tiene en su centro a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y se enlaza con los demás instrumentos jurídicos interamericanos, incluidas “las garantías establecidas en las constituciones nacionales, las cláusulas constitucionales de apertura del ordenamiento jurídico interno al derecho internacional y [...] la jurisprudencia nacional e internacional pertinente”. El mejor ejemplo del significado concreto de esta respuesta –que a la vez, e históricamente, más ha interesado a los miembros del Iccal– tiene que ver con la labor cada vez más densa, intensa y transformativa realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Esta Corte, un tribunal casi desconocido y más bien ausente de los debates jurídicos regionales, se convirtió en un actor central y protagónico de tales discusiones. Sus decisiones, crecientemente influyentes sobre el derecho y los tribunales nacionales, fueron ganando espesor, también, con el paso del tiempo. En la actualidad, la Corte IDH ya no es el tribunal marginal que muchos avizoraron en sus orígenes, cuando intervenía, y solo de modo esporádico, en extremas cuestiones relacionadas con las violaciones más graves de derechos humanos acaecidas en la región. Ahora influye y marca doctrina, a partir de una agenda compleja, que incluye cuestiones relacionadas con los derechos sociales y económicos, la violencia policial, los derechos de las minorías indígenas, los abusos de poder, las limitaciones de los derechos políticos, entre muchos otros.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos constituye, seguramente, el mejor ejemplo disponible para entender la importancia de la labor que viene realizando el profesor von Bogdandy, de la que encontramos un excepcional testimonio en la obra que aquí prologamos. El instituto que dirige, desde Heidelberg, se alimenta permanentemente de la labor de jueces, juezas, académicos y académicas que intervienen de modo central en el

Sistema Interamericano, y la doctrina del Iccal nutre a la vez al trabajo de los miembros más activos de la comunidad jurídica regional.

Es un honor para nosotros presentar aquí esta colección de textos elaborados por Armin von Bogdandy, muchos de ellos en colaboración con distinguidos y distinguidas colegas de la región. Estos trabajos conforman una completa introducción a la influyente y rica labor del autor, y un excelente modo de conocer el significado e implicaciones de este constitucionalismo transformador, que desde aquí también auspiciamos.

Paola Bergallo

Roberto Gargarella

Igualitaria (Centro de Estudios sobre Democracia y
Constitucionalismo)

Introducción[1]

Los trabajos académicos no son suficientes para transformar la realidad social. Sin embargo, la conciencia sobre este hecho parece haber llevado a nuestras comunidades a un escepticismo, casi frívolo, acerca del rol que deben desempeñar de cara a la corrupción, el populismo, el nacionalismo, las desigualdades y la violencia, entre otras patologías de los sistemas políticos latinoamericanos.

Los problemas que enfrentan las sociedades en las democracias liberales no se resuelven con la diligencia necesaria, por lo que surgen regímenes populistas, de derecha o de izquierda, que prometen la salvación y la buscan mediante atajos políticos y económicos. La indignación ciudadana suscitada por las promesas incumplidas de los sistemas democráticos de grados mínimos de igualdad y libertad reales se ha traducido en un descrédito, no solo de las clases políticas sino incluso de la democracia misma como forma de gobierno. Frente a la pregunta de si “la democracia es preferible a cualquier otra forma de gobierno”, resulta preocupante el promedio regional (54%) del respaldo a la democracia en 2016.[2] En México y en Brasil, estos porcentajes disminuyeron, en 2018, hasta el 38% y el 34%, respectivamente. En países que, como la Argentina y Chile, atravesaron cruentas dictaduras, las cosas no fueron muy diferentes (59% y 58%). El promedio arroja que más de la mitad de los latinoamericanos estarían dispuestos a apoyar regímenes no democráticos a cambio de obtener algunas de sus promesas incumplidas (Bogdandy y otros, 2017: 3-27).

La democracia liberal enfrenta un desafío inminente. Los votantes occidentales dudan cada vez más de la imparcialidad del sistema y de que en realidad los beneficie. Encuestas de opinión realizadas en 2017 mostraron que solo una tercera parte de los estadounidenses menores de 35 años afirmó que era fundamental vivir bajo un régimen democrático. El porcentaje de ciudadanos que recibiría con beneplácito un gobierno militar creció del 7% en 1995 al 18% en 2017 (*The Economist*, 2018).

El constitucionalismo no puede vivir solo de sus glorias pasadas; también tiene que ocuparse de construir un futuro mejor. Los textos académicos deben reaccionar para salir del ostracismo de la autorreferencialidad, la erudición descontextualizada y la especialización de espaldas a las realidades sociales. En períodos históricos complejos, algunas obras académicas han sido fundamentales para el activismo político y la movilización social; han contribuido con ideas, argumentos, contexto comparado, análisis económicos, perspectiva crítica, manejo de expectativas normativas y estrategias para lograr cambios sociales efectivos.

Los trabajos académicos no son suficientes pero sí son necesarios para lograr transformaciones significativas de la realidad, las cuales demandan la intervención de múltiples actores (por ejemplo, voluntad política, movilización social, cambios legislativos, cobertura mediática, derogación judicial de normas discriminatorias y fortalecimiento de sistemas regionales de protección de derechos). En la historia reciente hay buenos ejemplos de procesos en los que estos actores intervinieron en conjunto para desnaturalizar estereotipos sociales basados en la superioridad de una raza, una religión o un género.

Los temas latinoamericanos y europeos, así como las doctrinas y metodologías que se abordan en este libro avanzan en dicha dirección. Su autor, el profesor Armin von Bogdandy –en coautoría, en varios capítulos, con otros

destacados académicos- no solo ha contribuido con sus investigaciones a definir la agenda contemporánea de varios temas, sino que ha demostrado un gran interés por estudiar los rendimientos de teorías canónicas para enfrentar problemas democráticos latinoamericanos. La presente obra se aproxima conceptual, normativa e institucionalmente hacia las transformaciones contemporáneas del derecho público: hacia los paradigmas desde los cuales pueden darse discusiones fructíferas sobre los elementos de la transformación del derecho europeo que pueden ayudar a la academia constitucional latinoamericana.

En el proceso de dotar de un contenido normativo definitivo a las disposiciones constitucionales, ha sido necesario contar con *nuevos conceptos y teorías* que permitan una aproximación más constructiva al derecho internacional, regional y nacional (a textos normativos y principios). Se han acuñado conceptos y se desarrollaron teorías para sustentar la interpretación de las disposiciones constitucionales (las cláusulas de reenvío, el bloque de constitucionalidad, los derechos innominados y otras, como las disposiciones que establecen los derechos fundamentales). En este sentido, también se han reformulado *conceptos e instituciones bien conocidas*, toda vez que muchas veces un nuevo enfoque académico enfrenta la dificultad de que solo existen *viejos* conceptos para analizar *nuevos* fenómenos. Nociones como “autonomía”, “soberanía”, “legitimidad”, “constitucionalismo”, “pluralismo”, “Estado de derecho”, “democracia” y “derechos humanos” -por los compromisos de acción y abstención que se imponen sobre cada Estado- se han resignificado parcialmente, en distintos procesos nacionales de constitucionalización del derecho, judicialización de la política y desarrollo de la densidad normativa material de la constitución.

La intensificación de la apertura del derecho nacional al derecho regional e internacional ha sido un proceso que, en América Latina, ha conducido a sustentar la comparación jurídica como herramienta necesaria para construir dogmáticas jurídicas locales. En ese sentido, las construcciones teóricas y conceptuales estarían incompletas sin el diseño de *metodologías* que permitan describir y analizar la integración, en los distintos países, de la literatura jurídica y la jurisprudencia interpretativa de tribunales regionales e internacionales. Las metodologías comparadas permiten también relacionar y cualificar los patrones de desarrollo regional del derecho constitucional común latinoamericano (*Ius Constitutionale Commune*).

La obra del profesor Armin von Bogdandy se ubica en un área de intersección entre estas tres variables: la propuesta de nuevos conceptos y teorías; la reformulación y resignificación de otros conceptos y teorías conocidas, para responder mejor a nuevos desafíos teóricos y prácticos; y el desarrollo de metodologías para realizar un trabajo comparativo con mejores resultados institucionales, en términos, por ejemplo, del goce efectivo de los derechos.

El autor y su agenda investigativa

Armin von Bogdandy nació en 1960 en Oberhausen, una ciudad industrial en el Estado de Renania del Norte-Westfalia, fronterizo con los Países Bajos. Forma parte de la segunda generación de descendientes de la familia húngara Bogdándy nacidos en Alemania. Es abogado por la Universidad de Friburgo, estudió Filosofía en Friburgo, Roma y Berlín, y obtuvo un máster en Filosofía por la Universidad Libre de Berlín. Se doctoró en Derecho en la Universidad de Friburgo, con una tesis sobre la teoría de la ley de Hegel,

publicada por la editorial Karl Alber en 1989. Antes de aprobar el segundo examen de Estado para ejercer la abogacía, fue auxiliar en la Corte Berlinesa de Apelaciones. Recibió la habilitación docente por parte de la Universidad Libre de Berlín en 1996.

Fue nombrado profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Humboldt de Berlín y, desde 1997, es profesor de la Universidad Goethe, en Frankfurt. De 2001 a 2014 fue magistrado, y desde 2006 hasta 2014 fue presidente del Tribunal de Energía Nuclear de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), con sede en París. El presidente de la república lo eligió miembro del Consejo Científico Alemán (*Wissenschaftsrat*), donde permaneció de 2005 a 2008. Desde octubre de 2002 es uno de los dos directores del prestigioso Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, en Heidelberg.

Ha sido profesor visitante e investigador de: el European University Institute de Florencia, la Global Law School de la Universidad de Nueva York, la Università degli Studi di Roma Tre, el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, la Xiamen Academy of International Law en China, la Tel Aviv University, la Universidade Católica Portuguesa en Lisboa, la University of Pennsylvania Law School, la Universidad Nacional Autónoma de México, la Université Paris I Panthéon-Sorbonne, la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y la Università di Bologna, entre otras.

Ha recibido homenajes, como el doctorado honoris causa por la Universidad de Tucumán, y premios de investigación por parte de instituciones como la Universidad Nacional Autónoma de México, la Academia de Ciencias de Brandemburgo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En 2014 recibió el premio más importante a la investigación concedido en Alemania, el Gottfried Wilhelm Leibniz. Ha publicado sus trabajos, además de en alemán, en inglés, español, francés e italiano.

Sus temas medulares de investigación -relacionados con los aspectos generales del derecho público y enfocados en sus cambios estructurales de naturaleza teórica, doctrinal o práctica- se reúnen en tres campos:

1. el ejercicio de autoridad pública mediante las instituciones internacionales y la creación judicial internacional de derecho;[\[3\]](#)
2. el *Ius Constitutionale Commune* en América Latina,[\[4\]](#) la regionalización de la justicia constitucional y la integración latinoamericana, sobre todo desde la perspectiva del diálogo judicial multinivel, y
3. el espacio jurídico europeo, en particular los principios, así como los fundamentos teóricos y dogmáticos del derecho constitucional europeo.[\[5\]](#)

Los capítulos reunidos en este libro presentan algunos de los desarrollos de sus investigaciones en una interesante área de intersección entre estos tres campos, con una perspectiva latinoamericana.

Creación y legitimación de autoridad pública

Para el derecho constitucional latinoamericano, que avanza en la construcción de su legitimidad y autoridad en las dimensiones nacional, regional e internacional, el fértil desarrollo de los dos primeros temas resulta, en particular, necesario. Una consecuencia de la expansión e intensificación del derecho internacional en la región es el aumento de la actividad judicial internacional, lo cual suscita cambios en todos los niveles de gobernanza y

desafía las ideas tradicionales sobre la naturaleza y legitimidad de los tribunales cuya jurisdicción se extiende más allá del ámbito nacional. Además del incremento en el número y en la envergadura de las decisiones de estos tribunales, el enfoque institucional tradicional ha cambiado para concebirllos -más allá de como meros árbitros de disputas- como actores multifuncionales que ejercen autoridad pública internacional (García Jaramillo, 2016a).

Si bien la función, en principio, más importante de un tribunal regional o internacional es resolver controversias entre las partes en una contienda, la obra de Bogdandy se desarrolla desde un esquema teórico más amplio. Dentro de las funciones que desempeñan estos tribunales sobresalen, además, la estabilización y la generación de expectativas normativas, la creación de derecho, y el control y la legitimación de la autoridad frente a otras instituciones. Respecto de la estabilización de expectativas normativas, los tribunales en sus decisiones dotan de significado vinculante a las disposiciones de la normativa internacional, pero sobre todo contribuyen al mantenimiento del sistema; aportan seguridad jurídica y previsibilidad a los sistemas multilaterales. Los tribunales regionales e internacionales crean derecho cuando interpretan disposiciones jurídicas frente a casos concretos. Las razones de esas decisiones constituyen además criterios dogmáticos para abordar tales temas en el futuro. Crean no solo precedentes para casos análogos, sino también referencias doctrinarias para otros discursos o textos jurídicos. Tienen entonces efectos materiales, pero también simbólicos.

El control y la legitimación de la autoridad que ejercen otras instituciones es una función cardinal de la jurisdicción internacional que resulta particularmente relevante en el campo de los derechos humanos. El derecho internacional es una garantía en los estados que atraviesan distintas crisis sociales e institucionales. En la medida en que se controlan actos administrativos, decisiones legislativas y

políticas de los países, el ejercicio jurisdiccional de los tribunales internacionales y regionales favorece la legitimidad de las instituciones nacionales. El nuevo orden multipolar adquiere, y ejerce, un poder significativo sobre la democracia y la política nacionales.

En este sentido, la obra del profesor Bogdandy tiene la capacidad de rendir importantes efectos no solo académicos, sino también públicos y políticos. En América Latina, algunos países han denunciado a la Convención Americana sobre Derechos Humanos por fallos que contrarían sus propias decisiones políticas o acciones administrativas. Esta denuncia implica que los ciudadanos de esos países pierden un recurso para proteger sus derechos y quedan, por tanto, más vulnerables a ciertos abusos. La función de la construcción de autoridad pública internacional resulta particularmente relevante para el contexto latinoamericano.

Utilidad y relevancia del concepto “Iccal”

Además de participar como interlocutor conspicuo en el diálogo internacional, Bogdandy ha realizado un importante esfuerzo por generar e impulsar reflexiones con un horizonte amplio desde el derecho constitucional comparado y la globalización en América Latina. Sobre todo, alrededor de la construcción del concepto de “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina” (Iccal) ha promovido la discusión científica en la región a partir de las condiciones que se deben cumplir para enfrentar desafíos comunes, como la garantía de los derechos humanos, el robustecimiento de la democracia y la consolidación del estado de derecho.

Iccal es un concepto útil a los efectos de describir cambios estructurales en distintos sistemas constitucionales de la región, pero también a los de analizar las posibilidades reales de estos cambios para transformar realidades signadas por desigualdades sociales y políticas. El concepto tiene entonces aspiraciones descriptivas y prescriptivas. Contribuye a estructurar un diálogo académico, político y judicial que pueda rendir efectos en los procesos de aplicación del derecho. La investigación que desarrolla el concepto tiene horizontes teórico-analíticos, normativos y comparados. Desde una comprensión sistemática de los órdenes normativos nacional y regional, en lo relativo a la protección de los derechos humanos, la agenda liberal y progresista del concepto se ha centrado en las nuevas formas de analizar y proyectar los elementos medulares del derecho público, en el contexto de los procesos de globalización económica y jurídica. Las referidas patologías de los sistemas políticos latinoamericanos y la esperanza social en los tribunales para que contribuyan a remediar problemas acuciantes fundamentan también la relevancia del concepto.

El Iccal aborda el impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la configuración de un derecho constitucional común, al destacar las transformaciones simbólicas y reales que este ha promovido. Las nociones de Estado y soberanía se han permeabilizado. Al derecho interno se han filtrado, en consecuencia, estándares normativos provenientes de la jurisprudencia interamericana y de los comités y las sentencias de tribunales supranacionales. La progresiva efectividad del diálogo jurisdiccional ha derivado en un empoderamiento del Sistema Interamericano y en una creciente legitimación social de su rol democratizador en la región. Sobre todo en materia de derechos humanos, las fronteras no son ya las estatales, sino las del conocimiento común compartido acerca de una idea de dignidad humana que ha

evolucionado del ideario político a la dogmática jurídica, para fundamentar la protección y promoción de los derechos. La soberanía nacional no condiciona más la garantía de los derechos; los derechos condicionan normas jurídicas y prácticas administrativas, otrora soberanas en un sentido casi autárquico, que están ahora sometidas a un control adicional a los de legalidad y constitucionalidad, como es el control de convencionalidad.

Una vez que se sustentan la reconfiguración del principio de soberanía nacional y la comparación jurídica, adquiere fuerza la idea del diálogo. Entre las formas que puede tomar, el Iccal prioriza el diálogo entre tribunales. Sin adolecer de una perspectiva judicialista -debido a su enfoque en los mecanismos de protección de los derechos-, el Iccal le atribuye una gran relevancia al rol institucional de los jueces y de las cortes en los procesos de transformación social desde el constitucionalismo. La perspectiva dialógica se ha incorporado con fuerza al debate constitucional para cuestionar el juriscentrismo en la configuración del derecho constitucional, es decir, la perspectiva centrada en un poder judicial hermético con un nivel de interacción de baja intensidad con los otros organismos estatales. El juriscentrismo comporta una esperanza desmedida en las capacidades judiciales para transformar la realidad social.

La forma para conseguir que los tribunales sean democráticos no es repitiendo experiencias desafortunadas como en Bolivia, donde los magistrados son elegidos por voto popular, o en Brasil, México y Perú cuyos tribunales televisan sus audiencias de sala plena. Los tribunales no deben pretender legitimarse democráticamente como los parlamentos, incorporando mecanismos de transparencia y rendición de cuentas diseñados para las instituciones con representatividad popular y control electoral. Experiencias como las audiencias públicas previas al fallo, donde distintos actores (las partes, expertos, grupos de interés) intervienen para sustentar sus posiciones ante el tribunal, o

las audiencias de seguimiento al fallo, donde se controlan las medidas adoptadas por organismos gubernamentales para cumplir las órdenes impartidas, han demostrado mayor eficacia en la consecución de los objetivos del constitucionalismo transformador.

Los tribunales deben articularse con otras instituciones mediante mecanismos dialógicos que legitimen y efectivicen sus decisiones proactivas. Mecanismos como las audiencias y los *amici curiae* coordinan, destraban, reencuadran y promueven la cooperación interinstitucional, lo cual, además, tiene un gran potencial para reducir la tensión entre la justicia constitucional y la democracia, y, así, para superar en mayor medida el costo que supone el control constitucional.

Hacia la creación de teorías intermedias latinoamericanas

La investigación de Bogdandy en el derecho *público* internacional y el concepto “lccal” son relevantes no solo desde una dimensión teórica general, sino también desde la necesidad regional de construir mejores teorías intermedias, enfocadas en sus rendimientos para las realidades de nuestra región. Para afrontar los desafíos que impone la interpretación de convenciones y tratados, por cuya garantía los tribunales internacionales han consolidado una jurisprudencia que influencia la comprensión de normas jurídicas y prácticas administrativas nacionales, no es suficiente conocer las teorías jurídicas canónicas. También debe crearse conocimiento jurídico constitucional propio, crítico. Una conciencia jurídico-política propia debe tener en cuenta la naturaleza híbrida de nuestras tradiciones y las necesidades propias de nuestros contextos.

El desarrollo comparado de las instituciones jurídico-políticas latinoamericanas se ha intensificado y complejizado en la actualidad, y ha empezado a cuestionar los cimientos sobre los cuales se edificaban las formas hegemónicas de creación del derecho latinoamericano. La construcción, en particular, de un derecho constitucional común latinoamericano dejó de estar determinada por un norte global exportador de teorías, conceptos e instituciones hacia países del tercer mundo: importadores teóricos con escasa o nula autoridad retributiva en esta relación de poder y dependencia.

En ese sentido, este libro es una buena muestra de la obra en pleno desarrollo de Bogdandy, la cual, además de contribuir en la construcción de cánones jurídicos transnacionales, aporta elementos para expandirlos hacia cánones intermedios que han empezado a surgir en América Latina como consecuencia de la lectura creativa y la recreación de tales cánones de cara a nuestros propios problemas sociales, políticos y democráticos. Así se originan nuevas categorías e incluso pueden incluirse nuevos elementos en los cánones transnacionales en procesos de fertilización cruzada regional e internacional. Este proceso contribuye a dotar a los productos jurídico-políticos que se siembran y se cosechan en la región de mayores grados de calidad y prestigio, y, así, de mayor autoridad y legitimidad.

[6]

Esto se explica no solo por los temas estudiados en el libro, sino también por el tipo de enfoque de varias de sus contribuciones que son, además, resultado del trabajo conjunto del autor con académicos de distintos países con quienes mantiene una activa agenda investigativa. Este es un aspecto destacable del libro, toda vez que el trabajo colaborativo suele ser ajeno a nuestras tradiciones intelectuales y se demuestra aquí lo valioso que resulta para los alcances, el impacto y la creatividad de una obra académica.

Leonardo García Jaramillo

Universidad EAFIT-Colombia, Departamento de
Gobierno y Ciencias Políticas

Referencias

Bogdandy, A. von (2019), “Der europäische Rechtsraum. Ein Begriff zur Neuausrichtung des Europarechts und besseren Verteidigung europäischer Werte”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 144(3): 321-357.

Bogdandy, A. von, C. Grabenwarter y P. M. Huber (eds.) (2007), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band VI. Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag.

Bogdandy, A. von, H. Fix-Fierro y M. Morales (eds.) (2014), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*, Ciudad de México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Bogdandy, A. von, M. Morales y F. Piovesan (eds.) (2016a), *Ius Constitutionale Commune Na América Latina*, 3 vols., Curitiba, Juruá.

Bogdandy, A. von e I. Venzke (2016b), *¿En nombre de quién? Una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*, Bogotá, Universidad Externado.

Bogdandy, A. von, P. M. Huber y S. Cassese (eds.) (2017), *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, vol. 1: *The Administrative State*, Oxford, Oxford University Press.

Bogdandy, A. von y otros (eds.) (2017), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press.

García Jaramillo, L. (2016a), “‘¿En nombre de quién?’, von Bogdandy y Venzke”, *Ámbito Jurídico*, 7 de diciembre, disponible en www.ambitojuridico.com.

— (2016b), “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina”, *Co-herencia*, 13(24).

— (2017), “Desafíos de la interamericanización del derecho. La contribución del *Ius Constitutionale Commune*”, en Bogdandy, A., E. Ferrer Mac-Gregor y M. Morales (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Heidelberg- Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, pp. 577-605.

The Economist (2018), “A Manifesto for Renewing Liberalism”, 15 de septiembre, disponible en www.economist.com.

[1] Agradezco a Mariela Morales, Juana Acosta, Jorge Roa, Sergio A. Gómez y Vicente F. Benítez por sus amables observaciones críticas a esta presentación.

[2] Véase www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp.

[3] En este campo del espacio jurídico europeo además ha publicado manuales bien conocidos: Bogdandy, Huber y Cassese (2017), Bogdandy, Grabenwarter y Huber (2007). Bogdandy atribuye la razón de su interés en el derecho público a la relación dialéctica que tiene con la autoridad pública.

[4] Sobre la primera fase del Iccal, Bogdandy y otros (2017), Bogdandy, Fix-Fierro y Morales (2014).

[5] Bogdandy (2019).

[6] Retomo aquí planteamientos realizados en García Jaramillo (2017: 577-605; 2016b).

Prólogo

Siempre, desde que Giuseppe Tomasi di Lampedusa expresó en *El Gatopardo* que había que cambiarlo todo para no cambiar nada,^[1] hablar de transformaciones suscita sospechas. Eso vale aún más cuando se trata de derecho, como sostuvo Eduardo Novoa Monreal en su libro *El derecho como obstáculo al cambio social*. Sin embargo, como explica Norberto Bobbio, trabajar paulatinamente en transformaciones es quizás la única opción razonable para quienes observan grandes deficiencias en el presente, desestiman la violencia y no se limitan a una actitud de crítica, sino que buscan respuestas constructivas. Trabajar en transformaciones sociales y políticas desde el derecho puede basarse en la convicción, de origen hegeliana, de que el derecho vigente, en toda su insuficiencia, contiene ya los gérmenes fácticos y normativos para avanzar en una dirección progresiva.

Este libro articula textos con ese espíritu, en torno a un derecho común progresista latinoamericano y, más precisamente, al constitucionalismo transformador que se sustenta desde un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (Iccal). Empieza con un capítulo (“El mandato transformador del Sistema Interamericano. Legalidad y legitimidad de un proceso jurisgenerativo extraordinario”) sobre el mandato transformador de la Corte Interamericana de 2018, que introduce el Iccal a partir de la presentación de una institución clave, como es dicha Corte, que tiene el gran desafío de construir la legalidad y la legitimidad necesarias para avanzar en el cumplimiento de ese

mandato. Sigue un trabajo colectivo de 2017 (“El constitucionalismo transformador frente a los desafíos del derecho económico internacional: la perspectiva del *Ius Constitutionale Commune*”), con Franz Ebert, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales, Flávia Piovesan y Ximena Soley, que delinea el Iccal desde la especificidad del constitucionalismo transformador latinoamericano, y a la luz de su difícil relación con el derecho económico internacional.

En ocasiones se le reprocha al Iccal una falta de orientación normativa, lo cual es cierto. El Iccal no es una filosofía política, sino un enfoque práctico y una inspiración compartida de personas que, al mismo tiempo, tienen ideas bastante diversas. Para entender mi “orientación” hacia el Iccal sirven dos estudios. El primero, de 2018 (“El *Ius Constitutionale Commune* en América Latina a la luz de *El concepto de lo político* de Carl Schmitt”), profundiza en tal constitucionalismo a la luz del pensamiento contrario de Carl Schmitt –*ad hostes docere*–. En cambio, un ensayo sobre Norberto Bobbio, escrito en 1987 (“Reformismo transformador. El pensamiento jurídico y político de Norberto Bobbio”), muestra a un gran pensador con un compromiso transformador hacia sociedades más justas, siempre escéptico del éxito que se puede obtener.

Mi reflexión sobre el *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (“La transformación del derecho europeo: el concepto reformado y su búsqueda de la comparación”) tiene raíces en mis experiencias en la construcción del espacio jurídico europeo, por lo que se incluye un texto sobre este tema. Para la construcción de un espacio jurídico regional, sea en Europa o en América Latina, la comparación es un elemento central. Se trata de una comparación específica y muy distinta de los parámetros dominantes en los discursos hegemónicos, como explico en el capítulo en el que discuto con Hirschl (“¿Derecho constitucional

comparado como ciencia social? Una reacción hegeliana a *Comparative Matters*, de Ran Hirschl”).

El espacio jurídico latinoamericano no es autosuficiente, sino que está muy vinculado con muchas instituciones internacionales. Un rasgo fundamental del Iccal es que está abierto a tales instituciones. Al mismo tiempo, es innegable que estas no siempre actúan en favor de la región. Antes bien, el constitucionalismo transformador es desafiado, a menudo, por los actos y políticas de esas instituciones. Las dos últimas contribuciones analizan esta contradicción. La primera, escrita con Matthias Goldmann e Ingo Venzke en 2016 (“Transformar instituciones internacionales mediante un derecho público internacional”), responde a esta ambivalencia al esbozar los rasgos de un verdadero derecho público de las instituciones internacionales. El último texto, escrito con Franz Ebert en 2017 (“El Banco Mundial frente al constitucionalismo transformador latinoamericano: panorama general y pasos concretos”), aplica este enfoque a una institución particularmente controvertida: el Banco Mundial.

El libro trata varios aspectos de las transformaciones jurídicas. Al mismo tiempo, se dedica a cuestiones transversales: cómo construir teorías jurídicas y conceptos (capítulos 3 y 5), cómo manejar la interdisciplinariedad (capítulos 3 y 7) y cómo entender la naturaleza y el papel de la doctrina (capítulo 7). Además, define algunas nociones centrales, como el derecho público (capítulo 7), el constitucionalismo transformador (capítulos 1 y 2) y el derecho europeo (capítulo 5). El libro contribuye a difundir una idea del derecho público que abarca fenómenos estatales, supranacionales e internacionales (capítulos 2 y 5). Por último, pero no menos importante, presenta pautas para sustentar críticas hacia los nuevos nacionalismos (capítulos 2 y 7), pero también hacia la Corte Interamericana (capítulo 1).

Este libro recoge parte de las principales preocupaciones teóricas y prácticas en mi agenda investigativa durante los últimos años. Una reconstrucción de su hilo conductor solo puede concebirse mediante los diálogos generados con otras ciencias, otros contextos y otros debates acerca de la aproximación conceptual, institucional y normativa hacia las transformaciones democráticas del derecho público contemporáneo.

Dar gracias es siempre la tarea más gratificante, pero a la vez difícil, cuando se trata de un proyecto tan significativo como este. Mi agradecimiento se extiende a las instituciones y personas que han participado en su exitosa realización. Mi mayor gratitud hacia Siglo XXI Editores, por acoger con rigurosidad y generosa apertura la propuesta, así como al colega y amigo Roberto Gargarella, que con sabiduría dio los impulsos para navegar en la dirección que conduciría a buen puerto. Menciono también a las editoriales que autorizaron publicar los textos que ya se habían divulgado, los cuales fueron objeto de revisión y actualización para esta obra. Agradezco al Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, por su respaldo para publicar la investigación desarrollada en torno a las transformaciones del derecho público en América Latina y Europa.

Siguiendo la metáfora de la navegación, va mi palabra de sincera gratitud hacia todas y todos quienes han contribuido con su coautoría en algunos capítulos de esta obra. Gracias no solo por sus valiosos aportes que, apalancados por sus propias líneas de investigación, enriquecieron los innovadores paradigmas expuestos, sino especialmente por permitirme profundizar mi rol como *ius* publicista alemán y europeo a partir de sus conocimientos y miradas del derecho desde otras perspectivas y regiones. A las traductoras y los traductores, mi agradecimiento por la dedicación y el esfuerzo sostenido para lograr versiones lo más cercanas posible a mi pensamiento original, pero con la

distancia necesaria derivada de la riqueza del español. Gracias por esta tarea a Daniela López Testa, Juan Herrera, Lucas Sánchez, David Geng y *last, but not least*, a Leonardo García Jaramillo. Una palabra de gratitud particular para Mariela Morales Antoniazzi, por su decisivo acompañamiento académico desde la gestación hasta la culminación de este libro.

A Leonardo García Jaramillo quiero dar las gracias por su infatigable trabajo en la edición académica. Sin embargo, agradecer sus cualidades y dones en el ámbito editorial no sería extraordinario, ya que son conocidas y reconocidas en diversas latitudes. Su extraordinario papel sí debe destacarse en función de constituir un verdadero veedor del proyecto desde su origen, con su lupa para examinar la lingüística de los manuscritos, su amplia formación en el derecho y la filosofía para abordar las críticas y contraargumentar, su dedicación desmesurada para traducir y “retraducir” diferentes capítulos, siempre con ingenio creativo e innovador. En sus propias palabras, gracias a su apoyo, esta obra se ubica en un área de intersección entre la proposición de nuevos conceptos y teorías, la resignificación de otros y el desarrollo de metodologías comparativas.

Confío en que las lectoras y los lectores puedan aproximarse a la vocación y convicción que inspiran estas páginas, en tanto no es un libro para que no cambie nada. Por el contrario, relacionar las experiencias latinoamericanas y europeas me suscita muchas ideas sobre cómo pensar y desarrollar un constitucionalismo transformador en Europa.

Armin Von Bogdandy

[1] “*Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi*”, que traduciría: “Si queremos que todo permanezca como está, todo tiene que

cambiar”.

1. El mandato transformador del Sistema Interamericano

Legalidad y legitimidad de un proceso jurisgenerativo extraordinario[1]

Para estudiar el derecho constitucional en América Latina con relación al derecho internacional, no hay instrumento más importante que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la cual entró en vigor el 18 de julio de 1978. En los últimos cuarenta años, este instrumento se ha convertido en un pilar del constitucionalismo transformador latinoamericano. A escala mundial es quizás la herramienta más relevante para avanzar en la garantía de los derechos humanos, lo cual suscita diversos interrogantes: ¿a qué se debe este desarrollo extraordinario? y ¿es válido y legítimo? Para responderlos, es necesario, ante todo, indagar si el Sistema Interamericano está debidamente sustentado por su mandato.

Constitucionalismo transformador significa interpretar y aplicar las normas de carácter constitucional de manera que impulsen un cambio social profundo para conseguir determinados objetivos constitucionales.[2] En América Latina, dicha corriente se caracteriza por los desafíos que plantean la violencia extendida,[3] la exclusión social (Cepal, 2019: 153 y ss.), la desigualdad extrema (CIDH,