

Tribunal
Constitucional



REVISTA PERUANA DE
DERECHO
CONSTITUCIONAL

Control Constitucional
y Arbitraje

4 | NUEVA ÉPOCA | 2011
Edición especial |

SUMARIO

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

N.º 4, NUEVA ÉPOCA
EDICIÓN ESPECIAL 2011

Control Constitucional y Arbitraje

PRESENTACIÓN	13
---------------------------	----

ESTUDIOS

Alfredo Bullard González <i>Procrastinación y palabra empeñada: La protección y el control constitucional del arbitraje regulatorio</i>	17
Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya <i>Arbitraje y amparo</i>	37
César Guzmán- Barrón Sobrevilla y Rigoberto Zúñiga Maravi <i>¿Armadura propia o armadura prestada?: La protección del arbitraje frente a la intervención de la justicia estatal</i>	55
Juan Luis Avendaño Valdez y Raffo Velásquez Meléndez <i>Sentido de la anulación de laudo y de su sistema probatorio</i>	77
Sergio Tafur Sánchez <i>¿Apuesta el Perú por el arbitraje?: A propósito del control constitucional de las decisiones arbitrales</i>	95
Ernesto Álvarez Miranda y Carolina Canales Cama <i>Tribunal Constitucional y jurisdicción arbitral</i>	111
Mario Pasco Cosmópolis <i>El arbitraje en material laboral y el amparo constitucional</i>	127
Gabriela Novoa Muñoz <i>Algunas consideraciones respecto del reconocimiento constitucional del arbitraje en Chile</i>	143

Diana Marcos Francisco

Algunos aspectos controvertidos en la jurisprudencia arbitral española: especial referencia a la independencia e imparcialidad y a la “indagación razonable” en la notificación de las actuaciones arbitrales 169

Lidia Moreno Blesa

Algunas consideraciones sobre el arbitraje de consumo on line en España 203

Cristina Hermida del Llano

El auge del arbitraje en Europa y otras formas de resolución extrajudicial de conflictos en la era de la globalización 239

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

*PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA DEL CONTROL
CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE*

STC 00142-2011-PA, de fecha 26 de setiembre de 2011. Caso Maria Julia 273

*10 SENTENCIAS FUNDAMENTALES COMENTADAS
PROCESO DE AMPARO
(2009-2011)*

- 1) *STC 02005-2009-PA, de 22 de Octubre de 2009. Sobre la Pildora del día siguiente. Por Óscar Díaz Muñoz* 297
- 2) *STC 00926-2007-PA, de 09 de Diciembre de 2009. Identidad Sexual, Integridad Personal, Libre Desarrollo de la Personalidad y Procesos Disciplinarios en Instituciones Policiales. Por Giancarlo Cresci Vassallo* 305
- 3) *STC 04941-2008-PA, de 03 de Febrero de 2010. Pago de Comisiones por venta de boletos aéreos y Constitución Económica. Por Susana Távora Espinoza* 309
- 4) *STC 04611-2007-PA, de 15 de Abril de 2010. Comunidades Campesinas y Derecho al Honor. Por Jose Rojas Bernal* 313
- 5) *STC 03592-2007-PA, de 29 de Abril de 2010. Transporte Público Interprovincial. Las Personas Jurídicas como Titulares de Derechos Fundamentales. Por Clementina Rodríguez Fuentes* 319
- 6) *STC 04657-2008-PA, de 09 de Junio de 2010. Ejecución de la Sentencia Constitucional. Por Jose Rojas Bernal* 323
- 7) *STC 05181-2009-PA, de 30 de Junio de 2010. Caso Elsa Canchaya. Por Jorge León Vásquez* 327

8) <i>STC 06316-2008-PA, de 30 de Junio de 2010. Derecho a la consulta y pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial.</i> Por Johan León Florián	331
9) <i>STC 05427-2009-PC, de 23 de Agosto de 2010. La inconstitucionalidad por omisión y el deber de reglamentar el derecho a la consulta.</i> Por Johan León Florián	339
10) <i>STC 04749-2009-PA, de 24 de Agosto de 2011. La protección constitucional de las personas con VIH/SIDA.</i> Por Jaime de la Puente Parodi	345

JURISPRUDENCIA COMPARADA

Armin von Bogdandy <i>El paradigma del pluralismo normativo.</i> <i>Una nueva perspectiva de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales</i>	353
Mariela Morales Antoniazzi <i>La no reelección como garantía de la democracia</i> <i>¿Reconstrucción vs. Desconstitucionalización?</i>	375
Martha C. Paz <i>El derecho al olvido. La influencia del tiempo en la determinación de un asunto noticioso que ya no es públicamente relevante. La doctrina de la Corte Constitucional Colombiana.</i>	403

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

NOTICIAS DE LIBROS

Laura Rangel Hernández <i>Derecho de Amparo</i>	415
-----------------------------------------------------------------	-----

REVISTA DE REVISTAS

<i>Cuestiones Constitucionales</i>	421
<i>Revista de Derechos Humanos de la Universidad de Piura</i>	423
<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i>	425

LA NO REELECCIÓN COMO GARANTÍA DE LA DEMOCRACIA ¿RECONSTRUCCIÓN VS. DESCONSTITUCIONALIZACIÓN?*

MARIELA MORALES ANTONIAZZI**

SUMARIO: **I.** *El contexto: El Tsunami reeleccionista.* **II.** *¿Qué democracia?:* El corpus iuris interamericano como marco. *2.1. Premisa aclaratoria.* *2.2. Los estándares de la Carta Democrática interamericana.* **III.** *¿Constitucionalizar desconstitucionalizando el mecanismo de la (no) reelección? Aportes de la decisión C-124/10 de la Corte Constitucional de Colombia.* *3.1. La justicia constitucional frente a la desconstitucionalización.* *3.2. Aportes de la Corte Constitucional en su sentencia C-141 de 26 de febrero de 2010.* *3.3 Comentarios en perspectiva comparada.* **VI.** Reflexión final: Reconstrucción del principio democrático y la alternancia del poder como desafío.

El presente trabajo sostiene la tesis de que en América Latina, la posibilidad de reelección sin límites lesiona el principio de alternancia en el gobierno, que forma parte del núcleo esencial de la democracia y de la tradición e identidad constitucionales. La no reelección se configuró como mecanismo protector de la democracia en los órdenes domésticos, precisamente para hacer frente a una historia de caudillismo y dictaduras. El examen de esta garantía es de

* Este trabajo forma parte de una investigación más amplia. Resultados parciales han sido publicados en: ¿La democracia como principio del *ius constitutionale commune* en América Latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la justicia constitucional, en: La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina?, A. von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor y M. Morales Antoniazzi (Coord.), Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010, pp. 199-240. La autora agradece el apoyo del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid y del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional para desarrollar esta investigación.

** Abogada summa cum laude de la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas, Venezuela. Magíster Legum (LL.M) de la Universidad de Heidelberg, Alemania, Referentin para Latinoamérica del Instituto Max Planck de Derecho Público Internacional y Derecho Público Comparado, Heidelberg, Alemania. Miembra de la Asociación de Derecho Constitucional de Venezuela y de la Asociación Alemana de investigación sobre América Latina.

singular relevancia si se vincula con el debate sobre los límites entre el (hiper) presidencialismo y los regímenes dictatoriales y/autoritarios si se permite que la figura del Presidente, que dispone sobre el aparato del poder estatal en su totalidad, se enraíce en el poder y si es posible establecer barreras en el espacio judicial que impidan la desconstitucionalización^[1] del principio democrático en lo concerniente a la (no) reelección.

Sin duda, para acometer este estudio es necesario abordar las potencialidades que ofrece el *ius constitutionale* del sistema interamericano y el papel de los Tribunales Constitucionales, como actores claves en la garantía del orden constitucional, al perfilar los contornos exactos de la protección de la democracia.

Este trabajo se divide en cinco partes y ofrece un enfoque que afirma los conceptos de la protección del núcleo de la democracia y de la identidad constitucional como antídotos a la desconstitucionalización proveniente de la tendencia reeleccionista de comienzos de este siglo XXI. En la primera parte (I), se hace una breve referencia al contexto en el que se está desarrollando la ola reeleccionista que ya ha alcanzado la magnitud de Tsunami. Seguidamente (II), el estudio se concentra en el *corpus iuris* interamericano para demostrar que la democracia constituye un principio esencial, de carácter supranacional y de seguimiento obligatorio. El instrumento jurídico que se utiliza como base del análisis es la Carta Democrática Interamericana (CDI) como parte de un acervo doctrinal, normativo y jurisprudencial en progresiva formación, que ha ido moviendo las fronteras^[2] para posibilitar una interpretación constitucional conforme a los valores democráticos y a los derechos fundamentales, aun cuando no se trate, *strictu sensu*, de un instrumento vinculante. Se afirma que la concepción del régimen democrático contemplada en la CDI, abarca la dimensión formal y sustancial, que protege los derechos humanos, se inspira en una doctrina de la vida digna y está impregnada de una agenda social. No obstante, frente a las evidentes amenazas al estricto cumplimiento de los ele-

[1] Parafraseando a Marcelo Neves en sentido contrario, porque él habla de episodios de constitucionalización simbólica, Cfr. M. Neves, La concepción del Estado de Derecho y su vigencia práctica en Suramérica, con especial referencia a la fuerza normativa de un Derecho Supranacional, en: A. von Bogdandy/C. Landa Arroyo/M. Morales Antoniazzi (eds.), Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 52.

[2] 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. S. García Ramírez, "Panorama sobre la Corte Interamericana de derechos humanos", en: Ricardo Méndez-Silva, Derecho Internacional de los derechos humanos. Culturas y sistemas jurídicos comparados, UNAM, México, 2008, p. 112 y s.

mentos y fundamentos de la democracia previstos en la CDI, se toma el caso ejemplar de la sentencia C-141 de 26 de febrero de 2010 de la Corte Constitucional colombiana (CCC) referida a la (no) reelección presidencial (III). Sintetizando los argumentos de la Corte, se plantea a título de reflexión final la necesaria reconstrucción del principio democrático y la alternancia del poder, destacando que el límite máximo de ejercicio del poder por un solo Presidente debe constituir un rasgo esencial del constitucionalismo latinoamericano si aspira preservar la democracia en la región (IV).

I. EL CONTEXTO: EL TSUNAMI REELECCIONISTA^[3]

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.^[4] En la prensa se lee que no es la gripe porcina el único virus que ha afectado a Latinoamérica,^[5] 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).^[6] La ola expansiva ha ido *in crescendo*. Hasta ahora únicamente en Guatemala, Honduras, México y Paraguay no se permite la reelección en ninguna modalidad. Sin embargo, Guatemala,^[7] conocida como bastión de la no

[3] 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: J. Martínez Pozo, América se cuida de la reelección, en *Perspectiva ciudadana*, *elnacional.com.do* | 04-02-2007, disponible en <http://www.perspectivaciudadana.com/contenido.php?itemid=14194>. Daniel Zovatto ha llamado el fenómeno como un crecimiento de la ola reeleccionista. <http://www.infolatam.com/2009/08/12/crece-la-ola-reeleccionista-en-america-latina/>

[4] Acerca del debate sobre democracia y polarización, I. Flores, *Democracia y polarización: ¿(in)compatibilidad?*, en: V Jornadas: Crisis y derechos humanos, L. Díaz Müller, México, 2011, pp. 97-116.

[5] Cfr. El virus de la reelección en América Latina, Redacción de *eltiempo.com*, 16/07/2009, disponible en: <http://www.reliat.org/Articulos/articuloDetalle.asp?Id=8446>.

[6] Un enfoque periodístico se encuentra en E. Perea Díaz, *La Reelección Presidencial en América Latina*, en *Mundo electoral*, Año 2 No. 6, Panamá, Septiembre 2009, disponible en: <http://www.mundoelectoral.com/html/index.php?id=341>

[7] Desde la Constitución de 1965, mantenida en 1985, se regula el principio de la no reelección de manera absoluta y como perteneciente a la parte no reformable del texto constitucional, es decir, amparada por la cláusula de intangibilidad. Cfr. Noticias de prensa <http://www.elperiodico.com.gt/es/20110222/pais/191277> (consulta 10.04.2011).

reelección, protagoniza un intenso debate en torno al tema con características muy particulares,^[8] y en Honduras^[9] se impulsa actualmente un proceso para introducir la figura de la reelección, a pesar de que en ese país la propuesta de reforma constitucional a través de un referéndum inconstitucional que permitiría la reelección presidencial fue un factor desencadenante de la destitución de modo inconstitucional del Presidente proponente el 28 de junio de 2009, generando una grave crisis en el seno de la OEA^[10] y trayendo como consecuencia su suspensión.^[11]

Líderes populistas, de izquierda y de derecha, mediante Asambleas Constituyentes, Reformas, Enmiendas constitucionales o Referéndum aspiran permanecer en el gobierno, mientras los expertos constitucionalistas y politólogos advierten los *pro* y *contra* de esta tendencia de la reelección.^[12] Las nuevas Constituciones han permitido pasar de la reelección alterna a la inmediata, como en Ecuador desde 2008^[13] y Bolivia desde 2009.^[14] En el caso de Venezuela, la

-
- [8] La Constitución no sólo impide la reelección del jefe de Estado, sino también las candidaturas de “los parientes dentro de cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad” del mandatario. Información aparecida en los medios de comunicación. Cfr. http://www.clarin.com/mundo/Guatemala-presidente-divorcia-mujer-sucederlo_0_449955082.html; <http://www.enlatino.com/paises/guatemala/presidente-guatemalteco-se-divorcia-para-permitir-candidatura-de-su-esposa-39119> (consulta 11.04.2011). No obstante, el polémico asunto ha generado una reacción en el ámbito jurídico. Un grupo de abogados guatemaltecos interpuso un recurso judicial para impedir el divorcio, argumentando fraude de ley. <http://observadorglobal.com/freno-al-divorcio-del-presidente-colom-en-guatemala-n19757.html> (consulta 11.04.2011).
- [9] Aún cuando ya se ha comenzado a plantear la posibilidad de reformar la Constitución para permitir la reelección, como se ha reflejado en los medios de comunicación. <http://www.americaeconomia.com/politica-sociedad/politica/el-congreso-de-honduras-aprobo-el-miercoles-una-reforma-constitucional-im> (consulta 10.04.2011). Más recientemente, la discusión entre el Presidente Lobo y el expresidentes Zelaya Excelsior, disponible http://www.excelsior.com.mx/index.php?m=nota&id_nota=751667(consulta 10.04.2011).
- [10] 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.
- [11] AG/RES. 2 (XXXVII-E/09), Suspensión del derecho de Honduras de participar en e la Organización de Estados Americanos, de fecha 16 julio 2009. http://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_09/AG04682S02.doc.
- [12] A. Brewer-Carías, Reforma constitucional, Asamblea Nacional Constituyente y control judicial contencioso administrativo. El caso de Honduras (2009) y el antecedente venezolano (1999), en Estudios Constitucionales, Año 7, N° 2, Chile, 2009, pp. 317-353.
- [13] Según el Art. 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.”
- [14] Conforme al Art. 168 de la Constitución de Bolivia de 2009 “El período 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”.

reelección es ahora indefinida luego de que fuera aprobada la enmienda a la Constitución mediante referéndum en 2009 que la permite,^[15] a pesar del rechazo a la reforma constitucional en el 2007 en la cual se preveía esta reelección ilimitada.^[16] 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 y Costa Rica las sendas decisiones judiciales que han favorecido la reelección han generado los calificativos de decisiones de “políticos con toga” en el caso de Costa Rica y de una Corte suprema como “espejo de la Asamblea” en Nicaragua.^[17] 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.^[18] Surgió la polémica respecto a la interpretación sobre la posibilidad de la reelección^[19] y se diluyó el asunto en razón de la declinación del Presidente de presentarse a la reelección.^[20] En Argentina se promueve una reforma constitucional que respalda la reelección indefinida.^[21] En Colombia la Constitución fue modificada en el año

- [15] El primero es la introducción de un período presidencial de seis años con reelección. La posibilidad de un período 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, M. Penfold, *La democracia subyugada: El hiperpresidencialismo venezolano*, Revista de ciencia política, Vol. 30 / N° 1 / Santiago de Chile; 2010, pp. 21 – 40.
- [16] 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.
- [17] Cfr. E. Martínez Barahona, ¿Quiénes deciden quién nos gobierna? Estudiando las Cortes en las sentencias “reeleccionistas” de Costa Rica y Nicaragua. *Revista Latinoamericana de Política Comparada*, N° 3, 2010, pp. 99-121.
- [18] 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 período constitucional siguiente. Disponible en: <http://www.senado.gov.do/PortalSILSenado/Portals/0/Noticias/CONSTITUCI%C3%93N%202010.pdf>
- [19] En el discurso político se argumentó que sería el Tribunal Constitucional a quien le correspondería interpretar si el actual Presidente podía presentarse como candidato. Disponible en Internet: <http://www.hoy.com.do/el-pais/2010/11/3/348738/SCJ-o-Tribunal-Constitucional-decidirian-reeleccion> (consulta: 10.04.2011).
- [20] El Presidente anunció su voluntad de la no “repostulación”. Disponible en Internet http://www.presidencia.gov.do/app/do_2011/article.aspx?id=13654 (consulta: 10.04.2011).
- [21] Según los medios de comunicación se trata de una propuesta del denominado “ultrakirchnerismo”. Disponible en Internet <http://latercera.com/noticia/mundo/2011/02/678-348139-9-impulsan-reforma-constitucional-en-argentina-para-permitir-reeleccion-indefinida.shtml> (consulta: 10.04.2011). Sin embargo, en la doctrina se ha formulado el planteamiento desde una perspectiva histórica que en Argentina el reeleccionismo deriva en

2004 para permitir que el Presidente de turno pudiera ejercer dos mandatos consecutivos, y en el 2006 ganó la reelección. Desde el año 2009 sus partidarios impulsaron otra enmienda que permitiría una reelección para un tercer mandato, que no llegó a materializarse gracias a la decisión C-124/10 de la Corte Constitucional de Colombia.^[22]

Como ya ha sostenido la doctrina, la llamada ola reeleccionista ha generado posturas de muy diversa naturaleza, los no reeleccionistas, los reeleccionistas alternados, los reeleccionistas consecutivo y los reeleccionistas indefinidos.^[23] Con razón podría sostenerse que esta ola está representando un Tsunami, que se está llevando por delante una parte de las bases del edificio que se llama democracia. En la literatura de ciencias políticas se encuentran distintos matices en el abordaje del tema, incluso se alude a la “reelección expansiva”, característica de este nuevo milenio.^[24] Al conmemorarse el bicentenario de la independencia y del surgimiento de las primeras Constituciones en América Latina, parece imprescindible revisar los contenidos de la intangibilidad del núcleo de la democracia y fortalecer la capacidad del derecho para incidir en la vida social, sin llegar al fetichismo,^[25] ni incurrir en la función de hipertrofia simbólica de los textos constitucionales.^[26] En este trabajo se acude por tanto a los parámetros y estándares que arroja principalmente la Carta Democrática Interamericana y la decisión C-124/10 de la CCC sirve de marco para abordar los argumentos a favor de la alternancia en el poder como parte del núcleo de la democracia y por tanto, amparado por las cláusulas de intangibilidad.

una continuidad ilimitada. Cfr. J. L. Oría, *La reelección presidencial y la división de poderes*, Buenos Aires, 1995, p. 181.

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

[23] J. C. Arenas G., G. D. Valencia A., *Elecciones y reelecciones presidenciales en América Latina*, 2009, en: *Perfil de Coyuntura Económica*, No. 13, agosto 2009, Universidad de Antioquia, Colombia, pp. 77-96, en particular 84 ss.

[24] D. Zovatto, *Ola reeleccionista en América Latina*. Nueva Mayoría, 2009; M. D. Serrafiero, *Reelección Presidencial en América Latina: evolución y situación actual*, Boletín de Política Comparada. Volumen 2, Número 2, 2009; R. M. Zelaya, *Estudio de Legislación Comparada. La Reelección Presidencial: Un Estudio Comparativo de Casos en América Latina*, Managua, 2010; I. Treminio Sánchez, *Segundas partes nunca fueron...* La reelección presidencial en las constituciones políticas de América Latina, Universidad de Salamanca, 2011, disponible en: <http://campus.usal.es/~acpa/sites/default/files/paper%20Iika%20seminario%202011.pdf>.

[25] M. J. Cepeda, *La defensa judicial de la Constitución: la gran fortaleza colombiana*, en: F. Cepeda Ulloa (ed.), *Fortalezas de Colombia*, Ariel Ciencia Política – Banco Interamericano de Desarrollo, Bogotá, 2004.

[26] Cfr. M. Neves, *A Constitucionalização Simbólica*, 2ª. Ed., São Paulo, 2007.

II. ¿QUÉ DEMOCRACIA? EL *CORPUS IURIS* INTERAMERICANO

2.1. Premisa aclaratoria

No se hace una aproximación al concepto de la democracia, noción ampliamente debatida^[27] y que es un fenómeno dinámico y expansivo^[28], que tiene implícitos valores y principios, dado 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^[29]. Tanto el Derecho Internacional^[30], el Derecho comparado^[31] así como la teoría constitucional y política^[32] coinciden en los elementos esenciales del contenido clave del principio democrático en relación con la organización del poder público,^[33] entre los que se cuentan: gobernantes con legitimidad a

- [27] 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. J. Carpizo, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, IJ-UNAM, México, 2007. La última etapa ha estado signada por el fenómeno de la “desdibujación” de los límites de la estatalidad (K. P. Sommermann, “Der entgrenzte Verfassungsstaat”, *KritV* 81, 1998, p. 404-412). Ver también R. Arango Rivadeneira (ed.), *Filosofía de la democracia, fundamentos conceptuales*, Bogotá, 2007.
- [28] J. Carpizo, “El contenido material de la democracia: tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano”, en: A. von Bogdandy, Flávia Piovesan, M. Morales Antoniazzi (eds.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro, 2010, p. 3.
- [29] A. von Bogdandy, “Globalización y Europa: cómo cuadrar democracia, globalización y Derecho internacional” en: *Evolución y Tendencias del Derecho Europeo*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 3 (2006) 9, pp. 13-39.
- [30] T. Franck, “The Emerging Right to Democratic Governance”, *A.J.I.L.*, 1992, p. 46; J.A. Frowein, “Konstitutionalisierung des Völkerrechts”, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, 2000, pp. 427, 431 ss. En esta era del derecho global se habla del principio de horizontalidad como sinónimo de democratización. Cfr. R. Domingo, *The new global law*, Cambridge, 2010, p. 181 ss.
- [31] N. Dorsen et al, *Comparative Constitutionalism*, 2003, pp. 1267 ss.
- [32] G. Sartori, *Demokratietheorie*, 1992, pp. 40 ss.
- [33] El debate teórico sobre el contenido del principio democrático adquiere su máxima relevancia en el nivel supranacional. Cfr. A. von Bogdandy, *Una idea controvertida se convierte en Derecho: consideraciones acerca de la democracia europea como principio jurídico*, en: A. von Bogdandy/C. Landa Arroyo/M. Morales Antoniazzi (eds.), *Integración suramericana a*

partir de elecciones 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.

En este orden de ideas, se parte de la tesis que en Latinoamérica, bajo el signo de la integración jurídica,^[34] se constata una creciente construcción de un *ius constitutionale commune*^[35] en materia de protección de la democracia, bajo una concepción comprensiva de los derechos humanos^[36] e inclusiva de una

través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 633-646; A. Von Bogdandy/J. Bast, *Founding Principles*, en: *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2010, p. 47 ss. En un principio, 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. A. Ûbeda de Torres, La evolución de la condicionalidad política en el seno de la Unión Europea, en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 32, Enero/Abril 2009, pp. 49-88. M. Morales Antoniazzi, La ampliación y su condicionalidad democrática en el Mercosur en: A. Dreyzin/ M. Morales (eds.), *Ampliación del Mercosur: El caso Venezuela*, Buenos Aires, 2009, p. 152 ss. El tema democrático formó parte del debate post-Constitución. 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”; F. Aldecoa Luzarraga y M. Guinea Llorente, en *Revista General de Derecho Europeo* N.º 13, Mayo 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

- [34] A. von Bogdandy/M. Morales Antoniazzi, Presentación, en: A. von Bogdandy/C. Landa Arroyo/M. Morales Antoniazzi (eds.), *Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. IX-XXXI.
- [35] 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. P. G. Carozza, “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.
- [36] 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

protección configurada por los diversos órdenes normativos (interamericano y nacional), en conformidad con los desarrollos del derecho internacional.^[37] Este *corpus iuris* común^[38] efectivamente se ha estructurado en función de la garantía de la democracia en un sentido amplio,^[39] que abarca no solo la faz

contra la Mujer, Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Carta Democrática Interamericana. Cfr. Z. A. Fajardo Morales, La plena vigencia de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre: una utopía por construir, en *American University International Law Review* 2009, 25, p. 77. Para la comprensión de esta concepción en perspectiva comparada, Cfr. A. Úbeda de Torres, *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.

- [37] Hace dos décadas comenzó a hablarse de una nueva era de democracia, paz y unidad. Específicamente para el caso Europeo en la Carta de Paris 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>.
- [38] 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 Burgogue-Larsen enfatiza la profunda metamorfosis que ha tenido lugar en las Américas, que ya no tiene un puro valor simbólico o declarativo. Cfr. L. Burgogue-Larsen, 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: Ricardo Alonso García, *Hacia una Corte de Justicia Latinoamericana*, AMELA, Valencia, 2009, p. 139-163. Cfr. también G. Aguilar Cavallo, *Emergencia y consolidación de un Derecho Americano de los Derechos Humanos*, en: A. von Bogdandy/F. Piovesan/M. Morales Antoniazzi (eds.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 397-435; Humberto Nogueira Alcalá habla del bloque constitucional de derechos fundamentales en América Latina. Cfr. H. Nogueira Alcalá, *El bloque constitucional de derechos fundamentales en América Latina y su aplicación en Chile y América Latina*, en: *idem*, p. 494 ss.
- [39] J. M. Arrighi, *Derecho Internacional y democracia en el Sistema Interamericano*, en: *Estudios de derecho internacional*, Santiago de Chile, 2008, pp. 503-521. Para la comprensión de esta concepción en perspectiva comparada, Cfr. A. Úbeda de Torres, *Democracia y*

procedimental (focalizada en las elecciones y la participación política)^[40] sino fundamentalmente la sustancial^[41] (vinculada a la gramática de los derechos humanos),^[42] incluyendo la dimensión social^[43] y que procura unos estándares

derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos, Madrid, 2007.

- [40] Tradicionalmente el derecho al sufragio, la libertad de expresión, la libertad de asociación se han considerado componentes intangibles de la democracia. En relación al 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. I. Szmolka Vida, Los regímenes políticos híbridos: democracias y autoritarismos con adjetivos. Su conceptualización, categorización y operacionalización dentro de la tipología de regímenes políticos, en: Revista de Estudios Políticos número 147, Madrid, Enero/Marzo 2010, p. 103-135.
- [41] 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, L. Ferrajoli, Derechos y Garantías. La ley del más débil, Madrid, 1999, p. 17.
- [42] 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”, J. Habermas, Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte (paper de discusión). Traducción de la autora.
- [43] Según el Art. 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. C. Castellano, Autoritarismo o democracia, en: Cuando la excepción es la regla. Colombia: estados de excepción y régimen político, Colección Información en derechos humanos, N° 2, Bogotá, 2005, p. 190. Cfr. R. Arango Rivadeneira, Los derechos sociales en Iberoamérica: Estado de la cuestión y perspectivas de futuro, en: A. von Bogdandy/F. Piovesan/M. Morales Antoniazzi (eds.), Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 379-396.

mínimos de exigibilidad^[44] en base a la no discriminación^[45] y a la dignidad humana.^[46]

[44] 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: 30.09.2010). 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_137516076_1/CIJ%20comentario%20PF-PIDESC.pdf

[45] 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: igualdad de trato e igualdad de oportunidades. Cfr. por ejemplo R. Gutiérrez Rivas/A. Rivera Maldonado, El caso Mininuma: un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México, en: Revista de la Facultad de Derecho de México, N° 59, México, 2009, 251, pp. 89-122.

[46] Sólo a título enunciativo basta citar que 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

Tampoco se pretende en este trabajo abarcar la protección de la democracia a nivel de la OEA, que tiene larga tradición^[47] y una multiplicidad de textos normativos, por una parte la Carta de la OEA^[48] y demás instrumentos de la Organización destinados a instalar un mecanismo para la protección de la democracia,^[49] y por otra parte, la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre (DADH)^[50] y la Convención Americana sobre derechos humanos (CADH),^[51] reforzada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana

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 (párrs. 148-153), y las reparaciones ordenadas (inclusive la devolución de las tierras ancestrales, párrs. 206-211), teniendo como base la necesidad de preservar la identidad cultural de la Comunidad (párrs. 218-219, 226 y 231).

- [47] Como antecedentes más remotos a la referencia de la democracia se citan la Conferencia Interamericana para la consolidación de la Paz (Buenos Aires 1936, la posterior de Lima de 1938 y de La Habana de 1940. 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, p. 4-6.
- [48] 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”. En su art. 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 art. 3 d) afirma que “La solidaridad de los Estados americanos y los altos fines 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. Una visión evolutiva en A. F. Cooper/T. Legler, Intervention without intervening the OEA defense and promotion of democracy in the Americas, Basingstoke, 2006; T. D. Rudy, “A quick look at the Inter-American Democratic Charter of the OEA, what is it and is it “legal”?”, en *Syracuse journal of international law and commerce*, 33 (2005) 1, pp. 237-248.
- [49] En una visión panorámica del cambio de rol pasivo a rol activo en la protección de la democracia, 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).
- [50] La DADH además de consagrar los derechos políticos y el derecho/deber del sufragio, contempla la referencia a la democracia en el Artículo XXVIII: Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.
- [51] El Art. 23 de la CADH 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.

de derechos humanos (CorteIDH), que reconoce la democracia representativa como “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”.^[52]

Este trabajo se centra, por el contrario, en la Carta Democrática Interamericana CDI, como parámetro regional democrático configurado por el consenso ideológico de los Estados miembros de la OEA en torno al alcance de la democracia. 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 Art. 9 de la Carta de la OEA (tomando como base la regla para la interpretación de los Tratados prevista en el Art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).^[53]

2.2. Los estándares de la Carta Democrática Interamericana

La Carta Democrática Interamericana (CDI) contempla estándares que encarnan la tradición jurídica del continente americano en materia de promoción democrática. Dado el amplio contenido de la CDI, basta mencionar las aristas consideradas claves como noción fundamental del presente análisis: los elementos esenciales y los componentes fundamentales de la democracia (Art. 3 y 4), la doble condicionalidad entre democracia y derechos humanos (Art. 7 y 8), los derechos económicos, sociales y culturales –DESC– como *conditio sine qua non* de la democracia interamericana (Art. 13). La Carta contempla asimismo un innovador capítulo sobre “Democracia, Desarrollo Integral y Lucha contra la Pobreza” (Art. 11-16), haciendo patente la estrecha relación entre la pobreza y el bajo nivel de desarrollo con la consolidación democrática.

Las disposiciones de la CDI 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, procurando una misma gramática de la democracia.^[54] Existe una “cultura común” o *ius commune* que

[52] Opinión Consultiva OC-6/86 de la CorteIDH de 9 de mayo de 1986, “La Expresión ‘Leyes’ en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, par. 34. Para un análisis exhaustivo de la jurisprudencia de la CorteIDH en el tema “democracia”, Cfr. A. Aguiar, 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, N° 87, Editorial Jurídica Venezolana/Observatorio Iberoamericano de la Democracia, Caracas, 2008.

[53] E.Lagos/T.Rudy, “In defense of democracy”, The University of Miami interAmerican Law Review, 35 (2004), 283, 304.

[54] 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

se ha creado en materia de democracia que induce al reconocimiento de ciertos principios y valores comunes entre los Estados del Hemisferio.^[55] 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 constitucionales y valores que los respaldan, entendidos en la doctrina como “preferencias colectivas.”^[56] 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.

En efecto, las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como Carta Magna del Continente^[57] 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 derechos humanos-democracia 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 como uno de los más desarrollados y protector.^[58] Con la “constitucionalización” recíproca se alcanza

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 Art. 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 M. Alcántara/I. Crespo (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, p. 309 ss.

- [55] 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, vid. Simón, Julio Héctor y otros – Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) -2005-06-14 – Fallos: 328:2056.
- [56] N. Ramis, *La OEA y la promoción de la democracia en las Américas: un objetivo en construcción*, Institut Català Internacional per la Pau, ICIP WORKING PAPERS, 2010/07, Barcelona, noviembre 2010, p. 8 ss. http://www20.gencat.cat/docs/icip/Continguts/Publicacions/WorkingPapers/Arxiu/WP10_7_CAST.pdf (consulta 11.04.2011).
- [57] Cfr. H. Salgado Pesantes, *Derecho procesal constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de derechos humanos*, en *los Estudios en homenaje a Héctor Fix Fierro, La Ciencia del derecho procesal constitucional*, E. Ferrer Mac Gregor/A. Zaldivar Lelo de Larrea (ed), p. 641-666.
- [58] A. R. 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

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”,^[59] destacándose la dimensión sustancial y no solo la formal de las elecciones. La democracia no puede sobrevivir sí, por vías legales y democráticas (léase elecciones), los detentadores del poder se apoderan de él y personalizándolo, suprimen las garantías democráticas en la dimensión sustancial que nos lega el orden supranacional interamericano.

III. ¿CONSTITUCIONALIZAR DESCONSTITUCIONALIZANDO EL MECANISMO DE LA (NO) REELECCIÓN? APORTES DE LA DECISIÓN C-124/10 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Un grave peligro actual en América Latina es la denominada “*desinstitucionalización*” que se está observando en la región.^[60] 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 electorales.^[61] La violación constante de los derechos humanos, la falta de independencia del poder judicial, la

Externado de Colombia, New York-Bogotá, 13 de febrero de 2008. P. Nikken, “La Cooperación Internacional para la promoción y Defensa de la Democracia”, en Agenda para la consolidación de la Democracia en América Latina, San José de Costa Rica, IIDH/CAPEL, 1990, pp. 493-526. Cfr. también P. Carazo, “El sistema interamericano de derechos humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica”, en A. von Bogdandy, C. Landa/M. Morales Antoniazzi (eds.), *¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, CEPC/Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Cuadernos y debates 197, Madrid, 2009, p. 231 ss.

[59] L. Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, 1999, p. 52.

[60] A. Mähler, “Wie autoritär ist Lateinamerika?”, *GIGA Focus Lateinamerika*, Nummer 8, 2008, pp. 1-8. Sobre la obligatoriedad para Venezuela de cumplir con el principio democrático, véase A. Brewer-Carías, “Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999”, en el libro de D. Valadés/ M. Carbonell (coord.), *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI*, Cámara de Diputados. LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2000, pp. 171-193; idem, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo, 2000, pp. 7-21; idem, en *Revista Facultad de Derecho, Derechos y Valores*, Volumen III N° 5, Universidad Militar Nueva Granada, Santafé de Bogotá, D.C., Colombia, julio 2000, pp. 9-26; idem, *La Constitución de 1999*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 14, Caracas, 2000, pp. 63-88.

[61] A. Hadenius/J. Teorell, „Pathways from Authoritarianism“, en *Journal of Democracy*, Nr. 1, 2007, p. 143-156.

inseguridad y alta criminalidad, el Tsunami reeleccionista, 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.^[62] 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.

3.1. La justicia constitucional frente a la desconstitucionalización

La justicia constitucional latinoamericana,^[63] que actúa en el contexto de Estados poscoloniales, con democracias aún no consolidadas, marcados por una fragilidad institucional, enfrenta retos singulares^[64] 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 presidencial^[65] en los que la figura del Presidente desempeña un papel predominante.^[66] Este sistema que se inspiró en el modelo constitucional

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

[63] Cfr, entre otros, F. Fernández Segado, La justicia constitucional en América Latina, en: La justicia constitucional: una visión d derecho comparado, F. Fernández Segado (ed.), Tomo III, Madrid, 2009, p. 51 ss.

[64] 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. L. Pásara, el uso de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la administración de justicia, Quito, 2008, p. 23 ss.

[65] 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. J. Carpizo, Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina, IIJ-UNAM, México, 2007, pp. 189 ss.

[66] Cfr. D. Nohlen (ed.), Presidencialismo versus parlamentarismo. América Latina, Caracas, 1991; idem, El presidencialismo renovado. Instituciones y cambio político en América

norteamericano, muestra sin embargo una gran diferencia con el presidencialismo de ese país por carecer de los mecanismos de *check and balances*^[67]. No obstante, la creación de los Tribunales Constitucionales en la región introduce un elemento de *check 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,^[68] y político,^[69] y conlleva al control del ejercicio de los poderes del Estado.^[70] 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

Latina, Caracas, 1998; J. G. Andueza, ¿Presidencialismo caudillista o cesarista?, en: Tendencias actuales del derecho constitucional, 2007, pp. 431-464; D. García Belaunde, Evolución y características del presidencialismo peruano, en: Pensamiento constitucional, Vol. 13, 2008, pp. 95-110; J. Carpizo, Veintidós años de presidencialismo mexicano: 1978-2000, en: Boletín mexicano de derecho comparado, Vol. 34, 2001, pp. 71-99; D. Valadés (ed.), El gobierno en América Latina ¿presidencialismo o parlamentarismo?, México, 2000.

- [67] 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. A. Acosta Silva, Estado y régimen presidencialista en México: los dilemas de la gobernabilidad democrática, en Transición democrática y gobernabilidad: México y América Latina, J. Labastida Martín del Campo, A. Camou, N. Luján Ponce (eds.), México, 2000, p. 86.
- [68] Robert Alexy habla de la justicia constitucional como representación argumentativa de los ciudadanos, Cfr. R. Alexy, Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts, en: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Vol. 95, N° 2, 2009, p. 162 y s.
- [69] P. Häberle, El tribunal constitucional como poder político, en: Revista de estudios políticos, número 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. C. Landa, Los precedentes constitucionales, injusticia constitucional, N° 5, Lima, 2007, p. 33, 35 ss, disponible en <http://lettere.media.unisi.it/w2d/cora/view/articoli/index.html?radiobutton=h&nonext=1>
- [70] 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. M. C. Hennig, Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre os limites e a legitimidade da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. 1ª. ed. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 210.

“perturbantes”.^[71] 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),^[72] caso que fue sometido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), que encontró una violación de los arts. 1.1., 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)^[73] así como la destitución de Magistrados del Tribunal Constitucional por parte del Congreso con anuencia del Presidente en Ecuador (2004).^[74]

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.”^[75]

3.2. Aportes de la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia C-141 de 26 de febrero de 2010

Colombia es un ejemplo del impacto positivo de la jurisdicción constitucional para el desarrollo del Estado de derecho y la tradición constitucional, que en la doctrina reciente se califica como el cambio de paradigma asumido por la Corte: del imperio de la ley y la Escuela de la Exégesis, al imperio de la

[71] Cfr. D. Nohlen, *Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia*, en: *Tribunales constitucionales y democracia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008, p. 13 y s.

[72] Para un análisis del caso Cfr. C. Landa, *Crisis de la democracia representativa: a propósito del referéndum sobre la ley de reelección presidencial en el Perú*, en: *Estudios de teoría del Estado y derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, R. Morodo y P. de Vega (Ed.), Tomo III, Madrid, 2000, pp. 2183-2199; H. Wieland Conroy, *La reelección presidencial: análisis de la disposición constitucional y su ley interpretativa*, en: *Constitución de 1993, análisis y comentarios III*, Konrad Adenauer-Comisión Andina de Juristas, Lima, 1996, pp. 197-212.

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

[74] Resolución del Congreso Nacional No. R-25-160, de 20 de diciembre del 2004, disponible en: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=1745#anchor346237

[75] Cfr. E. R. Zaffaroni, *Dimensión política de un Poder Judicial democrático*, en: *La transformación de la Justicia*, S. Andrade Ubidia y L. F. Ávila Linzán (eds.), Quito, 2009, p. 113 s.

Constitución, de los derechos fundamentales y de los principios y valores.^[76] 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.^[77] La Corte Constitucional de Colombia (CCC), reforzando su reconocida reputación como un actor imparcial y capaz de establecer límites a las actuaciones del poder ejecutivo,^[78] 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.^[79]

Un “fallo ejemplarizante”^[80], entre otras razones, porque mediante una decisión de 7 votos a 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 fisonomía 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

[76] G. A. López Daza, El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces? *Cuestiones Constitucionales*, Número 24 Enero-Junio, México, 2011, pp. 169-193.

[77] M. J. Cepeda, La Constitución y el juez: nuevos enfoques interpretativos, en *Memorias Constitucionalización del orden jurídico Alemania-Colombia*, M. Herdegen, E. Cifuentes, H. López, H. Torres, M. Morales Antoniazzi, Bogotá, 2010, p. 149.

[78] 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 (A. Julio Estrada, Corte Constitucional (Colombia), en: *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.), UNAM, Buenos Aires, 2009, p. 139 ss.

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

[80] En la expresión de Roberto Gargarella.

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 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.”^[81]

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.^[82]

Por tanto, proteger el núcleo intangible de la democracia implica, para el caso de la CCC conforme a lo preceptuado en la Carta Política, 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 (Art. 260 de la C. P.), (ii) en los periodos 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 (C. P. arts. 40-3, 107 y 108), (iv) en la existencia de un régimen de oposición (C.P. art. 112); (v) en la garantía de las

[81] C-141-10, p. 442.

[82] J. P. Morales Viteri, Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica, en Neoconstitucionalismo y Sociedad, R. Santamaría (ed.), Quito, 2008, p. 109.

libertades fundamentales, como lo son, la igualdad (C. P. art. 13) y las libertades de expresión y opinión (C. P. art. 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 (C. P. arts. 40-1 y 258) y en la posibilidad real de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (C. P. arts. 40-7 y 125).^[83] 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 auto-perpetúe en el poder y potencialmente fortalece un círculo vicioso mediante el cual se permitiría la consolidación de una sola persona en el poder.”^[84]

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.”^[85] Esto implica que no reconocer la Constitución significaría perder su identidad.

3.3. *Comentarios en perspectiva comparada*

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-Lisboa^[86] del Tribunal Constitucional Federal

[83] C-141-10, p. 460.

[84] C-141-10, p. 478.

[85] C-141-10, p. 485.

[86] Para algunos comentarios críticos a la sentencia Cfr. A. López Castillo Alemania en la Unión Europea a la luz de la Sentencia-Lisboa, de 30 de junio de 2009, del Tribunal Constitucional Federal alemán, en Revista Española de Derecho Constitucional núm. 87, septiembre-diciembre (2009), págs. 337-360; P. Häberle, La regresiva “Sentencia Lisboa” como Maastricht anquilosada, en ReDCE. Año 6. Núm. 12. Julio-diciembre/2009. Págs. 397-429; T. de la Quadra-Salcedo Janini, La ardua ratificación del Tratado de Lisboa. Penúltima estación: la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 30 de junio de 2009, en Revista general de derecho constitucional, N° 8, 2009, pág. 12; M. J. Bobes Sánchez, La integración europea según el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Comentario a la Sentencia del BVerfG sobre el Tratado de Lisboa, en Civitas. Revista española de derecho europeo, N° 33, 2010, págs. 157-186; C. D. Classen, ¿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, N° 25, 2010, págs. 237-260.

(TCF) que desarrolla el concepto de identidad constitucional.^[87] 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.”^[88]

Desde la perspectiva del principio democrático, la vulneración de la identidad constitucional establecida en el art. 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 los principios constitucionales que el art. 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”.^[89]

[87] 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”, “unaufgebbares 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 -orden de detención europea).

[88] BVerfG, 2 BvE 2/08 de 30.6.2009, párr. 240.

[89] A. J. Menéndez, La Unión Europea en el espejo de Lisboa. La sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Alemán en clave constitucional europea. Conferencia del 18.02.2010, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

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 significación 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,^[90] que declaró en su decisión N ° 53 de 03 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.^[91]

En este punto es de gran relevancia la decisión adoptada por la CorteIDH en el caso *Gelman vs. Uruguay*^[92] al advertir que aún cuando una ley tenga el

[90] El poder judicial no como un tercer poder, sino como un poder de tercera. 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, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002. Las críticas a la justicia constitucional en Venezuela se han expresado en la doctrina en lo concerniente al funcionamiento de la Sala Constitucional del TSJ. Cfr. J. M. Casal H., Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela), en: *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.), 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. A. Brewer-Carías, *Crónica sobre la “in” justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, EJV, Caracas, 2007.

[91] La Constitución de Venezuela regula en el Art. 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 Art. 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 período constitucional a la Asamblea Nacional. Por su parte, el Art. 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 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>

[92] Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221.

respaldo vía referéndum, este hecho no “le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha ley...se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél.”^[93] Más adelante la CorteID sigue destacando que “La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana^{[1].[94]} La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (*supra* párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.”^[95]

Sin duda, se trata de un avance audaz, como lo hace regularmente la CorteIDH, pues destaca los elementos y fundamentos de la Carta Democrática Interamericana como parámetros sustanciales a la libertad de configuración del legislador, aunque se trate de la voluntad popular expresada en referéndum, lo que significa que en un régimen democrático deben respetarse las reglas que limitan el poder de las mayorías expresado en las urnas para proteger a las minorías. La Carta Democrática consagra el derecho a la democracia y los gobiernos tienen la obligación de promoverla y defenderla (Art. 1 CDI). Si se extrapola el argumento de la CorteIDH, puede sostenerse que en el caso del referéndum por el que se aprobó la enmienda constitucional que permite la reelección indefinida en todos los cargos de elección popular en Venezuela,^[96]

[93] Idem, § 238.

[94] *Cfr.* Asamblea General de la OEA, Resolución AG/RES. 1 (XXVIII-E/01) de 11 de septiembre de 2001.

[95] Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, § 239.

[96] El resultado arrojó 54,85% a favor del sí y 45,14% a favor del no. La pregunta consultada fue: ¿Aprueba usted la enmienda de los artículos 160, 162, 174, 192 y 230 de la Constitución de la República, tramitada por la Asamblea Nacional, que amplía los derechos políticos del pueblo, con el fin de permitir que cualquier ciudadano o ciudadana en ejercicio de un cargo de elección popular, pueda ser sujeto de postulación como candidato o candidata para el mismo

el Estado sería responsable de haber promovido, incluso por un mecanismo de democracia directa como el referéndum, la alteración del orden democrático consagrado en la propia Constitución y en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Se ha alterado uno de los elementos esenciales de la democracia como es la alternancia en el poder, con el aval del Tribunal Supremo de Justicia y al no garantizarse los derechos fundamentales de él derivados, límite infranqueable del poder de la “mayoría”, no se está salvaguardando la democracia en su dimensión material. Cabe destacar que el Art. 23.1 de la CADH tiene por objeto garantizar que cualquier ciudadano pueda participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, de votar y ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal y por voto secreto, y de tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas. Los estudios empíricos demuestran que, “aplicando el enfoque neoinstitucional, y los postulados de Rawls sobre el velo de la ignorancia, se sostiene que entre más alejados de su diseño e implementación estén los hacedores de políticas públicas y sus copartidarios, el diseño constitucional será más justo”.^[97] En esta era de la democracia y el respeto de los derechos humanos debe rechazarse categóricamente la personalización del poder público que atente contra la alternabilidad en los mandatos.^[98] En contextos democráticos débiles, en particular la historia de caudillismos y dictaduras en América Latina,^[99] dejan notar que el actual fenómeno reeleccionista de Presidentes emerge del personalismo político e incrementa la corrupción, en lugar de ampliar los derechos políticos de los ciudadanos.

cargo, por el tiempo establecido constitucionalmente, dependiendo su posible elección, exclusivamente, del voto popular? Fuente: Consejo Nacional Electoral de Venezuela. Disponible en Internet: http://www.cne.gob.ve/divulgacion_referendo_enmienda_2009/ (consulta: 10.02.2011).

- [97] R. Velásquez Gavilanes, M. A. García Ruiz, G. E. Arjona Pachón, Reección inmediata de alcaldes y gobernadores: Ventajas, riesgos y recomendaciones de política, en: *Vniversitas* N° 109, Bogotá, Colombia, pp. 533-582, 534.
- [98] A. Aguiar, 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, N° 87, Editorial Jurídica Venezolana/Observatorio Iberoamericano de la Democracia, Caracas, 2008, p. 410.
- [99] Desde comienzos del siglo XX y tomando como ejemplo la “República Autocrática” en Perú, se advierte en la doctrina de los peligros de la reelección en países con fragilidad e inestabilidad institucional. Cfr. P. Planas, La lucha por el Estado de derecho en el Perú (La reelección forzada y el referendun desvirtuado), en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer, Colombia, 1997, pp. 465-484, 466.

IV. REFLEXIÓN FINAL: RECONSTRUCCIÓN DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y LA ALTERNANCIA DEL PODER COMO DESAFÍO

La democracia, en su dimensión material, implica que tanto los órdenes como las realidades constitucionales 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 pluralidad y la igualdad entre mujeres y hombres, debe protegerse a los grupos más vulnerables. En la praxis, con algunas excepciones, la democracia y los derechos humanos, especialmente los derechos sociales fundamentales, se han erigido como un símbolo de la consolidación de un “constitucionalismo social regional”, que no admite regresión, sino que debe regirse por la progresividad y la justiciabilidad.

Los aportes de las Constituciones estatales, de los instrumentos internacionales e interamericanos (en particular la Carta de la OEA, Declaración Americana, Convención Americana, CDI) y el acervo jurisprudencial nacional y supranacional han perfilado los contornos del principio democrático. La existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, como lo sostiene la CorteIDH. En su alcance sustancial de “cláusula de corte transversal”, que condicionan la totalidad de los órdenes jurídicos, se entiende que el principio democrático involucra a todos los poderes públicos en su división horizontal y vertical.

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. De allí que 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 fórmulas útiles para detener dicha desconstitucionalización que ha tenido lugar mediante la constitucionalización de la reelección.

Los argumentos utilizados por la Corte Constitucional de Colombia permiten reconstruir el principio democrático y su vinculación con la alternancia en el poder. La CCC dispone en su sentencia que de acuerdo con la definición preceptiva que se desprende del texto constitucional, Colombia es una democracia participativa, representativa y pluralista, rasgos consustanciales a la realización de elecciones transparentes, periódicas, inclusivas, competitivas e igualitarias, y que los representantes populares ejercen sus competencias “por un período

señalado por la Constitución o la ley, es decir, no son elegidos por un plazo indefinido o para que se perpetúen en el ejercicio del poder, sino que periódicamente han de llevarse a cabo elecciones para proveer sus plazas. La idea misma de representación va ligada por lo tanto a los períodos fijos y a las elecciones periódicas.”

Al referirse a la doble dimensión de la alternación, la Corte afirma que sirve “(i) como eje del esquema democrático y (ii) como límite al poder político. En el primer sentido, en una democracia toda autoridad es rotatoria, lo que se constata en el ordenamiento actual, en el cual no hay previstos cargos de elección popular vitalicios, pues para todos ellos, sin importar su rango, se establece un término fijo señalado por la Constitución o la Ley.” Para la Corte, los períodos constitucionales y legales predeterminados reflejan los límites temporales del ejercicio del poder político así como su necesidad de control, para evitar “la concentración que resultaría de la posibilidad de detentarlo de manera indefinida. El carácter periódico de las elecciones obliga a los elegidos a rendir cuentas ante los electores, de manera tal que el mandato de los primeros sólo será renovado - de estar prevista la reelección - cuando logren concitar el apoyo de los últimos, así mismo justifica la previsión de mecanismos para exigir la responsabilidad penal, disciplinaria o fiscal de los elegidos.”

Otro argumento válido para la reconstrucción de la alternancia en el poder, conforme a la Corte, es que “debe estar garantizada la posibilidad de que distintos partidos o corrientes ideológicas accedan al ejercicio del poder, es decir, las elecciones periódicas y los períodos fijos son, a su vez, una de las garantías del principio del pluralismo político.” Con ello, se alcanza la rotación en el poder y la salvaguarda de la libertad de elección de los asociados y demás garantías que aseguran la igualdad de condiciones para los demás candidatos, partidos o movimientos políticos. Agrega la CCC “Lo anterior conduce a 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.”

Las afirmaciones de la CCC son válidas para Latinoamérica si se admite que los cambios de rumbo de la no reelección a la reelección (hasta indefinida) no obedecen a un diseño constitucional basado en argumentos jurídico-políticos, sino son producto de la personalización del poder, que acarrea el riesgo de conducir a la región a nuevas formas de autoritarismos. La personalización de la representación, es, en esencia, anticonstitucional. Tal como la doctrina advierte, incluso en otras latitudes distintas a la latinoamericana, las demagogias populistas y autoritarias soportadas sobre la base de la omnipotencia del “jefe” como voz y expresión orgánica del pueblo son a la vez anticonstitucional y antirrepresentativa y tienen lugar en un proceso deconstituyente: la democracia

degenera en sentido plebiscitario y con riesgos muy peligrosos como reducir los partidos políticos a comités electorales del líder, una relación directa de esto con el pueblo mediante la televisión, descalificación de las normas y de los límites constitucionales al poder del gobierno, la excepción de la emergencia se convierte en la regla para la administración de los asuntos públicos, el rechazo a la separación de poderes y al control jurisdiccional,^[100] todo bajo el supuesto amparo de la democracia política, ya que el mandatario de turno ha sido electo.

Si se comparte con Habermas la sugerencia de interpretar la democracia como un proceso histórico de autocorrección de la Constitución,^[101] 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 la fijación de sus límites. 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 pueden representar la línea sutil que separe dictadura y democracia. Ilustrativas fueron las palabras de Simón Bolívar en su Discurso de Angostura en 1819 “La continuación de la autoridad en un mismo individuo frecuentemente ha sido el término de los gobiernos democráticos. Las repetidas elecciones son esenciales en los sistemas populares, porque nada es tan peligroso como dejar permanecer largo tiempo en un mismo ciudadano el poder. El pueblo se acostumbra a obedecerle y él se acostumbra a mandarlo; de donde se origina la usurpación y la tiranía. Un justo celo es la garantía de la libertad republicana, y nuestros ciudadanos deben temer con sobrada justicia que el mismo magistrado, que los ha mandado mucho tiempo, los mande perpetuamente.”

* * * * *

[100] Respecto a las aporías de la concepción puramente formal de la democracia, las ideas de Luigi Ferrajoli en el contexto italiano resultan paradigmáticas para el contexto latinoamericano, haciendo la salvedad que en ese país rige, conforme a la Constitución, un sistema parlamentario. L. Ferrajoli, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, 2011, p. 46 ss.

[101] J. Habermas, *Constitutional democracy. A paradoxical union of contradictory principles?* *Political Theory*, Vol. 29, No. 6, 2001, p. 29.