

Francisca Pou Giménez*

Las cortes latinoamericanas en un
contexto de democracias dislocadas:
**un análisis desde el optimismo
estratégico**

- * Este escrito es una reelaboración de mi participación en la mesa redonda "La justicia constitucional en América Latina en tiempos de cambio", celebrada en el encuentro anual de la International Society of Public Law, Santiago de Chile, en julio de 2019. Quiero expresar mi agradecimiento a Roberto Niembro, que organizó la mesa, y a mis copanelistas, Micaela Alterio y Roberto Gargarella. Agradezco asimismo los comentarios y preguntas de la audiencia que nos acompañó ese día. Finalmente, gracias a Natalia Morales por sus comentarios sobre el lugar de la "dislocación" en el pensamiento de Ernesto Laclau, a pesar de que no uso el término en el contexto de su teoría.

Reflexiones académicas en modo normalidad y en modo crisis

Como es sabido, en estos momentos gran parte del debate público y del análisis académico se hacen eco del preocupante proceso de degradación en el que tantas democracias constitucionales parecen estar envueltas. La elección de líderes que desprecian las reglas tradicionales de la convivencia política y social y atacan los fundamentos de las constituciones bajo las cuales han sido elegidos —desde la separación y el contrapeso entre poderes hasta compromisos normativos tan centrales como la no discriminación, la libertad de prensa o la libertad académica— ha cambiado por completo el trasfondo que las ciencias sociales daban por sentado en las décadas pasadas al estudiar los sistemas políticos.

Un buen número de trabajos están centrados en la descripción del fenómeno y en tratar de identificar lo que es característico de los nuevos populismos/autoritarismos, en comparación con los anteriores —se ha destacado mucho, por ejemplo, el hecho de que los nuevos líderes no suspendan las constituciones, ni cesen a los jueces o eliminen la celebración de elecciones, sino que utilicen medios formalmente legales y

constitucionales para neutralizarlos o hacerlos cómplices de sus políticas, socavando paulatinamente los cimientos de la democracia y del estado de derecho— o en distinguir el constitucionalismo populista que recorre el mundo de variantes superficialmente cercanas pero sustantivamente muy distintas a él, como el constitucionalismo popular, el constitucionalismo participativo u otras versiones que también marcan distancias del "constitucionalismo jurídico" que ha predominado en los tiempos recientes.¹

El siguiente paso es, me parece, evaluar el "efecto cortocircuito" que tiene el nuevo contexto sobre debates académicos específicos que veníamos desarrollando. De repente parece tener sentido preguntarse si hay debates y agendas académicas para tiempos ordinarios, y debates y agendas académicas para tiempos de crisis. ¿Qué relación hay entre lo que hemos estudiado, defendido y criticado durante las dos décadas

¹ Algunas obras representativas de este tipo de análisis son, por ejemplo, los ensayos recogidos en Graber, Mark et. al (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford University Press, 2018; Landau, David, "Abusive Constitutionalism", *UC Davis Law Review*, núm. 7, 2013, pp. 189-260 y "Populist Constitutions", *The University of Chicago Law Review*, núm. 85, 2018; pp. 521-543; Scheppele, Kim Lane, "Autocratic Legalism", *The University of Chicago Law Review*, núm. 85, pp. 545-583; Sobre países específicos, véase por ejemplo Levitsky, Steven y Ziblatt, Daniel, *How Democracies Die*, Broadway Books, 2018 y Sunstein, Cass (ed.), *Can it Happen Here? Authoritarianism in America*, HarperCollins, Estados Unidos, 2018; Sadurski, Wojciech, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford University Press, Polonia, 2019; Halmái, Gabor, "An Illiberal Constitutional System in the Middle of Europe", *European Yearbook of Human Rights*, 2014, pp. 497-514, y "An Illiberal Polity in the Euro-Atlantic World. Lessons from Hungary's Backsliding", en *The State of the Transatlantic World*, The Transatlantic Academy, Hungría, 2015. Sobre la diferencia entre constitucionalismo populista y otras modalidades de constitucionalismo véase, por ejemplo, Alterio, Ana Micaela, "Reactive versus Structural Approach: a Public Law Response to Populism", *Global Constitutionalism*, Vol. 8, núm. 2, 2019, pp. 270-296; Kaidatzis, Akritas, "Populist, popular, political constitutionalism", *paper presentado en el congreso de la IVR*, julio de 2019, disponible en academia.edu.

pasadas en el ámbito de la teoría, el derecho y los estudios constitucionales comparados, con los inesperados factores con los que convivimos o que parecen avecinarse?

Algunos de los trabajos que he leído en los últimos meses incorporan admirablemente esta perspectiva. El último libro de Tom Ginsburg y Aziz Huq, por ejemplo, es un intento de pensar qué puede decirse desde el campo del diseño constitucional comparado sobre la posibilidad de resistir mejor la nueva andanada populista/autoritaria. Si en los años pasados los especialistas del campo habían venido concibiendo el diseño de las constituciones como algo orientado por una colección de objetivos entre los cuales no se contaba centralmente la necesidad de hacerlas "resistentes" frente a enemigos que, lejos de esconderse, ganan las elecciones, ahora este objetivo se revela central y estos autores sopesan a qué opciones se puede recurrir —tanto si se tiene la oportunidad de aprobar una nueva constitución o una reforma como si se debe trabajar con las constituciones existentes—.² Yaniv Roznai, un autor clave en la consolidación de los estudios sobre reforma constitucional como campo académico independiente, justamente reconocido por su trabajo sobre cláusulas pétreas e irreformabilidad, se pregunta en un trabajo reciente escrito con Tamar Hostovsky en qué medida la teoría de las "reformas constitucionales inconstitucionales" —tradicionalmente entendida como una defensa del corazón estructural y valorativo de la constitución— ofrece protección frente al nuevo tipo de

² Ginsburg, Tom y Huq, Aziz, *How to Save a Constitutional Democracy*, The University of Chicago Press, 2018.

ataques, llegando a conclusiones bastante pesimistas.³ Jeff King, por su parte, indica en una de sus últimas contribuciones al debate sobre los derechos sociales que el análisis académico en este campo está dominado por una combinación de tendencias recientes (como la caída del apoyo electoral a los partidos socialdemócratas, el colapso de la densidad sindical o el reinado de las políticas impositivas regresivas) con nuevos vectores que intensifican la presión sobre los arreglos existentes (como el cambio demográfico, el cambio climático, las crisis financieras o las migratorias).⁴ Moshe Cohen-Eliya e Iddo Porat, por poner un último ejemplo, dos autores conocidos por sus contribuciones al estudio de las migraciones del principio de proporcionalidad, examinan en su último artículo a qué perspectivas parece apuntar la aplicación de los derechos bajo esta categoría, frente a otras más definicionales o categoriales, en tiempos de crisis.⁵

A los estudiosos del constitucionalismo latinoamericano nos corresponde hacer lo mismo: darnos por notificados del nuevo contexto. En América Latina, la complicada coyuntura que atravesamos debe ser una oportunidad para revisar desde nuevas perspectivas nuestras evaluaciones sobre qué han conseguido y qué no han conseguido las democracias regionales y qué deberíamos esperar y buscar en su contexto. Hay, con todo, una diferencia: la crisis de la democracia

³ Hostovsky, Tamar y Roznai, Yaniv, "Democratic Erosion, Populist Constitutionalism and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine", https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3394412

⁴ King, Jeff, "The Future of Social Rights: Social Rights as Capstone", en Young, Catherine K. (ed.), *The Future of Economic and Social Rights*, Cambridge University Press, 2019.

⁵ Coyen-Eliya, Moshe y Porat, Iddo, "Proportionality in Times of Populism", *paper presentado en el seminario de profesores del ITAM*, abril de 2019, en posesión de la autora.

constitucional no es un fenómeno nuevo en América Latina. La historia del regreso de la democracia a la región en los años 90 —acompañada de una oleada de nuevas constituciones o de reformas— es una historia llena de luces y sombras, donde la normalización de la democracia electoral y el progreso en varias dimensiones han estado acompañadas por la persistencia de carencias sistémicas en términos de desigualdad, exclusión social, desprotección frente a la violencia pública y privada y ausencia de estado de derecho.⁶ Es interesante destacar esta disanalogía por al menos dos razones: primero, porque es teóricamente productivo, pues nos obliga a caracterizar mejor los procesos contemporáneos y a tratar de aislar con mayor precisión lo que pueda haber de nuevo en ellos, en comparación con las anteriores situaciones de crisis; y segundo, porque de esa operación podría intentar desprenderse, aunque cueste, un mensaje de cauteloso optimismo: ¿podría ser que el hecho de que las democracias latinoamericanas estén acostumbradas a sobrevivir en un clima de permanente crisis las haga ahora más resistentes ante las nuevas variedades de autoritarismo?

En esta contribución exploratoria me centraré en uno de los actores que está en el centro de la tormenta desatada por los nuevos autoritarismos: el Poder Judicial y, en particular, las Altas Cortes de constitucionalidad. La judicatura es un actor en el que se cifran muchas de las oportunidades de resistencia, pero que al mismo tiempo —y en parte por ello— es objetivo estratégico de los neoautoritarios y una institución

⁶ Ejemplos de análisis equilibrados, que hacen inventario tanto de avances como de carencias, son por ejemplo los trabajos agrupados en Brinks, Daniel, *et. al* (eds.), *Reflections on Uneven Democracies. The Legacy of Guillermo O'Donnell*, Johns Hopkins, 2014; y el de Morlino, Leonardo, *La calidad de las democracias en América Latina*, Informe para IDEA Internacional, 2014.

que, una vez capturada, se convierte en un cómplice terrible de la dinámica erosionadora.⁷ Sin embargo, el Poder Judicial en América Latina tiene rasgos fuertemente distintivos, tanto de diseño como de desempeño, y es interesante evaluar qué pueden representar en la nueva coyuntura. En diálogo con un diagnóstico que realicé hace tres años, en "modo normalidad", sobre las Altas Cortes de la región, en este texto avanzaré, en "modo crisis", algunos comentarios sobre las judicaturas regionales con la idea de identificar posibles herramientas y ventanas de resistencia y optimismo, más que lo contrario —aunque haya mucho de las dos cosas—. ⁸ ¿Por qué, si la actual oleada populista es, en parte, una reacción a las deficiencias del constitucionalismo "jurídico",⁹ no abrigar esperanzas respecto de una modalidad de constitucionalismo del Sur que se aleja de éste en puntos importantes? ¿No sería descartar esa posibilidad incurrir en un doble estándar injustificado, propio de los tiempos de la hegemonía epistemológica del Norte que en teoría hemos dejado atrás? ¿No sería, además, convertir el pesimismo que viene del Norte en una profecía que se autocumple? El análisis constituye, entonces, una llamada al "optimismo estratégico", entendido como una actitud racional fundada en la idea de que abrigar esperanzas ayuda a tomar acción que de hecho propicia la consecución de lo que se desea.¹⁰

⁷ Landau, David y Dixon, Rosalind, "Abusive Judicial Review", UC Davis Law Review, en prensa, 2020.

⁸ El diagnóstico a que me refiero se encuentra en Pou Giménez, Francisca, "Supreme and Constitutional Courts: Directions in Constitutional Justice", en Sieder, Rachel *et. al* (eds.), *Handbook of Law and Society in Latin America*, Routledge, 2019, pp. 187-204. Invito al/a lector/a a que lo revise, pues contiene mucha más información que las breves pinceladas que este texto va a trazar.

⁹ Landau, David, "Populist Constitutions", *op. cit.*, pp. 529, 543.

¹⁰ Pettit, Philip, "Hope and Its Place in Mind", *Annals of the American Society of Political and Social Science*, vol. 592, 2004, pp. 152-165.

Tres serán las dimensiones en las que organizaré mis comentarios. Los comentarios de la primera sección ponen de relieve algunos de los rasgos característicos de las Altas Cortes latinoamericanas como instituciones. En segundo lugar, recordaré algunos rasgos relacionados con el modo distintivo en que han construido sus relaciones con la sociedad civil, han cincelado fuertes roles públicos y han ido desplegando acción que se sitúa en el centro de un intenso debate sobre la eficacia de las sentencias judiciales y las relaciones entre derecho y cambio social —de esencial importancia en un contexto que entrecruza constituciones transformadoras, tribunales con amplias responsabilidades y trasfondos socioculturales profundamente injustos—. Finalmente, haré algunos comentarios sobre las relaciones que las Altas Cortes mantienen entre ellas y con otras Cortes, tanto a nivel nacional como internacional.¹¹

El diseño institucional de las Altas Cortes: las ventajas de la multipolaridad

En materia de tribunales y de justicia constitucional en particular, América Latina ofrece un impresionante panorama, marcado por la enorme diversidad de soluciones institucionales, la naturaleza híbrida de muchas de ellas —cuando se las contempla desde las perspectivas que el constitucionalismo norteamericano y europeo han hecho canónicas— y la presencia de rasgos claramente singulares, como la existencia

¹¹ En el texto que cito en la nota 8 las cuestiones de eficacia de la acción judicial y las relaciones entre judicialización y transformación social se abordan separadamente en la última sección del escrito. La muy superficial referencia a estas cuestiones en este texto es testimonio de su carácter de reflexión panorámica preliminar.

en prácticamente todos los países de vías de amparo o tutela para la protección sumaria y preferente de los derechos fundamentales.

Rasgos centrales de identidad regional son la superposición en muchos países del control difuso y del control concentrado (incluida la posibilidad de que, en el contexto de este último, la ley sea declarada inválida con efectos generales a instancias de cualquier ciudadano) y la existencia de sistemas marcados por el pluralismo en lo que concierne al tipo y número de Altas Cortes, los sistemas de nombramiento de sus integrantes y su menú de responsabilidades.

Pensemos, para empezar, en la identidad y el número de Altas Cortes. Mientras que en algunos países las constituciones contemporáneas han complementado el esquema institucional heredado con la creación de Cortes Constitucionales especializadas de inspiración kelseniana, otros han conservado una Corte Suprema única, a la que han agregado funciones, o le han añadido una Sala Constitucional especializada. Por otro lado, en algunos países —como México, Brasil o Argentina— una única Corte concentra una gran cantidad de funciones y responsabilidades (aunque no las electorales),¹² mientras que en otros el mismo paquete de responsabilidades queda distribuido entre un esquema plural de instituciones judiciales —como ocurre paradigmáticamente en los casos de Colombia y Perú—. ¹³

¹² De la justicia electoral se encargan, respectivamente, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (y sus análogos estatales) en México, el Tribunal Superior Electoral en Brasil y los juzgados federales especializados y la Cámara de Justicia electoral en Argentina.

¹³ Un texto clásico sobre la variedad del "mosaico" judicial latinoamericano es Navia, Patricio y Ríos-Figueroa, Julio, "The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America", *Comparative Political Studies*, vol.38, núm. 2, 2005, pp. 189–217.

La pluralidad también marca el panorama relativo a los sistemas de nombramiento de los integrantes de esas Cortes. Algunos sistemas siguen el modelo tradicional en América que otorga esa responsabilidad a la acción combinada del Presidente y el Senado, mientras que otros han instaurado esquemas innovadores. Los integrantes de la Corte Constitucional colombiana, por ejemplo, son elegidos por el Senado entre candidatos que elevan, por turnos, el Consejo de Estado, la Presidencia y la Corte Constitucional misma. Los integrantes de los dos altos tribunales bolivianos (el Tribunal Constitucional Plurinacional y el Tribunal Supremo de Justicia) son escogidos por sufragio universal de entre candidatos cuya idoneidad refrenda el Legislativo. En Ecuador, por su parte, las Ramas Legislativa, Ejecutiva y de Supervisión Social designan cada una de ellas a dos personas para que se integren a una Comisión Calificadora que, respetando la paridad de género, posteriormente designa a los jueces y juezas de entre un conjunto de candidatos preseleccionados tras un proceso amplio de escrutinio público.

Y en cuanto a las áreas de competencia o responsabilidad de las Altas Cortes regionales, los estudios comparados existentes subrayan dos grandes rasgos: la importancia que tienen las llamadas "competencias auxiliares" de las Cortes¹⁴ y la generalizada presencia de las vías preferentes y sumarias de protección de derechos fundamentales tipo tutela/amparo.¹⁵ Las competencias auxiliares son aquellas distintas al

¹⁴ Frosini, Justin y Pegoraro, Lucio, "Constitutional Courts in Latin America: A Testing Ground for New Parameters of Classification?" *Journal of Comparative Law*, vol. 3, núm. 2, 2008.

¹⁵ Uprimny, Rodrigo, "The recent transformations of constitutional law in Latin America: trends and challenges", en Rodríguez Garavito, César (ed.), *Law and Society in Latin America. A New Map*, Routledge, 2015; Ferrer MacGregor, Eduardo, "Breves notas sobre el amparo iberoamericano

control de constitucionalidad de la ley. Las Altas Cortes de América Latina tienen muchas, desde participar en el nombramiento de una amplia variedad de cargos públicos hasta decidir sobre la validez de las elecciones o desarrollar procedimientos de juicio político. Por decirlo en lenguaje kelseniano, las Cortes de América Latina no han sido diseñadas para ser "puras" sino para encabezar sistemas multipolares en cuyo contexto se confía a la judicatura una amplia variedad de responsabilidades.¹⁶

Cuando se revisa este panorama pensando en los desafíos que plantea el clima político que (según sea el país) prevalece o amenaza en el horizonte, parece que hay varios puntos por comentar. Una primera cuestión que es interesante constatar es la inmensa diferencia que existe entre el lugar que ocupan estas Cortes contemporáneas y el que ocupan en ciertos entendimientos clásicos y muy difundidos del constitucionalismo. La enorme influencia del pensamiento kelseniano, en particular, nos impulsa a imaginar a las Altas Cortes de constitucionalidad como las "salvadoras de la constitución", y la conciencia de estar adentrándonos en una época de crisis no hace sino dar bases para reforzar esta expectativa —anclada en el recuerdo del famoso enfrentamiento entre Kelsen y Schmitt sobre quién debía ser el defensor de la Constitución en un contexto de profunda crisis política—.

(desde el derecho procesal constitucional comparado)", en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (eds.), *El derecho de amparo en el mundo*, UNAM, Porrúa, Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

¹⁶ Sobre los grados de pureza e impureza en distintas Cortes de Constitucionalidad y la posible influencia que ello tiene en su desempeño, Ferreres, Víctor, *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, Yale University Press, 2009.

Para bien y para mal, sin embargo, las Altas Cortes contemporáneas de América Latina no parecen estar diseñadas para desempeñar este rol. Son omnipresentes —como lo es la proyección normativa de las constituciones— y su acción se despliega diversificada en una importante cantidad de funciones. Algunas de estas funciones son clave para el buen funcionamiento de la división de los poderes y otros pilares del sistema y nada garantiza que las cumplan siempre de modo adecuado —famosamente, la Corte Constitucional de Colombia supo frenar los intentos abusivos de reelección presidencial en 2015 mientras que las altas cortes de Honduras y Bolivia, algunos años más tarde, no acertaron a hacerlo—. ¹⁷ Pero, a cambio de ello, podrían estar relativamente mejor equipadas para desplegar tareas que protegen al sistema de procesos fulminantes de erosión.

Pensemos, por ejemplo, en las ventajas que ofrecen los esquemas plurales de Altas Cortes frente al líder que se propone llenarlas de adeptos. Como ha señalado Jan Boesten, la pluralidad de Cortes dificulta su captura ¹⁸ y con toda seguridad hace más costosos e ineficientes los ataques a la judicatura. Si surgiera un Ejecutivo que deseara cambiar la faz de la judicatura colombiana, por ejemplo, se vería obligado a colonizar tres

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia, C-141/2010, de 28 de febrero de 2010; Corte Suprema de Honduras, RI 0243-2015, de 22 de abril de 2015; Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, sentencia 0084/2017, de 28 de noviembre de 2017. Antecedentes de estas últimas resoluciones son una polémica sentencia de Costa Rica de 2003, la Resolución 2003-2771, que permitió la reelección de Arias, y la sentencia n° 504 de la Sala Constitucional de Nicaragua, de 19 de octubre de 2009, que permitió la reelección de Ortega y de un conjunto de alcaldes y vicealcaldes.

¹⁸ Boesten, Jan, "Between democratic security and democratic legality: discursive institutionalism and Colombia's Constitutional Court", *Ph.D. Dissertation*, University of British Columbia, 2016, <https://open.library.ubc.ca/cIRcle/collections/ubctheses/24/items/1.0224798>

Altas Cortes y tendría que lidiar con su impacto limitado y en todo caso diferido en el tiempo sobre el nombramiento de sus integrantes. Además, el pluralismo en la cúpula permite que unas Cortes hagan el relevo de otras cuando "se cansan" o pasan a tener una integración con sensibilidades muy distintas. La Corte Constitucional colombiana, por ejemplo, fue durante muchos años la impulsora en solitario de nuevos criterios que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado seguían a regañadientes —al punto de dar pie un fenómeno que fue llamado "choque de trenes"—. Sin embargo, en los últimos años la Corte Suprema de Justicia ha dado un giro notorio y, en un momento en el que la Corte Constitucional tiene una actitud más estacionaria, es ella la que emite sentencias de frontera.¹⁹ En Chile, por su parte, la Corte Suprema ha defendido en algunos temas una postura más progresista que el Tribunal Constitucional —es el caso de los criterios sobre la posición de los tratados de derechos humanos en el ordenamiento— y en todo caso la necesidad de prestar atención en todo momento a los pronunciamientos de las dos confiere dinamismo a la vida constitucional chilena.²⁰

¹⁹ Véanse las sentencias de la Sala Civil de Casación de la Corte Suprema de Justicia, bajo la ponencia de Luis Armando Tolosa, STC4360-2018, Radicación n° 11001-22-03-000-2018-00319-01, de 5 de abril de 2018 (sobre el Amazonas) y la AHC4806-2017, Radicación n° 17001-22-13-000-2017-00468-02, de 26 de julio de 2017, en la que se otorgaba un habeas corpus en beneficio de un oso de anteojos. Una sentencia previa pionera en este ámbito, de la Corte Constitucional, fue la T-622/2016, de 10 de noviembre de 2016 (sobre el río Atrato).

²⁰ Sobre los criterios construidos respecto al tema de jerarquía de tratados, véase Nash, Claudio y Núñez, Constanza, "Los usos del derecho internacional de los derechos humanos en los tribunales superiores de justicia en Chile", *Estudios Constitucionales*, año 15, núm. 1, p. 20, nota 21. Otro ejemplo reciente lo hallamos en la posición que han adoptado respecto del tema de si los funcionarios públicos pueden acudir a la acción de tutela para proteger sus derechos laborales: el Tribunal Constitucional sostiene que la tutela no procede y la Corte Suprema sí. Compárese Rol N° 5.324-18, Tribunal Constitucional, 11 de julio de 2019 y Rol N° 14.804-2018, Corte Suprema, cuarta sala, 14 de julio de 2019. Véase, para un rápido resumen, José Lizama, "Tutela laboral a funcionarios públicos", <http://www.derecho.uchile.cl/comunicaciones/columnas-de-opinion/150202/tutela-laboral-a-funcionarios-publicosbrluis-lizama>

La diversificación de medios y condiciones de acceso a las Cortes también parece claramente interesante cuando se trata de tener vías de avance frente a instancias políticas hostiles a la Constitución. Así, la posibilidad de que los ciudadanos interpongan acciones abstractas de inconstitucionalidad (y no solamente órganos del Estado, como en el modelo kelseniano) puede servir de contrapeso frente a legislación abusiva; opciones como la legitimación colectiva o la legitimación de organismos como las comisiones de derechos humanos o las procuradurías, comunes en la región, puede ser útiles para el mismo fin. Más en general —y como sugiere la experiencia de Estados Unidos en los primeros meses de la presidencia de Donald Trump— el que exista control difuso en tantos países de América Latina puede dificultar la captura del poder judicial y el colapso del sistema de contrapesos, en particular en aquellos países con estructuras horizontales o coordinadas de judicatura donde los jueces inferiores reivindican un alto grado de independencia respecto de sus superiores en el escalafón.

Las Cortes y los ciudadanos: acción jurídica y depósitos de legitimidad

En mi panorámica de hace tres años destacaba que, a pesar de que la literatura politológica sobre judicialización —que analiza cómo y por qué se establecen los tribunales y qué elementos influyen sobre su desempeño y supervivencia— ha prestado muchísima atención a la relación del Poder Judicial con los otros poderes del Estado, el rol de las Altas Cortes latinoamericanas contemporáneas en el sistema político no puede entenderse sin poner en el centro de la mesa su relación con la ciudadanía. Una manera de presentar lo que las Cortes Constitucionales latinoamericanas contemporáneas han tratado de hacer es

sugerir que, en armonía con el mandato transformador de las constituciones de la última ola y quizá dejándose llevar por el impulso activista implícito en su diseño constitucional y el amplio abanico de vías de acceso a ellas, han tratado de solidificar su posición política construyendo una relación privilegiada con la ciudadanía y favoreciendo la cooperación entre poderes más que el enfrentamiento, a menudo en el marco de modalidades "débiles" o "dialógicas" de control de constitucionalidad.

Este tipo de dinámica ha dejado importantes y originales contribuciones en muchos ámbitos, en particular el de los derechos sociales, los derechos sexuales y reproductivos, los derechos ambientales o los de las comunidades y pueblos indígenas (incluidos, en el contexto de constituciones particularmente abiertas al pluralismo jurídico, desarrollos pioneros en materia de consulta previa).²¹ En el ámbito de los

²¹ Sobre el litigio en materia de salud véase, Lamprea, Eduardo, "Colombia's Right-to-Health Litigation in a Context of Health Care Reform", en Flood, Coleen y Gross, Aeyal (eds.), *The Right to Health at the Public/Private Divide. A Global Comparative Study*, Cambridge University Press, 2014; Bergallo, Paola, "Unleashing Health Rights in Argentinian Courts: From the Myth of Rights to the Politics of Rights", *JSD Dissertation*, Stanford University, 2013; Yamin, Alicia Ely y Parra Vera, Óscar, "Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates", *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 33, núm. 2, 2010; así como las experiencias latinoamericanas referidas en Langford, Malcolm, *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, 2008. Sobre litigio en materia de derechos sexuales y reproductivos, Bergallo, Paola y Ramón Michel, Agustina, "Abortion", en González-Bertomeu Juan F. y Gargarella, Roberto (eds.), *The Latin American Casebook*, Routledge, 2016; Gianella, Camilla y Wilson, Bruce, "LFBTI Rights", *ibid*. Sobre litigio en materia de derechos de las comunidades indígenas, Ramírez, Silvina y Maisley, Nahuel, "The Protection of the Right of Indigenous Peoples", *ibid*. Sobre el mismo tema en conexión con los derechos medioambientales, Rodríguez Garavito, César, "Ethnicity.gov: Global Governance, Indigenous Peoples, and the Right to Prior Consultation in Social Minefields", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol.18, 2011 y (dir.): *Human Rights in Minefields. Extractive Economies, Environmental Conflicts*,

derechos sociales, la judicialización se ha beneficiado de la aceptación generalizada de una visión del derecho según la cual la estructura y sustancia normativa de los derechos sociales es esencialmente la misma que la de los derechos civiles y políticos. La recepción nacional de la teoría de las obligaciones estatales respecto de los derechos (todos los derechos), la presencia cotidiana de herramientas interpretativas como el principio pro persona o el de progresividad y no regresividad, así como la generalizada aceptación de su eficacia horizontal han sido importantes, como lo ha sido también la prevalencia de una visión según la cual, en un contexto en el que los poderes legislativos están sumidos con frecuencia en la parálisis, o controlados por los grupos de interés, la intervención judicial —sobre todo cuando se vehicula en clave dialógica— puede contribuir poderosamente a la consecución de objetivos que refuerzan la democracia.²² Igualmente crucial ha sido la labor de los jueces en los procesos de justicia transicional que se han vivido en varios países.²³ Nada de ello se hubiera producido si la judicialización no hubiera sido impulsada por la extraordinaria expansión de

and Social Justice in the Global South, Dejusticia, 2015. Sobre la apertura de las constituciones regionales al pluralismo jurídico, Yrigoyen Fajardo, Raquel, "The panorama of pluralist constitutionalism: from multiculturalism to decolonization", en Rodríguez Garavito, César (ed.), *Law and Society in Latin America. A New Map*, Routledge, 2015.

- ²² Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; Abramovich, Víctor, "El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales", en Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (comps.), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Editores del Puerto, 2009; Bergallo, Paola, "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina", en *Derecho y pobreza. SELA 2005*, Editores del Puerto, 2006; Gargarella, Roberto, "Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?" en Besson, Samantha y Martí, José Luis (eds.), *Deliberative Democracy and its Discontents*, Ashgate, 2006.
- ²³ Saffon, María Paula y Uprimny, Rodrigo, "Uses and Abuses of Transitional Justice in Colombia", en Bergsmo, Morten y Kalmanovitz, Pablo (eds.), *Law in Peace Negotiations*, Torkel Opsahl Academic Publishing, 2007.

redes de activismo socio-jurídico transnacional, tanto ante los tribunales nacionales como ante los órganos del Sistema Interamericano.

Las Cortes han reaccionado a las dinámicas de litigio creando criterios y formas de aplicación del derecho nuevas. La Corte Constitucional colombiana, por ejemplo, es responsable de la creación de teorías tan innovadoras como el "estado de cosas inconstitucional", la "conexidad", el "mínimo vital", el "test integrado" de proporcionalidad, o atribución de subjetividad jurídica y estructuras de representación a elementos de la naturaleza, como las selvas o los ríos —y algunas de estas construcciones han sido importadas por las cortes de otros países—. Otras innovaciones han sido de tipo procedimental, como la admisión generalizada de *amicus curiae*, la celebración de audiencias públicas (extrañas en principio a la tradición de derecho civil en la que la región se inserta) y, sobre todo, la prescripción de resolutivos estructurales dialógicos, que intentan superar algunos de los problemas que aquejaron a los resolutivos de "órdenes y control" propios de la primera generación de sentencias estructurales de los Estados Unidos.²⁴

Cabe añadir que estos desarrollos no hubieran tenido tanta repercusión de no haber sido complementados por otro rasgo que singulariza a las Cortes latinoamericanas en el panorama comparado: la importancia que han dado a la transparencia y a la comunicación pública de su

²⁴ Rodríguez Garavito, César, "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America", *Texas Law Review*, vol. 89 1669; Rodríguez-Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Radical Deprivation on Trial: The impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in the Global South*, Cambridge University Press, 2015.

quehacer. La mayoría tienen estrategias de comunicación bien definidas y algunas han impulsado iniciativas sin precedente, como la creación de un canal judicial y la transmisión en vivo por internet y televisión de las deliberaciones.²⁵

Es mucho, en definitiva, lo que las Cortes Constitucionales de América Latina han puesto sobre la mesa de la vida democrática regional en los últimos años, tanto en términos sustantivos como procedimentales. Por supuesto, el debate sobre si su acción ha resultado realmente eficaz o transformadora es grande y relevante. América Latina ha aportado a los estudios académicos que se preocupan por ello importantes perspectivas sobre la relación entre derecho y cambio social. Se ha dicho, por ejemplo, que la virtualidad y la eficacia de la judicialización se ve de forma muy distinta si uno adopta una visión instrumental o una visión constitutiva de la relación entre derecho y sociedad; desde la segunda perspectiva, el derecho adquiere relevancia de mil maneras distintas a las registradas desde los paradigmas tradicionales, y los efectos indirectos o incluso simbólicos de las sentencias cobran protagonismo. Y entonces no solamente cobra relevancia el estudio de la implementación de los fallos, sino también cómo la acción judicial contribuye a dar nombre a las cosas, cómo propicia o no que las personas se replensen a sí mismas en términos emancipadores, cómo ayuda a crear o consolidar agendas públicas, cómo impacta de distintas maneras en las dinámicas

²⁵ Véase Pou Giménez, Francisca, "Changing the Channel: Broadcasting Deliberations in the Mexican Supreme Court", en Davis, Richard y Taras, David (eds.), *Justices and Journalists: The Global Perspective*, Cambridge University Press, 2016; Ingram, Mathew, "Uncommon transparency: the Supreme Court, media relations, and public opinion in Brazil", *Idem*.

de movilización social, o cómo influye en las dinámicas sociales y políticas en el largo plazo.²⁶ En cualquier caso, con independencia de la postura que se adopte dentro del amplísimo abanico que perfilan estos paradigmas teóricos, parece indudable que en las tres décadas pasadas las Cortes de América Latina han sido relevantes para la ciudadanía en una medida infinitamente superior a la que había caracterizado su desempeño histórico y superior a la propia de las Cortes en muchas otras latitudes.

Frente a ello, se puede reaccionar de dos maneras. La primera es llevarse las manos a la cabeza, abjurar del "derecho de los derechos" contemporáneo y abogar por el regreso a un escenario en el que los jueces se limitan fundamentalmente a garantizar derechos individuales civiles y políticos —esos derechos valiosos pero necesariamente afectados por sesgos de género, clase y capacidades, aplicados por los tribunales mediante técnicas clásicas de todo o nada, que presuponen un cierto tipo de legislador y un cierto tipo de estructuras de litigio que no son las que prevalecen en muchas partes del mundo—.²⁷ La otra manera

²⁶ Véanse las obras citadas en la nota 22. También, Restrepo Saldarriaga, Esteban, "Reforma constitucional y progreso social: la constitucionalización de la vida cotidiana en Colombia", en Saba, Roberto (ed.), *SELA 2002. El derecho como objeto e instrumento de transformación*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.

²⁷ Véase, por ejemplo, el análisis de Tasioulas, John, "Saving Human Rights from Human Rights Law", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (en prensa), quien aboga por reajustar el derecho de los derechos a la tesis de la finalidad fundacional ("formative aim thesis", FAT), limitando su acción a la garantía, cuando resulte apropiado, de los "derechos morales universales", mediante el uso de la figura de los derechos jurídicos individuales otorgados a todos los seres humanos. Este autor cree que el derecho de los derechos se ha boicoteado a sí mismo "desde dentro" al haber ignorado la diferencia entre lo que él considera derechos humanos en sentido propio y los meros intereses de las personas o los valores, y al haber promovido la garantía judicial fuerte de intereses que no lo ameritan y que dejan a la judicatura al

es pensar que los problemas de las democracias actuales no los han creado centralmente las Cortes. Y que, con todo y sus deficiencias e insuficiencias, y sin necesidad de negar que Samuel Moyn tiene razón cuando llama a expandir el imaginario y la práctica de la justicia social más allá de la figura de los derechos,²⁸ hay un montón de desarrollos pioneros interesantes y rescatables en las innovaciones de las Altas Cortes de América Latina. Y que en algunos países, estos desarrollos han logrado proporcionar a los tribunales depósitos de legitimidad social que ahora pueden serles útiles y nos pueden ser útiles a todos en el intento de preservar las estructuras democráticas ante el ataque de políticos depredadores.

Pensemos por un momento en la coyuntura brasileña actual. Como algunos analistas académicos han sugerido recientemente, con todo y los daños que ya han causado las políticas de Bolsonaro, no es claro que pueda afirmarse que el país se encuentre irremediabilmente inmerso en una situación de decadencia democrática.²⁹ Es improbable

mando de tareas para las que no está preparada o que es normativamente problemático que realice. Así, critica por ejemplo el alcance del derecho a la salud en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos contemporáneo o la experiencia de la garantía judicial de ese derecho en Brasil y Colombia. Véase la respuesta clásica y puntual a estos argumentos contra la judicialización de los derechos sociales en las obras de Abramovich y Courtis citadas en la nota 22, así como, en general, las consideraciones de la literatura regional sobre modalidades dialógicas de control constitucional.

²⁸ Moyn, Samuel, *The Last Utopia. Human Rights in History*, Harvard University Press, 2010; Moyn, Samuel, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, Harvard University Press, 2018.

²⁹ Hubner Mendes, Conrado y Zaiden Benvindo, Juliano, "Introduction", *I-CONnect Symposium: The Brazilian Supreme Court and the Protection of Democracy in the Age of Populism: Introduction*, *International Journal of Constitutional Law Blog*, 26 de junio de 2019, <http://www.iconnectblog.com/2019/06/i-connect-symposium-the-brazilian-supreme-court-and-the-protection-of-democracy-in-the-age-of-populism-introduction/>

que las dinámicas de litigio cotidiano en materia de derechos sociales, por ejemplo (impulsados en muchos casos por un cuerpo de fiscales profesional y progresista) se interrumpa de tajo, y aunque las poderosas personalidades que integran el Supremo Tribunal Federal son poco pre- visibles, sus largos periodos de nombramiento y sus amplias atribuciones de ejercicio individual les otorgan margen de acción. Como muestra un caso que está en los periódicos en el momento que escribo —pro- tagonizado por la decisión del Supremo Tribunal de anular la orden del alcalde de Río de retirar un comic que incluye el dibujo de dos hombres besándose en la boca— ciertas cosas muy básicas pueden estar razo- nablemente solidificadas tras treinta años de justicia constitucional.³⁰

Las Cortes y sus pares: comunidad judicial y transformación jurídica

Según algunas descripciones influyentes, en las pasadas décadas América Latina ha sido testimonio de la aparición de un espacio judi- cial regional, caracterizado por la fuerza del "giro interpretativo", la cen- tralidad de la idea de diálogo jurisprudencial y la destacada posición de las fuentes interamericanas en el razonamiento judicial.

Ciertamente, el regreso de la democracia a la región vino acompañado de una notable renovación en los entendimientos hegemónicos del

³⁰ Jucá, Beatriz, "El alcalde de Río de Janeiro ordena retirar un cómic con beso gay. La Corte Suprema suspende la orden del evangélico Marco Crivella contra un tebeo de Marvel en la Bienal del Libro y da un recado contra la intolerancia", *El País*, 8 de septiembre de 2019, https://elpais.com/cultura/2019/09/07/actualidad/1567874069_862902.html

derecho. El tradicional "formalismo" subsiste en varios ámbitos, pero en muchos otros se ha producido una revolución en la cultura jurídica, y el derecho se entiende como un cuerpo formado por principios y valores contenidos en constituciones directamente aplicables, invasivas, que dan a los jueces un rol informador y transformador cotidiano. En el contexto de las tendencias que en los pasados años llevaron a hablar de la aparición de un "derecho constitucional global", la aportación de América Latina se distinguiría por dos rasgos principales: primero, por los énfasis temáticos y argumentativos a que nos hemos referido en el apartado anterior (que no son comunes en el derecho comparado) y, segundo, por la destacada apertura del discurso judicial a las fuentes e instituciones internacionales, en especial las interamericanas, las cuales exhiben a su vez una distintiva voluntad de influenciar las prácticas nacionales.

En efecto, a caballo de constituciones que otorgan una posición jerárquica muy alta a las fuentes externas (supralegal, constitucional o incluso supraconstitucional), tanto la internacionalización del derecho constitucional como la constitucionalización del derecho internacional están claramente presentes en la región.³¹ En ese contexto, la Corte Interamericana ha construido progresivamente un modelo de interacción con los Estados que se aleja en dimensiones importantes de las reglas clásicas del derecho internacional. Por poner sólo dos ejemplos:

³¹ Klabers, Jan, et. al., *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, 2009; Chang, Wen-Chen y Yeh, Jiunn-Rong, "Internationalization of Constitutional Law", en Rosenfeld, Michel y Sajó, Andras (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press 2012.

en el esquema clásico, se entiende que la obligación de cumplir con las obligaciones internacionales es una obligación que recae globalmente sobre el Estado como entidad, sin que existan reglas acerca de qué debe hacerse a nivel interno para garantizar este cumplimiento; la Corte IDH, en cambio, desde 2008 a 2013, construyó paulatinamente la doctrina del "control de convencionalidad", en cuyo contexto ha dicho que la eficacia de las fuentes interamericanas debe "prevalecer" y ser garantizada por "todas las autoridades, dentro de sus ámbitos de competencia", con un énfasis central en los jueces, que al resolver los casos deben desplegar un control de convencionalidad y asegurar la eficacia del derecho interamericano con los medios que tengan a su alcance dentro del ámbito de sus competencias. Adicionalmente, en el esquema clásico, cuando una Corte internacional detecta una violación, declara que el Estado ha incurrido en "responsabilidad internacional", sin dar un calificativo específico a normas o actos internos; la Corte IDH, en cambio, se ha referido a la "invalidez" de leyes nacionales y ha instado directamente a reformar ciertos artículos constitucionales o a cambiar determinados criterios jurisprudenciales.³²

Tanto la doctrina del control de convencionalidad como otros giros "atrevidos" de la Corte IDH —como la reciente decisión de considerar los derechos sociales directamente justiciables sobre la base de lo

³² Véase un desarrollo completo e iluminador del contraste entre los dos paradigmas (modelo basado en la integración/basado en la subsidiariedad) en Dulitzky, Ariel, "An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights", *Texas International Law Journal*, núm. 50, 2015, pp. 45-93.

dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana—³³ han suscitado reacciones diversas. Un importante sector de la academia ha celebrado y acompañado la jurisprudencia de la Corte, apuntando a la gestación de una comunidad de jueces latinoamericanos de escala continental, colectivamente comprometida por primera vez con la garantía integral de un mismo conjunto de valores y derechos básicos—lo cual permitiría hablar de la existencia de una especie de *ius constitutionale commune* de América Latina, comprometido con una agenda transformadora—.³⁴ Aunque tanto estas corrientes como la Corte misma apoyan la prioridad interpretativa de la Corte—cuyos poderes de "control concentrado de convencionalidad" garantizarían la coherencia última del sistema—³⁵ el énfasis se pone en todo momento en la idea de "diálogo judicial" y en la idea de que todos los jueces, incluida la Corte, aprenden unos de otros y deciden dentro de los benéficos límites de una comunidad de pares más amplia.³⁶

³³ Ferrer MacGregor, Eduardo *et al.* (eds.), *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, CEC de Querétaro, 2018.

³⁴ Véase Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, 2017; Bogdandy, Armin von, *et al.* (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2010.

³⁵ Ferrer MacGregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez constitucional mexicano", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *La reforma de derechos humanos del 2011: un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011; Acosta Alvarado, Paola, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

³⁶ Ferrer MacGregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso, *Diálogo jurisprudencial en Derecho Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant lo Blanch, 2013.

Otros analistas —y algunas Cortes nacionales, aunque en contadas ocasiones— han sido menos entusiastas, poniendo de relieve lo problemático de que la Corte IDH, no obstante alabar formalmente al diálogo, se arroge la última palabra. Mientras que algunos defienden la necesidad de priorizar la domesticación de los estándares interamericanos en procesos deliberativos nacionales desarrollados ante instancias judiciales internas, otros han apuntado que la amalgama compartida de derechos no debería escapar de la evaluación democrática y han cuestionado que la jurisprudencia de la Corte no abra espacio para ser en algunas ocasiones deferente con procesos intensos y valiosos de deliberación democrática a nivel nacional.³⁷ De la arquitectura judicial impulsada por la Corte IDH y de la narrativa del "derecho común" latinoamericano más en general se ha preguntado, en definitiva, si es tan "común", tan transformadora, tan plural e inclusiva y —dadas las dinámicas políticas democráticas, que en su contexto quedan claramente desplazadas— tan sostenible como pretende.³⁸

En modo crisis, la gran pregunta es, efectivamente, qué tan resistente y útil será el "espacio interamericano de los derechos" si el contexto

³⁷ Contesse, Jorge, "¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Iglesias, Marisa *et al.*, *Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos*. SELA 2012, Librería Ediciones, 2013; Gargarella, Roberto, "Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso *Gelman*", *Derechos Humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA)* 2013, Librería Ediciones, 2014; Gargarella, Roberto, *Democracy and Rights in Gelman v. Uruguay*, *AJIL Unbound*, vol.109, 2015.

³⁸ Véase algunos de estos planteamientos en la reseña del libro en inglés citado en la nota 31 elaborada por Alterio, Ana Micaela y Pou, Francisca en *Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, año 51, 2018, pp. 115-120 y la de Werneck Arguelhes, Diego en el *International Journal of Constitutional Law*, vol. 17, 2019, pp. 368-374.

político vira radicalmente. A diferencia de las integraciones europeas, que son económicas y políticas, la integración regional de América Latina es una integración exclusivamente basada en la garantía de los derechos, lo cual genera, a mi juicio, grandes retos. Los Estados, además, han reaccionado de distintas maneras ante lo que consideran una actitud demasiado "intensa" por parte de los órganos del Sistema. Estas reacciones han incluido, por el momento, una reforma al Reglamento, el intento de nombrar jueces más afines a los gobiernos en el poder, un recorte presupuestal y, en el caso de Venezuela, la salida del Sistema. Y, ciertamente, la Corte IDH está destinada a parecer más un estorbo que un acierto para el tipo de corriente política que rechaza los contrapesos, o que considera que el constitucionalismo de los derechos liderado por los jueces está en el corazón del tipo de democracia elitista, excluyente y alienante que hay que dejar atrás.

A todo ello hay que agregar, sin embargo, muchos elementos de signo opuesto: la enorme legitimidad acumulada en las pasadas décadas por la Corte IDH como instancia de integridad y de justicia, sin cuya acción la historia política jurídica y política reciente de las democracias regionales no se entendería; el valiosísimo acervo de criterios jurisprudenciales originales, innovadores e influyentes desarrollados por la Comisión y la Corte; la permeación de las fuentes interamericanas en los ordenamientos internos y la internalización de buena parte del derecho interamericano por la ciudadanía, las organizaciones y un amplísimo porcentaje de jueces y juezas latinoamericanos. El hecho de que el constitucionalismo transformador de América Latina sea un proyecto que concierne

simultáneamente a muchos países puede ser una fortaleza.³⁹ Y como hemos señalado con anterioridad, ciertamente, el constitucionalismo regional de los derechos ha propiciado la articulación de redes transnacionales de activismo y acción a muchos niveles y ha producido un vocabulario reconocible y compartido cuya virtualidad es improbable que desaparezca de tajo.

En definitiva: aunque de continuar el ascenso de líderes neopopulistas parece claro que un espacio judicial regional que no ha pensado suficientemente bien su relación con la democracia sufrirá sacudidas, en las últimas décadas se han tejido dinámicas fácticas y simbólicas que también tendrán peso. En cualquier caso, para dar seguimiento y evaluar a los acontecimientos puede que los comparatistas latinoamericanos necesitemos cambiar de énfasis. En las décadas pasadas nos hemos centrado en identificar los elementos comunes a los países de la región más que los diferenciadores y en enfatizar los rasgos que acercan las dinámicas regionales a las globales. Quizá ahora sea necesario priorizar el estudio de lo particular, no para rechazar la idea de comunidad regional unida entorno a un plan sustantivo presidido por los derechos, la igualdad y la inclusión, sino para tener diagnósticos más precisos sobre cómo reaccionar mejor, a la luz de las circunstancias y singularidades institucionales y políticas de cada país, ante el avance de los procesos de erosión democrática.⁴⁰

³⁹ Bogdandy, Armin von *et al.* (cit. nota 34, p. 8) subrayan que, aunque el caso sudafricano demuestra que el constitucionalismo transformador es un fenómeno global, la trayectoria latinoamericana resulta de particular interés para otras partes del mundo por sus dimensiones comparativas y multinivel.

⁴⁰ En "Judicial Role and the limits of Constitutional Convergence in Latin America", en Dixon, Rosalind y Ginsburg, Tom (eds.), *Comparative Constitutional Law in Latin America*, Edward Elgar

Conclusión

A lo largo de su agitada vida constitucional, América Latina ha atravesado incontables crisis. La situación actual en la región está marcada por la sombra que proyecta la llegada al poder en otras partes del mundo de líderes como Víctor Orbán, Boris Johnson, Narendra Modi o Donald Trump, que apelan a su legitimidad electoral para desplegar políticas antiliberales, antidemocráticas y paulatinamente destructoras de las bases constitucionales del sistema político. La victoria de Jair Bolsonaro en Brasil fue un sobresalto abrupto e inesperado que pareció marcar la llegada de los nuevos tiempos políticos al corazón del continente.

En este texto, he intentado aportar ideas y elementos para matizar el relato de pesimismo que emana de esta proyección de la narrativa global. He querido sugerir que, aunque es indudable que las democracias de América Latina están (siguen) en crisis, vale la pena detenerse a analizar con cuidado en qué sería esta crisis distinta de los problemas que

Publishing, 2017, David Landau da elementos para matizar la narrativa de convergencia regional que encuentra impulso en el plano de los factores "de alto nivel", como los textos constitucionales, los jueces o las instituciones internacionales; a su juicio, las diferencias en los entendimientos que prevalecen en cada país sobre el rol que deben desplegar las altas cortes, derivadas de factores vinculados a diferencias de diseño institucional, historia, configuración política y factores idiosincráticos, plantean preguntas en torno a la posibilidad y deseabilidad de la convergencia en el derecho constitucional latinoamericano. Para mostrar los posibles límites de la tesis de la convergencia analiza lo que ha sucedido en la región en materia de matrimonio igualitario y judicialización de los derechos sociales. Aunque no me parece que los particulares ejemplos en los que se enfoca den elementos poderosos para matizar, a nivel descriptivo, una tesis de convergencia regional, creo que los factores a que apuntan las cuatro fuentes de diferencia que identifica son efectivamente relevantes para diagnosticar de modo adecuado los desarrollos constitucionales latinoamericanos.

hemos tenido en las últimas décadas, cuando construimos sistemas democráticos, sin lograr que fueran de buena calidad, pero sin por ello abandonar en momento alguno un horizonte marcado por la posibilidad de progresar genuinamente por la vía democrática. ¿En qué se distinguen, por ejemplo, los desafíos a la democracia que identificaba la literatura sobre transiciones y consolidación de los años 90 y los que identificamos ahora? ¿Qué es lo que daría bases para pensar que en los últimos tres o cuatro años ha sucedido algo que obliga a dar por definitivamente fracasadas ciertas estrategias y a perder la esperanza en la virtualidad de vías que nos habían parecido útiles para intentar reducir el inventario de tareas pendientes de las democracias regionales?

Al centrar la atención en los Poderes Judiciales de América Latina, y en específico en las Altas Cortes, he tratado de identificar —de modo desafortunadamente muy rápido, simplificado y no exhaustivo— rasgos y desarrollos cuya virtualidad ha distado de ser nula en las décadas pasadas y donde podrían buscarse ventanas de resistencia y oportunidades para el progreso político en tiempos difíciles. En un momento en el que el impulso de los populismos autoritarios se asocia con las deficiencias del constitucionalismo jurídico ortodoxo de posguerra, las herramientas del constitucionalismo del Sur podrían ser parte de la solución, no del problema. Si, como sugiere David Landau, nos decidimos a usar el ataque neopopulista a la democracia liberal como un espejo que nos ayude a identificar qué hay que cambiar en los sistemas existentes,⁴¹ y ese espejo nos refleja (como no puede dejar de hacerlo)

⁴¹ Landau, David, *op. cit.*, p. 543.

importantes déficits en términos de igualdad e inclusión, no parece descabellado pensar que una mirada a un tipo de constitucionalismo que —al menos en parte— se ha preocupado por eso puede ser productivo.

La idea del ejercicio no era, por supuesto, entregarse al voluntarismo o a la ingenuidad de negar el tamaño de los desafíos, o apaciguar la urgencia con la que necesitamos seguir pensando cómo mejorar la "devolución" de las democracias latinoamericanas. En cualquier momento podemos retomar los análisis —necesarios, realistas, detallados— que identifican las complejidades, las dificultades y las carencias —lo no transformador, lo no democrático, lo no incluyente—. Pero, en modo crisis, cualquier análisis panorámico de la situación actual de las jurisdicciones latinoamericanas debe detenerse, me parece, tanto en los rasgos presuntamente prometedores como en los presuntamente problemáticos y no sólo —en la mejor tradición de las "narrativas de fracaso" denunciadas por el comparatismo crítico latinoamericano—⁴² en los segundos. No sabemos si hay bases suficientemente sólidas para pensar que las democracias regionales pueden capear la crisis neopopulista mejor que las del Norte, pero invisibilizar o subestimar automáticamente sus desarrollos distintivos seguro que no ayuda. Al fin y al cabo, como ha señalado recientemente Wojciech Sadurski, Ecuador es el primer país del mundo que ha conseguido revertir una captura populista

⁴² Esquirol, Jorge, "The geopolitics of constitutionalism in Latin America", en Crawford, Colin y Bonilla Maldonado, Daniel (eds.), *Constitutionalism in the Americas*, Routledge, 2018; Esquirol, Jorge, *Las ficciones del derecho latinoamericano*, Siglo del Hombre Editores-Uniandes, 2013; Bonilla Maldonado, Daniel, "The political economy of legal knowledge", en Crawford y Bonilla, *op. cit.*

de la Constitución.⁴³ No hay motivos suficientes para descartar de raíz la posibilidad de que existan sorpresas positivas adicionales en el futuro.

⁴³ Sadurski, Wojciech, *conferencia pronunciada en la sesión plenaria del Encuentro Anual de la International Society of Public Law*, Santiago de Chile, julio de 2019.

Bibliografía

Abramovich, Victor, "El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales" en Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (comps.), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Editores del Puerto, 2009.

_____, y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

Acosta Alvarado, Paola, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Ferrer MacGregor, Eduardo, y Herrera García, Alfonso, *Diálogo jurisprudencial en Derecho Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant lo Blanch, 2013.

Alterio, Ana Micaela y Pou, Francisca, "Book Review: Transformative Constitutionalism in Latin America: the Emergence of a New *Ius Commune*," *Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, año 51, 2018.

- Alterio, Ana Micaela, "Reactive versus Structural Approach: a Public Law Response to Populism", *Global Constitutionalism*, vol. 8, núm. 2, 2019, pp. 270-296.
- Bergallo, Paola, "Unleashing Health Rights in Argentinian Courts: From the Myth of Rights to the Politics of Rights", *JSD Dissertation*, Stanford University, 2013.
- , "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina" en *Derecho y pobreza. SELA 2005*, Editores del Puerto, 2006.
- Bergallo, Paola y Ramón Michel, Agustina, "Abortion", en González-Bertomeu, Juan F. y Gargarella, Roberto (eds.), *The Latin American Casebook*, Routledge, 2016.
- Boesten, Jan, "Between democratic security and democratic legality: discursive institutionalism and Colombia's Constitutional Court", *Ph.D. Dissertation*, University of British Columbia, 2016, <https://open.library.ubc.ca/cIRcle/collections/ubctheses/24/items/1.0224798>.
- Bogdandy, Armin von et. al, (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, 2017.
- et. al, (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius constitutionale comune en América Latina?*, México,

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2010.

Brinks, Daniel, *et. al* (eds.), *Reflections on Uneven Democracies. The Legacy of Guillermo O'Donnell*, Johns Hopkins, 2014.

Chang, Wen-Chen y Yeh, Jiunn-Rong, "Internationalization of Constitutional Law" en Rosenfeld, Michel y Sajó, Andras (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012.

Contesse, Jorge, "¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en Iglesias, Marisa *et al.*, *Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos. SELA 2012*, Librería Ediciones, 2013.

Coyen-Eliya, Moshe y Porat, Iddo, "Proportionality in Times of Populism", *paper presentado en el seminario de profesores del ITAM*, abril de 2019, en posesión de la autora.

Dixon, Rosalind y Ginsburg, Tom (eds.), *Comparative Constitutional Law in Latin America*, Edward Elgar Publishing, 2017.

Dulitzky, Ariel, "An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights", *Texas International Law Journal*, núm. 50, 2015.

Esquirol, Jorge, "The geopolitics of constitutionalism in Latin America", en Crawford, Colin y Bonilla Maldonado, Daniel (eds.), *Constitutionalism in the Americas*, Routledge, 2018.

_____, *Las ficciones del derecho latinoamericano*, Siglo del Hombre Editores- Uniandes, 2013.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Breves notas sobre el amparo iberoamericano (desde el derecho procesal constitucional comparado)" en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (eds.), *El derecho de amparo en el mundo*, UNAM, Porrúa, Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

_____, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez constitucional mexicano", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *La reforma de derechos humanos del 2011: un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo et al. (eds.), *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, CEC de Querétaro, 2018.

Ferreres, Víctor, *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, Yale University Press, 2009.

Frosini, Justin y Pegoraro, Lucio, "Constitutional Courts in Latin America: A Testing Ground for New Parameters of Classification?" *Journal of Comparative Law*, vol. 3, núm. 2, 2008.

Gargarella, Roberto, "Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?" en Besson, Samantha y Martí, José Luis (eds.), *Deliberative Democracy and its Discontents*, Ashgate, 2006.

_____, "Democracy and Rights in *Gelman v. Uruguay*," *AJIL Unbound*, vol.109, 2015.

_____, "Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso *Gelman*", *Derechos Humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA) 2013*, Librería Ediciones, 2014.

Gianella, Camila y Wilson, Bruce, "LGBTI Rights", en González Bertomeu, Juan F. y Gargarella, Roberto (eds.), *The Latin American Casebook*, Nueva York, Routledge, 2016.

Ginsburg, Tom y Huq, Aziz, *How to Save a Constitutional Democracy*, The University of Chicago Press, 2018.

Graber, Mark et. al (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford University Press, 2018.

Halmi, Gabor, "An Illiberal Constitutional System in the Middle of Europe", *European Yearbook of Human Rights*, 2014, pp. 497-514.

_____, "An Illiberal Polity in the Euro-Atlantic World. Lessons from Hungary's Backsliding" en *The State of the Transatlantic World*, The Transatlantic Academy, Hungría, 2015.

Hostovsky, Tamar y Roznai, Yaniv, "Democratic Erosion, Populist Constitutionalism and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine", https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3394412.

Hubner Mendes, Conrado y Zaiden Benvindo, Juliano, "Introduction", *I-CONnect Symposium: The Brazilian Supreme Court and the Protection of Democracy in the Age of Populism: Introduction*, *International Journal of Constitutional Law Blog*, 26 de junio de 2019, <http://www.iconnectblog.com/2019/06/i-connect-symposium-the-brazilian-supreme-court-and-the-protection-of-democracy-in-the-age-of-populism-introduction/>.

Ingram, Mathew, "Uncommon transparency: the Supreme Court, media relations, and public opinion in Brazil" en Davis, Richard y Taras, David (eds.), *Justices and Journalists: The Global Perspective*, Cambridge University Press, 2016.

Jucá, Beatriz, "El alcalde de Río de Janeiro ordena retirar un cómic con beso gay. La Corte Suprema suspende la orden del evangélico Marco Crivella contra un tebeo de Marvel en la Bienal del Libro y da un recado contra la intolerancia", *El País*, 8 de septiembre de 2019, https://elpais.com/cultura/2019/09/07/actualidad/1567874069_862902.html.

Kaidatzis, Akritas, "Populist, popular, political constitutionalism", *paper presentado en el congreso de la IVR*, julio de 2019, disponible en academia.edu.

King, Jeff, "The Future of Social Rights: Social Rights as Capstone", en Young, Catherine K. (ed.), *The Future of Economic and Social Rights*, Cambridge University Press, 2019.

Klabers, Jan, et. al., *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, 2009.

Lamprea, Eduardo, "Colombia's Right-to-Health Litigation in a Context of Health Care Reform" en Flood, Coleen y Gross, Aeyal (eds.), *The Right to Health at the Public/Private Divide. A Global Comparative Study*, Cambridge University Press, 2014.

Landau, David, "Abusive Constitutionalism", *UC Davis Law Review*, núm. 7, 2013, pp. 189-260.

———, "Populist Constitutions", *The University of Chicago Law Review*, núm. 85, 2018; pp. 521-543.

——— y Dixon, Rosalind, "Abusive Judicial Review", *UC Davis Law Review*, en prensa, 2020.

Langford, Malcolm, *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, 2008.

Levitsky, Steven y Ziblatt, Daniel, *How Democracies Die*, Broadway Books, 2018.

Lizama, José, "Tutela laboral a funcionarios públicos", <http://www.derecho.uchile.cl/comunicaciones/columnas-de-opinion/150202/tutela-laboral-a-funcionarios-publicosbrluis-lizama>

Morlino, Leonardo, *La calidad de las democracias en América Latina*, Informe para IDEA Internacional, 2014.

Moyn, Samuel, *The Last Utopia. Human Rights in History*, Harvard University Press, 2010.

———, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, Harvard University Press, 2018.

Nash, Claudio y Núñez, Constanza, "Los usos del derecho internacional de los derechos humanos en los tribunales superiores de justicia en Chile", *Estudios Constitucionales*, año 15, núm. 1.

Navia, Patricio y Ríos-Figueroa, Julio, "The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America", *Comparative Political Studies*, vol.38, núm. 2, 2005, pp. 189–217.

Pettit, Philip, "Hope and Its Place in Mind", *Annals of the American Society of Political and Social Science*, vol. 592, 2004, pp. 152-165.

Pou Giménez, Francisca, "Supreme and Constitutional Courts: Directions in Constitutional Justice" en Sieder, Rachel *et. al* (eds.), *Handbook of Law and Society in Latin America*, Routledge, 2019, pp. 187-204.

_____, "Changing the Channel: Broadcasting Deliberations in the Mexican Supreme Court" en Davis, Richard y Taras, David (eds.), *Justices and Journalists: The Global Perspective*, Cambridge University Press, 2016.

Ramírez, Silvina y Maisley, Nahuel, "The Protection of the Right of Indigenous Peoples" en González-Bertomeu, Juan F. y Gargarella, Roberto (eds.), *The Latin American Casebook*, Routledge, 2016.

Restrepo Saldarriaga, Esteban, "Reforma constitucional y progreso social: la constitucionalización de la vida cotidiana en Colombia" en Saba, Roberto (ed.), *SELA 2002. El derecho como objeto e instrumento de transformación*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.

Rodríguez Garavito, César, "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America", *Texas Law Review*, vol. 89.

_____, César, "Ethnicity.gov: Global Governance, Indigenous Peoples, and the Right to Prior Consultation in Social Minefields", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol.18, 2011.

_____ (dir.), *Human Rights in Minefields. Extractive Economies, Environmental Conflicts, and Social Justice in the Global South*, Dejusticia, 2015.

_____ y Rodríguez Franco, Diana, *Radical Deprivation on Trial: The impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in the Global South*, Cambridge University Press, 2015.

Sadurski, Wojciech, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford University Press, Polonia, 2019.

———, *Conferencia pronunciada en la sesión plenaria del Encuentro Anual de la International Society of Public Law*, Santiago de Chile, julio de 2019.

Saffon, María Paula y Uprimny, Rodrigo, "Uses and Abuses of Transitional Justice in Colombia" en Bergsmo, Morten y Kalmanovitz, Pablo (eds.), *Law in Peace Negotiations*, Torkel Opsahl Academic Publishing, 2007.

Scheppele, Kim Lane, "Autocratic Legalism", *The University of Chicago Law Review*, núm. 85, pp. 545-583.

Sunstein, Cass (ed.), *Can it Happen Here? Authoritarianism in America*, Harper Collins, Estados Unidos, 2018.

Tasioulas, John, "Saving Human Rights from Human Rights Law", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (en prensa).

Uprimny, Rodrigo, "The recent transformations of constitutional law in Latin America: trends and challenges" en Rodríguez Garavito, César (ed.), *Law and Society in Latin America. A New Map*, Routledge, 2015.

Werneck Arguelhes, Diego, "Book Review: Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New *Ius Commune*," *International Journal of Constitutional Law*, vol. 17, 2019.

Yamin, Alicia Ely y Parra Vera, Óscar, "Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates", *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 33, núm. 2, 2010.

Yrigoyen Fajardo, Raquel, "The panorama of pluralist constitutionalism: from multiculturalism to decolonization" en Rodríguez Garavito, César (ed.), *Law and Society in Latin America. A New Map*, Routledge, 2015.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia, C-141/2010, de 28 de febrero de 2010.

_____, T-622/2016, de 10 de noviembre de 2018.

Corte Suprema de Chile, Rol N° 14.804-2018, cuarta sala, 14 de julio de 2019.

Corte Suprema de Honduras, RI 0243-2015, de 22 de abril de 2015.

Sala Constitucional de Nicaragua, Sentencia n° 504, de 19 de octubre de 2009.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, resolución 2003-2771, de 2003.

Sala Civil de Casación de la Corte Suprema de Justicia de Colombia,
STC4360-2018, Radicación nº 11001-22-03-000-2018-00319-01,
de 5 de abril de 2018, ponencia de Luis Armando Tolosa.

_____, AHC4806-2017, Radicación nº 17001-22-13-000-2017-00468-02,
de 26 de julio de 2017, ponencia de Luis Armando Tolosa.

Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 5.324-18, de 11 de julio de 2019.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, sentencia 0084/2017,
de 28 de noviembre de 2017.