

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN TIEMPOS DE CAMBIO

Roberto Niembro O.
Sergio Verdugo
Coordinadores



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

PO
E010
J877j

La justicia constitucional en tiempos de cambio / coordinadores Roberto Niembro O., Sergio Verdugo ; la compilación de esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Relaciones Institucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea ; prefacio Rosalind Dixon.-- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.
1 recurso en línea (xx, 522 páginas).

Obra derivada de la versión impresa del mismo título.

ISBN 978-607-552-132-9

1. Justicia constitucional – Democracia – Aspectos políticos – Aspectos sociales
2. Tribunal constitucional – Tribunal supremo de justicia – Formas de gobierno 3. Control difuso de justicia constitucional – América Latina 4. Constitucionalismo extranjero – Reforma constitucional 5. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Cambio social 6. Constitución – Sudáfrica 7. Administración de justicia 8. Tribunal constitucional I. Niembro O., Roberto, coordinador II. Verdugo, Sergio, coordinador III. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo IV. Dixon, Rosalind, autor de prefacio V. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección General de Relaciones Institucionales LC K3165

Primera edición: noviembre de 2019

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Impreso en México
Printed in Mexico

La compilación de esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Relaciones Institucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Su edición y diseño estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN TIEMPOS DE CAMBIO

Roberto Niembro O.

Sergio Verdugo

Coordinadores



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea
Presidente

Primera Sala

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Presidente

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala

Ministro Javier Laynez Potisek
Presidente

Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Alberto Pérez Dayán

Contenido

Presentación	VII
Arturo Zaldívar Lelo de Larrea	
Prefacio	XI
Rosalind Dixon	
Luís Roberto Barroso	
Contramayoritario, representativo e iluminista: Las funciones de los tribunales supremos y los tribunales constitucionales en las democracias contemporáneas	1
Samuel Issacharoff	
La revisión judicial en tiempos difíciles: Estabilizando la democracia en un segundo mejor mundo	77
Rosalind Dixon/David Landau	
El constitucionalismo transnacional y una limitada doctrina de enmienda constitucional inconstitucional	189

Roberto Saba	
La elusiva frontera entre la justicia y la política	277
Roberto Gargarella	
La revisión judicial para las democracias Latinoamericanas.....	371
Francisca Pou Giménez	
Las cortes latinoamericanas en un contexto de democracias dislocadas: un análisis desde el optimismo estratégico.....	401
Ana Micaela Alterio	
La Suprema Corte de Justicia Mexicana en la transformación social	445
Kate O'Regan	
La promesa de las Constituciones: una reflexión desde Sudáfrica	489

Presentación

Reflexionar sobre el papel que desempeñan los tribunales constitucionales en una democracia es una tarea siempre inacabada. Los debates sobre el adecuado ejercicio de la justicia constitucional a la luz de los principios democráticos son de la mayor relevancia teórica y práctica, particularmente en el contexto de las transiciones que han ocurrido en varias partes del mundo en las últimas décadas.

Esta obra colectiva aborda los dilemas de la justicia constitucional en tiempos de cambio. Es una continuación de la conversación iniciada en julio de 2019 en el marco de la conferencia Anual de la Asociación Internacional de Derecho Público ICON-S, en Santiago de Chile, sobre el tema "El Derecho Público en tiempos de Cambio", cuyo objetivo fue analizar el papel que pueden jugar las cortes en contextos de cambio político y social, con un especial énfasis en México y Latinoamérica.

Participan en esta obra distinguidos jueces y juezas constitucionales, tanto en funciones como en retiro, así como académicos y académicas de reconocido prestigio, que presentan valiosos aportes a las discusiones actuales sobre temas vinculados a la legitimidad de las cortes

constitucionales; su posición frente a las mayorías legislativas; la apropiada intensidad con que debe realizarse la revisión judicial tanto de las leyes como de los procedimientos legislativos; el compromiso que pueden asumir con determinadas ideas y valores; los correctivos que pueden introducir a los procesos de los que han sido excluidos los grupos históricamente discriminados; la posibilidad de controlar reformas constitucionales; el activismo judicial; su rol en la preservación del sistema democrático, y las soluciones que pueden dar a los distintos problemas que en el seno de éste se suscitan.

Como podrá advertirse, las perspectivas de análisis sobre las relaciones entre la justicia constitucional y la democracia, son múltiples. Los enfoques y las preocupaciones que los autores plantean en este volumen permiten contrastar visiones y encontrar coincidencias en los desafíos que supone impartir justicia constitucional, pero sobre todo, alientan a seguir explorando las complejidades de la interrelación entre estos conceptos.

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación es fundamental impulsar y dar difusión a estos debates. El papel que la Corte ha desempeñado en las últimas dos décadas ha sido fundamental para dejar atrás el constitucionalismo nominal que durante mucho tiempo legitimó un régimen autoritario. Mediante sus fallos, la Corte ha brindado una protección cada vez más efectiva a los derechos humanos, impulsando un cambio en la cultura legal y en la sociedad. No obstante, queda mucho por hacer, especialmente en el campo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, por lo que la reflexión académica y

judicial sobre el potencial de la justicia constitucional para lograr cambios sociales es del mayor interés.

Confío en que los trabajos que contiene esta obra sobre el papel de la justicia constitucional en contextos de cambio, escritos por autores y autoras de diferentes latitudes, enriquecerán y contribuirán a la continua reflexión sobre el papel que la Suprema Corte tiene en el fortalecimiento de la democracia mexicana. Una mejor comprensión de nuestra función y de la posición que guarda en el entramado de una democracia constitucional es fundamental para su adecuado desempeño, en beneficio de una sociedad más justa e igualitaria.

Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal

Prefacio

En julio de 2019, ICON-S celebró su conferencia anual en Santiago de Chile sobre el tema "El Derecho Público en Tiempos de Cambio". En dicha ocasión, la Sociedad se reunió por primera vez en América Latina y representó una buena oportunidad para expandir su membresía y alcance. También, fue una oportunidad para que la comunidad global de abogados de derecho público evaluaran los múltiples retos que actualmente enfrenta la materia —así como la democracia constitucional— alrededor del mundo.

Este volumen retoma la conversación que tuvimos en Santiago: recoge algunos de los autores y colaboradores principales de la conferencia de ICON-S en esa ciudad, para producir un volumen de materiales originales y traducidos sobre la relación entre las cortes constitucionales y la democracia —bajo el auspicio de una de las cortes principales de América Latina, la Suprema Corte de Justicia la Nación de México. También refleja la visión de Arturo Zaldívar, el actual Ministro Presidente de la Suprema Corte, y su compromiso para alentar la reflexión sobre el rol de las cortes constitucionales en tiempos de cambio.

El volumen abarca diferentes concepciones de esta relación. El Ministro Luis Roberto Barroso resalta tres nociones amplias: la concepción clásica

del rol de las cortes como "contra-mayoritarias" y encaminadas hacia la "protección de los derechos fundamentales", especialmente los derechos de las minorías y el derecho de todos los individuos a la "igual consideración y respeto".¹

Un segundo rol es más pro-mayoritario o "representativo": las cortes actúan de una manera "contra-legislativa" pero que impulsa las opiniones de la mayoría de los votantes.² En otra parte, he sugerido que este puede ser visto como el caso "medular" para la revisión judicial débil: las cortes pueden jugar el rol y lo hacen rutinariamente, incluso en las democracias que funcionan adecuadamente, de ayudar a superar una variedad de bloqueos políticos —incluyendo los "puntos ciegos" y "cargas de inercia".³

Un tercer rol es más "transformador": si bien Barroso no utiliza el lenguaje del constitucionalismo transformador, enfatiza el rol que las cortes pueden tener al generar apoyo para ciertas ideas y valores —especialmente aquellos que él asocia con la tradición Ilustrada. Mientras que el constitucionalismo transformador es ligado frecuentemente a ciertos

¹ Barroso, Luis Roberto, "Countermajoritarian, representative, and enlightened: the roles of constitutional courts in democracies", *American Journal of Comparative Law*, vol. 67, núm. 1, 2019, p. 125-26.

² *Ibidem*, pp.130-31.

³ Dixon, Rosalind, "The core case for weak-form judicial review", *Cardozo Law Review*, vol. 38, núm. 6, 2016, p. 2193. Véase también Dixon, Rosalind, "Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, núm. 3, 2007, p.391. Dixon, Rosalind, "The supreme court of Canada, charter dialogue, and deference", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 47, núm. 2, 2009, p. 235. Dixon, Rosalind, "Partial Bills of Rights", *American Journal of Comparative Law*, vol. 63, núm. 2, 2015, p. 403.

objetivos históricos específicos de los creadores constituyentes,⁴ o a parámetros "internos" más que "externos" de éxito constitucional, puede reflejar ideas universales de lo que Barroso denomina "la razón humanística, los derechos inalienables de la condición humana, tolerancia, conocimiento científico, la separación entre la Iglesia y el Estado" y la "emancipación intelectual, social y moral de las personas".⁵

Roberto Gargarella señala dos concepciones que se traslapan pero que son un tanto diferentes entre sí acerca del rol de las cortes en la promoción del "diálogo" y la deliberación democrática. Si bien su contribución se enfoca en las cortes latinoamericanas, su entendimiento del rol judicial es más general, siendo uno de ellos "asegurar la democracia deliberativa en el contexto de sociedades desiguales". Para Gargarella, esto significa construir mandatos constitucionales para requerir un proceso legislativo ampliamente incluyente y deliberativo, y asegurar la participación de los grupos marginalizados con anterioridad.⁶ Cuando esto fracasa, Gargarella propone un rol para las cortes consistente en asegurar que los puntos de vista de estos grupos sean tomados en cuenta: en mi propio trabajo previo he identificado esta forma de revisión judicial como dialógica, que busca específicamente enmendar los "puntos

⁴ Véase p. ej., Klare, Karl, "Legal culture and transformative constitutionalism", *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, 1998, p. 146. Véase también Hailbronner, Michaela, "Transformative constitutionalism: not only in the Global South", *American Journal of Comparative Law*, vol. 65, 2017, p. 527.

⁵ Barroso, Luis Roberto, *op.cit.*, p. 134.

⁶ Gargarella, Roberto, "La revisión judicial para las democracias Latinoamericanas" en *La Justicia Constitucional en Tiempos de Cambio*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.

ciegos de *perspectiva*".⁷ Un segundo rol consiste en proteger y restaurar un sistema de "frenos y contrapesos", incluyendo la construcción de normas constitucionales para prevenir la concentración del poder político y "reparar los fracasos democráticos" que podrían de otra forma "erosionar la legitimidad" de las democracias constitucionales.⁸

Ambos roles tienen claras conexiones a la noción de John Hart Ely de la revisión de "reforzamiento de la representación"⁹ y, por lo tanto, al entendimiento de las cortes que hemos propuesto Samuel Issacharoff, David Landau y yo misma en nuestros respectivos capítulos.¹⁰ Issacharoff ha argumentado en otros trabajos sobre el rol de las cortes en la "cobertura democrática";¹¹ de acuerdo con la cual la revisión judicial pueda ser pensada como algo similar a la "estabilización fiscal" garantizada por un banco central —ej. al jugar un "rol estabilizante que evita que acciones políticas oportunistas puedan amenazar a la integridad gubernamental", en términos similares al tipo de "conservación llevada a cabo por una entidad semi-independiente" tal como un banco central.¹² Similarmente, Landau y yo argumentamos que las cortes pueden y deben

⁷ Véase Dixon, Rosalind, "The Core Case..." *cit.*, Dixon, Rosalind, *Creating Dialogue...*, *cit.* Dixon, Rosalind, "The Supreme Court of Canada..." *cit.*

⁸ Gargarella, Roberto, *op. cit.*

⁹ Véase p. ej., Hart Ely, John, "Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review", *Maryland Law Review*, vol. 37, núm. 3, 1978, pp. 451- 487.

¹⁰ Issacharoff, Samuel, "La Revisión Judicial en Tiempos Difíciles: Estabilizando la Democracia en un Segundo Mejor Mundo" en *La Justicia Constitucional en Tiempos de Cambio*; México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019; Dixon, Rosalind y Landau, David "El constitucionalismo transnacional y una limitada doctrina de enmienda constitucional inconstitucional", *Ídem*.

¹¹ Issacharoff, Samuel, *Fragile democracies: contested power in the era of constitutional courts*, Cambridge University Press, 2015.

¹² Issacharoff, Samuel, "La revisión judicial..." *cit.*

aplicar la doctrina de las "enmiendas constitucionales inconstitucionales" (ECI) de manera que sirva de cobertura democrática — con el objeto de preservar el "núcleo mínimo" de la democracia ante la amenaza de erosión ocasionada por los procesos "abusivos" de enmienda constitucional.¹³

A su vez, Roberto Saba explora con gran detalle el fenómeno de la judicialización de la política o activismo judicial y nos ayuda a entenderlo en toda su complejidad y con las distintas aristas que tiene según el contexto de que se trate. En América Latina, nos dice, la idea de que existe un ámbito para la política y otro para la justicia ha sido claramente cuestionada, lo que se ha puesto en evidencia, por ejemplo, en los casos de violaciones estructurales de derechos, en los conflictos de competencia, conflictos electorales, etc.¹⁴ Por su parte, Francisca Pou nos invita a repensar en América Latina el papel de los tribunales constitucionales en situaciones de crisis, que se distinguen de las situaciones de normalidad democrática y bajo las cuales nos habíamos acostumbrado a pensar. Aun cuando América Latina es una región en la que las crisis no son una novedad, considera que el neopopulismo de países del Norte y el de Brasil sí son un fenómeno particular de nuestro tiempo, y que en caso de expandirse, en alguna medida puede ser contenido con las herramientas construidas por el derecho constitucional de la región como el estado de cosas inconstitucional, el mínimo vital,

¹³ Dixon, Rosalind y Landau, David, "El constitucionalismo transnacional...", *cit. Véase también* David Landau, "Abusive constitutionalism", *UC Davis Law Review*, vol. 47, núm. 189, 2013.

¹⁴ Saba, Roberto, "La elusiva frontera entre la Justicia y la Política" en *La Justicia Constitucional en Tiempos de Cambio*; México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.

internacionalización del derecho constitucional, el control de convencionalidad, etc. y con apoyo de las redes de activismo socio-jurídico transnacional.¹⁵

Una diferencia fundamental entre los autores es el grado en el que enfatizan diferentes concepciones de la democracia, "densas" *versus* "delgadas" o deliberativas *versus* competitivas.¹⁶ Gargarella está firmemente comprometido en conectar el rol de una corte en una democracia con ideas de diálogo constitucional y deliberación. En contraste, Issacharoff, Landau y yo utilizamos una concepción más delgada y competitiva.¹⁷ Si bien simpatizamos ampliamente con las ideas de la democracia deliberativa (en efecto, he elogiado en otros trabajos la idea de un diálogo constitucional),¹⁸ nuestro objetivo es enfocarnos en dilucidar si las cortes pueden efectivamente jugar el rol de proteger un conjunto más delimitado de instituciones, procedimientos y derechos que son más o menos esenciales a la preservación de un sistema democrático competitivo. Para Issacharoff, esto proviene de su compromiso de larga data en analizar la ley electoral en términos estructurales más que (puramente) basados en derechos.¹⁹ Para Landau y para mí, esto se refleja en nuestro enfoque en una doctrina —la doctrina de la ECI— que si se

¹⁵ Pou Giménez, Francisca, "Las Cortes latinoamericanas en un contexto de democracias dislocadas: un análisis desde el optimismo estratégico" en *La Justicia Constitucional en Tiempos de Cambio*; México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.

¹⁶ Issacharoff, Samuel, "La revisión judicial...", *cit. Compárese a* Dixon, Rosalind y Landau, David, "Competitive Democracy and the Constitutional Minimal Core", en Ginsburg, Tom y Huq, Aziz (eds.) *Assessing Constitutional Performance*, Cambridge University Press, 2016, p. 268.

¹⁷ Quedo en deuda con Roberto Gargarella por subrayarme este punto.

¹⁸ Véase Dixon, Rosalind, "The Core Case..." *cit.* Dixon, Rosalind "Creating Dialogue..." *cit.* Dixon, Rosalind, "The Supreme Court of Canada..." *cit.*

¹⁹ Issacharoff, Samuel, "La revisión judicial...", *cit.*

utiliza en demasía puede socavar a la democracia y no simplemente fortalecerla. Es importante "anclar" esa doctrina en una noción relativamente estrecha o delgada de la democracia porque evita el peligro de su uso excesivo.

Una cuestión relacionada, abordada por algunos de los autores, es el rol de una constitución escrita (no simplemente una corte constitucional) en un contexto democrático contemporáneo. La ex-Jueza Kate O'Regan, por ejemplo, se pregunta lo anterior en el contexto de la Constitución de Sudáfrica de 1996 y la respuesta que propone es tanto extremadamente sucinta como interesante. Ella plantea que las constituciones escritas "nos permiten construir democracias basadas en valores comunes así como encaminadas a la consecución de metas conjuntas".²⁰ El mismo proceso de elaboración constitucional en sí mismo también es "un bien democrático con valor intrínseco, así como con valor instrumental ya que produce una base sólida para la gobernanza de un estado".²¹

Un libro de este tipo es enormemente importante para los estudios globales de derecho público: ayuda a asegurar que las ideas que se desarrollan en un lenguaje, o región, puedan en efecto "viajar" a otras latitudes —y contribuir a un debate verdaderamente global sobre el diseño y práctica constitucionales. Asimismo, alienta un diálogo apropiadamente crítico sobre las afirmaciones de que todas las ideas tienen

²⁰ O'Regan, Kate, "La Promesa de las Constituciones: una reflexión desde Sudáfrica" en *La Justicia Constitucional en Tiempos de Cambio*; México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.

²¹ *Idem.*

un alcance o relevancia global: al estimular que ideas desarrolladas en un contexto sean plenamente debatidas y probadas en otros escenarios, o llamando la atención sobre las premisas asumidas o las precondiciones para la aplicación de ideas que en principio parecerían globales, pero que ultimadamente su alcance es más local o ateniendo a un contexto específico.²²

En efecto, las diferencias en el contexto —y su importancia— son uno de los temas claves que se abordan por muchos de los autores del libro. Al interactuar con el trabajo de su amigo y colega Jeremy Waldron, Samuel Issacharoff repetidamente recalca la importancia de prestar atención al "segundo mejor" mundo de la práctica política real en las democracias constitucionales alrededor del planeta.²³ Al retomar las ideas de Jon Elster sobre creación constitucional, y específicamente sus argumentos para que la elaboración constitucional comience con un proceso de elección de una asamblea constituyente, Kate O'Regan sugiere que "es difícil pensar que un proceso similar hubiese funcionado en Sudáfrica".²⁴

²² *Compárese* Dixon, Rosalind y Stone, Adrienne, "Constitutional Amendment and Political Constitutionalism: A Philosophical and Comparative Reflection", en Dyzenhaus, David y Thorburn, Malcolm (eds.) *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press, 2016; Dixon, Rosalind "Book Review: Constitutional Interpretation in Singapore: Theory and Practice by Jaclyn L. Neo (ed)", *Asian Journal of Compared Law*, vol. 11, núm. 2, 2016, p. 337. Dixon, Rosalind y Ginsburg, Tom, "Comparative Constitutional Law in Latin America: An Introduction" en Dixon, Rosalind y Ginsburg, Tom (eds.), Cambridge University Press, 2017, p.1.

²³ Issacharoff, Samuel, "La revisión judicial...", *cit. Citando a Roux*, Theunis, "In Defence of Empirical Entanglement: The Methodological Flaw in Waldron's Case Against Judicial Review" (trabajo en elaboración, UNSWLR No. 73, 2015).

²⁴ O'Regan, Kate, "La Promesa de las Constituciones..." *cit.*

Algunos académicos aceptaron la invitación de enfocarse en la relación entre las cortes constitucionales y la democracia, y en el más amplio tema de un derecho público cambiante, poniendo especial énfasis en México. Este es el caso de Micaela Alterio que analiza la posibilidad de que estemos ante una *transformación constitucional más allá del texto constitucional*. Así, en el marco de la llamada "Cuarta Transformación" que se anunció para el país luego de las últimas elecciones, se intenta una reflexión diagnóstica sobre el papel que juega la Suprema Corte de Justicia la Nación. En su trabajo parte de los elementos contextuales sistémicos dentro de los cuales opera tanto la Corte como el poder político. Comienza destacando los rasgos "viejos", que tienen que ver con la dinámica hiper-reformista a la Constitución, lo que compromete la supremacía constitucional y condiciona las posibilidades de actuación de la Corte. Continúa con los rasgos que se consideran "nuevos", no por su originalidad en la teoría constitucional, sino porque emergen como discusiones novedosas en el contexto del país. Dentro de éstos, especialmente se aborda la discusión sobre el significado y función de la división de poderes y particularmente, sobre el papel que ha de asumir la Corte en la democracia mexicana.

Así, un libro de este tipo puede ser de particular importancia para los académicos de toda América Latina, trabajando en distintos contextos y campos. Este volumen también debe servir para estimularnos a continuar nuestros esfuerzos para superar los obstáculos que el lenguaje, la región y la tradición constituyen para la división de los debates académicos del derecho público, en base a líneas lingüísticas y geográficas. De esta manera, justo como la misma ICON-S, este volumen

será una valiosa contribución a este proyecto —la creación de un debate de derecho público y una doctrina que sean verdaderamente más globales.

Rosalind Dixon
Profesora de Derecho,
Universidad de Nueva Gales del Sur, Sydney
Co-Presidenta de ICON-S
2019

Luís Roberto Barroso^{*}

Contramayoritario,
representativo e iluminista:
**Las funciones de los tribunales
supremos y los tribunales constituciona-
les en las democracias contemporáneas**^{**}

- * Ministro del Supremo Tribunal Federal. Profesor Titular de la Universidad del Estado de Río de Janeiro - UERJ. Master en Derecho, Yale Law School (1989). Doctor en Derecho, UERJ (1990). Visiting Scholar, Harvard Law School (2011). Senior Fellow, Harvard Kennedy School.
- ** El presente texto es la traducción del artículo originalmente publicado en: "Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The Roles of Constitutional Courts in Democracies", *The American Journal of Comparative Law*, Volumen 67, Issue 1, marzo 2019, Pag. 109-143, <https://doi.org/10.1093/ajcl/avz009>

Abstract

El propósito principal de este documento es discutir los roles de las Cortes Supremas y de los Tribunales Constitucionales en las democracias contemporáneas. Busca demostrar que esos tribunales juegan, además del rol contramayoritario que tradicionalmente se les reconoce la teoría constitucional, otros dos roles: el representativo y, ocasionalmente, el iluminista. En la construcción del argumento, el artículo analiza los fenómenos de la judicialización de la política y el activismo judicial, así como la cuestión de la difícil demarcación de la frontera entre la ley y la política en las sociedades plurales y complejas de hoy. Si bien presenta varios ejemplos de la experiencia constitucional de los Estados Unidos, el texto busca analizar los roles de los Tribunales Supremos y Constitucionales desde la perspectiva del constitucionalismo global, trabajando con categorías que se han convertido en actuales de las principales democracias del mundo.

I. Introducción: el estado del arte del derecho constitucional contemporáneo

1. El objeto de este ensayo

El siguiente ensayo aborda tres temas distintos pero vinculados. El primero es la ascensión política e institucional del Poder Judicial en el

mundo contemporáneo, marcado por fenómenos como la judicialización, el activismo judicial y el esfuerzo de justificación democrática de la jurisdicción constitucional. El segundo tema es la tormentosa cuestión de las relaciones entre el derecho y la política, con el análisis de la concepción tradicional, que creía en la separación total, y del modelo real, en que las superposiciones entre ellos son inevitables. Las sentencias judiciales no solo se basan en material legal, sino que están influenciadas en mayor o menor medida por factores extrajudiciales, subjetivos y objetivos. El tercer y principal objeto de la presente investigación es la demostración de que los Tribunales Supremos y los Tribunales Constitucionales en el mundo democrático juegan tres roles diferentes: contramayoritario, cuando invalidan los actos de otros Poderes; representativo, cuando satisfacen demandas sociales no satisfechas por las instancias políticas; e iluminista, cuando promueven ciertos avances sociales que aún no han obtenido una adhesión mayoritaria, pero que son una imposición del proceso civilizatorio.

2. Una mirada desde el exterior

Al desarrollar el argumento, se extraen varias referencias de la experiencia constitucional estadounidense. Pero la miro desde afuera, desde el punto de vista de un observador externo, ubicándola en el contexto más amplio del constitucionalismo contemporáneo. El mundo del derecho constitucional vive un momento de efervescencia, que incluye una intensa interlocución entre académicos y jueces de diferentes países, el uso eventual de doctrinas y precedentes extranjeros por los tribunales, el florecimiento de los tribunales constitucionales e internacionales, así como la universalización del discurso de los derechos, para

citar algunos aspectos del fenómeno. Se habla de un *constitucionalismo global*.¹ Sin embargo, se vive un momento de migración de ideas constitucionales,² del cosmopolitismo,³ de un discurso transnacional.⁴ Hay una herencia común compartida por los países democráticos que se expresa en una gramática y en una semántica que los acerca en los valores y propósitos.⁵ El siguiente ensayo analiza algunos procesos típicos del derecho constitucional actual, desde una perspectiva que no es local o particular, sino que busca incorporar el conjunto de concepciones que hicieron del constitucionalismo un proyecto global.⁶

¹ A propósito, Global Constitutionalism es el título de un seminario anual celebrado por la Yale Law School desde 1996, que reúne a jueces de tribunales constitucionales de diferentes partes del mundo. Véase <https://www.law.yale.edu/centers-workshops/gruber-program-global-justice-and-womens-rights/global-constitutionalism-seminar>.

² Choudhry, Sujit, "Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law", en Choudhry, Sujit (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 1-35.

³ Perju, Vlad, "Cosmopolitanism in constitutional law", *Cardozo Law Review*, vol. 35, 2013, p. 710.

⁴ Barroso, Luís Roberto, "Here, there, and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse", *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 35, 2012, p. 331.

⁵ Un estudio cuantitativo de las constituciones promulgadas en las últimas seis décadas confirma la existencia de varias tendencias constitucionales globales. Una es la presencia de un conjunto central de derechos constitucionales que son comunes a la gran mayoría de las constituciones nacionales, denominados "derechos constitucionales genéricos" ("generic constitutional rights"). Esos incluyen las libertades de religión y expresión, el derecho a la propiedad y las garantías de igualdad. Véase Law, David S. y Versteeg, Mila, "The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism", *California Law Review*, p. 99, 2011, p. 1163.

⁶ En un libro con muchas ideas relevantes sobre la importancia de la apertura intelectual al mundo, Stephen Breyer identificó "an ever-growing need for American courts to develop an understanding of, and working relationships with, foreign courts and legal institutions". Y al concluir el trabajo, señaló: "This book shows how and why the Supreme Court must increasingly consider the world beyond our national frontiers. In its growing interdependence, this world of laws offers new opportunities for the exchange of ideas, together with a host of new challenges that bear upon our job of interpreting statutes and treaties and even our Constitution". Véase Breyer, Stephen, *The court and the world: american law and the new global realities*, New York, Alfred A. Knopf, 2015, p. 7 y 281.

3. La americanización y la globalización del derecho constitucional

Dos de las primeras constituciones escritas del mundo —la estadounidense de 1787 y la francesa de 1791—⁷ dieron lugar a dos modelos muy diferentes de constitucionalismo. En el modelo francés, que irradiaba a través de Europa continental, la Constitución tenía una dimensión esencialmente política, sin incluir la aplicación directa e inmediata por parte del Poder Judicial.⁸ Ya el constitucionalismo estadounidense que se caracterizó por el reconocimiento de una dimensión jurídica de la Constitución, con la posibilidad de su aplicación directa e inmediata por parte de todos los órganos del Poder Judicial.⁹ Antes de mediados del siglo pasado, los Tribunales Supremos o Constitucionales facultados para hacer cumplir directamente la Constitución e invalidar leyes incompatibles eran una rareza.¹⁰ Después de la Segunda Guerra Mundial,

⁷ Aunque poco conocida, la segunda Constitución escrita del mundo moderno fue editada por la Commonwealth Polonia-Lituania el 3 de mayo de 1791, con breve duración de 19 meses. Así, la Constitución francesa de 1791 fue, de hecho, la tercera Constitución escrita.

⁸ Los revolucionarios franceses de 1789 veían el poder judicial con recelo, considerándolo de contrario a las reformas sociales y vinculado al Antiguo Régimen. Por eso, desde la primera hora, el control de la constitucionalidad (judicial review) de leyes y actos administrativos ha sido prohibido. Sobre el punto, véase Stone Sweet, Alec, "Why Europe rejected american judicial review", *Michigan Law Review*, vol. 101, 2003, pp. 2744-2746.

⁹ El judicial review, en realidad, remonta a la experiencia colonial, con las cartas coloniales y las constituciones estatales. Aunque la Constitución de 1787 no es explícita al respecto, la práctica fue "assumida" por sus autores (Founding Fathers) y justificada en un largo pasaje del *Federalista* No. 78, escrito por Alexander Hamilton. Véase Prakash, Saikrishna B. y Yoo, John C., "The origins of judicial review", *The University of Chicago Law Review*, vol. 70, 2003, pp. 915, 933 y 982. Para una revisión minuciosa de los orígenes históricos del judicial review, véase Bilder, Mary, "The corporate origins of judicial review", *The Yale Law Journal*, vol. 116, 2006-2007, p. 504.

¹⁰ Véase Grimm, Dieter *Constitutionalism: past, presente, and future*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 199.

el modelo estadounidense prevaleció en la mayor parte del mundo democrático.¹¹ Hoy, más de 80% de los países atribuyen a los Tribunales Supremos o Tribunales Constitucionales el poder de invalidar legislación incompatible con la Constitución.¹² De hecho, este es el estado del arte del derecho constitucional en la mayoría de los países democráticos: constituciones escritas que están dotadas de supremacía, establecen la separación de poderes, definen los derechos fundamentales y prevén el control de la constitucionalidad por un Tribunal Supremo o por un Tribunal Constitucional. Esa relativa homogeneidad ciertamente no encubre la pérdida de influencia de la Constitución estadounidense,¹³ las distinciones ideológicas entre constituciones contemporáneas,¹⁴ ni las discrepancias en la interpretación de disposiciones idénticas por diferentes tribunales.¹⁵

¹¹ Véase Barroso, Luís Roberto, "The americanization of constitutional law and its paradoxes: constitutional theory and constitutional jurisdiction in the contemporary world", *ILSA - Journal of International and Comparative Law* vol. 16, 2009-2010, p.579.

¹² Ginsburg, Tom y Versteeg, Mila, "Why do countries adopt constitutional review?", *The Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 30, 2013, p. 587.

¹³ Véase Law, David S. y Versteeg, Mila, "The declining influence of the United States Constitution", *New York University Law Review*, vol. 87, 2012, p. 762.

¹⁴ Según Law, David S. y Versteeg, Mila, "The evolution and ideology of global constitucionalismo", *op. cit.*, p. 1163; desde un punto de vista ideológico, las constituciones de hoy se dividen en dos grupos muy distintos. El primero de ellos es conformado por constituciones que se pueden decir que son libertarias, en el sentido de que representan una tradición de libertad negativa, que requiere, en su mayor parte, una abstención del Estado. El segundo es constituido por constituciones que, por el contrario, requieren la intervención del Estado en la aplicación de los derechos, especialmente los de naturaleza social. Aunque exista esa polarización, las constituciones de cada uno de estos dos grupos son cada vez más convergentes en su contenido.

¹⁵ Como es bien sabido, la interpretación jurídica está influenciada decisivamente por la historia, la religión, la cultura y el sistema legal de cada país, lo que dificulta el acuerdo universal sobre los valores constitucionales y los derechos fundamentales. Sobre el tema, véase Richter, Alan et. al., (eds.), *An inquiry into the existence of global values through the lens of comparative constitutional law*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 470.

II. Ascensión del poder judicial, judicialización y activismo judicial

1. La judicialización de la vida

Simultáneamente a la expansión de la jurisdicción constitucional en el mundo, también hubo un vertiginoso ascenso político e institucional del Poder Judicial, incluso en la tradición romana-alemana.¹⁶ Hay causas de diversas naturalezas del fenómeno. Una de ellas fue el reconocimiento, después de la Segunda Guerra Mundial, de la importancia de un Poder Judicial fuerte e independiente como un elemento esencial de las democracias modernas, así como para la protección de los derechos fundamentales y del Estado de derecho. A este factor se pueden adicioar otros dos: una cierta desilusión con la política mayoritaria y la dificultad de los actores políticos de llegar a un consenso en temas política o moralmente controvertidos. Politólogos influyentes han ofrecido explicaciones sobre el interés de las élites políticas en empoderar los Tribunales Constitucionales y los Tribunales Supremos. Según Tom Ginsburgh, el fortalecimiento de los Tribunales se realiza como una forma de "seguro político".¹⁷ Ellas serían una solución al problema de la incertidumbre política sobre el impacto distributivo futuro de las nuevas

¹⁶ Este cambio en las democracias romano-alemanas, donde tradicionalmente se negaba a los jueces cualquier papel creativo, es registrado con sorpresa por Tate, C. Neal y Vallinder, Torbjörn (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995, p. 519: "Sin embargo, es posible que esos países tengan los casos contemporáneos más importantes de expansión del poder judicial".

¹⁷ Ginsburg, Tom, *Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases*, New York, Cambridge University Press, 2003.

instituciones y derechos. Ran Hirschl ofrece otra explicación, que afirma que el fortalecimiento de estos tribunales es una forma encontrada por las élites para preservar su hegemonía en un futuro incierto.¹⁸ Más adelante se volverá al punto. Por el momento, se pretende poner énfasis en que esta posición prominente adoptada por jueces y tribunales ha dado lugar al fenómeno de la judicialización.

La judicialización significa que los asuntos que son relevantes política, social o moralmente están siendo decididos por el Poder Judicial. Es, como se intuye, una transferencia de poder a las instituciones judiciales, en detrimento de las instancias políticas tradicionales, que son la Legislativa y la Ejecutiva. Esa expansión de la jurisdicción y del discurso legal es un fenómeno mundial, llegando incluso a países que tradicionalmente siguieron el modelo inglés, la llamada democracia al estilo de Westminster, con soberanía parlamentaria y sin control de constitucionalidad.¹⁹ En América Latina el fenómeno también se

¹⁸ Hirschl, Ran, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2004.

¹⁹ Véase Hirschl, Ran, "The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide", *Fordham Law Review*, vol. 75, 2006-2007, p. 721. La referencia involucra a países como Canadá, Israel, Nueva Zelanda y el propio Reino Unido. Cabe señalar que en el Reino Unido, con la aprobación del Human Rights Act de 1998, fue posible la declaración, por el poder judicial, de la incompatibilidad entre una ley inglesa y la Convención Europea de Derechos Humanos. Tal declaración, sin embargo, no anula la ley y el Parlamento tiene que derogarla o modificarla. En Canadá, por su parte, la Carta de Derechos y Libertades permite a las legislaturas estatales mantener una ley "a pesar de" ("notwithstanding") que se ha reconocido que viola la Carta. Sobre esa forma débil de control constitucional (weak-form judicial review), véase Gardbaum, Stephen, *The new commonwealth model of constitutionalism: theory and practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; y Tushnet, Mark, *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, New Jersey, Princeton University Press, 2003.

acentúa.²⁰ Numerosos e inequívocos ejemplos de judicialización ilustran el límite fluido entre la política y la justicia en el mundo contemporáneo. En los Estados Unidos, la judicialización de los problemas políticos viene de lejos, quizás desde siempre. Los ejemplos se multiplican e incluyen temas como la segregación racial, la división de distritos electorales, la separación de poderes, los derechos de los acusados en los procesos penales, la libertad de expresión, la financiación de campañas, la acción afirmativa, la protección de los derechos de las mujeres, los homosexuales y las personas transgénero, entre muchos otros. En todos estos casos, el discurso legal se superpuso al lenguaje parlamentario, y los tribunales funcionaron como sustitutos del proceso político convencional.²¹

La judicialización, por lo tanto, es un *hecho* ineludible, una circunstancia que surge del diseño institucional adoptado en la mayoría de los países democráticos. Ese acuerdo incluye el acceso a la justicia, la definición constitucional de los derechos fundamentales y la existencia de Tribunales Supremos o Tribunales Constitucionales con la función de hacerlos cumplir. Resulta lógico que la judicialización se vea reforzada en los países de constituciones más analíticas, especialmente aquellas que consagran los derechos económicos y sociales, por ejemplo, como Sudáfrica, Colombia y Brasil.

²⁰ Véase Huneus, Alexandra et. al., (eds.), *Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010. Véase también Angell, Alan et. al., (eds.), *The judicialization of politics in Latin America*, New York, Springer, 2005.

²¹ Véase Silverstein, Gordon, *Law's Allure: how law shapes, constrains, saves, and kills politics*, New York, Cambridge University Press, 2009, p. 2.

2. El activismo judicial

La judicialización y el activismo judicial no son la misma figura. Ellos son primos. Vienen de la misma familia, van a los mismos lugares, pero tienen orígenes y causas inmediatas diversas. *Activismo judicial* es un término acuñado en los Estados Unidos²² y que se usó principalmente como una etiqueta para calificar a la Corte Suprema durante los años que estuvo presidida por Earl Warren, entre 1954 y 1969.²³ A lo largo de ese período, se produjo una revolución profunda y silenciosa sobre innumerables prácticas políticas, impulsadas por la jurisprudencia progresiva sobre los derechos fundamentales.²⁴ Todas esas transformaciones se efectuaron sin ningún acto del Congreso o decreto presidencial.²⁵

²² La locución "activismo judicial" se utilizó por primera vez en un artículo de un historiador sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos en el período del *New Deal*, publicado en una revista de amplia circulación. Véase Schlesinger, Jr., Arthur M., "The Supreme Court: 1947", *Fortune*, enero de 1947, p. 208, *apud* Kmiec, Keenan D., "The origin and current meanings of 'judicial activism'", *California Law Review*, vol. 92, 2004, p. 1446.

²³ Newton, Jim, *Justice for all: Earl Warren and the nation he made*, New York, Riverhead Books, 2006; Horwitz, Morton J., *The Warren Court and the pursuit of justice*, Nueva York, Hill and Wang, 1998; Saylor, Richard H. et al., (eds.), *The Warren Court: a critical analysis*, Nueva York, Chelsea House, 1968; Epstein, Lee y Walker, Thomas G., *Constitutional law for a changing America: institutional powers and constraints*, Washington DC., Congressional Quarterly Press, 1995; Hoffer, Peter Charles et al., *The Supreme Court: an essential history*, Kansas, University Press of Kansas, 2007.

²⁴ Algunos ejemplos representativos: la segregación racial en las escuelas es considerada ilegítima (*Brown v. Board of Education*, 1954); los acusados en los procesos penales tenían garantizado el derecho de defensa por un abogado (*Gideon v. Wainwright*, 1963) y el derecho a no autoinculparse (*Miranda v. Arizona*, 1966); y de privacidad, prohibiéndose al Gobierno la invasión de la habitación de una pareja para reprimir el uso de anticonceptivos (*Griswold v. Connecticut*, 1965). Hubo decisiones igualmente sorprendentes con respecto a la libertad de prensa (*New York Times v. Sullivan*, 1964) y a los derechos políticos (*Baker v. Carr*, 1962). En 1973, ya bajo la presidencia de Warren Burger, la Corte Suprema reconoció los derechos de igualdad para las mujeres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), así como a favor de sus derechos reproductivos, prohibiendo la criminalización del aborto hasta el tercer mes de embarazo (*Roe v. Wade*).

²⁵ Newton, Jim, *Justice for all... op. cit.*, p. 405.

A partir de entonces, debido a una intensa reacción conservadora, el término activismo judicial en los Estados Unidos asumió una connotación negativa y despectiva, equiparada con el ejercicio inadecuado del Poder Judicial.²⁶ Sin embargo, depurada de esta crítica ideológica —incluso porque puede ser progresista o conservadora—²⁷ la idea del activismo judicial se asocia con una participación más amplia e intensa del Poder Judicial en la realización de los valores y propósitos constitucionales, con una mayor interferencia en cuanto al alcance de la acción de los otros dos poderes. En muchas situaciones ni siquiera hay confrontación, sino mera ocupación de espacios vacíos. El activismo no necesita tener una connotación ideológica o partidista. Para citar un ejemplo claro, la Corte Constitucional Federal Alemana es más activista que la Corte Suprema de los Estados Unidos, pero mucho menos

²⁶ Véase Barnett, Randy E., "Clichés Constitucionales", *Capital University Law Review*, vol. 36, 2007, p. 495; y Cross, Frank B. y Lindquist, Stephanie A., "The Scientific Study of Judicial Activism", *Minnesota Law Review*, vol. 91, 2007, p. 1754.

²⁷ Como se señala en el texto, el término activismo judicial fue ampliamente utilizado para estigmatizar la jurisprudencia progresiva de la Corte Warren. Sin embargo, está claro que el activismo judicial precedió a la creación del término y fue esencialmente conservador en sus orígenes. De hecho, fue en la acción proactiva de la Corte Suprema que los sectores más reaccionarios encontraron apoyo para la segregación racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) y para la invalidación de las leyes sociales en general (Era *Lochner*, 1905-1937), que culminó en la confrontación entre el presidente Roosevelt y la Corte, con el cambio en la orientación jurisprudencial contraria al intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). La situación se invirtió desde mediados de los años cincuenta hasta mediados de los setenta del siglo pasado. Sin embargo, después del giro conservador de la Corte Suprema, especialmente durante la presidencia de William Rehnquist (1986-2005), los progresistas fueron severamente criticados por el activismo judicial que comenzaron a desempeñar. Véase Frank B. Cross y Stefanie A. Lindquist, *op. cit.*, p. 1753 y 1757-8; Sunstein, Cass, "Tilting the scales rightward", *New York Times*, 26 de abril de 2001 ("un período notable de activismo judicial de derecho"); y Chemerinsky, Erwin, "Perspective on Justice: and federal law got narrower, narrower", *Los Angeles Times*, 18 de mayo de 2000 ("activismo judicial agresivo y conservador").

politizada.²⁸ Difícilmente una decisión como *Bush v. Gore*²⁹ habría venido de Karlsruhe.

La judicialización, como se demostró anteriormente, es un hecho, una circunstancia del diseño institucional de las democracias contemporáneas. El activismo, por otro lado, es una *actitud*, que elige una forma específica y proactiva de interpretar la Constitución, ampliando su significado y alcance. Por lo general, se instala en situaciones de retracción del Poder Legislativo, un cierto distanciamiento entre la clase política y la sociedad civil, que evita que ciertas demandas sociales se cumplan efectivamente. O por la necesidad de ciertos avances sociales que no se pueden lograr a través de una política mayoritaria. Lo opuesto al activismo es *la moderación judicial*, la conducta por la cual el Poder Judicial busca reducir su interferencia en las acciones de otros Poderes.³⁰ La principal diferencia metodológica entre las dos posiciones es que, en principio, el activismo judicial legítimamente ejercido busca obtener el máximo potencial del texto constitucional, incluyendo y especialmente construyendo reglas específicas de conducta a partir de declaraciones imprecisas (principios y conceptos legales indeterminados).³¹ A su vez,

²⁸ Véase Grimm, Dieter *Constitutionalism: past, presente, and future... op. cit.*, p. 210.

²⁹ 531 US 98 (2000).

³⁰ En ese sentido, los jueces y los tribunales (i) evitan aplicar la Constitución directamente a situaciones que no están dentro de su alcance expreso, en espera del pronunciamiento del legislador ordinario; (ii) utilizar criterios estrictos y conservadores para la declaración de inconstitucionalidad de leyes y actos normativos; y (iii) abstenerse de interferir en la definición de políticas públicas.

³¹ Dworkin, Ronald, *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, p. 2: "*The moral reading proposes that we all —judges, lawyers, citizens— interpret and apply these abstract clauses (of the U. S. Constitution) on the understanding that they invoke moral principles about political decency and justice. (...) The moral reading therefore brings political morality into the heart of constitutional law*".

el autocontrol se caracteriza precisamente por hacer más espacio para la acción de los poderes políticos, teniendo como nota fundamental la fuerte deferencia a sus acciones y omisiones.³²

En teoría, por lo tanto, el activismo judicial a veces puede traducirse en un comportamiento legítimo, a veces en un comportamiento ilegítimo. Cuando se trata de proteger a grupos históricamente expuestos a condiciones de vulneración, como mujeres, personas afrodescendientes u homosexuales, la mayoría de los abogados y la sociedad perciben que el papel crítico del Poder Judicial para garantizar los derechos fundamentales de esas personas contra la discriminación es positivo.³³ Aún así, dado el desgaste del término activismo, es un buen momento para encontrar un nuevo término que identifique esta acción judicial cuando sea virtuosa y humanista. Por otro lado, cuando el juez o el tribunal, en lugar de aplicar la ley actual, la ignora o la elude artificialmente con el propósito de promover sus propios valores, creencias o preferencias

³² Para una defensa influyente del desempeño *minimalista* de los tribunales, Véase Sunstein, Cass R., *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 1999. Según ese punto de vista, las decisiones judiciales deberían ser "limitadas en lugar de amplias" ("narrow rather than wide") y "superficiales en lugar de profundas" ("shallow rather than deep"). Al revisar el tema en un texto posterior, Sunstein mitigó el argumento de que el minimalismo es invariablemente el mejor curso de acción. Por lo tanto, afirmó que en ciertos contextos es necesario "ir más allá del minimalismo" ("*go well beyond minimalism*") y que "in the most glorious moments in democratic life" las decisiones reflejan "theoretical depth, and they are wide rather than narrow". Cita como ejemplos juzgados como lo que declaró la inconstitucionalidad de la segregación racial, lo que afirmó que la libertad de expresión está arraigada en el ideal democrático del autogobierno y lo que se sostuvo que el principio de igualdad impide que las diferencias de género sean fuentes de desventajas sociales sistemáticas. Véase Sunstein, Cass R., "Beyond judicial minimalism", *Tulsa Law Review*, vol. 43, 2007-2008, p. 825 y 841.

³³ Difícilmente se encuentran, en los días de hoy, autores críticos de la decisión de *Brown v. Board of Education*. Y el apoyo para decisiones como *Obergefell v. Hodges* es creciente.

políticas, no hay duda de que es un comportamiento judicial inadecuado. Está bien establecido que no es el papel del Poder Judicial crear la ley sino hacer cumplir la ley vigente.

Sin embargo, las cosas son un poco menos simples de lo que sería posible suponer a primera vista. Para saber si el juez está creando o aplicando el derecho, es necesario determinar (i) qué es el derecho y (ii) cual es el derecho. La discusión de *lo que era correcto* requería un largo desvío a lo largo de un sinuoso camino lleno de sutilezas filosóficas que no se pueden recorrer aquí. Entre ellos: ¿es correcto el texto de la norma, la intención original de su creador o el propósito para el cual fue creado? ¿Es el derecho la aplicación pura y simple de la ley o la búsqueda de justicia en el caso concreto? ¿O tal vez la aplicación de la ley es compleja, con una combinación de valores o principios fundamentales, como la justicia, la seguridad jurídica, la legitimidad, la igualdad y la prudencia?³⁴ Sin embargo, incluso dejando de lado esas complejidades y suponiendo la existencia de una regla o precedente expreso específico sobre el tema a decidir, no siempre la verificación de cual es el derecho aplicable será objetiva. En muchas situaciones, la ambigüedad o la imprecisión del lenguaje, la colisión de normas o valores subyacentes, así como los desacuerdos morales razonables llenan de subjetividad la operación de decir cual es el derecho.³⁵ Ya pasó el

³⁴ Para un análisis de las diferentes concepciones de lo que es el derecho, así como los respectivos modelos de acción judicial, que los divide en legalismo, idealismo y pluralismo, Véase Almeida Ribeiro, Gonçalo de, "Judicial activism and fidelity to Law", en Pereira Coutinho, Luís *et. al.* (eds), *Judicial activism: an interdisciplinary approach to the american and european experiences*, Nueva York, Springer, 2015.

³⁵ Para mencionar ejemplos recurrentes, solo pregunte si es legítimo: realizar investigaciones con células madre embrionarias, no realizar transfusión de sangre a un creyente en la

tiempo en que se aceptaba, sin más preguntas, la creencia de Hans Kelsen de que el juez constitucional funcionaría como un "legislador negativo".³⁶ El juez contemporáneo, no solo en los países de derecho consuetudinario, sino también en la tradición del derecho civil, a menudo participa en el proceso de creación de la ley. No es una elección filosófica o metodológica, sino una imposición de la realidad de la vida.

3. Críticas a la expansión del Poder Judicial y su justificación

Las críticas al ascenso del Poder Judicial y su desempeño más expansivo provienen de muchos frentes. La primera es una *crítica ideológica*: el Poder Judicial es una instancia tradicionalmente conservadora de las distribuciones de poder y riqueza en la sociedad. Desde esa perspectiva, la judicialización funcionaría como una reacción de las élites tradicionales contra la democratización, un antídoto contra la participación popular y la política mayoritaria.³⁷ La segunda crítica se refiere a las

religión de los testigos de Jehová o prohibir la práctica del lanzamiento de enanos en discotecas.

³⁶ Según Kelsen, los legisladores desempeñan un papel "creativo" y "positivo" al redactar libremente leyes, limitadas únicamente por los procedimientos impuestos por la Constitución. Ya el poder de invalidar leyes tiene una connotación estrictamente "negativa". En sus palabras: "To annul a law is to assert a general [legislative] norm, because the annulment of a law has the same character as its elaboration - only with a negative sign attached (...). A tribunal which has the power to annul a law is, as a result, an organ of legislative power". Véase Kelsen, Hans, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", *Revue du Droit Public*, vol. 45, 1928, p. 221-241. Sobre la visión kelseniana de la jurisdicción constitucional, Véase Stone Sweet, Alec, "Why Europe rejected american judicial review", *Michigan Law Review*, vol. 101, 2003, p. 2765-69.

³⁷ Véase Hirschl, Ran, *Towards juristocracy...* *op. cit.* Del mismo modo, en los Estados Unidos, una corriente de pensamiento denominada "constitucionalismo popular" también critica la idea de la supremacía judicial. Véase, entre muchos, Tushnet, Mark, *Taking the Constitution*

capacidades institucionales de los tribunales, que pueden no ser el mejor lugar para la toma de decisiones que involucran aspectos técnicos o científicos muy complejos, y el riesgo de efectos sistémicos impredecibles e indeseables derivados de tales decisiones. Ambas circunstancias recomiendan precaución y deferencia.³⁸ Una tercera crítica se refiere al hecho de que la judicialización limita, por un lado, la participación en el debate a los pocos que tienen acceso al mundo legal, con sus ritos formales y altos costos, y, por otro lado, plantea el riesgo de una politización indebida de la justicia. Es decir, puede producir apatía en las fuerzas sociales³⁹ o llevar pasiones a un entorno que debe ser presidido por la razón.⁴⁰

La jurisdicción constitucional puede no ser un componente indispensable del constitucionalismo democrático, pero en general ha servido bien a la causa.⁴¹ Es un espacio para la legitimación discursiva o argumentativa de las decisiones políticas, que coexiste con la legitimación mayoritaria. Las constituciones contemporáneas juegan dos roles principales: (i) expresar las decisiones políticas esenciales en las que se basa una sociedad determinada, incluyendo y sobre todo con respeto a los derechos fundamentales; y (ii) disciplinar el proceso democrático,

away from the courts, 1999, p. 177; y Kramer, Larry, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.

³⁸ Véase Sunstein, Cass y Vermeulle, Adrian, "Interpretation and institutions", *Public Law and Legal Theory Working Paper 28*, 2002. Sobre el tema, Véase también Vermeulle, Adrian, "Foreword: system effects and the Constitution", *Harvard Law Review*, vol. 123, 2009.

³⁹ Uprimny Yepes, Rodrigo, "Judicialization of politics in Colombia", *International Journal on Human Rights*, vol. 6, 2007, p. 63.

⁴⁰ Véase Barroso, Luís Roberto, "Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo", *Revista Jurídica da Presidência*, vol. 96, 2010.

⁴¹ Véase Grimm, Dieter *Constitutionalism: past, present, and future*, *op. cit.*, 2016, p. 215.

proporcionando un gobierno mayoritario y alternancia en el poder.⁴² En otras situaciones —es decir, cuando los derechos fundamentales o los procedimientos democráticos no están en juego— los jueces y los tribunales deben cumplir con las elecciones legítimas hechas por el legislador, así como respetar el ejercicio razonable de discrecionalidad del administrador, absteniéndose de anular su propia valoración política.⁴³ Además de eso, la jurisdicción constitucional no debe suprimir u oprimir la voz en las calles, el movimiento social, los canales de expresión de la sociedad. A ese respecto, no parece sostenible, o al menos no será universalizable, la crítica de que los tribunales son necesariamente portavoces de las élites. En muchos casos han avanzado los derechos fundamentales de las personas afrodescendientes, las mujeres,⁴⁴ *homosexuales* y desfavorecidos,⁴⁵ incluidos los derechos económicos y sociales.⁴⁶ En algunos países, por diferentes razones, el Poder Judicial es más progresista que el Legislativo.⁴⁷

⁴² Barroso, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2009, p. 89-90.

⁴³ En la jurisprudencia estadounidense, el caso *Chevron USA Inc. v. National Resources Defense Council Inc.* es el gran precedente de la teoría de la *deferencia administrativa* en relación con la *interpretación razonable* dada por la Administración. 467 U.S. 837 (1984).

⁴⁴ Véase McClain, Linda C. y Fleming, James E., "Constitutionalism, judicial review, and progressive change", *Texas Law Review*, vol. 84, 2005. En la revisión del libro de Hirschl, Ran, *Towards juristocracy... op. cit.*, los autores sostienen que si la definición de "*cambios progresivos*" ("*progressive change*") se hiciera de manera más amplia, para incluir avances en las relaciones de género y relaciones familiares, la conclusión sería diferente.

⁴⁵ Véase Barroso, Luís Roberto y Osorio, Aline, "¿Sabes con quien estás hablando?": algunos apuntes sobre el principio de la igualdad en el Brasil contemporáneo", *SELA*, 2015; "La desigualdad", *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, 2015, p. 11-27.

⁴⁶ Para una reflexión profunda y original sobre la realización de los derechos sociales, Véase Young, Katherine G., *Constituting economic and social rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012. Para una breve descripción de algunas experiencias en Sudáfrica, v. Sachs, Albie, *The strange alchemy of life and Law*, 2011, p. 161-201.

⁴⁷ Véase Barroso, Luís Roberto, "Reason without vote: the representative and majoritarian function of constitutional courts", en Bustamante, Thomas y Gonçalves Fernandes, Bernardo (eds.),

III. Ley y política: la tenue frontera

1. La concepción tradicional

La separación entre el derecho y la política se ha considerado esencial en el Estado constitucional democrático. La creencia mitológica en esa distinción ha resistido al tiempo y a las evidencias. A nivel de su *creación*, sin embargo, no hay forma de separar el derecho de la política, ya que es producto del proceso constituyente o del proceso legislativo, o sea, la voluntad de las mayorías. El derecho es en realidad uno de los productos principales de la política, el trofeo por el cual se libraron muchas batallas.⁴⁸ En un Estado de derecho, la Constitución y las leyes legitiman y limitan el poder político. En cuanto a la *aplicación* del derecho, su separación de la política se considera posible y deseable. Esa separación entre derecho y política se ve reforzada por una visión tradicional y formalista del fenómeno legal. Creencias como la neutralidad científica, la totalidad del derecho y la interpretación judicial se cultivan como un proceso puramente mecánico de concreción de las normas legales, en valoraciones estrictamente técnicas.⁴⁹ Tal visión ha estado bajo fuego

Democratizing constitutional law, Springer, Suiza, 2016, p. 71: "For many reasons, it is not unusual or surprising that the Judiciary, in certain contexts, is the best interpreter of the majority sentiment". Véase también, Barroso, Luís Roberto, "El ascenso político de los tribunales supremos y el poder judicial", *Consultor Jurídico*, 6 de junio de 2012: "Es posible argumentar que, en la actualidad brasileña, el STF está a la izquierda del Congreso Nacional", <http://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario>.

⁴⁸ Véase Whittington, Keith *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford y Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 3.

⁴⁹ El término *formalismo* se usa aquí para identificar posiciones que han ejercido una gran influencia en todo el mundo, como la Escuela de Exégesis en Francia, la Jurisprudencia de

durante gran parte del siglo pasado y ha sido criticada por tratar los problemas políticos como si fueran lingüísticos y por ocultar opciones entre diferentes posibilidades interpretativas detrás del discurso de la única solución posible.⁵⁰

No se discute que las elecciones políticas deben ser tomadas, como regla general, por los que fueron elegidos, es decir, por el Congreso y el Presidente. Los tribunales desempeñan un papel importante en la vida democrática, pero no el papel principal. Los órganos judiciales, enseña la sabiduría convencional, no ejercen su propia voluntad, sino que concretan la voluntad política mayoritaria manifestada por el constituyente y el legislador, o materializada en costumbres y precedentes. La actividad de interpretar y aplicar normas jurídicas se rige por un conjunto de principios, reglas, convenciones, conceptos y prácticas que dan especificidad al mundo del derecho y a la teoría jurídica. Este es, entonces, el discurso estándar: los jueces son independientes de la política y simplemente aplican el derecho actual de acuerdo con los criterios aceptados por la comunidad legal. Derecho es ciertamente diferente de la política. Pero no se puede ignorar que la línea divisoria entre ellos, que sin duda existe, no siempre es nítida, y ciertamente no es fija.

Conceptos en Alemania y el Formalismo Jurídico en los Estados Unidos, cuya marca esencial era la concepción mecanicista del derecho, con énfasis en la lógica formal y una gran desconfianza en la interpretación judicial.

⁵⁰ Para Tamahana, Brian Z., *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*, New Haven, Princeton University Press, 2010, la existencia del formalismo jurídico, con las características que se le atribuyen, no corresponde a la realidad histórica.

2. El modelo real

No hay duda de que, en todo el mundo, los Tribunales Constitucionales y los Tribunales Supremos terminan interfiriendo de manera relevante en el campo de la política y de la formulación de políticas públicas. En el mundo real, por lo tanto, a pesar del enérgico reclamo de autonomía que el derecho debe tener en relación con la política, las superposiciones son inevitables.⁵¹ A veces debido a las implicaciones inmediatas de la decisión. Si un tribunal declara inconstitucional la resolución de una agencia reguladora, la recaudación de un impuesto o la ley que rige las finanzas de campaña, hay ganadores y perdedores en el ámbito político. En otras ocasiones, la subjetividad del intérprete desempeñará un papel decisivo, como dar significado a términos vagos o ambiguos (castigo inusual o cruel, dignidad humana), equilibrar normas aparentemente conflictivas (libertad de expresión *versus* derecho a la privacidad, protección de la propiedad intelectual. *versus* interés del consumidor) o para resolver problemas que involucren desacuerdos morales razonables (suicidio asistido, investigación con células madre embrionarias). Y aunque el juez no debe proyectar sus propios valores personales al decidir, hay una dimensión mínima en la que esto es inevitable: la de su valoración de lo que es correcto, justo y legítimo.

Hay otra razón que elimina, en gran medida, la objetividad plena del derecho, su capacidad de proporcionar soluciones *a priori* a los problemas

⁵¹ El término "política" se está utilizando en un sentido amplio que trasciende una connotación partidaria o de lucha por el poder. Como se usa en este documento, se refiere a cualquier influencia extrajudicial capaz de afectar el resultado de un juicio.

de la vida. La sociedad contemporánea tiene la marca de la complejidad. Se buscan arreglos institucionales y regímenes legales para permitir una convivencia armoniosa entre los diferentes, fomentando la tolerancia y las reglas que permiten a cada uno vivir sus propias convicciones, sin excluir. Aún así, no pocos problemas pueden generar conflictos entre cosmovisiones opuestas. En muchos países, las controversias incluyen el matrimonio entre personas del mismo sexo, la interrupción del embarazo y la educación religiosa en las escuelas públicas. Casi todo se transmite en vivo, en tiempo real. La vida se convirtió en un *reality show*. Como era de esperar, las relaciones institucionales, sociales e interpersonales se enredan en los desvíos de esa sociedad compleja y plural, sin certezas completas, ciertas verdades o consensos apaciguadores. Y en un mundo donde todo se judicializa más pronto o más tarde, las Cortes Constitucionales y los Tribunales enfrentan situaciones para las que no hay respuestas fáciles o éticamente simples. Algunos ejemplos:

- a) ¿Puede una pareja sordomuda usar ingeniería genética para producir un hijo sordomudo y así habitar el mismo universo existencial que sus padres?

- b) Una persona en primer lugar de la fila se sometió a un trasplante de hígado. Cuando apareció un nuevo hígado para el siguiente paciente, el paciente que se había sometido al trasplante anterior tuvo complicaciones y solicitó un nuevo hígado. ¿Quién debería recibirlo?

- c) ¿Puede un creyente de la religión de los Testigos de Jehová rechazar por completo una transfusión de sangre, incluso si es indispensable para salvar su vida, porque tal procedimiento es contrario a su convicción religiosa?
- d) ¿Puede una mujer pretender concebir a su esposo que murió pero dejó su semen en un banco de esperma?
- e) ¿Puede una persona, nacida fisiológicamente masculina, pero considerándose una transexual femenina, celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo con otra mujer?

Ninguna de esas preguntas es teórica. Todas ellas corresponden a casos concretos presentados ante los tribunales. Su característica común es la ausencia de una solución inequívoca que pueda extraerse de la legislación o el precedente. Las dificultades surgen de una variedad de factores ya mencionados, que incluyen (i) ambigüedad o imprecisión del lenguaje, (ii) conflictos entre normas o valores dentro de él, así como (iii) desacuerdos morales razonables. En muchas situaciones, las personas ilustradas y bien intencionadas ven el mundo desde perspectivas totalmente diferentes. Luego, surgen *casos difíciles*, como se entiende aquellos que no tienen una solución lista en el sistema legal, disponible para el intérprete.⁵² Por lo tanto, la solución debe ser construida de

⁵² Casos difíciles no tienen una solución claramente establecida por ley o precedentes. Sobre el tema, véase Hart, HLA, *The concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1988; y Dworkin, Ronald, "Hard cases", *Harvard Law Review*, vol. 88, 1975; y Barak, Aharon, "A judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy", *Harvard Law Review*, vol. 116, núm. 1, 2002,

manera lógica y con argumentos por el juez, que se convierte así en un participante en el proceso de creación de la ley. La legitimación de la decisión, por lo tanto, en ausencia de un precedente o una norma, se transfiere a la argumentación legal, a la capacidad del intérprete para demostrar la racionalidad, la justicia y la adecuación constitucional de la solución que ha construido.⁵³ Aquí viene el interesante concepto de *auditorio*.⁵⁴ La legitimidad de la decisión dependerá de la capacidad del intérprete para convencer al auditorio de que se trata de la solución correcta y justa.⁵⁵ El tema es fascinante, pero no será posible desviarse aquí.

3. Factores que influyen en las decisiones judiciales

En la concepción tradicional, existe una visión frecuentemente idealizada según la cual el derecho es inmune a las influencias políticas en virtud de diferentes institutos y mecanismos. Hay una visión muy opuesta a esto, que podría llamarse una concepción escéptica, que no

Faculty Scholarship Series (Paper 3692), http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3692.

⁵³ Sobre el tema, Véase Alexy, Robert, *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford, Oxford University Press, 2010; McCormick, Neil, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, Oxford University Press, 2003; y Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2012.

⁵⁴ Véase Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Tratado de argumentación: la nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1996, p. 22: "Es por esta razón que, en materia de retórica, parece preferible definir al auditorio como *el grupo de aquellos que el orador quiere influir con su argumento*. Cada orador piensa, más o menos conscientemente, en aquellos que buscan persuadir y que constituyen la audiencia a la que se dirigen sus discursos.

⁵⁵ Los tribunales en general y los tribunales constitucionales en particular necesitan poder convencer a los demás actores políticos, en los otros poderes y en la sociedad, de la exactitud de sus pronunciamientos. Véase Miller, Mark C., *The view of the courts from the hill: interactions between Congress and the Federal Judiciary*, Virginia, University of Virginia Press, 2009, p. 7.

cree en la autonomía del derecho, profesada por los movimientos teóricos de expresión, como el realismo jurídico, la teoría crítica y gran parte de las ciencias sociales contemporáneas. En este sentido, proclaman esas corrientes, el juez finalmente producirá la solución que mejor se adapte a sus preferencias personales, ideología o factores externos. Siempre lo hará, lo sepa o no. El modelo real, como no es difícil de intuir, no estará en ninguno de los extremos. Durante mucho tiempo, la teoría del derecho ha tratado de negar este hecho, a pesar de la gran cantidad de evidencia. Bueno, la energía gastada en construir un muro de separación entre el derecho y la política ahora debe recurrir a otro esfuerzo.⁵⁶ Es necesario comprender mejor los mecanismos de esa relación intensa e inevitable, con el propósito relevante de preservar la especificidad y, sobre todo, la integridad de la ley.

Sobre los diferentes factores que pueden influir en un fallo de la Corte, especialmente de la Corte Suprema, existe una vasta literatura producida principalmente en los Estados Unidos.⁵⁷ Es posible agrupar los múltiples elementos señalados por diferentes autores en tres categorías o modelos amplios. El primero es el *modelo legalista*, que identifica

⁵⁶ Véase Friedman, Barry, "The Politics of Judicial Review", *Texas Law Review*, vol. 84, 2005, p. 267 y 269.

⁵⁷ Véase Segal, Jeffrey A. y Spaeth, Harold J., *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*, Oxford, Oxford University Press, 2002; Epstein, Lee y Knight, Jack, *The choices justices make*, Washington, CQ Press, 1998; Posner, Richard, *How judges think?*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, p. 19-56 identifica "nueve teorías del comportamiento judicial": ideológica, estratégica, organizacional, económica, psicológica, sociológica, pragmática, fenomenológica y legalista. Véase también Cass, Sunstein, *et. al.*, *Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*, 2006. En Brasil, merece mención el trabajo de Campos Mello, Patricia Perrone, *Detrás de escena del STF*, Portugal, Forense, 2016, cuya terminología —legalista, ideológica e institucional— se usa aquí.

la influencia decisiva de los materiales legales en los pronunciamientos judiciales. Por lo tanto, la Constitución, las leyes, los precedentes, las doctrinas aplicables, los principios apropiados y los conceptos fundamentales juegan naturalmente un papel prominente que no puede minimizarse. En segundo lugar, los autores identifican el llamado *modelo ideológico*. Los jueces están inevitablemente influenciados por su cosmovisión, sus convicciones personales, su punto de observación de la vida. Finalmente, existe lo que se puede llamar *el modelo institucional*, que reúne factores externos al proceso, al derecho y a la propia subjetividad del juez. Entre ellos se encuentran las relaciones entre los poderes, las influencias de la sociedad, los medios y la opinión pública, la viabilidad del cumplimiento de la decisión, entre otros.

No será difícil intuir que ninguno de los tres modelos prevalece en su pureza: la vida real se compone de la combinación de los tres. Sin importar las influencias ideológicas, institucionales e incluso estratégicas, el derecho siempre mantendrá un grado relevante de autonomía.⁵⁸ La profundización de la comprensión de esos factores y modelos constituye una frontera fascinante en la intersección entre el derecho constitucional, la ciencia política y las ciencias del comportamiento.

⁵⁸ Ese es también el punto de vista de Dorf, Michael, *No Litmus Test: Law versus Politics in the twentieth century*, Maryland, Rowan and Littlefield Publishers, 2006, p. xix. El autor defiende una posición intermedia entre los extremos representados por el realismo y el formalismo: "Los realistas hacen un servicio importante para corregir la visión demasiado mecánica que los formalistas tienen de la ley. Pero van demasiado lejos al sugerir que no hay nada específicamente *jurídico* en la metodología de decisión empleada por los tribunales y otros actores legales".

IV. Los roles de las Supremas Cortes y Tribunales Constitucionales

La misión institucional de las Supremas Cortes y Tribunales Constitucionales es hacer cumplir la Constitución frente a las amenazas planteadas por los otros poderes o incluso por agentes privados. En la rutina de la vida, la situación más común ocurre cuando cierta ley, es decir, un acto del Poder Legislativo, se cuestiona frente al texto constitucional. En la gran mayoría de los casos, al ejercer el control constitucional, los Tribunales Constitucionales confirman la legislación impugnada y rechazan el reclamo. Eso se debe a la primacía que la Constitución le ha dado al Legislativo para la toma de decisiones políticas y la deferencia que los tribunales deben a los actos de otras ramas del gobierno en nombre del principio de separación de poderes. Como resultado, un número relativamente pequeño de leyes es declarado inconstitucional.

Es oportuno señalar aquí que en Estados Unidos *la revisión judicial* es un concepto que, como regla general, limita la posibilidad de que un tribunal, y particularmente la Corte Suprema, declare una ley inconstitucional. En otros países, especialmente los de constituciones más analíticas, como Alemania, Italia, España, Portugal y Brasil, la *jurisdicción constitucional*, el término más utilizado, alberga un concepto más amplio, que incluye otro comportamiento judicial, además de la invalidación pura de actos legislativos. Esas otras acciones judiciales alternativas pueden incluir: (i) la aplicación directa de la Constitución a ciertas situaciones, con el significado dado a una cláusula constitucional particular; (ii) interpretación según la Constitución, una técnica que importa en la exclusión de un cierto significado posible de una norma porque es

incompatible con la Constitución, y en la afirmación de una interpretación alternativa, que está en armonía con el texto constitucional; y (iii) la creación temporal de reglas para remediar los supuestos conocidos como *inconstitucionalidad por omisión*, que ocurren cuando cierta regla constitucional depende de la regulación por ley, pero el Legislativo se queda inerte, y no la edita.

Las cortes supremas y los tribunales constitucionales desempeñan tres funciones cuando aceptan la solicitud e interfieren con los actos realizados por el Poder Legislativo. El primero es el papel *contramayoritario*, que es uno de los temas más estudiados por la teoría constitucional de los diferentes países. En segundo lugar, los tribunales constitucionales a veces juegan un rol *representativo*, una acción que la doctrina en general ignora en gran medida y que no parece haberse dado cuenta de su existencia. Finalmente, y en tercer lugar, las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales pueden desempeñar, en ciertos contextos limitados y específicos, un papel iluminista. En los Estados Unidos, como la jurisdicción constitucional siempre se ve en términos de *revisión judicial*, el cumplimiento de la solicitud implicará, como regla, la invalidación de la norma y, en consecuencia, de acuerdo con la terminología habitual, un acto contramayoritario. Como veremos más adelante, a ese rol contramayoritario puede —o no— sumarse a la dimensión representativa o iluminista.

1. El rol contramayoritario

Las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales en la mayoría de los países democráticos tienen el poder de controlar la constitucionalidad

de los actos del Legislativo (y también del Ejecutivo) y pueden invalidar las reglas aprobadas por el Congreso o el Parlamento. Esta posibilidad, que ya había sido planteada en los *Documentos Federalistas* por Alexander Hamilton,⁵⁹ tuvo como primera jurisprudencia el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Marbury v. Madison*, juzgado en 1803.⁶⁰ Eso significa que los jueces de los Tribunales Superiores, que nunca han recibido un voto popular, pueden superponer su interpretación de la Constitución a la realizada por agentes políticos investidos de mandato representativo y legitimidad democrática. A esa circunstancia, que genera una aparente incongruencia en el marco de un Estado democrático, la teoría constitucional la ha denominado "dificultad contramayoritaria".⁶¹

A pesar de las resistencias teóricas ocasionales,⁶² ese papel contramayoritario del control judicial de la constitucionalidad se ha aceptado casi universalmente. La legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional se ha basado en dos fundamentos principales: a) la protección de los derechos fundamentales, que corresponden al mínimo ético y la reserva de justicia de una comunidad política,⁶³ que no debe

⁵⁹ Véase *Federalist* No. 78.

⁶⁰ 5 US 137 (1803).

⁶¹ La expresión se convirtió en clásica a partir del trabajo de Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*, New Haven, Yale University Press, 1986, p. 16 y s. La primera edición del libro es de 1962.

⁶² Por ejemplo, Waldron, Jeremy, "The Core of the Case Against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, vol. 115, 2006; Mark, Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts... op. cit.*; y Kramer, Larry, *The people themselves... op. cit.*

⁶³ La equiparación entre los derechos humanos y la reserva mínima de justicia es hecha por Robert Alexy en varias de sus obras. Véase, por ejemplo, *La institucionalización de la justicia*, Granada, Comares, 2005, p. 76.

ser afectada por la deliberación política mayoritaria; y b) la protección de las reglas del juego democrático y los canales de participación política de todos.⁶⁴ La mayoría de los países del mundo otorgan al Poder Judicial, y más particularmente a su Tribunal Supremo o Constitucional, un *estatus* centinela contra el riesgo de tiranía de las mayorías.⁶⁵ Eso les impide tergiversar el proceso democrático u oprimir a las minorías. Hoy existe un consenso razonable de que el concepto de democracia trasciende la idea del gobierno de la mayoría y requiere la incorporación de otros valores fundamentales. La imagen que se usa a menudo para justificar la legitimidad de la jurisdicción constitucional está tomada de la canción *Odyssey Song XIV* de Homero: para evitar la tentación del canto de sirenas, que provocó que los barcos se estrellaran contra los arrecifes, Ulises había puesto cera en los oídos de los marineros que remaban y se ató al mástil de la embarcación.⁶⁶ Siempre me ha fascinado que evitara el riesgo sin privarse del placer.

Uno de esos valores fundamentales es el derecho de cada individuo a igual respeto y consideración,⁶⁷ o sea, ser tratado con la misma dignidad que los demás, lo que incluye tener en cuenta sus intereses y opiniones. La democracia, por lo tanto, más allá de la dimensión procesal de

⁶⁴ Para esa visión procesalista del papel de la jurisdicción constitucional, Ely, John Hart, *Democracy and distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

⁶⁵ El término fue utilizado por Mill, John Stuart, *On Liberty*, New Haven, Yale University Press, 2003 1874, p. 13: "La tiranía de la mayoría ahora es generalmente incluida entre los males contra los cuales la sociedad necesita ser protegida (...)".

⁶⁶ Véase, por ejemplo Elster, John, *Ulysses and the sirens*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

⁶⁷ Véase Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, Londres, Gerald Duckworth and Co. Ltd, 1997, p. 181. La primera edición es de 1977.

ser un gobierno mayoritario, también tiene una dimensión sustantiva que incluye igualdad, libertad y justicia. Eso es lo que realmente la transforma en un proyecto colectivo de autogobierno, donde nadie queda deliberadamente atrás. Más que el derecho a la participación igualitaria, la democracia significa que los perdedores en el proceso político, así como los segmentos minoritarios en general, no están indefensos y no tienen que valerse por sí mismos. Por el contrario, conservan su condición de miembros igualmente dignos de la comunidad política.⁶⁸ Casi en todo el mundo, el guardián de esas promesas⁶⁹ es la Corte Suprema o la Corte Constitucional por su capacidad de ser un foro de *principios*,⁷⁰ es decir, valores constitucionales, y no de política —y de *razón pública*— o sea, argumentos que pueden ser aceptados por todos los involucrados en el debate.⁷¹ Sus miembros no dependen del proceso electoral y sus decisiones tienen que presentar argumentos normativos y racionales que lo respalden.

Ese papel contramayoritario generalmente lo ejercen los Tribunales Supremos con una parsimonia razonable. En efecto, en situaciones en las que los derechos fundamentales y los presupuestos de la democracia

⁶⁸ Véase Mendonça, Eduardo, *La democracia de las masas y la democracia de la gente: una reflexión sobre la dificultad de la contramayoría*, tesis doctoral, UERJ, mimeografiada, 2014, p. 84.

⁶⁹ La expresión aparece en el título del libro de Garapon, Antoine, *El juez y la democracia: el guardián de las promesas*, España, Flor del viento, 1999.

⁷⁰ Véase Dworkin, Ronald, *A matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, pp. 69-71. "El control de la constitucionalidad judicial asegura que las cuestiones más fundamentales de moralidad política sean presentadas y debatidas como cuestiones de principio, no solo de poder político. Esta es una transformación que nunca puede ser completamente exitosa solo dentro del Legislativo".

⁷¹ Rawls, John, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1996, pp. 212, 231-240. Para una crítica de la opinión de Rawls, véase Waldron, Jeremy, "Public reason and 'justification' in the courtroom", *Journal of Law, Philosophy and Culture*, vol. 1, 2007.

no están en juego, la Corte debe respetar la libertad de conformidad al legislador y la discreción razonable del administrador. En los Estados Unidos, por ejemplo, según datos de 2012, en poco más de 220 años solo hubo 167 decisiones que declararon la inconstitucionalidad de los actos del Congreso.⁷² Es interesante notar que, aunque el período de Warren Court (1953-1969) se considera uno de los más activistas en la historia de Estados Unidos, varios autores señalan el hecho de que bajo la presidencia de William Rehnquist (1986-2005) hubo un activismo intenso de naturaleza conservadora, con los protagonistas *jueces* Antonin Scalia, nominado por Ronald Reagan, y Clarence Thomas, nominado por George W. Bush.⁷³ De todos modos, el punto aquí es que tanto en los Estados Unidos como en otros países, la invalidación de los actos que emanan del Legislativo es la excepción, no la regla.

2. El rol representativo

La democracia contemporánea se compone de votos, derechos y razones, lo que le da tres dimensiones: representativa, constitucional y

⁷² Véase Jost, Kenneth, *The Supreme Court from A to Z*, Washington, CQ Press, 2012, p. xx. Se han invalidado muchas más leyes estatales y locales. En Alemania, solo alrededor del 5% de las leyes federales fueron invalidadas. Cfr. Tate, Neal y Vallinder, Torbjörn (eds.), *op. cit.*, p. 308.

⁷³ En ese sentido, señalando el hecho de que los jueces conservadores también actúan de manera proactiva, a pesar de la retórica de la auto contención, Véase Cross, Frank B. y Lindquist, Stephanie A., "The scientific study of judicial activism", *Minnesota Law Review*, vol. 91, 2007, p. 1755: "Para algunos ministros que profesan autocontrol, las evidencias sugieren que en algunos casos su jurisprudencia refleja constantemente su retórica (como el *Justice* Rehnquist). Sin embargo, para otros (*los jueces* Scalia y Thomas), la evidencia no confirma sus posiciones retóricas sobre activismo judicial; esos ministros no suelen demostrar un enfoque de autocontrol. De hecho, en los últimos años (1994-2004), se ha encontrado que el comportamiento de los jueces más conservadores refleja una orientación relativamente activista". Véase también Gewirtz, Paul y Golder, Chad, "So who are the activists?", *New York Times*, 6 de julio de 2005.

deliberativa. *La democracia representativa* tiene el voto popular como un elemento esencial y el Congreso y el Presidente como protagonistas institucionales, elegidos por sufragio universal. *La democracia constitucional* tiene como su componente central el respeto a los derechos fundamentales, que deben ser garantizados aun contra la voluntad de las mayorías políticas. El último árbitro de las tensiones entre la voluntad mayoritaria y los derechos fundamentales, y por lo tanto el protagonista institucional de esta dimensión de la democracia, es la Corte Suprema. Finalmente, el componente esencial de *la democracia deliberativa*⁷⁴ es la oferta de razones, la discusión de ideas, el intercambio de argumentos. La democracia ya no se limita al voto periódico, sino que se compone de un debate público en curso que debe acompañar las decisiones políticas relevantes. El protagonista de la democracia deliberativa es la sociedad civil, en sus diferentes instancias, que incluye el movimiento social, la prensa, las universidades, los sindicatos, las asociaciones y los ciudadanos de la calle. Pese a que los motivos de oferta también pueden estar asociados con los poderes Legislativo⁷⁵ y Ejecutivo, el hecho es que son, esencialmente, el *locus* de la voluntad, de la decisión política. En el universo de las razones de oferta, los órganos del Poder Judicial merecen destacarse: la motivación y la argumentación son la materia prima de sus acciones y factores que legitiman las decisiones judiciales. Por lo tanto, no debería sorprender que la Corte

⁷⁴ La idea de democracia deliberativa tiene como precursores a autores como John Rawls, con énfasis en la razón, y Jürgen Habermas, con énfasis en la comunicación humana. Sobre democracia deliberativa, véase, entre muchos, en inglés, Gutmann, Amy y Thompson, Dennis, *Why deliberative democracy?*, New Haven, Princeton University Press, 2004; en portugués, Souza Neto, Claudio Pereira de, *Teoría Constitucional y Democracia Deliberativa*, Brasill, Renovar, 2006.

⁷⁵ Véase Barcellos, Ana Paula de, *Derechos fundamentales y derecho a la justificación: debido proceso en la elaboración normativa*, 2016.

Suprema, por excepción y nunca como una regla general, funcione como intérprete del sentimiento social. En resumen: el voto, si bien es indispensable, no es la única fuente de democracia, y en algunos casos puede no ser suficiente para lograrla.

Al tener en cuenta lo anterior, no cabe duda de que el modelo tradicional de separación de poderes, concebido en el siglo XIX y sobreviviente del siglo XX, ya no puede justificar, en la mayor medida, la estructura y el funcionamiento del constitucionalismo contemporáneo. Para usar un lugar común, parodiando a Antonio Gramsci, vivimos en una época en que lo viejo ya está muerto y lo nuevo aún no ha nacido.⁷⁶ La doctrina de la dificultad contramayoritaria previamente estudiada se basa en la premisa de que las decisiones de los órganos electivos, como el Congreso Nacional, siempre serían una expresión de la voluntad de la mayoría. Y que las decisiones dictadas por un Tribunal Supremo, cuyos miembros no son elegidos, nunca lo serían. Cualquier estudio empírico desacreditaría ambas proposiciones.

Por numerosas razones, el Legislativo no siempre expresa el sentimiento de la mayoría.⁷⁷ En efecto, durante muchas décadas, en todo el mundo

⁷⁶ Gramsci, Antonio, *Cuadernos de la prisión*, Turín, Ediciones Era, 1926-1937, <http://en.scribd.com/doc/63460598/Gramsci-Antonio-Cuadernos-de-La-Carcel-Tomo-1-OCR>: "La crisis consiste precisamente en el hecho de que lo viejo está muriendo y lo nuevo no puede nacer. Mientras tanto, aparece una amplia variedad de síntomas mórbidos". Véase también entrevista al sociólogo Bauman, Zigmunt, disponible en <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/24025-%60%60o-velho-mundo-esta-morrendo-mas-o-novo-ainda-no-nacido%60%60-entrevista-con-zigmunt-bauman>.

⁷⁷ Véase Barret Lain, Corinna, "Upside-down judicial review", *Georgetown Law Review*, vol. 101, 2012-2103. Véase también Klarman, Michael J., "The majoritarian judicial review: the entrenchment problem", *Georgetown Law Review* vol. 85, 1996-1997.

democrático, ha habido un discurso recurrente sobre la crisis de los parlamentos y las dificultades de la representación política. Desde Escandinavia hasta las Américas, una mezcla de escepticismo, indiferencia e insatisfacción marca la relación de la sociedad civil con la clase política. En países donde la votación no es obligatoria, las tasas de abstención revelan desinterés general. En los países con voto obligatorio, un porcentaje muy bajo de votantes logra recordar a quién votó en las últimas elecciones parlamentarias. Hay problemas asociados con (i) fallas del partido y del sistema electoral, (ii) minorías de partidos que actúan como *jugadores con veto*,⁷⁸ obstruyendo el procesamiento de la voluntad de la propia mayoría parlamentaria y (iii) la eventual captura por intereses especiales. La doctrina, que anteriormente enfocaba su interés en el problema de la dificultad contramayoritaria del Tribunal Constitucional, empieza a centrar su atención en el déficit democrático de la representación política.⁷⁹

Esa crisis de legitimidad, representatividad y funcionalidad de los parlamentos generó, como primera consecuencia, en diferentes partes

⁷⁸ Los *veto players* son actores individuales o colectivos con la capacidad de detener el juego o evitar el avance de una agenda. Para un estudio en profundidad del tema, Véase Tsebelis, George, *Veto players: how political institutions work*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2002. En portugués, Véase Abramovay, Pedro, *Separación de poderes y medidas provisionales*, Brasil, Elsevier, 2012, p. 44 y s.

⁷⁹ Véase Por ejemplo, Graber, Mark A., "The countermajoritarian difficulty: from courts to Congress to constitutional order", *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 4, 2008, pp. 361-362. En mi texto "Neoconstitucionalismo y constitucionalización del Derecho: el triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil", *Revista de Derecho Administrativo*, vol. 240, 2005, p. 41, escribí: "El ciudadano es diferente del elector; y el gobierno popular no es el gobierno del electorado. En general, el proceso político mayoritario está impulsado por intereses, mientras que la lógica democrática se inspira en valores. Y, muchas veces, solo quedará el poder judicial para preservarlos".

del mundo, un fortalecimiento del Poder Ejecutivo.⁸⁰ Sin embargo, en los últimos años, en muchos países ha habido una expansión del Poder Judicial y, en particular, de los Tribunales Supremos. En Estados Unidos, ese proceso ha tenido una mayor visibilidad durante el período de la Corte Warren, pero la verdad es que nunca ha retrocedido por completo. Solo ha habido un cambio en el equilibrio entre liberales y conservadores. El punto enfatizado aquí es que, en ciertos contextos, por paradójico que parezca, los recortes resultan ser más representativos de las aspiraciones y demandas sociales que las instancias políticas tradicionales. Algunas razones contribuyen a esto. La primera de ellas es la forma en que se nombran los jueces. En varios países, la selección se realiza mediante concurso público, con énfasis, por lo tanto, en la calificación técnica de los candidatos, sin influencia política. Pero incluso en los Estados Unidos, donde la elección tiene una clara dimensión política, existe un mínimo de calificación profesional que funciona como elemento básico para las nominaciones.

Otra razón es la condición vitalicia del juez, lo que significa que los jueces no están sujetos a las circunstancias a corto plazo de la política electoral. Además, los jueces no actúan por iniciativa propia: dependen de la provocación de las partes y no pueden decidir más allá de lo solicitado. Y por último, pero no menos importante, las decisiones judiciales deben estar motivadas. Esto significa que para que sean válidas,

⁸⁰ Esa concentración de poderes en el Ejecutivo tuvo lugar incluso en las democracias tradicionales y consolidadas, como la Constitución de la 5ª República Francesa, que retiró los poderes de la Asamblea Nacional y los transfirió a un presidente electo. Véase Tate, Neal y Vallinder, Torbjörn (eds.), *op. cit.*, p. 519.

nunca pueden ser un acto de pura discreción: el orden legal impone al juez de cualquier grado el deber de presentar razones, es decir, los fundamentos y argumentos de su razonamiento y persuasión. Deberíamos profundizar un poco más en este último punto. En una visión tradicional y puramente mayoritaria de la democracia, se reduciría a una *legitimación electoral* del poder. Según este criterio, el fascismo en Italia o el nazismo en Alemania podrían considerarse democráticos, al menos cuando se instalaron en el poder y durante el tiempo en que contaron con el apoyo de la mayoría de la población. Pero la legitimidad se mide no solo en el momento de la investidura, sino también por los medios empleados en el ejercicio del poder y los fines para los que está destinada.

La idea de la democracia deliberativa, basada precisamente en *la legitimación discursiva*, debe adoptarse aquí: las decisiones políticas deben ser producidas como resultado de un debate público libre, amplio y abierto, después del cual se dan las *razones* de las elecciones. Por eso se dijo anteriormente que la democracia contemporánea incluye votos y argumentos.⁸¹ Una *visión* importante en este ámbito es proporcionada por el filósofo alemán Robert Alexy, quien se refiere al Tribunal Constitucional como el *representante argumentativo de la sociedad*. Según él, la única forma de conciliar la jurisdicción constitucional con la democracia es también concebirla como una representación popular. Las personas racionales pueden aceptar argumentos sólidos y correctos.

⁸¹ Para profundizar esa discusión sobre la legitimación electoral y discursiva, Véase Mendonça, Eduardo, *La democracia de las masas y la democracia del pueblo: una reflexión sobre la dificultad contramayoritaria*, tesis mimeografiada, UERJ, 2014, p. 64-86.

El constitucionalismo democrático tiene una legitimación discursiva, que es un proyecto de institucionalización de la razón y la corrección.⁸²

Se deben hacer dos observaciones más. La primera de ellas es terminológica. Si uno acepta la tesis de que los organismos representativos pueden no reflejar la voluntad mayoritaria, un fallo de la Corte que revoca un acto del Congreso puede no ser contramayoritario. Lo que será invariablemente contra legislativo, contra congreso o contra parlamentario. La segunda observación es que el hecho de que no estén sujetos a ciertas vicisitudes que afectan a las dos ramas políticas de los Poderes no es, por supuesto, garantía de que las Cortes Supremas se inclinen a favor de las posiciones mayoritarias de la sociedad. La verdad, sin embargo, es que la observación minuciosa de la realidad revela que esto es exactamente lo que sucede. En los Estados Unidos, décadas de estudios empíricos demuestran el punto.⁸³

En este sentido, es bueno ver que algunas decisiones emblemáticas de la Corte Suprema de los Estados Unidos tenían una dimensión claramente representativa para legitimarlas. Uno de ellos fue *Griswold v.*

⁸² Véase Robert, Alexy, "Balancing, constitutional review, and representation", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2005, p. 578 y s.

⁸³ Barret Lain, Corinna, "Upside-down judicial review", *op. cit.*, p. 158. Véase también Dahl, Robert A., "Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker", *Journal of Public Law*, vol. 6, 1957, p. 285; y Rosen, Jeffrey, *The most democratic branch: how the courts serve America*, Nueva York, Oxford University Press, 2006, p. xii: "Lejos de proteger a las minorías contra la tiranía de las mayorías o contrarrestar la voluntad del pueblo, los tribunales, a lo largo de la mayor parte de la historia estadounidense, han tendido a reflejar la visión constitucional de las mayorías". Véase también McCloskey, Robert, *The American Supreme Court*, Chicago, University of Chicago Press, 1994, p. 209: "We might come closer to the truth if we said that the judges have often agreed with the main current of public sentiment because they were themselves part of that current, and not because they feared to disagree with it".

Connecticut,⁸⁴ emitido en 1965, que determinó que la ley del estado de Connecticut era inconstitucional por prohibir el uso de anticonceptivos incluso por parte de parejas casadas. Al reconocer un *derecho a la privacidad* que no estaba expresado en la Constitución, pero que podría extraerse de las "sombras" y "emanaciones" de otros derechos constitucionales, la Corte parece haber actuado para expresar el sentimiento mayoritario de la época. Por lo tanto, aunque la terminología tradicional califica esa decisión como contramayoritaria, en la medida en que invalida una ley estatal (Ley de Comstock de Connecticut de 1879), ciertamente fue *contra legislativa*, pero probablemente no contramayoritaria. Pese a que no hay datos totalmente confiables o encuestas de opinión del período, se puede suponer que la ley no expresaba el sentimiento de la mayoría a mediados de la década de 1960⁸⁵ —escenario de la revolución sexual y el movimiento feminista— por lo que la decisión fue, de hecho, *representativa*.

Otro ejemplo de desempeño representativo de la Corte Suprema de los Estados Unidos fue el fallo en *Lawrence v. Texas*,⁸⁶ de 2003, invalidando la ley estatal de Texas que criminalizaba las relaciones íntimas entre homosexuales. Al revertir la sentencia anterior, en el caso de *Bowers v. Hardwick*,⁸⁷ la sentencia del juez Anthony Kennedy sostuvo que los apelantes tenían derecho al respeto de su vida privada y que, bajo la

⁸⁴ 381 US 479 (1965).

⁸⁵ Véase Lepore, Jill, "To have and to hold: reproduction, marriage, and the Constitution", *The New Yorker magazine*, 25 de mayo de 2015, "Prohibir los anticonceptivos en un momento en que la abrumadora mayoría de los estadounidenses los usaba era, por supuesto, ridículo". La decisión en *Griswold* se extendió en *Eisenstadt v. Baird*, juzgado en 1972, a las parejas solteras.

⁸⁶ 539 US 558 (2003).

⁸⁷ 478 US 186 (1986).

cláusula sustantiva del debido proceso de la 14a Enmienda, su libertad de tener relaciones sexuales consentidas estaba protegida. Aunque los grupos religiosos expresaron fuertemente la opinión opuesta,⁸⁸ parece descartado que la mayoría de la población estadounidense, e incluso probablemente el propio estado de Texas, no consideró legítimo tratar las relaciones homosexuales como un delito. Así que aquí también, aunque etiquetado como contramayoritaria, la decisión de la Corte fue de hecho contra legislativa. Pero ciertamente representativa de una mayoría que, ya en la década de 2000, se había vuelto tolerante con la orientación sexual de las personas.

En Brasil, correspondía a la jurisdicción constitucional una serie de decisiones apoyadas por la mayoría de la población que no fueron aceptadas por la política mayoritaria. Este fue el caso de la decisión de la Corte Suprema Federal que reconoció la constitucionalidad de la prohibición de contratar cónyuge, pareja o parientes para ejercer la confianza y el cargo público en la estructura del Poder Judicial (nepotismo),⁸⁹ una prohibición que luego fue extendida por la jurisprudencia de la Corte a los Poderes Ejecutivo y Legislativo.⁹⁰ En la misma línea, la Corte declaró la inconstitucionalidad del financiamiento privado de las campañas electorales, ya que descubrió que, tal como estaba estructurado, dicho financiamiento reforzaba la influencia del poder económico en el resultado de las elecciones y distorsionaba el sistema representativo.⁹¹

⁸⁸ Véase Carpenter, Dale, *Flagrant Conduct. The history of Lawrence v. Texas* *Conducta flagrante: la historia de Lawrence v. Texas*, Nueva York, WW. Norton and Company, 2012, p. 268.

⁸⁹ STF, Pleno, ADC 12, Ponente Min. Ayres Britto, DJe 18 diciembre 2009.

⁹⁰ STF, Precedente Vinculante No. 13.

⁹¹ STF, Pleno, ADI 4650, Ponente Min. Luiz Fux, Full, DJe 24 de febrero 2016.

En otro caso importante, declaró la posibilidad de arresto después de que la Corte de Apelaciones confirmó la condena, incluso cuando todavía son posibles las apelaciones especiales y extraordinarias a los Tribunales Superiores.⁹² Las tres decisiones tuvieron amplio apoyo popular y representan cambios que podrían haberse realizado bajo la política de la mayoría, pero no lo fueron.

La función representativa de los tribunales también se puede ver en otras órdenes constitucionales. A modo de ilustración, la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido el derecho al agua como un derecho fundamental de todos los ciudadanos colombianos. Le ha dado al Estado el deber de garantizar su suministro en cantidad y calidad adecuadas. Además, ha determinado que los ciudadanos de bajos ingresos tienen derecho a un volumen mínimo de 50 litros de agua por día, aunque no puedan pagarlo.⁹³ En Kenia,⁹⁴ un reciente fallo de la Corte

⁹² STF, Pleno, HC 126.292, Ponente Min. Teori Zavascki, j. 17 de febrero 2016; ADC 43 y 44 MC, Ponente Min. Marco Aurélio, j. 5 octubre 2016.

⁹³ El derecho fundamental al agua es el tema de varias decisiones de la Corte Constitucional de Colombia, tales como T-578/1992, T-140/1994, T-207/1995. La sentencia T-740/2011 produce una consolidación del asunto, que relaciona este derecho con los derechos a la dignidad, la vida y la salud. En este caso, la entidad que proporciona el servicio de agua potable había suspendido el servicio debido a la falta de pago de las tarifas adeudadas por un usuario. El Tribunal consideró la suspensión ilegítima, ya que es un usuario sin los medios económicos para sostenerse, y determinó a la entidad: (i) la restauración del suministro; y (ii) la revisión de los cobros, con base en la capacidad económica de la beneficiaria, para permitir el pago de los beneficios. En caso de imposibilidad de pago, la Corte estableció además, como se mencionó anteriormente, (iii) la obligación de la entidad de proporcionar al menos 50 litros de agua por día por persona o de proporcionar una fuente pública de agua para garantizar la misma cantidad de recursos.

⁹⁴ La Constitución de Kenia, promulgada en 2010, ha sido considerada responsable del notable progreso en la consecución de los derechos fundamentales y la lucha contra la corrupción. El país también tuvo la suerte de contar con un Chief Justice transformador. Ndung'u Wainaina, "Only Judiciary can save this country", *The Nairobi Law Monthly*, 4 de febrero de

Suprema declaró la inconstitucionalidad del artículo del Código Penal que penaliza la difamación, hasta dos años de prisión.⁹⁵ La decisión fue vista como un avance significativo en la protección de la libertad de expresión de los kenianos, ya que la disposición penal a menudo fue utilizada por políticos y funcionarios públicos para silenciar las críticas y denuncias de corrupción por parte de periodistas o incluso ciudadanos. En Canadá, la Corte Suprema reconoció en 1988 el derecho fundamental al aborto, invalidando una disposición del Código Penal que penalizaba el procedimiento.⁹⁶ Su carácter representativo se evidencia en las encuestas de opinión que señalaron que ya en 1982 (*es decir*, 6 años antes de la decisión), más del 75% de la población canadiense entendía que el aborto era una decisión personal de las mujeres.⁹⁷

3. El rol iluminista

Además del papel representativo descrito en el tema anterior, los Tribunales Supremos desempeñan ocasionalmente un rol iluminista. Es una competencia peligrosa, que se ejerce con gran parsimonia, por el riesgo democrático que plantea y por los recortes constitucionales para no convertirse en instancias hegemónicas. A lo largo de la historia, se han tenido que hacer algunos avances esenciales, en nombre de la razón, contra el sentido común, las leyes vigentes y la voluntad mayoritaria de

2015, <http://nairobiawmonthly.com/index.php/2015/02/04/only-judiciary-can-save-this-country/>

⁹⁵ Tribunal Superior de Kenia, *Jacqueline Okuta y otro v Fiscal General y otros 2* [2017] eKLR, <http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/130781>.

⁹⁶ Corte Suprema de Canadá, *Morgentaler, Smoling y Scott v. The Queen*, [1988] 1 SCR 30.

⁹⁷ Disponible en <http://www.nytimes.com/1982/12/13/world/canadian-doctor-campaigns-for-national-abortion-clinics.html>.

la sociedad.⁹⁸ La abolición de la esclavitud o la protección de las mujeres, las personas afrodescendientes, los homosexuales, las personas transgénero y las minorías religiosas, por ejemplo, no siempre puede hacerse de manera adecuada mediante los mecanismos tradicionales de canalización de las demandas sociales. Adelante hay una breve justificación para el uso del término *iluminista* en el contexto descrito aquí.

La Ilustración designa un movimiento filosófico integral que revolucionó el mundo de las ideas a lo largo del siglo XVIII.⁹⁹ Los *Lumière* en Francia, la *Enlightment*, en Inglaterra, el *Illuminismo* en Italia o *Aufklärung* en Alemania, fue la culminación de un ciclo histórico que comenzó con el Renacimiento en el siglo XIV, y tuvo como hitos la reforma protestante, la formación de los Estados nacionales, la llegada de los europeos a América y la revolución científica. La *razón* va al centro del sistema de pensamiento, la disociación de la fe y los dogmas de la teología cristiana.

⁹⁸ Contra la idea de que las Cortes pueden actuar como un instrumento de razón, Véase Smith, Steven D., "Judicial activism and "reason"", en Coutinho, Luís Pereira, et. al. (eds.), *Judicial activism: an interdisciplinary approach to the american and european experiences*, Suiza, Springer, 2015, p. 30: "And thus judicial discourse, once it is detached from the mundane conventions of reading texts and precedents in accordance with their natural or commonsensical meanings, loftily aspires to be the realization of "reason" but instead ends up degenerating into a discourse of mean-spirited denigration". El texto expresa gran disconformidad contra el fallo de la Corte Suprema en *Estados Unidos v. Windsor* (133 S. Ct. 1675, 2013), que consideró inconstitucional la sección del *Defense of Marriage Act (DOMA)* que limitaba el matrimonio a la unión entre hombre y mujer.

⁹⁹ Además de la *Enciclopedia*, con sus 35 volúmenes, coordinada por Diderot y D'Alambert y publicada entre 1751 y 1772, fueron autores y obras destacadas de la Ilustración: Montesquieu, *El espíritu de las leyes* (1748); Jean-Jacques Rousseau, *Discurso sobre la desigualdad* (1754) y *El contrato social* (1762); Voltaire, *Diccionario filosófico* (1764); Immanuel Kant, *¿Qué es la Iluminación?* (1784); John Locke, *Dos tratados gubernamentales*, (1689); David Hume, *Tratado sobre la naturaleza humana* (1739); Adam Smith, *La riqueza de las naciones* (1776) y Cesare Beccaria, *De crímenes y castigos* (1764), entre otros.

En ese contexto, crece el ideal de conocimiento y de libertad, con la difusión de valores como la limitación del poder, la tolerancia religiosa, la existencia de derechos naturales inalienables y el uso del método científico, entre otros. El camino estaba abierto para las próximas revoluciones liberales y para la democracia, que llegaría mucho más tarde, a comienzos del siglo XX. Históricamente, por lo tanto, la Ilustración es una idea asociada a la razón humanista, los derechos inalienables de la condición humana, la tolerancia, el conocimiento científico, la separación del Estado y la religión, y el avance de la historia hacia la emancipación intelectual, social y moral de las personas.

Es en ese sentido que el término se usa en ese tema: el de una razón humanista que impulsa el proceso civilizador y empuja la historia hacia el progreso social y la liberación de mujeres y hombres. Para vencer a cualquier calumnia sobre una visión autoritaria o aristocrática de la vida, la Ilustración en el contexto actual no se parece a una actitud análoga al *despotismo ilustrado*¹⁰⁰ o a los *filósofos reyes* de Platón.¹⁰¹ La analogía más

¹⁰⁰ El término se refiere a los monarcas absolutos que, en la segunda mitad del siglo XVIII, intentaron incorporar a su gobierno algunas ideas de la Ilustración, distinguiéndose así del modelo tradicional. La idea del contrato social comienza a superar la del derecho divino de los reyes, pero el poder permanecería con el monarca, que estaría en mejores condiciones para determinar y realizar los mejores intereses de sus súbditos. Ejemplos frecuentemente citados son los de Federico el Grande, que gobernó Prusia desde 1740 hasta 1786; Catalina II, emperatriz de Rusia desde 1762 hasta 1796; y José II de Habsburgo, emperador del Sacro Imperio Romano-Germánico. También se incluye en esa lista el Marqués de Pombal, primer ministro de Portugal desde 1750 hasta 1777. Véase la entrada *Enlightened despotism*, en Kors, Alan Charles (ed.), *Encyclopedia of the Enlightenment*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

¹⁰¹ Véase Platón, *La República*, 2015, Libro VI. En la sociedad ideal y justa, cuyo esquema trató de rastrear en este trabajo, Platón defendió la idea de que el gobierno debería ser dirigido por filósofos reyes, elegidos con base en la virtud y el conocimiento. En el comentario de Fredeick, Copleston, *A History of Philosophy*, v. I, Nueva Jersey, Paulist Press, 1993, p. 230: "El principio democrático del gobierno es, según Platón, absurdo: el gobernante debe gobernar en virtud del conocimiento, y este conocimiento debe ser el conocimiento de la verdad".

cercana sería con una tradición filosófica que proviene de Tomás de Aquino, Hegel y Kant de que la historia es un flujo continuo hacia el bien y la mejora de la condición humana.¹⁰² La razón de la Ilustración que se propaga aquí es la del pluralismo y la tolerancia, que se impone solo para vencer las supersticiones y los prejuicios, a fin de garantizar la dignidad humana y una buena vida para todos. Las intervenciones humanitarias que permite el papel iluminista de los tribunales no es imponer valores, sino garantizar que cada persona pueda vivir por su cuenta, profesar sus convicciones y respetar las convicciones de los demás.

Volviendo a los ejemplos descritos anteriormente. Hubo momentos en el proceso de evolución social cuando (i) la esclavitud era natural; (ii) las mujeres eran propiedad de sus esposos; (iii) las personas afrodescendientes no eran ciudadanas; (iv) los judíos eran herejes; (v) las personas discapacitadas fueron sacrificadas; y (vi) los homosexuales fueron asesinados.¹⁰³ Pero la historia de la humanidad es la historia de la superación de prejuicios, oscurantismo, supersticiones, visiones primitivas que excluyen al otro, al extranjero, lo diferente. A lo largo de los siglos, junto con la voluntad del monarca, la voluntad de la nación o la voluntad de las mayorías, se ha desarrollado una razón humanista que ha abierto nuevos caminos, iluminando la oscuridad, empujando a la historia. Desde la antigüedad, con Atenas, Roma y Jerusalén, el Derecho "siempre se ha encontrado en la intersección de la historia, la razón y la voluntad"¹⁰⁴

¹⁰² Sobre el punto, v. el notable artículo de Barrozo, Paulo, "The great alliance: history, reason, and will in modern law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 78, 2015, pp. 257-258.

¹⁰³ Durante la Inquisición, los homosexuales fueron condenados a muerte en la hoguera. Véase la entrada "Death by burning", *Wikipedia*, https://en.wikipedia.org/wiki/Death_by_burning.

¹⁰⁴ Véase Barrozo, Paulo, *op. cit.*, p. 270.

Con la limitación del poder y la democratización del Estado y la sociedad, buscó albergar la voluntad mayoritaria y la razón de la Ilustración dentro del mismo documento, que es la Constitución. El poder dominante, como regla general, emana de la voluntad mayoritaria y de las instituciones a través de las cuales se manifiesta, que son el Legislativo y el Ejecutivo. Ocasionalmente, sin embargo, es necesario encender las luces en la oscuridad para someter la voluntad a la razón. En esos raros pero decisivos momentos, los Tribunales Constitucionales pueden necesitar ser los agentes de la historia. No es una misión fácil ni un éxito garantizado, como lo demuestran algunos ejemplos de la experiencia estadounidense.

Brown v. Board of Education,¹⁰⁵ juzgado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1954, es el ejemplo paradigmático de fallo iluminista para la confrontación abierta del racismo dominante en el Congreso y en la sociedad.¹⁰⁶ En un fallo unánime articulado por el nuevo *Presidente*

¹⁰⁵ 347 U.S 483 (1954).

¹⁰⁶ La decisión involucró la declaración de inconstitucionalidad de varias leyes, y en ese sentido tiene una dimensión contralegal o, más propiamente, contralegislativa. Además, hay autores que consideran que a mediados de la década de 1950, la posición contra la segregación racial en las escuelas ya era mayoritaria en la sociedad estadounidense. Véase Barret Lain, Corinna, *op. cit.*, pp. 121-22, con referencia a Michael J. Klarman, Cass R. Sunstein y Jack Balkin. Esto haría de *Brown* una decisión *representativa* en la categorización propuesta en este documento. El argumento es cuestionable, ya que en ese momento las leyes de 17 estados preveían la segregación racial, mientras que 16 lo prohibían. Además, en el primer grado de jurisdicción, los autores de las cinco acciones fueron derrotados. En la apelación, el Tribunal de Delaware garantizó el derecho de 11 niños a asistir a escuelas con blancos. Y el Tribunal de Kansas reconoció que la segregación tenía consecuencias negativas para los niños negros. Véase Greenspan, Jesse, "10 Things You Should Know About Brown v. Board of Education", *History.com*, May 16 de 2014, <http://www.history.com/news/10-things-you-should-know-about-brown-v-board-of-education>. En cualquier caso, incluso si el puesto fuera de hecho mayoritario, no podría superar el bloqueo de los senadores del sur a ninguna legislación

del Tribunal Supremo, Earl Warren, designado por Eisenhower, el Tribunal sostuvo que "había una desigualdad intrínseca en la imposición de *instalaciones educativas separadas que son inherentemente desiguales*" en violación de la Enmienda 14 a la Constitución Americana, que impone la igualdad ante la ley. La decisión enfatizó la importancia de la educación en las sociedades modernas y declaró que la segregación les dio a los niños negros "un sentido de inferioridad sobre su *estatus* en la comunidad". Y, basándose en estudios de ciencias sociales, concluyó que la segregación traía importantes desventajas psicológicas y sociales para los niños negros.¹⁰⁷ El carácter iluminista del juicio se manifestó en la superación del sentido común mayoritario, que ocultó el prejuicio detrás de la doctrina de "separado pero igual"¹⁰⁸ —y el consiguiente cambio de paradigma en asuntos raciales, habiendo funcionado como un catalizador para el movimiento moderno de derechos civiles.¹⁰⁹ Las reacciones del *status quo* vinieron de varias maneras: la resistencia a cumplir con la decisión,¹¹⁰ crítica política— la Corte actuó como "una

federal a tal efecto. Silverstein, Gordon, *Law's Allure: how law shapes, constrains, saves, and kills politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 270-1.

¹⁰⁷ Véase Grimm, Dieter *Constitutionalism: past, presente, and future... op. cit.*

¹⁰⁸ *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896).

¹⁰⁹ Véase *Brown v. Board of Education*, Leadership Conference on Civil and Human Rights: "The *Brown* case served as a catalyst for the modern civil rights movement, inspiring education reform everywhere and forming the legal means of challenging segregation in all areas of society", <http://www.civilrights.org/education/brown/>?

¹¹⁰ La decisión no explicaba cómo se implementaría para terminar con la segregación racial en las escuelas públicas. Al año siguiente, en un ensayo conocido como *Brown II* (*Brown v. Board of Education*, 349 US 294, 1955), la Corte Suprema delegó a los tribunales de distrito la tarea de cumplir con la decisión de la Corte Suprema, acuñando la expresión que se haría famosa (y problemática): "con toda la velocidad recomendada" ("*with all deliberate speed*"). *Deliberate* también se puede traducir al como cauteloso.

tercera cámara legislativa"¹¹¹ y la crítica doctrinal: *Brown* no habría observado "principios neutrales" de interpretación constitucional.¹¹²

Otras decisiones importantes de la Corte Suprema estadounidense pueden ser consideradas iluministas en el sentido que se usa aquí. *Loving v. Virginia*,¹¹³ juzgado en 1967, consideró que la ley que prohibía los matrimonios entre blancos y negros era inconstitucional. La decisión unánime revirtió el precedente establecido en *Pace v. Alabama*,¹¹⁴ 1883. Desde la época colonial, varios estados tenían leyes anti-mestizaje. En 1967, cuando hubo la sentencia en *Loving*, los 16 estados del sur tenían leyes con este contenido.¹¹⁵ Es posible, aunque no del todo seguro, que la mayoría de la población estadounidense sea contraria a tales leyes, que tomarían la decisión a nivel nacional, aunque fuera iluminista para los estados del sur, al imponer heterónomamente una concepción de igualdad diferente de lo que habían practicado hasta entonces. Una vez más, vale la pena recordar que se está utilizando el término iluminista para identificar una decisión que no corresponde a la voluntad

¹¹¹ Hand, Learned, *The Bill of Rights (Atheneum 1977)*, Cambridge, Harvard University Press, 1958, p. 55. Véase también Klarman, Michael, "The Supreme Court, 2012 Term - Comment: Windsor and Brown: Marriage Equality and Racial Equality", *Harvard Law Review*, vol. 127, 2013.

¹¹² Wechsler, Herbert, "Toward neutral principles of constitutional law", *Harvard Law Review*, vol.73, 1959, p. 34: "Dada una situación en la que el estado tiene que elegir entre negar la integración a quienes la desean o imponerla a quienes desean evitarla, ¿se puede argumentar, en base a principios neutrales, que la Constitución exige que la demanda de quien quiere que la integración prevalezca?"

¹¹³ 388 U.S. 1 (1967).

¹¹⁴ 106 U.S. 583 (1883).

¹¹⁵ La sentencia de *Loving v. Virginia* señaló en la nota a pie de página n. 5: "After the initiation of this litigation, Maryland repealed its prohibitions against interracial marriage, Md.Laws 1967, c. 6, leaving Virginia and 15 other States with statutes outlawing interracial marriage: Alabama, Arkansas, Delaware, Florida, Georgia, Kentucky, Louisiana, Mississippi, Missouri, North Carolina, Oklahoma, South Carolina, Tennessee, Texas, and West Virginia".

del Congreso o al sentimiento mayoritario de la sociedad, pero que, sin embargo, se considera correcta, justa y legítima. Uno puede preguntar: ¿y quién certifica el carácter iluminista del fallo? A veces, los propios contemporáneos pasan por un proceso de conciencia después de su entrega, capturando el espíritu del tiempo (*Zeitgeist*). Cuando esto no sucede, depende de la historia documentar si fue iluminación o, por el contrario, un desajuste histórico.

Las dos últimas decisiones aquí señaladas como iluministas presentan las complejidades de los temas asociados con las convicciones religiosas. En relación con ellos, la palabra Iluminación se acerca a sus orígenes históricos. En *Roe v. Wade*,¹¹⁶ juzgado en 1973, el Tribunal Supremo, por 7 votos contra 2, confirmó el derecho de una mujer a abortar en el primer trimestre del embarazo, con total autonomía, basada en el derecho a la privacidad. Más tarde, en *Planned Parenthood v. Casey*¹¹⁷ (1992), el criterio del primer trimestre fue reemplazado por el criterio de viabilidad fetal, pero la esencia de lo que se decidió en *Roe* permanece. La decisión es celebrada por muchos en todo el mundo como la afirmación de una serie de derechos fundamentales de las mujeres, incluidos su autonomía, sus derechos sexuales y reproductivos y la igualdad de género. Sin embargo, la sociedad estadounidense, en gran parte por impulso religioso, sigue fuertemente dividida entre los grupos pro-elección y provida.¹¹⁸ Algunos autores afirman que el fallo de la Corte

¹¹⁶ 410 U.S. 113 (1973).

¹¹⁷ 505 U.S. 833 (1992).

¹¹⁸ Según las encuestas realizadas por Gallup entre 1995 y 2008, la mayoría de los estadounidenses ha hablado a favor del derecho a elegir. De 2009 a 2014, hubo un cambio, con la prevalencia de quienes opinaron a favor de la posición pro-vida. Véase Saad, Lydia,

Suprema habría interrumpido el debate y la tendencia hacia el reconocimiento del derecho al aborto, causando una *reacción violenta* entre los segmentos derrotados.¹¹⁹ Tal vez, pero aquí se aplica la frase inspiradora de Martin Luther King Jr: "Siempre es el momento adecuado para hacer lo correcto".¹²⁰

En *Obergefell v. Hodges*, juzgado en 2015, la Corte Suprema dictaminó que el matrimonio es un derecho fundamental que no se puede negar a las parejas del mismo sexo y que los estados deben reconocer los matrimonios del mismo sexo celebrados en otros estados como legítimos. Con 5 votos a 4, la mayoría de los ministros entendió que se trata de un derecho garantizado por las disposiciones del debido proceso y la igualdad entró en la Enmienda 14 de la Constitución. La decisión fue la culminación de una trayectoria de superación de prejuicios y discriminación contra los homosexuales a lo largo de la historia. En la propia Corte Suprema hubo hitos anteriores, ya citados aquí, como

"More Americans 'Pro-Life' Than 'Pro-Choice' For First Time", en <http://www.gallup.com/poll/118399/More-Americans-Pro-Life-Than-Pro-Choice-First-Time.aspx>. En 2015, según Gallup, volvió a prevalecer el número de quienes defienden la posición a favor del derecho de elección. Véase Saad, Lydia, "Americans Choose 'Pro-Choice' For First Time in Seven Years", en <http://www.gallup.com/poll/183434/americans-choose-pro-choice-first-time-seven-years.aspx>.

¹¹⁹ Sunstein, Cass R., "Three civil rights fallacies", *California Law Review*, vol. 79, 1991, p. 766: "By 1973, however, state legislatures were moving firmly to expand legal access to abortion, and it is likely that a broad guarantee of access would have been available even without Roe. (...) [T]he decision may well have created the Moral Majority, helped defeat the equal rights amendment, and undermined the women's movement by spurring opposition and demobilizing potential adherents". Sobre el tema, Véase también Post, Robert y Reva Siegel, Roe, "Democratic constitutionalism and backlash", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 42, 2007.

¹²⁰ Luther King Jr., Martin, "The Future of Integration. Conferencia dada en Oberlin", *The time is always right to do what's right*, 22 de octubre de 1964.

Bowers v. Hardwick,¹²¹ en que se consideró legítima la criminalización de las relaciones íntimas del mismo sexo, y *Lawrence v. Texas*,¹²² que superó esta comprensión, afirmando el derecho de las parejas homosexuales a la libertad y la privacidad, basado en la cláusula del debido proceso de la Enmienda 14 a la Constitución. En su voto mayoritario, el juez Anthony Kennedy elogió la "importancia trascendente del matrimonio" y su "centralidad en la condición humana". La crítica severa y exaltada del fallecido juez Antonin Scalia merece ser notada, acusando a la mayoría de hacer una "revisión constitucional", creando libertades que la Constitución y sus enmiendas no mencionan, y "robando del pueblo (...) la libertad de autogobernarse". *Obergefell* representa un choque contundente entre la iluminación y el originalismo. Según algunas encuestas, una pequeña mayoría de la población apoyaba el matrimonio entre personas del mismo sexo,¹²³ lo que significa que el fallo de la Corte Suprema podría considerarse representativo, aunque contra legislativo.

En realidad, sin embargo, incluso las decisiones iluministas, capaces de superar los bloqueos institucionales y empujar la historia, deben ser seguidas por un esfuerzo de persuasión, de convencimiento racional.

¹²¹ 478 U.S. 186 (1986).

¹²² 539 U.S. 558 (2003).

¹²³ Véase Justin McCarthy, U.S. Support for Gay Marriage Stable After High Court Ruling, 17 de julio de 2015, <http://www.gallup.com/poll/184217/support-gay-marriage-stable-high-court-ruling.aspx>. La investigación de Gallup, en la que se basa el artículo, apunta a un porcentaje de soporte del 58%. La encuesta de *Associated Press* mostró tasas más ajustadas: 42% a favor y 40% en contra. Curiosamente, cuando se les preguntó en la misma encuesta si apoyaban o no el fallo de la Corte Suprema, el 39% dijo estar a favor y el 41% en contra. Véase Cray, David y Swanson, Emily, "AP Poll: sharp divisions after high court backs gay marriage", 19 de julio de 2015, <http://www.lgbtqnation.com/2015/07/ap-poll-sharp-divisions-after-high-court-backs-gay-marriage/>

Los sentimientos y preocupaciones de las personas derrotadas en los casos judiciales relacionados con cuestiones políticas no deben ser ignorados o menospreciados. Por lo tanto, los ganadores, sin arrogancia, deben continuar exponiendo con buena fe, racionalidad y transparencia sus motivaciones. Deben buscar ganar políticamente lo que han obtenido en la Corte.¹²⁴ Ya ha habido avances iluministas dirigidos por los tribunales que no prevalecieron, derrotados por convicciones arraigadas en el sentimiento social. Esto es lo que sucedió, por ejemplo, con respecto a la sentencia de muerte. En *Furman v. Georgia*,¹²⁵ 408 U.S. 238 (1972), juzgado en 1972, el Tribunal Supremo consideró la sentencia de muerte inconstitucional tal como se aplica en 39 estados de la Federación.¹²⁶ La base principal fue la ausencia de criterios en las decisiones de los jurados y el impacto desproporcionado en las minorías. Sin embargo, en 1976, la mayoría de los estados habían aprobado nuevas leyes de sentencia de muerte, eludiendo la Corte Suprema. En *Gregg v. Georgia*,¹²⁷ la Corte Suprema finalmente reconoció la validez de la nueva versión del derecho penal de ese estado.

¹²⁴ Silverstein, Gordon, *Law's Allure: how law shapes, constrains, saves, and kills politics*, 2009, Cambridge, Cambridge University Press, p. 268: "El uso más efectivo para las decisiones judiciales es cuando funcionan como un ariete, rompiendo barreras políticas e institucionales. Pero el hecho de no continuar el debate sobre el tema, utilizando el arte político de la persuasión, pone en riesgo esos beneficios si —y casi inevitablemente, cuando— el Poder Judicial cambia, nuevos jueces asumen el cargo y surgen nuevas corrientes de interpretación o nuevas preferencias judiciales".

¹²⁵ 408 U.S. 238 (1972).

¹²⁶ Para un estudio del tema, Véase Barret Lain, Corinna, "Upside-down judicial review", *op. cit.*, p. 12 y s.

¹²⁷ 428 U.S. 153 (1976).

El constitucionalismo es el producto de un conjunto de factores históricos que incluyen contractualismo, iluminación y liberalismo. Los Tribunales Supremos de los Estados democráticos deben actuar fielmente sobre los valores subyacentes a esos movimientos políticos y filosóficos que moldearon la condición humana en la modernidad, así como sus instituciones. Pero la consecución de la justicia, como cualquier esfuerzo bajo el cielo, está sujeta a errores humanos y accidentes. A veces, en lugar de contener la violencia, ser un instrumento de la razón y garantizar los derechos fundamentales, los tribunales eventualmente pueden dejar de cumplir sus propósitos. En la historia de Estados Unidos, al menos dos decisiones son candidatas fuertes para el símbolo de la oscuridad en lugar de la luz. El primero fue *Dred Scott v. Sandford*,¹²⁸ 1857, en el cual la Corte Suprema declaró que los negros no eran ciudadanos estadounidenses y, en consecuencia, no tenían derecho a postular su propia libertad. El fallo se considera históricamente el peor momento en la historia de la Corte Suprema.¹²⁹ También merece figurar en el lado oscuro del constitucionalismo estadounidense la decisión en *Korematsu v. Estados Unidos*,¹³⁰ juzgado en 1944, cuando la Corte Suprema confirmó el acto del Ejecutivo que confinaba a personas de origen japonés, incluidos ciudadanos estadounidenses, en campos de internamiento (y encarcelación). La decisión, que afectó a

¹²⁸ 60 U.S. 393 (1857).

¹²⁹ Burt, Robert A., "What was wrong with Dred Scott, what's right about Brown", *Washington and Lee Law Review*, vol. 42, 1985, pp. 1 y 13: "No Supreme Court decision has been more consistently reviled than *Dred Scott v. Sandford*. Other decisions have been attacked, even virulently, by both contemporary and later critics; (...) But of all the repudiated decisions, *Dred Scott* carries the deepest stigma. (...) *Dred Scott* may have proven the Supreme Court's unreliability as a wise guide, as a moral arbiter, for a troubled nation".

¹³⁰ 323 U.S. 214 (1944).

120.000 personas¹³¹ es ampliamente criticada,¹³² y ya fue referida como "una mancha en la jurisprudencia estadounidense".¹³³

En Brasil, el Supremo Tribunal Federal ha emitido varias sentencias que pueden considerarse iluministas en el sentido establecido anteriormente. La Corte, por ejemplo, reconoció las uniones del mismo sexo como una entidad familiar y les extendió el régimen legal aplicable a las uniones estables entre personas heterosexuales, basado en el derecho a la no discriminación por razón de sexo y la protección constitucional conferida a la familia.¹³⁴ En 2016, declaró inconstitucional la regla que rige la *vaquejada*, una antigua manifestación cultural en el noreste del país en la que un par de vaqueros, montados en caballos, busca derribar al toro en un área demarcada. A pesar de la popularidad de la práctica, el Tribunal determinó que era cruel con los animales, prohibida por la Constitución Federal.¹³⁵ Más recientemente, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad del delito de aborto hasta el tercer mes de embarazo sobre la base de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, su derecho a la autonomía, la integridad física y mental y la igualdad.¹³⁶

¹³¹ Bernick, Evan, "Answering the Supreme Court's critics: The court should do more, not less to enforce the Constitution", *The Huffington Post*, 23 de octubre de 2015, http://www.huffingtonpost.com/evan-bernick/answering-the-supreme-cou_b_8371148.html.

¹³² Feldman, Noah, "Why Korematsu is not a precedent", *New York Times*, 18 de noviembre de 2016, https://www.nytimes.com/2016/11/21/opinion/why-korematsu-is-not-a-precedent.html?_r=0.

¹³³ Véase Takei, Carl, "The incarceration of Japanese Americans in World War II Does Not Provide a Legal Cover for Muslim Registry", *L. A. Times*, 27 de noviembre de 2016, <http://www.latimes.com/opinion/op-ed/la-oe-takei-constitutionality-of-japanese-internment-20161127-story.html>.

¹³⁴ STF, Pleno, ADI 4277, Ponente Min. Ayres Britto, DJe 14 de octubre 2011.

¹³⁵ STF, Pleno, ADI 4983, Ponente Min. Marco Aurelio, j. 16 de diciembre 2016. Lamentablemente, una enmienda constitucional fue aprobada después de la decisión, con miras a superarla, buscando legitimar la práctica considerada cruel por la Corte Suprema.

¹³⁶ STF, Primera Sala, HC 124.306, Ponente Min. Marco Aurélio, Ponente para sentencia Min. Luís Roberto Barroso, j. 29 de noviembre 2016.

Con respecto a tales casos, evidencias indican que el Tribunal decidió en contra de la opinión predominante de la población y del Legislativo fuertemente conservador.¹³⁷

El rol iluminista también se manifiesta en varios casos paradigmáticos decididos por tribunales extranjeros. En el famoso caso Lüth,¹³⁸ el Tribunal Constitucional Federal alemán reconoció la posibilidad de reinterpretar las normas no constitucionales de derecho privado a la luz de los valores expresados por los derechos fundamentales.¹³⁹ La decisión se consideró el hito inicial del proceso de constitucionalización de la ley y permitió en Alemania una verdadera revolución en el derecho civil.¹⁴⁰ Sin embargo, su relevancia era posiblemente difícil de acceder en ese momento por la población en general.¹⁴¹ En 1995, en su primera

¹³⁷ En cuanto a las uniones homosexuales, la investigación de IBOPE indicó que el 55% de la población estaba en contra de su reconocimiento (Ibope: el 55% de la población está en contra de la unión civil gay, *Revista Época*, 28 de julio de 2011, <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI252815-15228,00.html>). La declaración de inconstitucionalidad de la criminalización del aborto en el primer trimestre de la gestación provocó protestas de los parlamentarios y el establecimiento de un comité en la Cámara de Representantes para tratar de revertir la decisión del STF (Rossi, Marina, "Cámara toma una ofensiva para revisar la decisión de la Corte Suprema sobre el aborto: la misma noche que la Corte Suprema dictamina que el aborto hasta el tercer mes no es un delito, los diputados instalan una comisión para revisar la decisión", *El País*, 2 de diciembre de 2016, http://brasil.elpais.co/brasil/2016/11/30/politica/1480517402_133088.html, consultado el 27 de marzo 2017).

¹³⁸ BVerfGE 7, 198, Lüth-Urteil, j. 15 de enero 1958.

¹³⁹ Quint, Peter E., "Free speech and private Law in german constitutional theory", *Maryland Law Review*, vol. 48, 1989, p. 247-290.

¹⁴⁰ Barroso, Luis Roberto, *Neoconstitucionalismo y constitucionalización del derecho: el triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*, UNAM, Mexico, 2008.

¹⁴¹ En ese caso, Lüth, presidente del Club de Prensa de Hamburgo, defendió, sobre la base del derecho constitucional a la libertad de expresión, la legitimidad de llamar al boicot de una película dirigida por un cineasta nazi. El cineasta y sus socios comerciales, a su vez, alegaron que el Código Civil alemán prohíbe la medida. Cuando el caso fue decidido por el Tribunal Constitucional Federal, la película ya había sido transmitida y había sido un éxito de taquilla,

decisión importante, y aún bajo la constitución interina que gobernaba la transición en el país, la recién creada Corte Suprema de Sudáfrica derogó la pena de muerte, poniendo fin a la práctica de décadas de ejecución de criminales condenados por delitos graves, en su mayoría negros.¹⁴² Diferente de lo que cabría imaginar, la decisión era contraria a gran parte de la población y, hasta la actualidad, hay partidos y grupos organizados compuestos de blancos y negros a favor del retorno de la condena capital. En 2014, en un caso que se hizo bastante famoso debido a su naturaleza sin precedentes, la Corte Suprema de la India otorgó a las personas transgénero el derecho de autoidentificarse como género masculino, femenino o "tercer género".¹⁴³ También ordenó al gobierno que tome medidas para sensibilizar al público y promover políticas que faciliten el acceso de personas transgénero a empleos e instituciones educativas.

Antes de concluir, un último pensamiento es pertinente. Se ha dicho que los Tribunales Constitucionales pueden desempeñar tres funciones: contramayoritaria, representativa e iluminista. Esto no significa que sus decisiones sean siempre correctas y estén dotadas de legitimación *a priori*. Si el Tribunal es contramayoritario cuando debería haber sido deferente, su línea de conducta no será defendible. Si él trata de ser

por lo que, en este sentido práctico, la decisión tuvo poca repercusión pública. Véase Collings, Justin, *Democracy's guardians: a history of the german Federal Constitutional Court 1951-2001*, New York, Oxford University Press, 2015, pp. 57-62; Noack, Frank, *Veit Harlan: the life and work of a nazi filmmaker*, Lexington, The University Press of Kentucky, 2016.

¹⁴² *S v Makwanyane and Another* (CCT3 / 94) [1995].

¹⁴³ *National Legal Services Authority v. Union of India*, 2014.

representativo cuando el Congreso no falla en satisfacer una demanda social particular, su interferencia será inapropiada. O si desea desempeñar un papel iluminista fuera de las situaciones extraordinarias en las que, por excepción, debe imbuirse del papel de agente de la historia, no hay forma de absolver su comportamiento. Además, cada rol puede sufrir una adicción del exceso: el rol contramayoritario puede degenerar en demasiada intervención en el espacio político, dando lugar a una dictadura judicial indeseable; el papel representativo puede disminuir en el populismo judicial, que es tan malo como cualquier otro; y la función iluminista es antípoda al desempeño eventual de un papel oscurantista, en el cual la Corte Suprema o la Corte Constitucional, en lugar de presionar, retrasa la historia.

V. Conclusión

Este ensayo buscó explorar algunos temas relevantes y recurrentes del derecho constitucional contemporáneo, en un escenario de intensa circulación mundial de ideas, numerosas publicaciones específicas y sucesivas reuniones internacionales que involucran académicos y jueces constitucionales de diferentes países. La imagen del constitucionalismo global se cultiva cada vez más. Para evitar las ilusiones, se debe tener en cuenta desde el principio que esa imagen no corresponde a la creación de un único orden legal con organismos supranacionales diseñados para hacerla cumplir. Esa es una ambición fuera del alcance del cuadro actual. Más realista, el constitucionalismo global se traduce en la existencia de una herencia común de valores, conceptos e instituciones que acercan a los países democráticos, creando una gramática, semántica y un conjunto de propósitos comunes.

A modo de conclusión, me gustaría subrayar algunos puntos específicos desarrollados a lo largo del texto. La primera es que la judicialización y el activismo judicial no son lo mismo. La judicialización significa que algunos de los grandes problemas políticos, morales y sociales de nuestro tiempo tienen algunos de sus capítulos decisivos ante los tribunales. Eso se debe a la disposición institucional de las democracias contemporáneas, que proporcionan y facilitan el acceso a la justicia mediante diferentes mecanismos. El activismo judicial, por otro lado, es una actitud, un desempeño expansivo del Poder Judicial, ocupando espacios tradicionalmente percibidos como legislativos. A pesar de la connotación negativa que el término ha asumido con el tiempo, esa intervención judicial más amplia no es necesariamente mala. Por el contrario, algunos de los momentos más importantes del constitucionalismo mundial se debieron a una postura más activista de los tribunales constitucionales. Era un buen momento para encontrar un término alternativo para distinguir el desempeño inadecuado del Poder Judicial del legítimo, especialmente para la defensa de los derechos fundamentales.

El segundo punto es que la ley debe tener un fuerte reclamo de autonomía en relación con la política. Pero esa autonomía siempre será relativa. En lo que respecta a su *creación*, la ley es indudablemente un producto de la política, la manifestación de la voluntad de las mayorías. Es en la *aplicación* de la ley que se impone la separación de la política. Sin embargo, en las sociedades contemporáneas complejas, la ley no puede eliminar un grado significativo de subjetividad en el desempeño de los tribunales. Las ambigüedades, las normas que protegen los valores opuestos y los desacuerdos morales siempre subsistirán. Como

resultado, al menos en casos difíciles, siempre habrá una dimensión creativa, y por lo tanto inevitablemente política, en las decisiones judiciales.

El tercer punto es que las democracias contemporáneas son hechas de votos, derechos y razones. Los jueces y los tribunales, por regla general, no dependen de los votos, pero viven protegiendo los derechos y ofreciendo sus razones. En ese contexto, los Tribunales Supremos y los Tribunales Constitucionales juegan tres papeles principales: contramayoritario, cuando invalidan los actos de los Poderes elegidos; representativos, cuando satisfacen demandas sociales no satisfechas por las instancias políticas; e iluminista, cuando promueven avances civilizadores independientemente de las mayorías políticas circunstanciales. Esa última competencia, como se intuye, debe ejercerse en momentos excepcionales y con gran precaución por el riesgo autoritario que implica. Pero la protección de las personas afrodescendientes, las mujeres, los homosexuales y las minorías en general ni siquiera puede depender del voto mayoritario o de las encuestas de opinión pública.

Finalmente, incluso en países donde una Corte da la última palabra sobre la interpretación de la Constitución y la constitucionalidad de las leyes, ese hecho no la convierte en el único —ni el principal— foro de debate y reconocimiento de la voluntad constitucional en todo momento. La jurisdicción constitucional debe funcionar como una etapa de diálogo más amplio con el legislador y la esfera pública, sin suprimir u oprimir la voz del pueblo, el movimiento social y los canales de expresión de la sociedad. Nunca está de más recordar que el poder emana del pueblo, no de los jueces.

Bibliografía

ABRAMOVAY, Pedro, *Separación de poderes y medidas provisionales*, Brasil, Elsevier, 2012.

ALEXY, Robert, *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

———, *La institucionalización de la justicia*, Granada, Comares, 2005.

———, "Balancing, constitutional review, and representation", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2005.

ALMEIDA RIBEIRO, Gonçalo de, "Judicial activism and fidelity to Law", en Pereira Coutinho, Luís et. al. (eds), *Judicial activism: an interdisciplinary approach to the american and european experiences*, Nueva York, Springer, 2015.

ANGELL, Alan et. al., (eds.), *The judicialization of politics in Latin America*, New York, Springer, 2005.

ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2012.

BARAK, Aharon, "A judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy", *Harvard Law Review*, vol. 116, núm. 1, 2002.

BARNETT, Randy E., "Clichés Constitucionales", *Capital University Law Review*, vol. 36, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de, *Derechos fundamentales y derecho a la justificación: debido proceso en la elaboración normativa*, 2016.

BARRET LAIN, Corinna, "Upside-down judicial review", *Georgetown Law Review*, vol. 101, 2012-2103.

BARROSO, Luís Roberto, "Reason without vote: the representative and majoritarian function of constitutional courts", en Bustamante, Thomas y Gonçalves Fernandes, Bernardo (eds.), *Democratizing constitutional law*, Springer, Suiza, 2016.

_____ y Osorio, Aline, "¿Sabes con quien estás hablando?": algunos apuntes sobre el principio de la igualdad en el Brasil contemporâneo", *SELA*, 2015.

_____, "La desigualdad", *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, 2015.

_____, "Here, there, and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse", *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 35, 2012.

_____, "El ascenso político de los tribunales supremos y el poder judicial", *Consultor Jurídico*, 6 de junio de 2012.

_____, "The americanization of constitutional law and its paradoxes: constitutional theory and constitutional jurisdiction in the contemporary world", *ILSA - Journal of International and Comparative Law* vol. 16, 2009-2010.

_____, "Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo", *Revista Jurídica da Presidência*, vol. 96, 2010.

_____, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2009.

_____, *Neoconstitucionalismo y constitucionalización del derecho: el triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*, UNAM, Mexico, 2008.

_____, "Neoconstitucionalismo y constitucionalización del Derecho: el triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil", *Revista de Derecho Administrativo*, vol. 240, 2005.

BARROZO, Paulo, "The great alliance: history, reason, and will in modern law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 78, 2015.

BERNICK, Evan, "Answering the Supreme Court's critics: The court should do more, not less to enforce the Constitution", *The Huffington Post*, 23 de octubre de 2015.

- BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*, New Haven, Yale University Press, 1986.
- BILDER, Mary, "The corporate origins of judicial review", *The Yale Law Journal*, vol. 116, 2006-2007.
- BREYER, Stephen, *The court and the world: american law and the new global realities*, New York, Alfred A. Knopf, 2015.
- BURT, Robert A., "What was wrong with Dred Scott, what's right about Brown", *Washington and Lee Law Review*, vol. 42, 1985.
- CARPENTER, Dale, *Flagrant Conduct. The history of Lawrence v. Texas Conducta flagrante: la historia de Lawrence v. Texas*, Nueva York, WW. Norton and Company, 2012.
- CHOUHRY, Sujit, "Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law", en Choudhry, Sujit (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, New York, Cambridge University Press, 2005.
- COLLINGS, Justin, *Democracy's guardians: a history of the german Federal Constitutional Court 1951-2001*, New York, Oxford University Press, 2015.
- CRARY, David y Swanson, Emily, "AP Poll: sharp divisions after high court backs gay marriage", 19 de julio de 2015.
- CROSS, Frank B. y Lindquist, Stephanie A., "The Scientific Study of Judicial Activism", *Minnesota Law Review*, vol. 91, 2007.

DAHL, Robert A., "Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker", *Journal of Public Law*, vol. 6, 1957.

DORF, Michael, *No Litmus Test: Law versus Politics in the twentieth century*, Maryland, Rowan and Littlefield Publishers, 2006.

DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Londres, Gerald Duckworth and Co. Ltd, 1997.

_____, *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.

_____, *A matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

ELSTER, John, *Ulysses and the sirens*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

ELY, John Hart, *Democracy and distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

EPSTEIN, Lee y KNIGHT, Jack, *The choices justices make*, Washington, CQ Press, 1998.

_____ y WALKER, Thomas G., *Constitutional law for a changing America: institutional powers and constraints*, Washington DC., Congressional Quarterly Press, 1995.

FELDMAN, Noah, "Why Korematsu is not a precedent", *New York Times*, 18 de noviembre de 2016.

FRIEDMAN, Barry, "The Politics of Judicial Review", *Texas Law Review*, vol. 84, 2005.

GARAPON, Antoine, *El juez y la democracia: el guardián de las promesas*, España, Flor del viento, 1999.

GARDBAUM, Stephen, *The new commonwealth model of constitutionalism: theory and practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

GEWIRTZ, Paul y GOLDBER, Chad, "So who are the activists?", *New York Times*, 6 de julio de 2005.

GINSBURG, Tom y VERSTEEG, Mila, "Why do countries adopt constitutional review?", *The Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 30, 2013.

———, *Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases*, New York, Cambridge University Press, 2003.

GRABER, Mark A., "The countermajoritarian difficulty: from courts to Congress to constitutional order", *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 4, 2008.

GRAMSCI, Antonio, *Cuadernos de la prisión*, Turín, Ediciones Era, 1926-1937.

GREESPAN, Jesse, "10 Things You Should Know About Brown v. Board of Education", *History.com*, May 16 de 2014.

GRIMM, Dieter *Constitutionalism: past, presente, and future*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

GUTMANN, Amy y Thompson, Dennis, *Why deliberative democracy?*, New Haven, Princeton University Press, 2004.

HAND, Learned, *The Bill of Rights (Atheneum 1977)*, Cambridge, Harvard University Press, 1958.

HART, HLA, *The concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1988; y Dworkin, Ronald, "Hard cases", *Harvard Law Review*, vol. 88, 1975.

HIRSCHL, Ran, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2004.

_____, "The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide", *Fordham Law Review*, vol. 75, 2006-2007.

HOFFER, Peter Charles *et al.*, *The Supreme Court: an essential history*, Kansas, University Press of Kansas, 2007.

HORWITZ, Morton J., *The Warren Court and the pursuit of justice*, Nueva York, Hill and Wang, 1998.

HUNEEUS, Alexandra *et. al.*, (eds.), *Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

JOST, Kenneth, *The Supreme Court from A to Z*, Washington, CQ Press, 2012.

KEENAN D., "The origin and current meanings of 'judicial activism'", *California Law Review*, vol. 92, 2004.

KELSEN, Hans, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", *Revue du Droit Public*, vol. 45, 1928, p. 221-241.

KLARMAN, Michael, "The Supreme Court, 2012 Term - Comment: Windsor and Brown: Marriage Equality and Racial Equality", *Harvard Law Review*, vol. 127, 2013.

KORS, Alan Charles (ed.), *Encyclopedia of the Enlightenment*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

KRAMER, Larry, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.

LAW, DaVéase S. y Versteeg, Mila, "The declining influence of the United States Constitution", *New York University Law Review*, vol. 87, 2012.

_____ y _____, "The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism", *California Law Review*, p. 99, 2011.

LEPORE, Jill, "To have and to hold: reproduction, marriage, and the Constitution", *The New Yorker magazine*, 25 de mayo de 2015.

LUTHER KING Jr., Martin, "*The Future of Integration*. Conferencia dada en Oberlin", *The time is always right to do what's right*, 22 de octubre de 1964.

MACCORMICK, Neil, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

MCCLAIN, Linda C. y Fleming, James E., "Constitutionalism, judicial review, and progressive change", *Texas Law Review*, vol. 84, 2005.

MCCLOSKEY, Robert, *The American Supreme Court*, Chicago, University of Chicago Press, 1994.

MENDONÇA, Eduardo, *La democracia de las masas y la democracia de la gente: una reflexión sobre la dificultad de la contramayoría*, tesis doctoral, UERJ, mimeografiada, 2014.

MILL, John Stuart, *On Liberty*, New Haven, Yale University Press, 2003 (1874).

MILLER, Mark C., *The view of the courts from the hill: interactions between Congress and the Federal Judiciary*, Virginia, University of Virginia Press, 2009.

NDUNG'U WAINAINA, "Only Judiciary can save this country", *The Nairobi Law Monthly*, 4 de febrero de 2015.

NEWTON, Jim, *Justice for all: Earl Warren and the nation he made*, New York, Riverhead Books, 2006.

NOACK, Frank, *Veit Harlan: the life and work of a nazi filmmaker*, Lexington, The University Press of Kentucky, 2016.

PERELMAN, Chaim y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Tratado de argumentación: la nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1996.

PERJU, Vlad, "Cosmopolitanism in constitutional law", *Cardozo Law Review*, vol. 35, 2013.

PLATÓN, *La República*, 2015, Libro VI.

POSNER, Richard, *How judges think?*, Cambridge, Harvard University Press, 2008.

POST, Robert y Reva Siegel, Roe, "Democratic constitutionalism and backlash", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 42, 2007.

PRAKASH, Saikrishna B. y Yoo, John C., "The origins of judicial review", *The University of Chicago Law Review*, vol. 70, 2003.

QUINT, Peter E., "Free speech and private Law in german constitutional theory", *Maryland Law Review*, vol. 48, 1989.

RAWLS, John, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1996.

RICHTER, Alan *et. al.*, (eds.), *An inquiry into the existence of global values through the lens of comparative constitutional law*, Oxford, Hart Publishing, 2015.

ROSEN, Jeffrey, *The most democratic branch: how the courts serve America*, Nueva York, Oxford University Press, 2006.

ROSSI, Marina, "Cámara toma una ofensiva para revisar la decisión de la Corte Suprema sobre el aborto: la misma noche que la Corte Suprema dictamina que el aborto hasta el tercer mes no es un delito, los diputados instalan una comisión para revisar la decisión", *El País*, 2 de diciembre de 2016.

SAAD, Lydia, "More Americans 'Pro-Life' Than 'Pro-Choice' For First Time".

SAYLER, Richard H. *et. al.*, (eds.), *The Warren Court: a critical analysis*, Nueva York, Chelsea House, 1968.

SCHLESINGER, Jr., Arthur M., "The Supreme Court: 1947", *Fortune*, enero de 1947, p. 208, *apud* Kmiec,

_____, "Americans Choose 'Pro-Choice' For First Time in Seven Years".

SEGAL, Jeffrey A. y Spaeth, Harold J., *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

SILVERSTEIN, Gordon, *Law's Allure: how law shapes, constrains, saves, and kills politics*, New York, Cambridge University Press, 2009.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de, *Teoría Constitucional y Democracia Deliberativa*, Brasill, Renovar, 2006. Sunstein, Cass R., "Beyond judicial minimalism", *Tulsa Law Review*, vol. 43, 2007-2008.

STONE SWEET, Alec, "Why Europe rejected american judicial review", *Michigan Law Review*, vol. 101, 2003.

SUNSTEIN, Cass R., et. al., *Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*, 2006.

_____ y Vermeulle, Adrian, "Interpretation and institutions", *Public Law and Legal Theory Working Paper 28*, 2002.

_____, "Tilting the scales rightward", *New York Times*, 26 de abril de 2001.

_____, *One case at a time: judicial minimalism on the Suprem Court*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

_____, "Three civil rights fallacies", *California Law Review*, vol. 79, 1991

TAKEI, Carl, "The incarceration of Japanese Americans in World War II Does Not Provide a Legal Cover for Muslim Registry", *L. A. Times*, 27 de noviembre de 2016.

TAMAHANA, Brian Z., *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*, New Haven, Princeton University Press, 2010.

TATE, C. Neal y VALLINDER, Torbjörn (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995.

TSEBELIS, George, *Veto players: how political institutions work*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2002.

TUSHNET, Mark, *Taking the Constitution away from the courts*, 1999.

_____, *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, New Jersey, Princeton University Press, 2003.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo, "Judicialization of politics in Colombia", *International Journal on Human Rights*, vol. 6, 2007.

VERMEULE, Adrian, "Foreword: system effects and the Constitution", *Harvard Law Review*, vol. 123, 2009.

WALDRON, Jeremy, "Public reason and 'justification' in the courtroom", *Journal of Law, Philosophy and Culture*, vol. 1, 2007.

_____, "The Core of the Case Against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, vol. 115, 2006.

WECHSLER, Herbert, "Toward neutral principles of constitutional law", *Harvard Law Review*, vol.73, 1959.

WHITTINGTON, Keith *et. al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford y Nueva York, Oxford University Press, 2008.

YOUNG, Katherine G., *Constituting economic and social rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

Sentencias

Corte Constitucional de la República de Sudáfrica, *S v Makwanyane and Another* (CCT3 / 94) [1995].

Corte Suprema de Canadá, *Morgentaler, Smoling y Scott v. The Queen*, 1988, 1 SCR 30.

Corte Constitucional de Colombia, T-740/2011, 3 de octubre de 2011, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

_____, T-207/1995, 12 de mayo de 1995, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

_____, T-140/1994, 23 de marzo de 1994, Magistrado Ponente, Vladimiro Naranjo Mesa.

_____, T-578/1992, tres de noviembre de 1992, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

Suprema Corte de los Estados Unidos de América,

133 S. Ct. 1675, (2013)

_____, 531 US 98 (2000).

_____, 539 US 558 (2003).

- _____, 505 U.S. 833 (1992).
- _____, 478 US 186 (1986).
- _____, 467 U.S. 837 (1984)
- _____, 428 U.S. 153 (1976).
- _____, 410 U.S. 113 (1973).
- _____, 408 U.S. 238 (1972).
- _____, 388 U.S. 1 (1967).
- _____, 381 US 479 (1965).
- _____, 347 U.S 483 (1954).
- _____, 323 U.S. 214 (1944).
- _____, 163 US 537 (1896).
- _____, 106 U.S. 583 (1883).
- _____, 60 U.S. 393 (1857).

Supremo Tribunal Federal de Brasil,

Pleno, ADI 4983, Ponente Min. Marco Aurelio,
j. 16 de diciembre 2016

- _____, Primera Sala, HC 124.306, Ponente Min. Marco Aurélio, Ponente para sentencia Min. Luís Roberto Barroso, j. 29 de noviembre 2016.
- _____, Pleno, ADI 4650, Ponente Min. Luiz Fux, Full, DJe 24 de febrero 2016.
- _____, Pleno, HC 126.292, Ponente Min. Teori Zavascki, j. 17 de febrero 2016; ADC 43 y 44 MC, Ponente Min. Marco Aurélio, j. 5 octubre 2016.

_____, Pleno, ADI 4277, Ponente Min. Ayres Britto, DJe 14 de octubre 2011.

_____, Pleno, ADC 12, Ponente Min. Ayres Britto, DJe 18 diciembre 2009.

Tribunal Constitucional de Alemania,
BVerfGE 7, 198, Lüth-Urteil, j. 15 de enero 1958

Tribunal Superior de Kenia,
Jacqueline Okuta y otro v Fiscal General y otros 2, 2017

Tribunal Supremo de la India,
National Legal Services Authority v. Union of India, 2014

Samuel Issacharoff^{*}

La revisión judicial
en tiempos difíciles:
Estabilizando la democracia
en un segundo mejor mundo^{**}

* Profesor Reiss de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York. Mis agradecimientos para Pablo de Greiff, Yvonne Tew, y Po Jen Yap por sus comentarios al borrador, y para Elaine Andersen, Tim Duncheon, Tim Haase, y Hannah Miles por su asistencia en la investigación. Le debo un agradecimiento especial a Jeremy Waldron por muchos años de intercambios académicos fructíferos.

** El presente texto es la traducción del artículo originalmente publicado en: "Judicial Review in Troubled Times: Stabilizing Democracy in a Second Best World", North Carolina Law Review, vol. 98, 2019.

Traducción: Joy Monserrat Ochoa Martínez.

Abstract: Los debates sobre el rol de la revisión judicial en una democracia constitucional gravitan hacia uno de dos polos. Cualquiera de las disputas están enmarcados en términos del poder de las cortes de contrarrestar los resultados de un proceso legislativo bien ordenado o están enmarcados en términos de los mandatos de los derechos dominantes de las minorías que siempre son vulnerables a la tiranía de la mayoría.

Este artículo se aparta del debate habitual en dos formas. Primero, la investigación se enfoca en las estructuras de la gobernanza democrática más que en la relación entre una mayoría gobernante y los derechos de individuos o minorías desfavorecidas. Segundo, y contrario a las condiciones asumidas por los críticos de la revisión judicial tales como Jeremy Waldron y Richard Bellamy, el objetivo es ver directamente hacia el área "contaminada" de nuestra experiencia actual más que, a una visión idealizada de una soberanía parlamentaria bien ordenada. Especialmente, en un tiempo de desafíos populistas a la institucionalización de políticas democráticas, el rol de las cortes constitucionales toma una mayor relevancia como frenos potenciales a las políticas de inmediatez.

Basándose en ejemplos de jurisdicciones alrededor del mundo, este artículo presenta tres tipos de intervenciones oscilantes en términos

de qué tan problemáticas son para la gobernanza democrática. Primero está el uso de la revisión constitucional para prevenir que los funcionarios públicos aferrados socaven su rendición de cuentas electoral, como se ve en lugares tan lejanos entre sí como Taiwán o Carolina del Norte. El segundo es el rol de las intervenciones de la corte para impulsar lo que se denomina el "poder suave" de la democracia en la que las normas institucionales imponen políticas de negociación y compromiso. Finalmente, está la tentación de las cortes de sustituir la autoridad judicial por una competencia estatal fallida de las democracias en general y, de los poderes legislativos en particular.

En cada caso, se examina la revisión judicial para determinar hasta qué punto la judicatura puede servir como un amortiguador institucional para proteger la democracia contra el fracaso sistémico, algunas veces en cuestiones que pueden referirse a libertades fundamentales, pero con mayor frecuencia se centrará en temas respecto al ejercicio de la autoridad gubernamental. La pregunta aquí es si en tiempos desafiantes para la funcionabilidad democrática, la judicatura puede jugar un papel estabilizador para resguardar los recursos políticos temporales que amenacen la integridad gubernamental. El término "estabilización" invoca el rol de un banquero central encargado de mantener la integridad fiscal de frente con las inevitables demandas partidarias para retornos insostenibles de corto plazo. A su vez, la pregunta es si las intervenciones judiciales en defensa de la integridad estructural del orden democrático pueden pensarse en términos similares al conservadurismo por una entidad semi-independiente y, sucesivamente, cómo es que este rol institucional de la judicatura puede ser utilizado en tiempos de estrés sistémico.

I. Introducción

Gran parte del derecho constitucional estadounidense envuelve un conjunto ritualizado de intercambios acerca de la revisión judicial. Inclusive cuando se le quita la valencia normativa como una defensa o como crítica de *Brown*, o *Roe*, o *Lochner*, o *Dred Scott*, los argumentos aparentemente enlazados se refieren a la legitimidad de la apropiación judicial del poder, que busca dejar a un lado los objetivos deseados de los poderes de gobierno que son democráticamente responsables. El dilema contra-mayoritario es la abreviatura para la peculiar habilidad de la rama más débil del gobierno para reclamar un privilegiado, si no es que monopolístico, poder para invocar a la autoridad constitucional como la ley suprema de la nación.

Más de medio siglo después de que Alexander Bickel publicara su monografía definitoria para el campo "*The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*" (*La Rama Menos Peligrosa: La Suprema Corte en la Barra de la Política*), los debates en el derecho constitucional norteamericano continúan inalterados. Extrañamente, la "obsesión" norteamericana, como la ha llamado Barry Friedman,¹ persiste inclusive cuando el resto del mundo democrático asumió la centralidad de las cortes constitucionales al enmarcar el orden democrático después de la Segunda Guerra Mundial. Todas las democracias de la posguerra tienen una corte cúspide con el poder de revisar la constitucionalidad de la legislación, lo cual es una desviación marcada del *status quo*

¹ Friedman, Barry, "The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five", *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 112, núm 2., 2002, pp. 153, 155.

anterior a la Segunda Guerra Mundial, en el que Estados Unidos se encontraba, en gran medida, aislado en el alcance de su poder judicial de invalidación constitucional de la legislación.² En efecto, en la "tercera ola,"³ de creación democrática después de la caída de la Unión Soviética, la centralidad y el poder de estas cortes sólo ha aumentado.⁴ Como expongo en mi obra titulada *Fragile Democracies (Democracias Frágiles)*,⁵ no hay mucha lógica en crear un tribunal con jurisdicción enfocada a la constitucionalidad de la conducta gubernamental si el objetivo es no invitar a la revisión judicial de los poderes políticos. Uno no le da a un carpintero un martillo sin anticipar que pronto empezará a encontrar clavos.

Aun así, el debate persiste. Dado el malestar actual de la gobernanza democrática es un buen momento para volver a plantear las preguntas acerca del rol de la revisión judicial, entendida aquí como la capacidad institucional de una corte cúspide de limitar las fronteras de la decisión política. El impulso analítico que sigue es exactamente el opuesto al principio organizador sobre el debate del descuido judicial. Mi colega Jeremy Waldron define contundentemente al principal debate teórico

² Grimm, Dieter, *Constitutionalism: Past, Present, and Future*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 199.

³ Huntington, Samuel P., *The Third Wave: Democratization in the Late 20th Century*, Oklahoma, University of Oklahoma Press, 1991, pp. 3-30.

⁴ Si bien es difícil medir a toda luz de la práctica actual, uno puede estimar que es más del 80 por ciento de países actualmente tienen una alta corte con la autoridad de revisión judicial para anular la legislación ofensiva. Ginsburg, Tom y Versteeg, Mila, "Why Do Countries Adopt Constitutional Review?", *Journal of Law, Economics and Organization*, Virginia, núm. 30, 2013, p.587.

⁵ Issacharoff, Samuel, *Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts*, Nueva York, Cambridge, 2015, pp. 189-213.

como uno que busca "algún entendimiento general que no esté contaminado por las preocupaciones culturales, históricas y políticas de cada sociedad."⁶ Tal enfoque asume que, "una cultura democrática y electoral y las instituciones legislativas en un orden de trabajo razonablemente bueno"⁷ es una precondition para la pregunta "¿cuál razón puede haber para querer instaurar un proceso no-electivo para revisar y algunas veces abrogar el trabajo que la legislatura ha hecho?"⁸ Para otro eminente crítico de la revisión judicial, Richard Bellamy, la condición ideal sería amenazada por disminuciones en la participación electoral y la membresía de partidos, un electorado que es "demasiado vasto y diverso" y una escala de gobierno "demasiado grande para que los ciudadanos sean capaces de efectivamente relacionarse unos con otros."⁹ Tanto para Waldron como para Bellamy, siempre que se cumplan con las condiciones democráticas, sólo las legislaturas proveerán "un proceso equitativo para decidir entre los reclamos de los individuos que usualmente compiten entre sí".¹⁰ Como Bellamy ha desarrollado, "[l]os componentes básicos de tal arreglo consisten en que los ciudadanos tengan un voto igualitario en las elecciones comunes donde los partidos políticos compiten por el voto popular y las decisiones electorales y legislativas son hechas por voto mayoritario."¹¹

⁶ Waldron, Jeremy, "The Core of the Case Against Judicial Review", *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 115, núm. 6, 2006, pp.1341, 1352.

⁷ *Ibidem*, p. 1362.

⁸ *Ibidem*, p. 1362.

⁹ Bellamy, Richard, *Political Constitutionalism: A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*, Nueva York, Cambridge University Press, 2007, p. 26.

¹⁰ *Ibidem*, p. 212.

¹¹ *Ibidem*, p. 219.

Mi pregunta se desvía de la apertura inicial en dos formas claves. El primer punto de partida es no empezar por el usual punto de vista del discurso de derechos. Para Bellamy, el debate sobre el constitucionalismo judicial empieza axiomáticamente con la propuesta de que "[c]entral al constitucionalismo legal está la idea de los derechos constitucionales."¹² Esta es una suposición común compartida a través de diversas posturas acerca de la revisión judicial. Por otro lado, argumentos sobre la intervención judicial para sobrellevar las deficiencias de los procesos democráticos usualmente inician (y terminan) con la preocupación clave de que una mayoría demasiado poderosa no verá el desincentivo electoral para descartar los intereses de una minoría desfavorecida. Sobre esta perspectiva, la existencia de la revisión judicial invocando una autoridad legal de mayor orden es un correctivo necesario para la preocupación acerca de las minorías discretas e insulares que enfrentan la indiferencia de una mayoría tiránica. Incluso aquí, la discusión toma un carácter estilizado en niveles altos de abstracción. Como Theunis Roux hace notar, "la amplia gama de patologías en el funcionamiento de las instituciones representativas, incluyendo la pobre calidad de la deliberación en tales instituciones, imposibilita generalizar acerca de los méritos relativos de la atención judicial a derechos frente a la legislativa."¹³

Este artículo se aparta del debate consuetudinario al tomar como su primer punto de partida las estructuras de la gobernanza democrática

¹² *Ibidem*, p. 15.

¹³ Roux, Theunis, "In Defence of Empirical Entanglement: The Methodological Flaw in Waldron's Case Against Judicial Review", en Levy, Ron *et al.* (eds.), *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 203.

más que la relación entre una mayoría gobernante y los derechos de minorías o individuos desfavorecidos. La revisión judicial es examinada para determinar hasta qué grado la judicatura puede servir como amortiguador para proteger a la democracia en contra del fracaso sistémico, algunas veces en cuestiones que se refieran a libertades fundamentales, pero más frecuentemente sobre cuestiones de autoridad gubernamental. La pregunta aquí es si en tiempos de retos al funcionamiento democrático, la judicatura puede jugar un rol estabilizante en mantener a raya los recursos políticos temporales que amenacen la integridad gubernamental.

La revisión judicial es uno de los muchos mecanismos que quitan de la inmediata y directa rendición de cuentas democrática a instituciones que predeciblemente pueden estar comprometidas en la presión de conveniencia política. El término "estabilización" invoca al rol de un banquero central encargado de mantener la integridad fiscal de cara con las inevitables demandas partidarias para retornos de corto plazo insostenibles. A su vez, la pregunta es acerca de si las intervenciones judiciales en defensa de la integridad estructural del orden democrático pueden pensarse en términos similares al conservadurismo por una entidad semi-independiente.

Se presenta después el segundo punto de partida, y aquí el objetivo es ver directamente al dominio "contaminado" de nuestra experiencia vivida en el momento. Para citar nuevamente a Roux "[l]a pregunta acerca de si la revisión judicial sería moralmente justificada si varias suposiciones se sostienen no es, en cualquier caso, la cuestión a la que estas

sociedades realmente se enfrentan."¹⁴ La pregunta crítica no es un mundo idealizado de intercambio parlamentario sano sino las discapacidades actuales de la gobernanza democrática en casi todos los Estados regidos por la soberanía popular. Si estuviéramos destinados a vivir entre los ángeles, como Madison una vez señaló, las restricciones institucionales serían innecesarias. En el segundo mejor ámbito del conflicto y la falta de certeza en un mundo real, la discusión debe ir más allá de ideales platónicos.¹⁵ Más que empezar por asumir la operación de una democracia sana que funciona con todos sus engranajes institucionales, comienzo con una observación del mundo real de que no todo está bien en la casa de la gobernanza democrática. Al no aceptar tanto la salud de la democracia o la centralidad de las preocupaciones de derechos como el punto de partida analítico, es mi objetivo llevar el debate sobre la revisión judicial fuera de su amarre teórico consuetudinario y cimentarlo en la desordenada realidad de la experiencia vivida.

Cada punto de partida formula una pregunta no sobre la visión idealizada de cómo se protegen mejor los derechos individuales en una cultura democrática, sino sobre cuál sería el rol institucional de la judicatura en tiempos de estrés sistémico. Esto altera el marco analítico sustancialmente. Virtualmente, todo el debate acerca de la revisión judicial se enmarca en el lenguaje del discurso de derechos que dominó el pensamiento constitucional pensado en la segunda mitad del siglo veinte. El enfoque de los derechos no sólo es jurisprudencial, esto se nota sobre

¹⁴ *Ibidem*, p. 209.

¹⁵ Tushnet, Mark, "How Different are Waldron's and Fallon's Core Cases For and Against Judicial Review", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 3, núm. 1, 2010, p. 49.

todo en el trabajo de Ronald Dworkin,¹⁶ pero también en la aplicación práctica de la adjudicación constitucional en el contexto estadounidense. Ya sea que el objeto del debate sea *Brown* o *Roe* o *Heller*, el reclamo siempre es que algunos derechos están tan centralmente garantizados a la ciudadanía que la judicatura no sólo *puede*, pero en efecto *debe*, ser el garante Hercúleo de los valores constitucionales más profundos de la sociedad. Como un tema general, el reclamo de derechos rechaza la invitación de Waldron para comparar las ganancias prácticas y de legitimidad al permitir que las instituciones democráticas de la sociedad asuman las dimensiones definitorias de la ciudadanía. Algunos temas están simplemente fuera del regateo democrático una vez establecidos como derechos humanos o prerrogativas constitucionales.

El argumento acerca del rol estructural para el compromiso político no es nuevo. Fue anticipado en el recuento clásico de John Hart Ely del pie de página del *Carolene Products* para enfocarse menos en la caracterización de minorías discretas e insulares y más en las condiciones que inhabilitan la capacidad para la auto-reparación democrática.¹⁷ Para Ely, la justificación crítica para la intervención judicial era la preservación de la competencia democrática y la rendición de cuentas electoral. A su vez, el enfoque en la preservación de la integridad estructural de la democracia fue la medida clave para recapturar una porción del derecho constitucional estadounidense bajo la rúbrica de la ley de la

¹⁶ Véase Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977; Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.

¹⁷ Hart Ely, John, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, 14a. ed., Cambridge, Harvard University Press, 2002, pp. 75-77.

democracia.¹⁸ Y como Rosalind Dixon ha mencionado, ese mismo enfoque subyace a la extensión de una mirada sobre el papel de las cortes constitucionales en democracias frágiles que no está basada en los derechos —lo que ella denominó como el giro internacional en la ley del canon de la democracia.¹⁹

Es menos evidente la otra mitad al ataque a la revisión judicial. Aquí la pregunta es ¿qué pasa si la democracia no está funcionando plenamente? ¿Hace alguna diferencia para los críticos de la revisión judicial si la pregunta no está planteada en un primer mejor mundo de instituciones que funcionan a la perfección, sino más bien en un segundo mejor mundo en el que las instituciones democráticas están fallando? El mundo del segundo mejor siempre es traicionero. Pero inclusive los economistas que están dispuestos a confiar casi todos los compromisos humanos a intercambios del mercado auto-realizados reservan un lugar especial para el fallo del mercado. A pesar de los muchos debates acerca de cuándo y bajo qué circunstancias los mercados en realidad fallan, inclusive los más encarecidos liberales reconocen el rol de una intervención regulatoria cuando los mercados están dominados por externalidades que no pueden ser internalizadas, ya sea por la sub-producción de bienes públicos o por comportamiento colusorio anticompetitivo.²⁰ ¿Existe algún concepto correspondiente al fracaso

¹⁸ Issacharoff, Samuel, *et. al.*, *The Law of Democracy: Legal Structure of the Political Process*, 5a. ed., Nueva York, Foundation Press, 2016, p. 9.

¹⁹ Rosalind Dixon, "Politics as Markets' Goes Global", *International and Comparative Law. Jotwell*, 12 de febrero, 2016 (reseñando a Samuel Issacharoff, *Fragile Democracies... op. cit.*), <https://intl.jotwell.com/politics-as-markets-goes-global/>; Issacharoff, Samuel, *Fragile Democracies... op. cit.*

²⁰ Posner, Eric A. y Weyl, E. Glen, *Radical Markets: Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2018, p. 48.

democrático, es decir, las condiciones que ordenan una respuesta institucional a la inhabilidad de las instituciones democráticas de jugar su papel asignado?

Mover el debate de la revisión judicial hacia el dominio del segundo mejor no nos brinda respuestas fáciles acerca de qué tan lejos podría ir la intervención judicial en el nombre de curar el fracaso del proceso institucional. El reto más sofisticado a la integridad democrática viene en la aplicación ponderosa y perturbadora de la teoría de la elección pública propuesta por Luis Roberto Barroso, el ex Ministro Presidente del Supremo Tribunal Federal de Brasil ("STFB").²¹ Para el Ministro Barroso, el fracaso institucional no es un rasgo episódico de la democracia legislativa, pero un atributo omnipresente de la habilidad de los reclamos seccionales concentrados para derrotar el disipado interés público en la batalla por los bienes públicos. Brasil puede representar un ejemplo extremo con más de un tercio de la legislatura nacional bajo acusación por corrupción y con los últimos tres presidentes sucesivamente en prisión, bajo juicio político, y dejando su cargo con un índice de aprobación del cinco por ciento de frente con escándalos de corrupción masivos y con el actual presidente que desdibuja las fronteras del espectro de los líderes democráticos aceptables.²² Pero Barroso no

²¹ Barroso, Luis Roberto, "Reason Without Vote: The Representative and Majoritarian Function of Constitutional Courts", en Bustamante, Thomas y Gonçalves Fernandes, Bernado (eds.), *Democratizing Constitutional Law*, Suiza, Springer, 2016, p. 71; Barroso, Luis Roberto, "Counter-Majoritarian, Representative and Enlightened: The Roles of Constitutional Courts in Democracies", *American Journal of Comparative Law*, vol. 67, núm. 1, marzo de 2019. (por publicarse en el 2019).

²² Ministério Público Federal, *Resultados da Operação Lava Jato* <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/resultados.html>; <https://web.archive.org/web/20150427064209/>

plantea una pregunta episódica sobre Brasil en un momento de crisis política. Más bien, expone una bien fundamentada preocupación acerca de la captura especial de interés de la capacidad reguladora de los Estados democráticos. Si esa captura es endémica a los poderes políticos, señala Barroso, entonces quizás la judicatura es el único poder que es inmune de las distorsiones políticas. De esto sigue una agitada defensa del activismo de los derechos sociales de algunas de las más comprometidas cortes cúspide alrededor del mundo, más notablemente de Brasil y Colombia.

Mi objetivo aquí es resistir estos dos roles polares para la judicatura como son ejemplificados por Waldron y Bellamy en un extremo, y por Barroso en el otro. No quiero ni pasividad en la esperanza de que visiones idealizadas de la soberanía parlamentaria pueden emerger ni sobre abarcar la intervención en la adjudicación de servicios y recursos gubernamentales en el nombre de la incapacidad estatal. Con suerte, existe un punto medio en el que la debilidad democrática necesita

<http://www.lavajato.mpf.mp.br/resultados.html#>; Andreoni, Manuela, *et. al.*, "Ex-President 'Lula' of Brazil Surrenders to Serve 12-Year Jail Term", *New York Times*, 7 de abril de 2018, <https://www.nytimes.com/2018/04/07/world/americas/brazil-lula-surrenders-luiz-inacio-lula-da-silva.html>; Paraguassú, Lisandra y Boadle, Anthony, "Brazil President's Popularity Mired at Lows in Election Year: Poll", *Reuters*, 5 de abril de 2018, <https://www.reuters.com/article/us-brazil-politics-poll/brazil-presidents-popularity-mired-at-lows-in-election-year-poll-idUSKCN1HC1RL> (notando que el índice de aprobación del entonces Presidente Michel Temer había bajado al 5%) Shoichet, Catherine E. y McKirdy, Euan, "Brazil's Senate Ousts Dilma Rousseff in Impeachment Vote", *CNN*, 1° de septiembre de 2016, <https://www.cnn.com/2016/08/31/americas/brazil-rousseff-impeachment-vote/index.html>. También véase Brito, Ricardo y Paraguassu, Lisandra, "Brazil Judge Orders Corruption ... *op. cit.* Véase generalmente: Felter, Claire y Cara Labrador, Rocio, "Brazil's Corruption Fallout", *Council on Foreign Relations*, 7 de noviembre de 2018, <https://www.cfr.org/background/brazils-corruption-fallout>

escrutinio judicial elevado sin sustituir el orden judicial por la autogobernanza democrática. En particular, el alza de demandas populistas, incitadas por un sentido no institucional de mandato plebiscitario, hace que el rol moderno de la judicatura sea un asunto más apremiante.

II. Asumiendo una democracia de buen funcionamiento, o no

Hay un gran valor en examinar los compromisos sociales idealizados para dilucidar la naturaleza de la experiencia vivida. Más ilustremente, Ronald Coase exploró el comportamiento de empresas en un mundo hipotético libre de costos de transacción, no para señalar que ese mundo debería o no existir, sino para examinar cómo se comportan las empresas en respuesta a la realidad de las vallas transaccionales en cada aspecto de su existencia. En el caso de Waldron, el equivalente del orden democrático sin costos de transacción se caracteriza de la siguiente forma:

Esta sociedad tiene un amplio sistema político democrático con sufragio universal para los adultos y tiene una legislatura representativa, en la cual las elecciones se celebran de manera regular y justa. Asumo que esta legislatura es un gran cuerpo deliberativo, acostumbrado a tratar con temas difíciles incluyendo temas importantes de justicia y política social. Los legisladores deliberan y votan sobre temas públicos y los procedimientos para legislar son más elaborados y responsables e incorporan varias salvaguardas, tales como el bicameralismo, escrutinio robusto de comités y múltiples niveles de consideración, debate y votación. Asumo que estos procesos se conectan formalmente (a través de

audiencias públicas y procesos de consulta) e informalmente con debates más amplios en la sociedad.²³

Ciertamente, estas condiciones son reconocibles en las democracias contemporáneas, al menos aspiracionalmente. La lista subestima el rol crítico asumido por las instituciones intermediarias, más notablemente de los partidos políticos. En efecto, tal como famosamente lo formuló E.E. Schattschneider, "los partidos políticos crearon a la democracia y la democracia moderna es impensable salvo en términos de los partidos."²⁴ Para Waldron, los partidos son más el mecanismo para que los legisladores se eleven por encima de las demandas parroquiales,²⁵ como célebremente lo formuló Edmund Burke en su discurso a los electores de Bristol.²⁶

Por otro lado, la demanda por el bicameralismo como una condición necesaria es un tanto rara, porque excluiría del debate a Israel y Nueva Zelanda y permitiría la inclusión de Gran Bretaña sólo por virtud de la Cámara de los Lores, una institución a la cual ciertamente le falta pedigrí

²³ Waldron, Jeremy, "The Core of the Case Against Judicial Review", *op. cit.* p. 1361.

²⁴ Schattschneider, E.E., *Party Government*, Nueva York, Holt Rinehart y Winston, 1942, p. 1.

²⁵ Waldron, Jeremy, "The Core of the Case Against Judicial Review", *op. cit.* p. 1361. ("Asumo también que hay partidos políticos y que las afiliaciones partidarias de los legisladores son clave para adoptar una visión que tenga un alcance más amplio que los intereses y opiniones de sus constituyentes inmediatos."). En contraste, Richard Bellamy ofrece un recuento más clásico de los partidos como mediadores de intereses competitivos y que ayudan a estabilizar la agenda en la arena legislativa. Bellamy, Richard, *op. cit.*, p. 237. (citando a McDonald, M.D., *et. al.*, "What Are Elections For? Conferring the Median Mandate", *British Journal of Political Science*, vol. 34, núm. 1, 2004, pp. 1-26.

²⁶ Burke, Edmund, *Discurso a los Electores de Bristol*, 3 de noviembre de 1774, en Nimmo, John C. (ed.), *The Works of the Right Honourable Edmund Burke 1887*, Washington, vol. 2, <https://www.gutenberg.org/files/15198/15198-h/15198-h.htm#SPEECHES>

democrático. Si la legitimidad democrática emerge del proceso abierto de selección de los gobernantes por la ciudadanía, la rigurosa especificidad del bicameralismo parece estar fuera de lugar.

En una inspección más cercana, sin embargo, la inclusión del bicameralismo y el rol disminuido de los partidos políticos no es idiosincrático o considerado erróneamente como inexplicado.²⁷ El enfoque exclusivo de Waldron en la revisión judicial resulta en la subestimación de cualquier teoría acerca de qué es lo que estas otras precondiciones institucionales deberían conseguir. Permítanme ahora elaborar para explicar el escenario de la adecuada gobernanza democrática contra la cual se yuxtapone la intervención judicial.

Hay dos principios organizadores para la lista de Waldron de precondiciones democráticas. Uno puede inconformarse con la lista de detalles, y ciertamente existen largos debates históricos acerca de versiones "delgadas" de democracia que se vuelvan en elecciones con un amplio sufragio, versus versiones "gruesas" que llevan una lista expandible de derechos sociales, prerrogativas mínimas y otros elementos que enriquecen la vida cívica. Ya sea sobre el recuento de Waldron o sobre una versión más gruesa de sociedad democrática, podemos distinguir entre el proceso electoral de elección de gobernantes y los mecanismos que conducen a los gobernantes hacia el respeto a la dignidad de todos los ciudadanos.

²⁷ Un fundamento más teórico para el bicameralismo se establece en Waldron, Jeremy *Political Theory*, Cambridge, Harvard University Press, 2016, p. 72.

Como con la mayoría de las explicaciones de la democracia, Waldron comienza con el rol central de las elecciones y el sufragio. La participación de la ciudadanía en la auto-gobernanza a través del proceso electoral establece la fundación para la democracia. Las elecciones permiten que los ciudadanos evalúen retrospectivamente el éxito de los gobernantes más recientes. El sufragio universal y las elecciones periódicas son elementos que contribuyen a una obligación Schumpeteriana de los gobernantes de rendir cuentas a la ciudadanía,²⁸ así como a la capacidad de la ciudadanía de responder retroactivamente al "echar fuera a esos pillos."²⁹ En efecto, para los politólogos como Adam Przeworski y sus colaboradores, el hecho de tener a titulares políticos que han sido removidos al menos dos veces de su cargo por medios electorales es la definición operacional de la democracia.³⁰ El aspecto de la votación le ofrece a los ciudadanos la renovación del consentimiento, bajo la formulación de Bernard Manin,³¹ de tal forma que el ejercicio continuado de la autoridad estatal pueda asumir legitimidad política. A esto puede añadirse una serie de garantías a los derechos que son esenciales para la elección democrática, incluyendo libertades de expresión y prensa, la capacidad para organizar partidos políticos y la habilidad para juntarse en favor de la expresión política. Este primer conjunto de principios está bien recorrido en teoría política y se basa en la premisa del rol

²⁸ Schumpeter, Joseph, *Capitalism, Socialism, and Democracy*, Reino Unido, Routledge, 2004, pp. 269-283.

²⁹ Bingham Powell, G., *Elections as Instruments of Democracy: Majoritarian and Proportional Visions*, New Haven, Yale University Press, 2000, p. 47.

³⁰ Przeworski, Adam et al., *Democracy and Development: Political Institutions and Well-Being in the World, 1950-1990*, Nueva York, Cambridge University Press, 2000, pp. 18-27.

³¹ Manin, Bernard, *The Principles of Representative Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 176.

central del voto ciudadano que sirve de base para cualquier teoría de la democracia. Estos son los componentes estructurales de la gobernanza democrática, incluyendo la conocida separación de poderes entre distintas ramas del gobierno que tienen diferentes electorados, junto con las garantías a los derechos formales establecidas a través del diseño constitucional.

El segundo conjunto de precondiciones está definido de manera menos clara. Los requisitos del bicameralismo, el debate continuo, las estructuras de comités y similares no van hacia los valores procedimentales de la rendición de cuentas. Más bien, estos son elementos de preocupación sobre la *gobernanza* democrática más que de la *elección* democrática. Con la excepción del bicameralismo, estos tienden a no ser constitucionalmente afianzados pero en cambio emergen de la prueba y error y de la experiencia institucional vivida resultante de gobiernos democráticos particulares. Cada uno de los atributos enlistados, y otros tales como las reglas filibusteras y los requisitos de la súper-mayoría para ciertas iniciativas legislativas son esfuerzos para obligar un más amplio consenso para la gobernanza. Las elecciones sirven primordialmente para crear una mayoría (o pluralidad) momentánea que asumirá un cargo público. Las reglas referentes a cómo debe ejercerse el poder gubernamental definen los límites del mandato y los requisitos del consenso político. A su vez, estas reglas de gobernanza evidencian una preocupación sustantiva con moderación y estabilidad en el desempeño de funciones gubernamentales.

Las democracias permiten una amplia franja de comportamiento y toma de decisiones de particulares. La gobernanza legítima le ofrece

a los ciudadanos la habilidad de seguir ordenando sus asuntos privados bajo un conjunto conocido de compromisos sociales con el estado de derecho. Por último, la ley busca permitir que la ciudadanía se forme expectativas justificables acerca de derechos, seguridad y libertad de la actividad estatal arbitraria. De manera distinta a la gobernanza plebiscitaria, que puede permitir oscilaciones radicales en compromisos programáticos, la gobernanza democrática institucionalizada provee lo que James Madison definió como las virtudes de la "filtración" del sentimiento popular a través de la intermediación institucional.³² Las estructuras de comités, el bicameralismo, los ciclos de elecciones escalonadas, el federalismo, la separación de poderes —son todos instrumentos que retrasan la implementación de preferencias populares momentáneas hasta que obtengan suficiente apoyo, medido en términos tanto de la intensidad del compromiso de la mayoría como de su resistencia en el tiempo. En el quizás apócrifo intercambio entre George Washington y Thomas Jefferson, Washington asimiló la necesidad para una segunda cámara legislativa a la costumbre de Jefferson de verter café caliente de la taza al platillo: después de una aprobación por la popularmente responsable Cámara, explicó Washington, "vertimos nuestra legislación en el platillo senatorial para enfriarlo."³³

Desde esta perspectiva, dos objetivos son atendidos al someter a la gobernanza democrática a limitaciones constitucionales. El constitucionalismo sirve para asegurar tanto los valores del proceso de la rendición

³² Feldman, Noah, *The Three Lives of James Madison: Genius, Partisan, President*, Nueva York, Penguin Random House, 2017, pp.112-115.

³³ Warren, Charles, *The Making of the Constitution*, Boston, Little, Brown and Company, 1928, p. 194.

de cuentas periódica y el fin sustancial de revisar la habilidad de una mayoría de conseguir su objetivo político con demasiada facilidad.³⁴ Pero el derecho constitucional sólo es parte del trabajo. Las estructuras formales de gobernanza, tales como la composición del poder legislativo y los poderes formales del ejecutivo son habitualmente especificadas en la escritura formal de una constitución. Si un gobierno suspendiera la operación del parlamento, o anulara la revisión judicial por completo,³⁵ no habría duda acerca de que cualquier reclamo hacia la legitimidad democrática podría ser anticipada por el ejecutivo que siguiera tal curso, con o sin tanques de guerra en las calles. Esta es la visión estrecha de la democracia constitucional, misma que provee una serie de garantías estructurales que frecuentemente son sujeto de supervisión judicial.³⁶

Pero otras características importantes de la estabilidad democrática son menos evidentes, desde los procedimientos internos del parlamento hasta medidas tales como el filibustero o la "boleta azul" en el Senado estadounidense, todos mecanismos que deberían obligar a la negociación y al compromiso entre la mayoría y la minoría. Estos últimos mecanismos apuntan, no al principio medular de la rendición de cuentas electoral, sino al cumplimiento de la gobernanza responsable.

³⁴ Véase Geddis, Andrew, "Parliamentary Government in New Zealand: Lines of Continuity and Moments of Changes", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, núm 1, 2016, pp. 99-118; Nagel, Jack H., "Expanding the Spectrum of Democracies: Reflections on Proportional Representation in New Zealand", en Crepaz, Markus M. L., et. al. (eds.), *Democracy and Institutions. The life work of Arend Lijphart*, Michigan, The University of Michigan Press, 2000, p. 113.

³⁵ Véase Ferejohn, John y Pasquino, Pasquale, "The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, núm. 2, 2004, pp. 210, 216, 232.

³⁶ Véase *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919, 945-6, 1983.

Estas normas de restricción forman el "espíritu" de la gobernanza democrática, para tomar prestado de Montesquieu,³⁷ sin las cuales la estabilidad política no existiría. Entonces, de Waldron, tenemos preocupación de que la práctica de Nueva Zelanda de permitir una legislatura unicameral se aparte del ideal deliberativo al permitir que la legislación propuesta sea "promulgada en una sesión única, lo cual significa que perdemos el punto de tener capas sucesivas de debate y votación, lo cual se supone que es una forma de alentar la promulgación de una Carta, un tipo de tiempo de espera compulsorio."³⁸

La existencia de estas precondiciones para la gobernanza democrática estable no habla a favor o en contra de la revisión judicial. Estas son en cambio mecanismos que atemperan la necesidad democrática de un régimen mayoritario al disminuir el riesgo de la tiranía de esa misma mayoría. Entre este conjunto de acuerdos puede encontrarse las garantías de la calidad de vida para todos los ciudadanos que engrosan algunas cuentas de legitimidad democrática. Los mecanismos que obligan a las democracias a cuidar a todos sus ciudadanos, incluyendo a aquellos que no son capaces de subsistir en la arena electoral, pueden ser pensados como el "poder suave" de una democracia constitucional. Para pensadores clásicos como Montesquieu, "la arquitectura dura de las instituciones políticas puede ser suficiente para constreñir el poder extralimitado —el diseño constitucional no es distinto a un

³⁷ Montesquieu, Baron de, *The Spirit of the Laws*, en Cohler, Anne M. et al. (eds. y trads.), Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

³⁸ Waldron, Jeremy, "Compared to What? Judicial Activism and New Zealand's Parliament", *New Zealand Law Journal*, 2005, pp. 441 y 442.

problema de ingeniería.³⁹ En la práctica, sin embargo, las democracias exitosas bordan la arquitectura dura con una serie de normas y prácticas institucionalizadas que retardan el riesgo de la exuberancia partidaria y permiten que surja la gobernanza estable con el tiempo y con base en resultados electorales cambiantes.

Estos son los "barandales" de la gobernanza democrática moderna, bajo la útil formulación de Levitsky y Ziblatt,⁴⁰ que proveen importantes límites al exceso mayoritario más allá de las estructuras de las instituciones comandadas por la constitución. En efecto, la erosión de tal poder suave de cara con demandas de corte plebiscitario para la satisfacción inmediata de las demandas mayoritarias puede ser la más grande amenaza contemporánea a la democracia. Con la debilidad de los poderes legislativos y el alza del ejecutivo, estos "barandales" pueden ser vulnerables a la ola populista, que en formas críticas puede abrumar las limitaciones habituales al ejercicio del poder constitucional. Estos barandales son algo evidentes en el proceso de selección que define la cultura democrática. Pero hay más barandales que revisan el ejercicio de la autoridad democrática por aquellos que son electos de tal forma que restrinjan el extremismo.

Como he mencionado en otros trabajos,⁴¹ la función enfriadora del debate y acuerdo legislativo está en crisis y los controles institucionales

³⁹ Levitsky, Steven y Ziblatt, Daniel, *How Democracies Die*, Nueva York, Crown Publishing Group, 2018, p. 212. (caracterizando el tratado de 1748 del Barón de Montesquieu, *The Spirit of the Laws*).

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 97-117.

⁴¹ Issacharoff, Samuel, "Democracy's Deficits", *The University of Chicago Law Review*, vol. 85, 2018, pp. 485, 499.

sobre las tentaciones para excesos momentáneos deben venir de otra parte. Renata Uitz explica que el poder ejecutivo crece cuando las legislaturas fallan en ejercer esta función enfriadora y resuelven preguntas difíciles:

Los poderes de la rama ejecutiva para ejecutar las leyes. . . no son autónomas ni auto explicativas. Más bien son parte de una compleja red de los poderes ejecutivo y legislativo, que se reparan por la judicatura y se extienden por las ramas políticas basadas en necesidades prácticas, miedos y ambiciones personales. La complejidad lleva a la complicación y las complicaciones se dejan sin resolver bajo el estandarte de ser (demasiado) complejas. Esto se convierte en la causa conveniente para la extralimitación ejecutiva imparable.⁴²

Las democracias modernas son casi invariablemente dirigidas desde arriba por la autoridad ejecutiva. En la política contemporánea, el riesgo de socavar normas de gobernanza no viene sólo de insurgentes populistas alrededor del mundo, sino también del resquebrajamiento de las políticas enfocadas legislativamente. Morris Fiorina convincentemente establece que, en el contexto de la política estadounidense, "en el sistema constitucional norteamericano con su separación de poderes, controles y contrapesos y federalismo —un partido tendría que ganar y retener una mayoría abrumadora para implementar su

⁴² Sajó, Andrés y Uitz, Renata, *The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 284-285; También véase Uitz, Renata, "Courts and the Expansion of Executive Power: Making the Constitution Matter", en Bilchitz, David y Landau, David (eds.), *The Evolution of the Separation of Powers: Between the Global North and the Global South*, Reino Unido, Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 85-113.

plataforma dado que todos los puntos de veto pueden ser utilizados por la oposición.⁴³ De esto, Fiorina concluye que, "[e]l fracaso de ganar y sostener tales mayorías produce el estancamiento y atasco que caracterizan la política contemporánea."⁴⁴

Quizás. Pero alejando la vista de la arena legislativa, donde en efecto el estancamiento y el atasco reinan, el actual ejercicio del poder político se ve más complicado. Fiorina fundamenta su análisis en el fracaso del poder legislativo de jugar su papel adecuado. La premisa histórica de las democracias constitucionales de los siglos diecinueve y veinte en la primacía de la rama legislativa, denominó el poder del Artículo I en el contexto norteamericano. La debilidad legislativa invita a la captura de la autoridad gubernamental por el ejecutivo, una tendencia para que la política sea iniciada a través de la regulación o decreto más que por la legislación. Estos gobiernos dominados por el ejecutivo ven a las elecciones como un mandato más que como el proceso normal de altibajos parlamentarios.⁴⁵ Y estos ejecutivos ven a la legislatura como un obstáculo para avanzar las prerrogativas ejecutivas. Una legislatura que no ofrece riesgos de ser abrumada por la rama ejecutiva. No importa que la inacción legislativa pueda resultar de la fractura de los partidos políticos capaces de negociar para el bien público, de la mera disfunción de la legislatura, desde un desacuerdo político con la agenda del ejecutivo o de la inhabilidad de coincidir en una iniciativa política de

⁴³ Fiorina, Morris, *Unstable Majorities: Polarization, Party Sorting and Political Stalemate*, California, Hoover Institution, 2017, p. 87.

⁴⁴ *Ídem*.

⁴⁵ Véase, Dahl, Robert "Myth of the Presidential Mandate", *Political Science Quarterly*, vol. 105, núm. 3, 1990, pp. 355- 372.

cara con el desacuerdo político interno. Un ejecutivo que monta una ola populista no podría distinguir entre las fuentes de la inacción legislativa y podría más bien ver cada signo de reprobación legislativa como una amenaza injustificada al mandato electoral.

Sin la primacía de la autoridad legislativa, la legitimidad y el apoyo a la gobernanza democrática se erosiona. El consiguiente periodo de "declive democrático" permite que un líder populista impulse "un ataque concertado y sostenido contra las instituciones cuyo trabajo es controlar sus acciones o las reglas que le hacen rendir cuentas."⁴⁶ Como explica Kim Lane Scheppele, un líder populista de esa índole "no lo hace en nombre de su mandato democrático. Aflojar los lazos de la limitación constitucional al poder ejecutivo a través de la reforma legal es el primer signo del legalista autocrático."⁴⁷

Separar las funciones de la elección democrática de las de la gobernanza democrática resalta los riesgos que implica el declive legislativo. Llevar una democracia exitosa no sólo es tema de ser electo sino de entregar los productos y de hacer que las cosas se hagan bien. Los gobiernos deben frecuentemente intercambiar la satisfacción inmediata de las demandas para el bien a largo plazo, ya sea en inversiones a la infraestructura, privación bélica o en no incurrir en la expansión de la inflación monetaria. Los procesos de rendición de cuentas electorales hablan primordialmente de la formación y re-formación del gobierno. Pero la gobernanza exitosa es un proyecto más largo y las capacidades

⁴⁶ Scheppele, Kim Lane, "Autocratic Legalism", *The University of Chicago Law Review*, vol. 85, 2018, pp. 545, 549.

⁴⁷ *Idem.*

estatales se desarrollan a lo largo del tiempo. El reto epistémico a la administración democrática no es tema sólo de la rendición de cuentas electoral, sino de la competencia estatal institucionalizada que debe a veces resistir o enfriar el ardor del electorado temporal.⁴⁸

El fracaso institucional invita a la erosión de las normas democráticas a través de esfuerzos para circunvenir los aspectos del proceso de rendición de cuentas de la elección democrática o a través de esfuerzos para relajar los límites constitucionales que acompañan la gobernanza democrática exitosa. Esto lleva al argumento medular del escrutinio judicial como un control en periodos de declive democrático. El caso para la intervención judicial es más aparente en el caso de los esfuerzos para derrotar las protecciones estructurales a la rendición de cuentas democrática. Que la judicatura pueda restaurar los barandales de la gobernanza democrática es una pregunta más difícil. Finalmente, existe la interrogante de si una vez que se cruza la frontera para que el mandato judicial incluya cuestiones de gobernanza, habrá algún punto de detención para que los reclamos judiciales supervisen los resultados políticos que puedan surgir.

III. Las estructuras básicas en peligro

Del mismo modo que los zorros no deben ser dejados en la puerta del gallinero, así también la deferencia al proceso legislativo no puede ser

⁴⁸ Fukuyama, Francis, *The Origins of Political Order: From Prehuman Times to the French Revolution*, Nueva York, Farrar, Straus and Giroux, 2011, pp. 459-460, 472. (notando que la competencia estatal y el estado de derecho liberal ha sido frecuentemente un predecesor necesario para la democracia misma).

la respuesta a ataques sistemáticos al proceso de rendición de cuentas electoral.⁴⁹ Puede haber gran dignidad, al menos idealmente, en la deliberación ofrecida en el escenario legislativo. Pero no hay dignidad en un argumento entre una banda de ladrones acerca de cómo repartirse el botín de una rapiña.

Hay un reclamo empírico acechante acerca de la revisión judicial. Los críticos están más cómodos posicionando la dignidad del proceso legislativo abstraído del desorden de la política contemporánea. Sin embargo, ellos son veloces en apuntar a los éxitos legislativos en temas tales como que Inglaterra o Irlanda legislan sobre un derecho al aborto como prueba de la superioridad de la ruta parlamentaria.⁵⁰ Puede ser que bajo esas circunstancias, para aquellos que busquen ese tipo de reformas sociales "la constitución inglesa brindó una de las mejores oportunidades para que esto fuera realizado, particularmente después de la introducción del sufragio universal y la reforma a la Cámara de los Lores en 1911 y 1949...no había constricciones institucionales a una legislatura legalmente soberana y a un electorado políticamente soberano."⁵¹ Pero cuando la democracia cede la dominación de un partido único junto con la facilidad de la enmienda constitucional, el legado histórico de la soberanía parlamentaria no parece ser tan

⁴⁹ Roux lo enuncia de manera demasiado cortés cuando escribe que: "Hay bastante alcance para el desacuerdo acerca de ...si las legislaturas pueden tener la capacidad para autocorregirse." Roux, Theunis, *op. cit.*, p. 208.

⁵⁰ Véase, por ejemplo, Waldron, Jeremy, "Legislating With Integrity", *Fordham Law Review*, vol. 72, núm. 2, 2003, pp. 373, 388; Waldron, Jeremy, "The Core of the Case Against Judicial Review", *op. cit.*, pp. 1384-1385.

⁵¹ Ewing, Keith, "The Unbalanced Constitution", en Campbell, Tom, *et. al.* (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p.104.

halagüeña. Por cada Inglaterra hay una Hungría o Polonia o Sudáfrica o India.

No obstante, es difícil discrepar con la proposición general de que la legislatura es la ruta democrática preferida para gobernar a un sistema democráticamente legítimo. Es tan evidente que hasta parece tautológico. Pero si elegimos a nuestro antojo ejemplos de la historia política, no responderíamos dos preguntas que deben ser atendidas cuando el debate se mueva de las premisas de los primeros principios al desagradable mundo de la realidad humana. Primero, ¿qué tan representativos son estos casos de auto-reparación legislativa entre la amplia hilera de la experiencia bajo las democracias imperfectas que pululan en el mundo? Y, en segundo lugar y de manera más crítica, ¿qué sucede cuando son las ramas políticas del gobierno las que amenazan la legitimidad democrática?

a. Taiwán

Permítanme ofrecer un ejemplo claro de una intervención judicial que realiza la democracia desde Taiwán. Después de 1949, Taiwán fue por mucho tiempo un Estado con un partido dominante poco responsivo que era controlado y coaccionado por el Kuomintang (KMT). Las reformas de democratización de la década de 1980 permitieron que surgieran algunas formas débiles de objeción electoral, pero siempre bajo el control del KMT que siguió siendo tan dominante como antes.⁵² Todo

⁵² Un recuento conciso de este desarrollo puede encontrarse en: Ginsburg, Tom, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 111-119.

esto comenzó a cambiar cuando la sujeción de la política taiwanesa del KMT inició a aflojarse de cara con los primeros retos políticos serios a finales de los noventa. Cuando el poder político establecido empezó a menguar, los partidos legislativos dominantes intentaron en 1999 cimentar su permanencia en el poder eludiendo, en efecto, la rendición de cuentas electoral. Entre estas provisiones de bloqueo que fueron implementadas hubo dos que sobresalen como una afrenta a cualquier sistema de representación electoral. Primero, todas las elecciones para la Asamblea Nacional, la cámara constitucional de la legislatura bicameral, empezando en 2000 fueron suspendidas por dos años —un proceso en el que la legislatura votó por posponer la rendición de cuentas electoral.⁵³ Segundo, los escaños en la Asamblea Nacional serían garantizados a los partidos con representación en la cámara baja (el Yuan Legislativo), sin ningún tipo de elección directa —una forma de afianzamiento de partido alejada una vez más de la rendición de cuentas electoral.⁵⁴ Y, como para confirmar la naturaleza colusoria de la apropiación de poder, se les permitió a los legisladores votar por estos cambios de manera unánime —lo cual minó la rendición de cuentas electoral que deriva del debate y votación parlamentaria pública.⁵⁵

Habiendo removido una gran porción de la médula del poder político de la objeción democrática, no había un prospecto realista para una

⁵³ Minguo Zhonghua Xianfa Zengxiu Tiaowen, *Artículos Adicionales de la Constitución de Taiwán*, 5a Revisión, 1999, disponible en inglés en: <https://english.president.gov.tw/page/93>.

⁵⁴ *Ídem*; Véase Po Jen Yap, *Courts and Democracies in Asia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 99.

⁵⁵ Véase Yen-Tu Su, *Political Antitrust: Rethinking the Constitutional Law of Competitive Democracy*, 2000, pp. 189-190 (disertación doctoral sin publicar, en archivo con su autor).

solución legislativa. La legislatura que recientemente había votado para mantener a los votantes a raya probablemente no restauraría su propia rendición de cuentas electoral. ¿Qué pasaría entonces con la perspectiva de la revisión judicial? Como es muy frecuentemente el caso en Estados con un partido dominante, la corte constitucional de Taiwán se había mantenido generalmente pasiva durante el periodo del régimen exclusivo del KMT.⁵⁶ Inclusive cuando la competencia electoral comenzó a inquietarse en la década de los noventas, la corte se mantuvo alejada de cualquier compromiso directo con el poder político, excepto bajo invitación del partido gobernante, y luego primordialmente para manejar el conflicto interno.⁵⁷ Todo esto cambió abruptamente a principios del 2000 cuando, por primera vez, un candidato que no era del KMT ganó la presidencia e inauguró una era de competencia política plena. Como sucede en muchos contextos

⁵⁶ Cf. Choudhry, Sujit, "He Had a Mandate; The South African Constitutional Court and the African National Congress in a Dominant Party Democracy", *Constitutional Court Review*, vol. 2, 2009, pp. 1, 3. (notando las preguntas difíciles que enfrenta la Corte Constitucional de Sudáfrica de cara con la consolidación de poder del Congreso Nacional Africano); Véase también Dixon, Rosalind e Issacharoff, Samuel, "Living to Fight Another Day: Judicial Deference in Defense of Democracy", *Wisconsin Law Review*, 2016, pp. 683, 705. (resaltando la importancia aumentada de "el retraso judicial estratégico" en el contexto de democracias con partidos dominantes).

⁵⁷ Véase Po Jen Yap, *op. cit.*, pp. 95-96. El uso de las cortes como instituciones de mediación internas para regímenes autocráticos es sorprendentemente común y muy poco examinado. Quizás el ejemplo más notorio es la creación de una corte constitucional en el régimen de Pinochet en Chile para arbitrar entre los poderes contendientes del régimen militar, y por lo tanto evitar la amenaza de golpe, tras el golpe de Estado, como pasó en Argentina bajo varios regímenes militares de 1976 a 1983. En un giro extraordinario de destino histórico, la corte constitucional se volvió una fuerza de legitimación que le dio a la precaria oposición el prospecto de organizarse en contra de los esfuerzos de Pinochet de legitimar su gobierno a través de un referéndum popular —mismo que la Corte supervisó, el cual Pinochet perdió, lo cual terminó con el régimen militar. Para un recuento fascinante sobre los orígenes de la Corte Constitucional bajo Pinochet, Véase Barros, Roberto, *Constitutionalism and Dictatorship. Pinochet, the Junta and the 1980 Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

nacionales, las políticas disputadas permitieron a la Corte más latitud en resistir los esfuerzos del partido dominante para enraizarse en el poder.⁵⁸ La Corte no perdió tiempo en aprovechar que existía una genuina competencia política para hacer valer su rol de guardiana de las instituciones democráticas.⁵⁹ Días después de la elección presidencial, la Corte emitió su fallo decisivo en la *Interpretación No. 499*, en el cual derribó los esfuerzos legislativos de auto afianzarse a pesar de que dichos actos tomaron la forma de una enmienda constitucional.⁶⁰

Si bien la Enmienda a la Constitución tiene el mismo estatus que las provisiones constitucionales, cualquier enmienda que altere las provisiones constitucionales existentes respecto a la naturaleza fundamental de las normas gobernantes y el orden y, por lo tanto, de la fundación de la Constitución se destruye la integridad y el tejido de la Constitución misma. Como resultado, una enmienda de ese tipo debe ser considerada impropia.⁶¹

⁵⁸ Véase Dixon, Rosalind e Issacharoff, Samuel, "Living to Fight Another ...", *op. cit.*, p. 695. (notando cómo la debilidad de los partidos políticos u otros actores pueden "crear espacio para que actúen otros actores institucionales [incluyendo las cortes]).

⁵⁹ La pregunta de qué tan lejos pueden ir las cortes en retar a la autoridad política afianzada es invariablemente cuestión del contexto y sutileza. Véase *Ibidem*, p. 688 (argumentando que "factores localizados y específicos al contexto" determinan el éxito de una corte, particularmente en estrategias de aplazamiento de segundo orden).

⁶⁰ Véase Dixon, Rosalind y Landau, David, "Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 3, 2015, pp. 606-808. (resumiendo a la doctrina de la enmienda constitucional inconstitucional como la idea de que "algunas enmiendas constitucionales son sustancialmente inconstitucionales porque socavan principios medulares en el orden constitucional existente").

⁶¹ J.Y. Interpretación No. 499 (Cort. Const. Taiwán Interp. Marzo 24, 2000), https://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/EN/p03_01.asp?expno=499 [https://web.archive.org/web/20171025024050/http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/en/p03_01.asp?expno=499].

Críticamente, la opinión no se detuvo con ciertas irregularidades procedimentales en el esfuerzo apresurado de inmunizar un orden político deficiente de la rendición de cuentas electoral. La Corte en cambio encontró en la falta de supervisión electoral la falla constitucional crítica, resolviendo que era impermissible "cualquier enmienda diseñada para alterar las provisiones constitucionales que se referían a la naturaleza fundamental de las normas gobernantes y el orden," que podrían comprometer "la integridad y tejido de la Constitución misma."⁶² En última instancia, la Corte sostuvo que "los delegados deben ser electos directamente por el pueblo para ejercitar los poderes y los deberes de la Asamblea Nacional," y sin una elección así "las provisiones enmendadas en la instauración de los delegados de la Asamblea Nacional viola el orden constitucional de la democracia."⁶³

Los esfuerzos de los poderes en funciones de usar a la legislación para frustrar los retos políticos no es nada nuevo. La experiencia norteamericana con el *gerrymandering* es una manifestación, pero difícilmente es la más perniciosa. Alexander Kirshner usa la ley sudafricana de 1952, que prohibía que votaran las personas de color, para introducir el problema de la captura de los procesos democráticos con objetivos anti-democráticos.⁶⁴ Una corte sudafricana valientemente resistió al Partido

⁶² *Idem.*

⁶³ *Idem.*; Véase también Kuo, Ming-Sung, "Moving Towards a Nominal Constitutional Court? Critical Reflections on the Shift from Judicial Activism to Constitutional Irrelevance in Taiwan's Constitutional Politics", *Washington International Law Journal*, vol. 25, núm. 3, 2016, p. 600. (argumentando que la Interpretación No. 499 es el "principal ejemplo de la política constitucional" de la corte taiwanesa).

⁶⁴ Kirshner, Alexander S. A, *Theory of Militant Democracy: The Ethics of Combating Political Extremism*, New Haven, Yale University Press, 2014, p. 2.

Nacional y sostuvo que la ley era inconstitucional, sólo para que sus esfuerzos fueran abrumados por las reformas constitucionales de apartheid. Al enfrentar la suspensión de parte del proceso electoral como en Taiwán, o excluyendo a los opositores internos del proceso político en su totalidad, es difícil pelear a favor de la "dignidad" del proceso legislativo, para tomar prestado un término de Waldron.⁶⁵ Como mínimo, una defensa delgada de la democracia es la evasión de una guerra civil porque los perdedores de hoy pueden salir victoriosos en una ronda electoral subsecuente.⁶⁶

En Taiwán, no puede utilizarse una deferencia similar para el parlamento porque la mayoría legislativa titular ha utilizado su poder para suspender elecciones y ha convertido a la cámara constitucional en un feudo permanente, lo cual ha eliminado la rendición de cuentas electoral que debe formar la médula de cualquier aserción de legitimidad democrática. Como hasta Richard Bellamy coincidiría, bajo tales circunstancias, todo puede ser posible: "Si las cosas en realidad se ponen tan mal como para que el sistema democrático ya no pueda afirmar que es creíblemente representativo de la opinión política o responsable y garante de los temas centrales de la política pública, entonces dejaría de tener las credenciales constitucionales que aquí se describen."⁶⁷ En su forma más básica, una vez que las elecciones se suspendan o eliminen, es imposible aseverar que aún existen "incentivos para que los titulares

⁶⁵ Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

⁶⁶ Dahl, Robert, *Democracy and Its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989.

⁶⁷ Bellamy, Richard, *op. cit.*, p. 261.

atiendan una amplia gama de preocupaciones dispares para construir una coalición amplia."⁶⁸

b. Estructuras básicas

El objetivo de este trabajo no es catalogar las muchas intervenciones judiciales alrededor del mundo. Sin embargo, el caso de India merece una mención especial por el impacto que ha tenido su Corte Suprema en las democracias emergentes a nivel mundial. La doctrina de las "estructuras básicas" de India fue una resistencia temprana para los alcances de las medidas de emergencia de Indira Gandhi.⁶⁹ Al articular la mundialmente influyente doctrina, la Corte Suprema de India estableció ciertas protecciones constitucionales medulares, incluyendo el derecho a la revisión judicial, más allá del alcance no sólo de la legislación ordinaria, sino también del proceso de enmienda constitucional mismo.⁷⁰ Al usar este nuevo poder para resistir el estado de emergencia y el régimen de un partido único, la doctrina de la estructura básica "introdujo al mundo la idea de la enmienda constitucional inconstitucional, un dominio de valores tan centrales a la gobernanza democrática

⁶⁸ *Ibidem*, p. 230.

⁶⁹ Krishnaswamy, Sudhay, *Democracy and Constitutionalism in India: A Study of the Basic Structure Doctrine*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

⁷⁰ Véase *I. C. Golak Nath v. State of Punjab* (1967) 2 S.C.R. 762, 815 (India). Para una discusión de las limitaciones al atrincheramiento constitucional en las protecciones estructurales de la Constitución de India, véase Khosla, Madhav, "Addressing Judicial Activism in the Indian Supreme Court: Towards an Evolved Debate", *Hastings International and Comparative Law Review*, núm. 32, 2009, pp. 55, 93-94. Para el surgimiento doctrinal de la doctrina de las estructuras básicas, véase Khosla, Madhav, "Constitutional Amendment", en Choudhry, S. et. al. (eds.), *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, 2016, p. 232.

que la alteración inclusive estaba más allá del proceso de enmienda constitucional."⁷¹

La preservación de las estructuras básicas de la rendición de cuentas democrática brindó el principio organizador para una dramática serie de decisiones en años recientes en las cuales las cortes cúspide han abolido inclusive enmiendas constitucionales que son procedimentalmente adecuadas. La Suprema Corte colombiana exitosamente rechazó la concentración excesiva del poder ejecutivo cuando el Presidente Uribe intentó enmendar la Constitución para permitirse un tercer mandato presidencial.⁷² Las cortes constitucionales de Europa del Este retrasaron el procedimiento de exclusión política de los enemigos gubernamentales a través de leyes de depuración y requisitos del lenguaje para la representación en el parlamento.⁷³ La lista sigue, y la enseñanza acerca de la intervención judicial en democracias frágiles o comprometidas se ha vuelto más sustancial en tiempos recientes.⁷⁴ En uno de

⁷¹ Issacharoff, Samuel, *Fragile Democracies...* *op. cit.*, 2015, p.163. Véase Roznai, Yaniv, "Unconstitutional Constitutional Amendments—The Migration and Success of a Constitutional Idea", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 61, núm. 3, 2013, pp. 657, 660. (argumentando que la tendencia global es "avanzar hacia la aceptación de la idea de limitaciones —explícitas o implícitas— del poder de enmienda constitucional").

⁷² Dixon, Rosalind e Issacharoff, Samuel, "Living to Fight Another ...", *op. cit.*, pp. 716-718.

⁷³ Véase Roman, David, *Lustration and Transitional Justice: Personnel Systems in the Czech Republic, Hungary, and Poland*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 2011, pp. 65-92.

⁷⁴ Véase por ejemplo, Issacharoff, Samuel, *Fragile Democracies: Contested Power...* *op. cit.*, (examinando Sudáfrica, Turquía y Colombia entre otros); Crouch, Melissa, "Dictators, Democrats, and Constitutional Dialogue: Myanmar's Constitutional Tribunal", *International Journal of Constitutional Law*, Myanmar, vol. 16, 2018, p. 421; Dixon, Rosalind y Landau, David, "Tiered Constitutional Design", *George Washington Law Review*, vol. 86, 2018, p.438 (Ghana, Ecuador e India); Dixon, Rosalind y Ginsburg, Tom (eds.), *Comparative Constitutional Law in Latin America*, Edward Elgar, eds., 2017 (Latin America); Po Jen Yap, (ed.), *Judicial Review of Elections in Asia*, Reino Unido, Routledge, 2016 (East Asia); Sujit Choudhry, "How to Do Constitutional

sus aspectos de mayor alcance, las cortes constitucionales han desarrollado un marco doctrinal para rechazar las "enmiendas constitucionales inconstitucionales" que, inclusive si son presentadas de manera procedimentalmente adecuada, pueden retar la integridad de la futura rendición de cuentas democrática para ser rechazada bajo ese fundamento.⁷⁵

La doctrina de la Corte de India de preservar las estructuras básicas de la rendición de cuentas democrática entonces provee el marco necesario para la aserción de los retos judiciales a países unipartidistas como Malasia, donde también, como en el caso de Taiwán, correspondió a la fractura de la retención del poder por el partido hegemónico. En Malasia, la Corte Federal (la alta corte constitucional) inclusive se aventuró a la tensa área de la autoridad religiosa, al declarar que la revisión judicial y la interpretación constitucional son "elementos constitutivos fundamentales del poder de las cortes civiles" y que "como parte de la estructura básica de la constitución, no puede ser abrogada por las cortes civiles o conferidas a los tribunales islámicos ya sea por enmiendas constitucionales, por Acto del Parlamento o por la legislación estatal."⁷⁶

Law and Politics in South Asia", en Tushnet, Mark y Khosla, Madhav (eds.), *Unstable Constitutionalism: Law and Politics in South Asia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 18-44 (India); Choudhry, Sujit, "He Had a Mandate"; The South African Constitutional Court... *op. cit.*, (South Africa).

⁷⁵ Dixon, Rosalind y Landau, David, *Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine* ... *op. cit.*, p. 606.

⁷⁶ *Indira Gandhi a/p Mutho v. Pengarah Jabatan Agama Islam Perak & Ors.*, 2018, 1 Malayan L. J. 545 (FC), *Apud*. Tev, Yvonne, *Courts and Constitutional Adjudication in Contemporary Malaysia and Singapore* (trabajo sin publicar) (en archivo con su autora). Sobre la cuestión de las estructuras básicas, véase *Semenyih Jaya Sdn Bhd v. Pentadbir Tanah Daerah Hulu Langat*, 2017, 5 C.L.J. 526 (FC), párrs. 75, 84.

Como con la inicial formulación de la doctrina de las estructuras básicas en India, y como se ha repetido en numerosas invocaciones alrededor del mundo, la Corte Federal de Malasia proclamó que su estructura básica invalidaba una enmienda constitucional que podría haber despojado a la judicatura de su poder de revisar e invalidar ciertas categorías de la legislación.

Los críticos categóricos de la revisión judicial tienden a no mencionar el problema de la "tercera ola"⁷⁷ de la formación de la democracia en la cual el antecedente de autocracia o conflicto étnico produce instituciones democráticas profundamente imperfectas. Bellamy, por ejemplo, simplemente deja fuera todo el trabajo de las democracias modernas en la construcción de una política democrática. En su punto de vista, el fracaso político "tiende a surgir de la resistencia de ciertas minorías culturales, religiosas y étnicas basadas en el territorio y por las minorías socio-económicas al régimen de una mayoría nacional."⁷⁸ En estas situaciones, "la ausencia de una identidad política en común con sus conciudadanos dentro de la mayoría cultural puede reducir la habilidad de la minoría para formar alianzas con ellos respecto a ciertos ámbitos de política."⁷⁹ Este aspecto es entonces ejercido desde el argumento sobre la revisión judicial.

En el mundo actual de las instituciones democráticas asediadas, uno no puede simplemente apartar la difícil cuestión de la intervención judicial para preservar a las instituciones democráticas y el prospecto para la

⁷⁷ Huntington, Samuel P., *op. cit.*

⁷⁸ Bellamy, Richard, *op. cit.*, p. 233-234.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 234.

rendición de cuentas electoral. No es de extrañar que regímenes autoritarios renacientes frecuentemente encuentran sosiego en atacar cualquier rendición de cuentas ante la revisión judicial.⁸⁰ Mantener el poder político se convierte en el repudio a los límites judicialmente impuestos a las prerrogativas legislativas. Como ha enfatizado el líder de estado *de facto* polaco, Jaroslaw Kaczynski, "En una democracia, el soberano es el pueblo, su representante en el Parlamento y, en el caso polaco, el presidente electo... Si vamos a tener un estado de derecho democrático, ninguna autoridad estatal, incluyendo el Tribunal Constitucional, puede desatender a la legislación."⁸¹ Kaczynski gobierna detrás

⁸⁰ Para ser justos, también es posible que un autócrata pueda capturar a la judicatura al imponer el régimen gobernante, como ocurrió en Venezuela. Maduro utilizó a la Corte para, en efecto, suspender el Congreso después de que la oposición sorprendentemente triunfó en las elecciones. Casey, Nicholas y Torres, Patricia, "Venezuela Muzzles Legislature, Moving Closer to One-Man Rule", *New York Times*, 30 de marzo de 2017, <https://www.nytimes.com/2017/03/30/world/americas/venezuelas-supreme-court-takes-power-from-legislature.html> (describiendo la decisión sin precedentes de la corte de suspender la Asamblea Nacional); Strange, Hannah, "Venezuela Supreme Court Blocks Opposition's Parliamentary Super-Majority in 'Judicial Coup'", *Telegraph*, 31 de diciembre de 2015, <https://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/southamerica/venezuela/12076970/Venezuela-Supreme-Court-blocks-oppositions-parliamentary-super-majority-in-judicial-coup.html> (relatando la decisión de la corte para no nombrar a tres legisladores de la oposición bajo supuestas irregularidades en la votación, así le negó a la oposición una súper-mayoría). Como tema general, las cortes tienen más difícil la captura por el rezago de los nombramientos judiciales. Esto ocurre particularmente en sistemas parlamentarios en los que la cabeza del gobierno es típicamente también la cabeza de la mayoría legislativa hegemónica. Cfr. Koch, Jr., Charles H., "Envisioning a Global Legal Culture", *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2003, p.66. (notando que "la separación clave en el Sistema parlamentario es ... entre las instituciones democráticas de gobierno y la judicatura"). Cfr. Tew, Yvonne, "On the Uneven Journey to Constitutional Redemption: The Malaysian Judiciary and Constitutional Politics", *Pacific Rim Law and Policy Journal*, vol. 5, 2016, pp. 673, 678. (notando que la posición de la judicatura de Malasia en su enfrentamiento con el ejecutivo de 1988 fue debilitado seriamente por el hecho de que fue un Sistema parlamentario en el cual "el ejecutivo y la legislatura mantenían un control fuerte sobre el poder gubernamental").

⁸¹ Santora, Marc, "Amid Growing Uproar, Poland to Remove 27 Supreme Court Justices", *New York Times*, 3 de Julio de 2018, <https://www.nytimes.com/2018/07/03/world/europe/poland-supreme-court-judiciary.html>.

de una mayoría parlamentaria gobernante, dispensando con la pretensión de inclusive tener cualquier otra posición formal que no sea ser Miembro del Parlamento. Desde ese nicho, él ha desmantelado exitosamente a la Corte Constitucional polaca, purgado gran parte de la Corte Suprema, y forzado a la Constitución a doblarse con mayor frecuencia al gobierno unipartidista.⁸²

El rol de las cortes en resistir la recaída democrática en los Estados democráticos débiles es el tema de mi monografía *Fragile Democracies* (Democracias Frágiles),⁸³ cuyo argumento no quiero repetir aquí. En su lugar, el objetivo aquí es empujar las fronteras de los argumentos acerca de la revisión judicial más allá del contexto de las democracias sin consolidar. Las presiones a la debilidad institucional o a los defectos del diseño en las democracias establecidas traen los elementos de fragilidad a la superficie inclusive en casos en los que se cumplirían las fronteras estrechas de las verdaderas democracias como las identificarían Waldron y Bellamy. La experiencia de las cortes constitucionales fuertes en las democracias emergentes nos ayuda a esclarecer una forma de intervención judicial que atiende no los resultados de un proceso legislativo ni los derechos de particulares como tal, sino la integridad del proceso democrático que condiciona el legislar. Pero la extrema fragilidad de las democracias nacientes puede revelar una tensión

⁸² Véase Choudhry, Sujit, "Will Democracy Die in Darkness? Calling Autocracy By Its Name", en Graber, Mark, et al. (eds.), *Constitutional Democracies in Crisis?*, 2008, pp. 571-573; Sadurski, Wojciech, "How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding", *Sydney Law School Research Paper No. 18/01*, The University of Sydney, 2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3103491##.

⁸³ Véase Issacharoff, Samuel, *Fragile Democracies: Contested Power...* op. cit.

generalizable en el auto-gobierno democrático. En resumen, la afirmación aquí no es que el mundo está dividido entre democracias frágiles y un manojo de democracias estables, la mayoría que emergen de los remanentes del imperio inglés. En cambio, el argumento es que todas las democracias se pueden volver frágiles bajo la presión excesiva en las precondiciones estructurales para la gobernanza democrática, al menos algunas veces.

c. El Corazón Democrático

Si bien los ejemplos de Taiwán, Europa del Este o India son extremos, tienen resonancia inclusive en países democráticamente establecidos. Hay tentaciones para que las autoridades titulares evadan las estructuras formales de rendición de cuentas que limitan su poder inmediato (la función "enfriadora" de George Washington) o para destruir los mecanismos electorales que, habiéndoles facilitado un cargo, pueden llevar a su destitución. Richard Pildes y yo hemos referido que el problema de "candados" en el poder por los titulares es una justificación preponderante para la intervención judicial y también como principio guía para distinguir el refuerzo democrático de una mera imposición por la judicatura.⁸⁴

Cuando la Corte Suprema estadounidense se aventuró en la "maraña política" en los Casos de Redistribución de 1960,⁸⁵ fue el fracaso de la

⁸⁴ Issacharoff, Samuel y Pildes, Richard H., "Politics as Markets: Partisan Lockups of the Political Process", *Stanford Law Review*, vol. 50, núm. 3, 1998, pp. 643, 646-48.

⁸⁵ *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 633, 1964; *WMCA v. Lomenzo*, 377 U.S. 633, 1964; *Maryland Committee for Fair Representation v. Taws*, 377 U.S. 656, 1964; *Davis v. Mann*, 377 U.S. 656, 1964;

rendición de cuentas electoral lo que brindó la justificación doctrinal clave, como luego resultó ser cierto en Taiwán. El hecho medular de los casos de corte político de 1960 fue que el *establishment* político estadounidense se rehusó a redistribuir el poder político de 1910 en adelante.⁸⁶ En la medida en la que crecía la población, urbanizada, y acogía a nuevas generaciones de inmigrantes, el acto de redistribución pudo cambiar el poder político de Estados Unidos rural a los baluartes numéricos de una nación que se urbanizaba e integraba. Inclusive el Congreso, a pesar de existir un deber constitucional expreso para redistribuir después de cada censo decenal, se rehusó a hacerlo después de que el censo de 1920 confirmó el alza del Norte urbano e industrial.⁸⁷ El poder absoluto ama el poder, absolutamente.

De manera que avanzaba el siglo veinte, la negativa de redistribuir significó que algunos condados tenían una representación 60 veces más grande, o inclusive 100 veces más grande, como otros condados en una base per cápita.⁸⁸ Aun cuando el principio "una persona, un voto"

Roman v. Sincok, 377 U.S. 695, 1964; Lucas v. Forty-Fourth General Assembly of Colorado, 377 U.S. 713, 1964.

⁸⁶ Issacharoff, Samuel *et. al.*, *The Law of Democracy... op. cit.*, p.165. (notando que los representantes de áreas cuya población no ha aumentado eran reacios a redistribuir sus estados, sabiendo que esto los llevaría a perder el poder).

⁸⁷ Karlan, Pamela S., "Reapportionment, Nonapportionment, and Recovering Some Lost History of One Person, One Vote", *William and Mary Law Review*, vol. 59, Standford Public Law Working Paper, 2018, p. 1940. (citando a Eagles, Charles W., *Democracy Delayed: Congressional Reapportionment and Urban-Rural Conflict in the 1920s*, Atenas, University of Georgia Press, 1990, pp. 82-83.

⁸⁸ Issacharoff, Samuel, "Regulating the Electoral Process, Judging Politics: The Elusive Quest for Judicial Review of Political Fairness", *Texas Law Review*, vol. 71, 1993, pp. 1643, 1665. (notando la disparidad de 41-a-1 en *Reynolds v. Sims*); Véase también David, Paul T. y Eisenberg, Ralph, *Devaluation of the Urban and Suburban Vote 3*, University of Virginia, 1961. (notando una disparidad de 900-a-1 en la Cámara baja de Vermont).

no estaba consagrado como doctrina constitucional, no había duda que el principio intuitivo de las partes alícuotas entre los votantes estaba en grave deterioro. En última instancia, lo que fundó la doctrina de la pregunta política fue la somera futilidad de buscar la compensación política para obtener más poder político. En el caso seminal de *Baker v. Carr*, el Juez Tom Clark capturó perfectamente el absurdo de una solución legislativa:

Si bien considero que el estatuto de distribución de Tennessee ofende la Cláusula de Igual Protección, no pensaría en una intervención por parte de esta Corte en tan delicado ámbito si hubiera algún otro tipo de solución disponible para la gente de Tennessee... no encuentro otra más que a través de las cortes federales. La mayoría de los votantes se han enredado en una camisa de fuerza legislativa. Tennessee tiene un electorado "informado y cívicamente militante" y una "excitada conciencia popular", pero no cauteriza "la conciencia de los representantes del pueblo". Esto es porque la política legislativa ha remachado los escaños actuales en la Asamblea para sus respectivas circunscripciones y por los votos de sus titulares se impide una redistribución de cualquier tipo... Entonces debemos concluir que las personas de Tennessee están estancadas y que sin intervención judicial estarán montadas con la discriminación presente en los asuntos de su gobierno estatal.⁸⁹

⁸⁹ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 258-59, 1962, (Clark, J., con voto concurrente). Enfocándose en las estructuras de gobernanza también permite una crítica de las cortes que no atienden deformidades estructurales en el proceso político. Como ha útilmente distinguido el Juez Clark áreas de gobernanza que están más allá de la reparación democrática, la reciente decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos de América sobre la manipulación partidaria nos enseña que esta distinción no está internalizada en el derecho constitucional estadounidense. Más que ver el tema de la integridad democrática, todos los miembros de la Corte,

Muy frecuentemente, los casos que demandan atención son intervenciones judiciales cuando la legislatura ha actuado perniciosamente, como en la adjudicación de poder taiwanesa, o con la exclusión de los votantes de color en Sudáfrica o con la declaración de los poderes de emergencia en India. Más complicada que una adjudicación de poder a través de la acción legislativa es la negativa a actuar por parte del legislativo y la correspondiente falta de responsabilidad política ante el electorado. Uno de los obstáculos para entrar a la maraña política para confrontar la negativa para redistribuir fue la dificultad legal generalizada con los actos de omisión versus los actos de comisión. Sin embargo, la pasividad legislativa frente a la consolidación de poder también puede ser propicia para la intervención judicial crítica.

El Brexit es un ejemplo didáctico. Cada uno de los partidos principales estaba y está muy dividido sobre la cuestión de la integración europea, la inmigración, la autoridad reguladora de la Unión Europea y un sinnúmero de temas subsidiarios en el corazón de las divisiones políticas inglesas. El resultado fue un mal visto referéndum. En efecto, esto fue un gambito desesperado por un primer ministro débil para compensar por la falta de liderazgo parlamentario para hacerse cargo de un asunto político explosivo. La estrategia de evasión fue escenificar una apelación directa para la población. El Primer Ministro Cameron, como muchos políticos fracasados, juzgó mal los tiempos y fue repudiado por los votantes. Cameron rápidamente abandonó la escena y un

bajo una variedad de teorías, reconocerían sólo un derecho individual para votar en un distrito individual y ningún daño sistemático de la falta de respuesta del proceso político. Gill v. Whitford, 138 S.Ct. 1916, 1929-30 (2018).

gobierno Tory escarmentado se formó bajo la Primer Ministra Theresa May.⁹⁰

Incapaz o reticente a resistir la ola de enojo populista, el nuevo gobierno anunció su intención de implementar el voto del Brexit como la voz del pueblo. El resultado fue un intento para desenmarañar a Inglaterra de la Unión Europea por medio de una decisión ejecutiva. Esto provocó un gran reto legal en la Corte Suprema de Reino Unido, ahora formalmente desprendida de la Cámara de los Lores. El caso *Miller* propicio una destacable discusión acerca de la naturaleza de la gobernanza democrática británica y la importancia del orden institucional. La consulta fue la siguiente:

[La] ley concibe al derecho interno, y por lo tanto, los derechos de los ciudadanos del Reino Unido, como cambiante a medida que el derecho de la Unión Europea varía, pero no concibe que estos derechos cambien como resultado de que los ministros unilateralmente decidan que el Reino Unido debería retirarse de los Tratados de la Unión Europea.⁹¹

El hecho de que un gobierno débil hubiera apelado directamente sobre la cabecera del Parlamento para enfurecer a los votantes no alteró los compromisos institucionales a la supremacía democrática del

⁹⁰ Véase de manera general, Hobolt, Sara B., "The Brexit Vote: A Divided Nation, a Divided Continent", *Journal of European Public Policy*, vol. 23, núm. 9, 2016, pp. 1259-77.

⁹¹ R v Secretary of State, 2017, UKSC 5, <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0196-judgment.pdf>.

Parlamento. Tampoco pudo el Primer Ministro invocar la aprobación plebiscitaria como un sustituto para un proceso institucional adecuado.

La pregunta es si un punto de partida doméstico, introducido por el Parlamento, puede dejarse de lado o se pudo haber intentado dejar de lado, por una decisión del ejecutivo del Reino Unido sin la autorización expresa del Parlamento. No podemos aceptar que un gran cambio a los arreglos constitucionales del Reino Unido puede ser logrado solamente por los ministros, debe ser efectuado en la única manera reconocida por la constitución de Reino Unido, siendo ésta la legislación Parlamentaria. Nos parece que esta conclusión deriva de la aplicación ordinaria de conceptos básicos del derecho constitucional para el tema en comentario.⁹²

Sin lugar a dudas, en última instancia habría sido una retribución política para todo el embrollo del Brexit, incluyendo a la Primera Ministra May. Quizás en ausencia de la intervención judicial, el liderazgo parlamentario tendría que haber pagado el precio para cualquier dislocación subsiguiente y su fracaso para descargar las responsabilidades de liderazgo bajo la constitución parlamentaria británica. Pero en el momento político inmediato, la Suprema Corte forzó una justificación política. La intervención de la Corte no predeterminó la decisión final del Brexit ni un sustituto para la rendición de cuentas política del Parlamento. En cambio, en un estilo que raya en el poder suave de la democracia, la

⁹² R v Secretary of State, 2017, UKSC 5, *op. cit.*

intervención limitada encaminada a reforzar las restricciones constitucionales necesarias para la gobernanza democrática.

IV. El poder suave de la democracia

Más allá de los mandamientos formales de la rendición de cuenta electoral, están las normas de gobernanza democrática que ejercen un poder suave sobre generaciones sucesivas de gobernantes. En su mayoría, estas normas son fronteras de restricción en tanto los ciudadanos y gobernantes vienen a internalizar los elementos críticos de la democracia: la aceptación de la legitimidad de una oposición, el prospecto de que los resultados variarán de elección a elección y las limitaciones institucionales que propician la continuidad en las experiencias vividas de la ciudadanía. Justo como ninguna sociedad exitosa puede depender exclusivamente en las sanciones expresas de la ley, ninguna democracia puede sobrevivir a menos de que algunas normas de continuidad y moderación en la gobernanza sean aceptadas por la clase política. La idea de una "rivalidad regulada" entre adversarios legítimos amortigua el riesgo de agitaciones y violencia en favor de "la legitimidad del conflicto en curso, manejado e institucionalizado."⁹³

Los caminos institucionales para la gobernanza democrática sirven para retrasar las demandas de satisfacción inmediata de una mayoría momentánea. Esa gratificación retardada frustra a los insurgentes populistas

⁹³ Rosenblum, Nancy L., *On the Side of Angels: An Appreciation of Parties and Partisanship*, Princeton, Princeton University Press, 2008, p. 121. (Invocando la enmarcación de Edmund Burke de los partidos como rivales regulados).

quienes ven a los límites institucionales como un impedimento. Al efecto atemperador de los partidos políticos institucionalizados vienen los candidatos independientes y carismáticos que están cada vez más desconectados de cualquier experiencia gubernamental. A los arduos procesos del procedimiento administrativo llegan las exigencias para "drenar el pantano". A la separación del poder fiscalizador de mandamientos directos políticos viene la consigna de "encarcélenla". Y para la dificultad de trabajar los vericuetos legislativos viene el recurso a los decretos ejecutivos.⁹⁴ En gran medida, estas son las frustraciones a la intermediación política que aquejan a cada nueva administración en todas las democracias. El barco del estado es enrevesado y altera su curso dubitativamente.

Hay más cosas en juego actualmente que las dificultades normales de gobernar. No hay escape de los esfuerzos hechos para cerrar cualquier posibilidad de que la oposición política pueda revertir la tendencia electoral. En Carolina del Norte, por ejemplo, la gubernatura ha cambiado de manera bastante constante entre los Republicanos y los Demócratas desde el reajuste partidario de finales de la década de 1960. Pero en el cambio más reciente de este tipo en 2017, los Republicanos usaron su mayoría legislativa para intentar neutralizar a la oficina del gobernador en su totalidad, lo cual privó al Demócrata electo de sus poderes tradicionales de encargo y varios elementos normalmente

⁹⁴ La frustración populista con las normas de gobernanza democrática es analizada más a fondo en Issacharoff, Samuel, "Populism Versus Democratic Governance", en Graber, Mark *et. al.* (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 445.

característicos de la oficina ejecutiva.⁹⁵ Como en todos los encierros clásicos, el objetivo era consolidar las ganancias electorales pasadas y eliminar la capacidad de que los opositores políticos obtuvieran poder al cambiar las reglas del juego.⁹⁶ Entonces, en diciembre de 2016, menos de dos semanas antes de la ceremonia de investidura del gobernador Demócrata electo Roy Cooper, la legislatura controlada por Republicanos de Carolina del Norte aprobó un paquete de restricciones en los poderes del gobernador, reduciendo el número de empleados estatales que el gobernador podía nombrar de 1,500 a 425, lo cual desbarató el poder del gobernador de nombrar una mayoría a la influyente Junta Estatal de Elecciones, requiriendo que los nombramientos al gabinete del gobernador fueran aprobados por un senado estatal controlado por los Republicanos y significativamente minando la jurisdicción de la Suprema Corte estatal que era controlada por los Demócratas.⁹⁷ Este proceso fue detenido por la Suprema Corte,⁹⁸ la cual resolvió que la legislación obstruía la habilidad del gobernador de asegurarse de que las leyes fueran ejecutadas fielmente.⁹⁹ Sin ser fácilmente disuadida, la Asamblea General presentó múltiples enmiendas a la Constitución estatal, que se tenían como objetivo el mismo intento de

⁹⁵ Trip, Garbiel, "North Carolina G.O.P. Moves to Curb Power of New Democratic Governor", *New York Times*, 14 de diciembre de 2016, <https://www.nytimes.com/2016/12/14/us/politics/north-carolina-governor-roy-cooper-republicans.html>.

⁹⁶ Para una reseña de las manipulaciones persistentes de las reglas de la elección para consolidar logros Republicanos, véase Curtis, Michael Kent, "Racial Gerrymanders, Partisan Gerrymanders, and Voting Rules as Tools for Partisan Entrenchment", *Wake Forest University Legal Studies Paper*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3247292.

⁹⁷ Fausset, Richard, "North Carolina Governor Signs Law Limiting Successor's Power", *New York Times*, 16 de diciembre de 2016, <https://www.nytimes.com/2016/12/16/us/politics/north-carolina-governor-roy-cooper-north-carolina.html>.

⁹⁸ *Cooper v. Berger*, 809 S.E.2d 98, N.C. 2018.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 116.

frustrar cualquier ejercicio habitual de los poderes de gobernación por un Demócrata.¹⁰⁰

A nivel nacional, uno de los fundadores de la Sociedad Federalista abogó por tomar ventaja de un presidente y Congreso Republicano para aumentar por un factor de 2.5 el número de jueces federales de apelación, embestir los nombramientos y sellar a la judicatura como un recuerdo Republicano por una generación o más.¹⁰¹ A nivel ejecutivo, las normas en contra del involucramiento presidencial con las investigaciones criminales se han perdido ante repetidas demandas del Presidente Trump de acusar a todos desde Hillary Clinton hasta ex funcionarios gubernamentales que han desatado la ira presidencial.¹⁰²

En Estados Unidos y en el extranjero, la política ha pasado de ser el marco mediador institucional de los partidos a campañas individuales

¹⁰⁰ Hendrickson, Dave, "Here's a Look at North Carolina's Proposed Constitutional Amendments", *WRAL*, 10 de Agosto de 2018, <https://www.wral.com/here-s-a-look-at-north-carolina-s-proposed-constitutional-amendments/17715772/>.

¹⁰¹ Hirji, Shams y Calabresi, Steven G., "Proposed Judgeship Bill", *Northwestern University Pritzker School of Law Public Law and Legal Theory Series*, núm. 15-18, 2017, <https://thinkprogress.org/wp-content/uploads/2017/11/calabresi-court-packing-memo.pdf>.

¹⁰² Bennett, John T., "Trump Urges Sessions to Investigate His Political Foes", *Roll Call*, 24 de Agosto de 2018, <https://www.rollcall.com/news/politics/trump-urges-sessions-to-investigate-his-political-foes>; Baker, Peter, "Lock Her Up' Becomes More Than a Slogan", *New York Times*, 14 de noviembre, 2017, <https://www.nytimes.com/2017/11/14/us/politics/trump-pressure-clinton-investigation.html>; Trump, Donald J., "Everybody is asking why the Justice Department (and FBI) isn't looking into all of the dishonesty going on with Crooked Hillary & the Dems.", *Twitter*, 3 de noviembre de 2017, <https://twitter.com/realDonaldTrump/status/926403023861141504>; Trump Donald J., ("Si los demócratas piensan que van a malgastar el dinero del contribuyente investigándonos a nivel de la Cámara, entonces también nos veremos obligados a considerar investigarlos por todas las filtraciones de información clasificada, y mucho más, a nivel del Senado. ¡Dos pueden jugar ese juego!", *Twitter*, 7 de noviembre de 2018, <https://twitter.com/realdonaldtrump/status/1060155917059219461>).

con un aire decididamente plebiscitario. Una variante algo extrema de esto podemos encontrarla en Italia, en donde un grupo anti gobernanza sin una plataforma política está aliado con un partido de derecha enraizado en un sentimiento anti-inmigrante.¹⁰³ A esto puede añadirse la revisión radical de las instituciones post-1989 en Hungría y Polonia y los esfuerzos repetidos en cada caso de dismantelar a la judicatura como fuente de resistencia.¹⁰⁴

Las experiencias en Polonia y Hungría ciertamente ponen en duda la capacidad judicial fundamental de interceder exitosamente a favor del poder suave de la democracia. Cada caso presenta una amenaza a la democracia desde procesos e instituciones reconocibles de gobernanza democrática, en contraposición con la aparición repentina de tanques de guerra en las calles. En este sentido es importante distinguir los riesgos de las democracias no liberales del siglo XXI, de los Estados militares dictatoriales del siglo pasado. La presunta legitimidad de las elecciones, incluso bajo condiciones comprometidas, disuade los retos más manifiestos al gobierno civil.¹⁰⁵ Al mismo tiempo, los

¹⁰³ Véase de manera general Stille, Alexander, "Not So Funny", *New York Books*, 10 de Mayo de 2018, <https://www.nybooks.com/articles/2018/05/10/beppe-grillo-not-so-funny/>.

¹⁰⁴ Véase, por ejemplo, Santora, Marc, "Poland Purges Supreme Court, and Protesters Take to Streets", *New York Times*, 3 de Julio de 2018, <https://www.nytimes.com/2018/07/03/world/europe/poland-supreme-court-protest.html>; Kingsley, Patrick, "After Viktor Orban's Victory, Hungary's Judges Start to Tumble", *New York Times*, 1 de Mayo de 2018, <https://www.nytimes.com/2018/05/01/world/europe/hungary-viktor-orban-judges.html>. Para un recuento más extensivo de los cambios no liberales recientes a la Corte Constitucional de Hungría, Véase Scheppele, Kim Lane, "Understanding Hungary's Constitutional Revolution", en Bogdandy, Armin von y Sonnevend, Pál (eds), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Reino Unido, Hart, Bech y Nomos, 2015, pp. 111-124.

¹⁰⁵ Bermeo, Nancy, "On Democratic Backsliding", *Journal of Democracy*, vol. 27, núm. 1, 2016, pp. 5, 15.

retos difíciles, particularmente frente al sentimiento populista anti-institucional, no suelen referir al uso formal de cambios constitucionales dramáticos, como en Taiwán. Es más común un proceso de recaída democrática que ocurre cuando un gobierno democráticamente electo usa herramientas lícitas para manipular las reglas e instituciones para retener su poder. En lugar de una enmienda constitucional de alto voltaje, las herramientas del "derecho constitucional ordinario, derecho administrativo e interpretación jurídica" quizás sean las llaves clave para mover "esos abusos del poder público".¹⁰⁶

Considere la experiencia en Polonia desde que el Partido de Ley y Justicia (PiS) ganó una mayoría legislativa en las elecciones parlamentarias de 2015. La judicatura nacional probó ser un impedimento sustancial para la consolidación del poder por la coalición legislativa controladora¹⁰⁷ —un libro de tácticas que decididamente se extiende de Carolina del Norte a Venezuela y más allá. A través de una serie de pasos incluyendo la negativa para financiar la publicación de las decisiones de la Corte Constitucional y luego inundar el tribunal con funcionarios designados leales, los leales del PiS se numeraban nueve de quince miembros del Tribunal, incluyendo a su presidente y vicepresidente.¹⁰⁸ La subversión de la autoridad legal se logró al evitar una sola enmienda

¹⁰⁶ Choudhry, Sujit, "Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment: A Reply to Rosalind Dixon and David Landau", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 3, 2017, pp. 826, 829-830.

¹⁰⁷ Choudhry, Sujit, "Will Democracy Die in Darkness?... *op. cit.*", pp. 571, 572-573.

¹⁰⁸ Buras, Piotr y Knaus, Gerald, *Foundation, Where The Law Ends*, European Stability Initiative, Batory Foundation, 29 de Mayo de 2018, http://www.batory.org.pl/upload/files/Programy%20operacyjny/Forum%20Idei/ESI-ideaForum_Batory%20-%20Poland%20and%20the%20end%20of%20the%20Rule%20of%20Law.pdf

constitucional comprensiva y trabajando relativamente lento y a través de maniobras altamente técnicas y procedimentales.¹⁰⁹ Wojciech Sadursky argumenta que este conjunto de medidas "produce un efecto acumulativo" en el cual "el todo es más grande que la suma de sus partes."¹¹⁰ Cada paso era calculado para "asegurar que las siguientes fases navegaran sin ningún tipo de escrutinio."¹¹¹ Lejos de estar satisfecho, a principios de julio de 2018, el PiS forzó el retiro de veintisiete de los setenta y dos jueces de la Suprema Corte, incluyendo al juez supremo, a través de una ley que ordenaba que los jueces se retiraran a la edad de sesenta y cinco a menos de que obtuvieran un indulto personal del Presidente Duda, quien tenía absoluta discrecionalidad sobre esta provisión de retiro.¹¹²

Uno sólo tiene que voltear a Hungría para ver el camino anticipado en Polonia. En el 2010, con cincuenta y tres por ciento del voto popular, el gobierno del Primer Ministro Viktor Orban obtuvo el sesenta y ocho por ciento de los escaños en el Parlamento.¹¹³ Estos dos tercios de la

¹⁰⁹ Choudhry, Sujit, "Will Democracy Die in Darkness?...", *op. cit.*, p. 576. Para un recuento comprensivo del asalto sistémico a los límites constitucionales en Polonia, véase Sadursky, Wojciech, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

¹¹⁰ Sadursky, Wojciech, *op. cit.*, p.58.

¹¹¹ *Ídem.* (citando a Koncewicz, Tomasz Tadeusz, "Farewell to the Separation of Powers: On the Judicial Purge and the Capture in the Heart of Europe", *Verfassungsblog*, 19 de julio de 2017, <https://verfassungsblog.de/farewell-to-the-separation-of-powers-on-the-judicial-purge-and-the-capture-in-the-heart-of-europe/>).

¹¹² Santora, Marc, "Poland Purges Supreme Court, and Protesters Take to Streets", *op. cit.*; Véase también Sadurski, Wojciech, "Polish Chief Justice of the Supreme Court Under Pressure: WhatNow?", *Verfassungsblog*, 5 de juliode2018, <https://verfassungsblog.de/polish-chief-justice-of-the-supreme-court-under-pressure-what-now/>.

¹¹³ Lane Scheppelle, Kim, "Autocratic Legalism", *University of Chicago Law Review*, vol. 85, 2018, pp. 545, 549.

súper-mayoría permitieron que el parlamento unicameral fundamentalmente rescribiera la constitución de 1989-1990 así como grandes bloqueos de legislación para desafiar la independencia de la judicatura, los medios, la oficina del fiscal, la autoridad tributaria y la comisión de elecciones así como extender el alcance del poder del gobierno en instituciones de la sociedad civil.¹¹⁴ Lo clave aquí también fue que se dio la neutralización de la judicatura a través de retiros forzados, acoso y amenazas.¹¹⁵

El camino a la invalidación judicial de ciertas leyes específicas que abrogan las estructuras de la democracia está bien establecido, si bien son difíciles de ejecutarse satisfactoriamente. La interdicción judicial de violaciones a las normas democráticas es menos aparente que el poder más establecido de anular la legislación ofensiva. Sin embargo, hay algunos ejemplos de intervención judicial que están destinados no tanto a forzar una confrontación directa con la legislación ofensiva sino más bien a restaurar la toma de decisiones hacia los canales políticos normales de manera que se refuerce el poder suave. Este enfoque de restaurar la política normal ayuda a capturar el rol de la Suprema Corte de Estados Unidos de forzar reclamos ejecutivos de la exigencia de seguridad nacional hacia el esquema de demandar la acción del Congreso para apoyar y asumir la responsabilidad por las medidas de emergencia. Como he referido con anterioridad en mi trabajo con

¹¹⁴ *Idem.*

¹¹⁵ Kingsley, Patrick, "After Victor Orban's Victory, Hungary's Judges Start Tumble", *op. cit.*; Lane Scheppele, Kim, *op. cit.*, p. 549 (citando a Peter Szepshazi, un juez titular húngaro, especulando que ellos "pudieron ser amenazados por personas... que les pudieron dar el mensaje de que sería mejor que se detuvieran").

Richard Pildes, esto ha sido la clave para la aprobación judicial en casos de poderes de guerra, bajo las líneas de la tipología del Juez Jackson en *Steel Seizure Cases* (Casos de Incautación de Acero).¹¹⁶ De manera similar, la decisión del Brexit en el caso *Miller vs. El Secretario de Estado* puede ser vista como convincente de las formas adecuadas de la deliberación democrática en el parlamento más que el recurso para una acción ejecutiva.¹¹⁷

Existen algunos mecanismos que Rosalind Dixon llama el aplazamiento de primer orden que permiten una declaración de inconstitucionalidad o incompatibilidad con la más alta autoridad controladora para regresar a las manos de la legislatura la habilidad de reasumir el asunto después de una determinación judicial adversa.¹¹⁸ Estos ejemplos

¹¹⁶ Issacharoff, Samuel y Pildes, Richard H., "Between Civil Libertarianism and Executive Unilateralism: An Institutional Process Approach to Rights During Wartime", *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 5, 2004, pp. 32-35 (examinando cómo las cortes usan el marco institucional en el voto concurrente del Juez Jackson en el caso *Youngstown* para adjudicar casos de presuntos abusos a la seguridad nacional). En *Youngstown*, el Juez Jackson argumentó que el alcance de los poderes del Presidente dependían en su "disyunción o conjunción con aquellos del Congreso." *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 634-35, 1952 (Jackson, J., voto concurrente). Jackson propuso un marco tripartita, proponiendo que los poderes del Presidente eran los más fuertes cuando actúa bajo autorización del Congreso y que están en su punto más bajo sin la autorización del Congreso y en una zona de crepúsculo cuando el Congreso guarda silencio. *Ibidem*, p. 637.

¹¹⁷ *R v Secretary of State*, 2017, UKSC 5, 82, <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0196-judgment.pdf> ("No podemos aceptar que sólo los ministros puedan lograr un cambio importante en los arreglos constitucionales del Reino Unido; debe realizarse de la única manera que la constitución del Reino Unido reconoce, es decir, mediante la legislación parlamentaria.")

¹¹⁸ Véase Dixon, Rosalind e Issacharoff, Samuel, "Living to Fight Another ...", *op. cit.*, p. 687; Delaney, Erin F., "Analyzing Avoidance: Judicial Strategy in Comparative Perspective", *Duke Law Journal*, vol. 66, núm. 1, 2016, p. 43 ("After a judicial finding of unconstitutionality, a delay in the declaration of invalidity permits the legislature to remedy the violation in the first instance.")

incluyen la provisión "de salvaguarda" canadiense¹¹⁹ y los mecanismos similares de la comunidad europea para un reconocimiento legislativo de un fallo judicial adverso. En el contexto europeo las legislaturas nacionales pueden comprometerse nuevamente con la importancia del objetivo de la política a través de la "derogación."¹²⁰ Mientras que cada una en la práctica se encamina a restaurar el balance constitucional (aunque el poder canadiense casi nunca es invocado) tampoco se dirige específicamente a valores menos obligatorios de deliberación democrática atemperada.

Empujando este rol judicial un poco más, están los casos en los que las cortes buscan reforzar los vericuetos institucionales adecuados y así reorientar el compromiso democrático ya sea por diseño o por resulta. Dos ejemplos de Canadá y Sudáfrica ilustran este punto.

a. La secesión de Quebec

Apenas hace veinte años el destino de Canadá como nación parecía peligrar. El nacionalismo de Quebec estaba en su punto más alto y el separatista *Parti Québécois* era la fuerza política más grande en la provincia.

¹¹⁹ *Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, párr. 33, 1982, being Schedule B to the Canada Act, 1982, c 11, Reino Unido.*

¹²⁰ Roach, Kent, "Constitutional, Remedial, and International Dialogues About Rights: The Canadian Experience", *International Law Journal*, vol. 40, 2005, pp. 537, 543 (describiendo la Cláusula de salvaguarda en la constitución canadiense); Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 15, Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221 (dando un derecho a la derogación "en tiempo de Guerra u otra emergencia pública que amenace la vida de la nación" para ser estrictamente construido y sujeto a varias excepciones) véase Dixon, Rosalind e Issacharoff, Samuel, "Living to Fight Another ...", *op. cit.*, p. 685.

La Corte Suprema canadiense se enfrentó a una cuestión fundamental y sin precedentes: "[N]os han pedido resolver acerca de la legalidad de la secesión unilateral 'bajo la Constitución de Canadá."¹²¹ Como en la mayoría de las democracias, la constitución canadiense guardó silencio acerca de los contornos exactos de la democracia canadiense: "[l]a naturaleza democrática y representativa de nuestras instituciones políticas fue simplemente asumida."¹²² No había principios mediadores en el derecho constitucional canadiense ni principios generales democráticos que pudieran resolver el conflicto aparente si una mayoría de los quebequenses optaban por la independencia mientras que una mayoría de la más amplia circunscripción canadiense (incluyendo los quebequenses) votaban para preservar la integridad territorial de Canadá. En cambio, la política canadiense había subsumido por mucho tiempo una forma de representación separada de los quebequenses a través del requisito del Partido Liberal vigente de que el liderazgo del partido se alternara entre anglo y francoparlantes y la práctica del partido de fijar cuotas informales para los escaños en el gabinete entre los dos grupos.¹²³ La cuestión era de identidad más que de opresión nacional o subyugación obligada —que son las tarifas habituales de las demandas de derechos.

La Corte evitó una resolución constitucional de primer orden (p.e. existe o no un derecho de secesión) en favor de reforzar la capacidad para el

¹²¹ Reference re Secession of Quebec, 1998, 2 S.C.R. 217.

¹²² *Ibidem*, p. 253.

¹²³ O'Leary, Brendan, "Debating Consociational Politics: Normative and Explanatory Arguments", en Sid, Noe (ed.), *From Power Sharing to Democracy: Post Conflict Institutions in Ethnically Divided Societies*, Montreal y Kingston, McGill- Queen's University Press, 2004, pp. 3, 16.

debate político democrático. La intervención de la corte garantizó que los reclamos separatistas tuvieran el derecho de iniciar un diálogo sobre la disolución del país. En lo que es conocido como el requisito de "clara mayoría/pregunta clara", la Corte sostuvo que una mayoría de los quebequenses tendrían el derecho de iniciar un proceso de renegociación política cuyo resultado sería la secesión, aunque esos términos siguen sin ser especificados.

Un referéndum indudablemente podría proveer un método democrático de establecer las posturas del electorado sobre cuestiones políticas importantes en una ocasión en particular. El principio democrático identificado con anterioridad demandaría que se diera un peso considerable a la expresión clara del pueblo de Quebec de su voluntad para separarse de Canadá, incluso si un referéndum, en sí mismo y sin más, no tiene un efecto legal directo y puede no lograr por sí solo la secesión unilateral.¹²⁴

Si bien resulta inusual como tema constitucional,¹²⁵ el efecto fue crear mecanismos tanto de consulta popular como de deliberación legislativa para desactivar y difuminar las tensiones nacionalistas crecientes, algo que en ese momento había alcanzado el nivel de ataques terroristas en el nombre de la independencia de Quebec.

¹²⁴ 2 S.C.R. p. 265.

¹²⁵ Véase Sujit Choudhry, "Popular Revolution or Popular Constitutionalism? Reflections on the Constitutional Politics of Quebec Secession", en Bauman, Richard W. y Kahana, Tsvi (eds.), *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 480, 487.

El requisito mínimo de un resultado claro sobre una pregunta clara, como fraseaba la determinación,¹²⁶ nunca fue puesto a prueba. El último referéndum en Quebec se dio en 1995 y se perdió por menos de un punto porcentual. Pero la capacidad para que un discurso democrático que llevara a negociaciones parlamentarias permitió que se dieran algunas reformas muy necesarias y marcó el fin de las tensiones nacionalistas en Quebec. Para el 2014, el nacionalista *Parti Québécois* se convirtió en una minoría inclusive en la legislatura provincial de Quebec y Canadá el día de hoy tiene tanto un Primer Ministro de origen francés como un Juez Presidente de su Suprema Corte que es francófono.

Canadá nos brinda un ejemplo útil y muy influyente de cómo las cortes respetan y refuerzan las fronteras de la política democrática. La corte sabiamente desactivó el sentido de que Quebec estaba siendo agraviado y utilizó su autoridad constitucional en servicio de la democracia. En ningún punto, sin embargo, estuvo Canadá en riesgo de descender a una guerra civil o a un derramamiento de sangre masivo en las disputas sobre Quebec. Esto fue la primacía de la política en una sociedad decididamente madura y decente, lo cual fue reforzado por la intervención de la corte, más que suplantarla.

b. La anticorrupción en Sudáfrica

La constitución de Sudáfrica no aporta suficientes controles al poder unilateral, un defecto que se volvió aparente una vez que el liderazgo

¹²⁶ 2 S.C.R. p. 219 ("Un voto mayoritario claro en Quebec sobre una cuestión clara en favor de la secesión conferiría legitimidad democrática sobre la iniciativa de la secesión lo cual todos los otros participantes de la Confederación tendrían que reconocer."); véase también Clarity Act, S.C. 2000, c 26 (Can.).

pasó de las iluminadas manos de Nelson Mandela a las ambiciones cleptocráticas de Jacob Zuma. Al estilo de Westminster, Sudáfrica permite que el mismo individuo funja como cabeza del partido dominante, jefe de Estado y cabeza de la facción legislativa. Una vez que el poder pasó al Presidente Zuma, inclusive las restricciones institucionales débiles al ejecutivo provocaron resistencia. Repetidamente, Zuma se encontró a sí mismo en conflicto con la autoridad pública e independiente fiscalizadora anticorrupción, el Director Nacional de Fiscalía Pública (NDPP, por sus siglas en inglés), misma que la Constitución desafortunadamente permitía que fuese designada por el Presidente, si cumplía con los requisitos estatutarios.¹²⁷ El estatuto decía, entre otras cosas, que el Director Nacional debía ser "una persona apta y apropiada, con debida observancia de su experiencia, conciencia e integridad."¹²⁸ Poco después de que asumiera su cargo en el 2009, el Presidente Zuma nombró a un secuaz como NDPP, lo cual precipitó una confrontación constitucional sobre si la creación de una agencia independiente de supervisión anticorrupción podría servir como un control sobre el uso indebido de la oficina presidencial.

La primera designación de Zuma fue rechazada por la opinión de la Corte Constitucional en el 2012, la cual fue notable por el poderoso ejercicio de la autoridad judicial para vigilar la integridad estructural de la constitución:

¹²⁷ South African Constitution, párr. 179(3), 1996; véase también, *National Prosecuting Act 32*, 1998, párr. 13(1)(b) (S. Afr.).

¹²⁸ *National Prosecuting Act 32*, 1998, 9(1)(b) (S. Afr.).

Es verdad que las funciones del Director Nacional no son de carácter judicial. Sin embargo, la determinación de la política de persecución, la decisión de si se debe o no enjuiciar y el deber de garantizar el cumplimiento de la política de enjuiciamiento se cumple. . .son fundamentales para nuestra democracia. La oficina no debe ser política ni partidaria y está estrechamente relacionada con la función de la judicatura para conseguir justicia y se ubica en la médula de la impartición de la justicia penal.¹²⁹

Mientras tanto, la Protectora Pública titular continuó investigando la fortuna creciente de Zuma y en particular, sus esfuerzos para transformar sus terrenos privados en un monumento financiado por el gasto público. En su reporte de 2014, la Protectora concluyó que Zuma se había enriquecido indebidamente de las arcas del gobierno en la forma de mejoras como "corral para ganadería, gallineros, piscina, centro de visitantes y anfiteatro."¹³⁰ El Presidente había violado las provisiones del Acto de Ética de los Miembros del Ejecutivo y el Código de Ética Ejecutivo.¹³¹ Sin ser disuadido, Zuma y la Asamblea Nacional comisionaron un reporte "independiente" por el Ministro de la Policía que (no sorprendentemente) exculpó al Presidente.¹³²

En la medida en la que se acumulaba evidencia de la extensión de la corrupción, y como el Parlamento seguía sin ser capaz de resistir al

¹²⁹ *Democratic Alliance v President of the Republic of South Africa*, 2012, ZACC 26.

¹³⁰ *Economic Freedom Fighters v Speaker of the National Assembly and Others; Democratic Alliance v Speaker of the National Assembly and Others*, 2016, ZACC 11, párr. 76.

¹³¹ *Ibidem*, párr. 7.

¹³² *Ibidem*, párrs. 79-81.

atrincherado ejecutivo y los mandamientos del Congreso Nacional Africano (CNA), la Corte Constitucional emitió una serie de fallos cuyo efecto cumulativo fue impulsar la acción parlamentaria. Estas decisiones fueron notables no porque predeterminaron el resultado de los reclamos en contra de Zuma sino porque permitieron que la rama legislativa ejerciera su autoridad compensatoria.¹³³ Las decisiones requerían una votación secreta en mociones de censura y varias protecciones a los derechos de las minorías con el parlamento. Cuando el tema se volvió a volcar hacia la independencia de la autoridad fiscalizadora anticorrupción, la Corte Constitucional intercedió nuevamente, esta vez ordenó al Presidente y a la Asamblea Nacional a que cumplieran con los hallazgos de la Protectora Pública y repagaran las cantidades que se habían tomado indebidamente del fisco público.¹³⁴

Esta saga continuó porque Zuma no pagó las cantidades que debía, intentó nombrar a varios secuaces como NDPP y finalmente buscó destituir a un funcionario en el 2013 que había empezado otra investigación. Zuma asumió el poder para despedir a cualquier funcionario y logró obtener una reasignación presionada a cambio de un pago que excedía por mucho el salario de los últimos NDPP designados. Surgió

¹³³ Véase, por ejemplo., *United Democratic Movement v. Speaker of the National Assembly and Others* 2017 ZACC 2, párr. 97 (S. Afr.) (requiriendo votaciones secretas en mociones de censura); *Oriani-Ambrosini, MP v. Sisulu, MP Speaker of the National Assembly* 2012 ZACC 27, párr. 51 (S. Afr.) (protección de derechos de participación legislativa y voz para los partidos minoritarios); *Mazibuko v. Sisulu and Another* 2013 ZACC 2, párr. 45 (S. Afr.); *Democratic Alliance v. Speaker of the National Assembly and Others* 2016 ZACC 8, párr. 45 (S. Afr.) (same).

¹³⁴ *Economic Freedom Fighters v Speaker of the National Assembly and Others; Democratic Alliance v Speaker of the National Assembly and Others*, 2016, ZACC 11, párr. 105.

otra demanda, esta vez ante la Alta Corte, de la División de Gauteng,¹³⁵ la cual no perdió tiempo en rechazar el reclamo de Zuma de autoridad presidencial unilateral: "en un orden basado en derechos es fundamental que una persona en conflicto no pueda actuar, a pesar de que sería evidente que un conflicto pervirtiera que los derechos fueran ejercidos así como los derechos de aquellos que resultaren afectados."¹³⁶ Porque el Presidente admitió que tenía la intención de usar los procesos disponibles para evadir el enjuiciamiento, obviamente se encontraba en conflicto.¹³⁷

Resulta de interés más inmediato el decreto que siguió. La corte revirtió todos los esfuerzos del Presidente Zuma de controlar los esfuerzos anticorrupción y ordenó que "mientras el Presidente titular esté en el cargo, el Presidente Suplente es responsable de las decisiones que se refieran a la designación, suspensión o destitución del Director Nacional de Fiscalía Pública ..."¹³⁸ Más adelante, la corte declaró la inconstitucionalidad del Acto de Autoridad Nacional de Fiscalía y ofreció una reescritura que enmendaría el defecto constitucional de permitir la autoridad presidencial sobre una investigación del Presidente. Pero la corte suspendió la revisión estatutaria por 18 meses y remitió todo el asunto al Parlamento para que enmendara el defecto constitucional por sí solo.¹³⁹

¹³⁵ *Corruption Watch (RF) NPC and Another v President of the Republic of South Africa and Others; Council for the Advancement of the South African Constitution v President of the Republic of South Africa and Others* (62470/2015), 2017, ZAGPPHC 743.

¹³⁶ *Ibidem.* párr. 112.

¹³⁷ *Ibidem.* párr. 115.

¹³⁸ *Idem.*

¹³⁹ *Ibidem.* párr. 129.

Como con la solución novedosa de la corte canadiense, esta historia también tuvo un final feliz. Una vez que regresó a manos del parlamento, los escándalos en curso de corrupción ocasionaron una confrontación con el Presidente Zuma y llevaron, ultimadamente, a su destitución a manos de una rama legislativa que había despertado y a la ascensión del Presidente Cyril Ramaphosa.

* * *

Para resumir y ser claros: El mundo está lleno de intentos judiciales fallidos o que están fallando para impedir el descenso de las democracias débiles al gobierno autocrático o semi-autocrático. Hungría, Polonia y Rusia son algunos ejemplos de cómo las cortes se han alzado y han sufrido por ello.¹⁴⁰ El mundo también ha sido testigo de la captura de instituciones judiciales para silenciar a la oposición política del poder afianzado, podemos tomar a Venezuela como ejemplo notable de esta situación.¹⁴¹ Tom Daly captura acertadamente, con gran escepticismo, la demanda curiosa de que las ramas menos democráticas del

¹⁴⁰ Véase Dixon, Rosalind e Issacharoff, Samuel, "Living to Fight Another ...", *op. cit.*, p. 689 (notando que las intervenciones de la corte en Rusia y Perú sólo llevaron al "encoframiento de las cortes como instituciones y a la consolidación en aumento del poder autocrático" Couso, Javier, "The Politics of Judicial Review in Chile in the Era of Democratic Transition, 1990-2002", *Democratization*, vol. 10, núm. 4, 2003, pp. 70, 88 (argumentando que el uso robusto de la judicatura chilena de la revisión judicial resultó contraproducente porque redujo la independencia judicial); Scheppele, Lane Scheppele, Kim, *op. cit.*, pp. 551-53 (relatando los fracasos de las cortes de Hungría y Polonia) Para un recuento más completo de la paradoja de la revisión judicial aumentada en Chile después de la reforma constitucional de 2005 y la repercusión que tuvo, véase Verdugo, Sergio, "How Constitutional Courts Fail Their Makers", *J.S.D. disertación*, 2018. (en archivo con su autor)

¹⁴¹ Casey, Nicholas y Torres, Patricia, "Venezuela Muzzles Legislature, ... *op. cit.*; Strange, Hannah, "Venezuela Supreme Court ... *op. cit.*

gobierno aseguran una democracia incompletamente realizada, en efecto "para transmutar los materiales básicos de una nueva democracia —en un escenario político incompleto, un naciente compromiso al régimen democrático y textos constitucionales e internacionales incompletos— al oro de una democracia en funcionamiento."¹⁴²

Lo que se ofrece no es un antídoto para la erosión de las normas democráticas de gobernanza, ni siquiera una restricción universal. En algunos herederos parlamentarios altamente funcionales de la tradición de Westminster, las cortes han elaborado un rol intermediario con defensas más fuertes de los reclamos de derechos, pero con mayor deferencia hacia las ramas políticas para elaborar remedios.¹⁴³ Pero en país tras país, particularmente en tiempos de inestabilidad política, la realidad que se observa es la inserción de la judicatura en la asignación de poder entre las ramas políticas. A su vez, "el rol central que juegan las cortes perversamente aumenta la apuesta en batallas políticas sobre quien controla a las cortes."¹⁴⁴ Hay suficientes contraejemplos que socavan cualquier reclamo de resultados garantizados y no se ofrece ninguna garantía de éxito aquí. En cambio, como bellamente apunta Tom Ginsburg, la paradoja resultante es que "la judicialización ha llevado a la politización de la judicatura."¹⁴⁵ La pregunta sigue siendo si el rol

¹⁴² Daly, Tom Gerald, *Alchemists: Questioning Our Faith in Courts as Democracy Builders*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. vii.

¹⁴³ Gardbaum, Stephen, "The Commonwealth Model of Constitutionalism", *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, 2013. (examinando los desarrollos constitucionales en Australia, Inglaterra, Canadá y Nueva Zelanda).

¹⁴⁴ Ginsburg, Tom y Huq, Aziz, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, University of Chicago Press, 2018, p. 91.

¹⁴⁵ Ginsburg, Tom, "Democratic Backsliding and the Rule of Law", *Ohio Northern University Law Review*, vol. 44, 2018, pp. 351, 363.

expandido de las cortes constitucionales alrededor del mundo democrático puede ser exitosamente invocado para proteger procesos democráticos sub-constitucionales de manera sostenida.

Esto nos regresa al tema inaugural de la capacidad de la judicatura como institución que juega un rol de administradora de la integridad democrática, un rol acorde con el de un banquero central que asume la supervisión regulatoria sobre la integridad tributaria de la democracia. En cualquier caso, esa supervisión al alejarse de las demandas electorales inmediatas aumenta la preocupación para el subsiguiente déficit democrático.¹⁴⁶ Pero la habilidad de un amortiguador institucional contra las corrientes democráticas aumenta el prospecto de que quizás la judicatura no sea el candidato ideal para la tarea. En Estados Unidos, los límites decisionales pueden ser creados no sólo a través de la Federación, sino también por la revisión estrictamente orquestada mediante una autoridad como la Comisión de Cierre de Bases Militares.¹⁴⁷ En otros países, la función de supervisar incluso la política se ha canalizado fuera de las cortes constitucionales. En México, la transición a la democracia se apoyó fuertemente en la Comisión Federal Electoral y en el Tribunal Electoral especializado,¹⁴⁸ y en la España post-Franquista el rol fue asumido por el reclamante al trono que quedaba, el Rey Juan

¹⁴⁶ Para un recuento profundamente perturbador de las preocupaciones de la legitimidad del rol de un banquero central, por un mismo banquero central, véase Tucker, Paul, *Unelected Power: The Quest for Legitimacy in Central Banking and the Regulatory State*, Princeton, Princeton University Press, 2018.

¹⁴⁷ Hanlon, Natalie, "Military Base Closings: A Study of Government by Commission", *University of Colorado Law Review*, vol. 62, 1991, pp. 331-364.

¹⁴⁸ Issacharoff, Samuel, *Fragile Democracies... op. cit.*, pp. 206-207.

Carlos.¹⁴⁹ De cara con un casi completo colapso electoral en la elección presidencial de 1876, el Congreso a través del Acta de Conteo Electoral buscó mantener la supervisión electoral en las manos de un cuerpo especialmente designado, más que en la Suprema Corte.¹⁵⁰

Inclusive sin afirmar la exclusividad de las cortes como baluartes institucionales de los procesos democráticos, hay algunas razones para que las cortes puedan ser una institución superior para este rol. Las cortes son sitios establecidos para la resolución de impugnaciones y tienen mecanismos que se apoyan en argumentos públicos, encuestas estructuradas y sentencias razonadas que no sólo dictan resultados sino que también intentan persuadir. Hay métricas del estado de derecho para evaluar los resultados decisionales así como las comparaciones a decisiones anteriores emitidas por el mismo tribunal.¹⁵¹ Finalmente, en la mayoría de los países democráticos, el proceso de designación de jueces para las cortes cúspide tiene algún tipo de rendición de cuentas político que mantiene a la judicatura dentro de las bandas de las corrientes políticas del país, algo que un Rey en España o la milicia en Turquía no pueden hacer.¹⁵² Al mismo tiempo, entre más largo sea el cargo de los jueces, ya sea por mandato o vitalicio como en el sistema federal

¹⁴⁹ Bernecker, Walther L., "Monarchy and Democracy: The Political Role of King Juan Carlos in the Spanish Transition", *Journal of Contemporary History*, vol. 33, 1998, pp. 65, 72.

¹⁵⁰ Esta historia es relatada en Issacharoff, Samuel, "Political Judgments", *University of Chicago Law Review*, vol. 68, 2001, pp. 637, 652.

¹⁵¹ Le doy las gracias a Jeremy Waldron por ayudar a formular este recuento de la competencia judicial específica.

¹⁵² Para una discusión acerca del rol militar en Turquía como el guardián designado de las políticas atadas bajo la constitución de Kemal, véase Varol, Ozan, *The Democratic Coup d'État*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

estadounidense, esto permite que la judicatura tenga un horizonte de más tiempo que permita cierta distancia institucional de la inmediatez de los momentos políticos intensos.¹⁵³

En los países que recientemente han emergido del autoritarismo o de la guerra civil, la exposición judicial de principios puede ayudar a facilitar al orden constitucional resultante recursos que faciliten la transición a un orden democrático más completo. Las cortes en esas circunstancias tienen que resistir tanto la presión hacia invocaciones absolutistas de normas universales de derechos humanos y también ponen a prueba la continua capacidad de restricciones sobre las libertades civiles, con ejemplos que van desde Bosnia-Herzegovina hasta Colombia.¹⁵⁴

V. Jueces en la infracción

La erosión de la rama legislativa como el soporte de la gobernanza democrática es el aspecto más preocupante del reto moderno al gobierno democrático. Este "declive de la soberanía parlamentaria"¹⁵⁵ reproduce una falta de iniciativa política y una correspondiente pérdida de la capacidad de las instituciones democráticamente responsables.

¹⁵³ Esta visión más amplia nos permite que incluso los asuntos de grandes apuestas políticas sean colocados en una perspectiva institucional de mayor plazo. Pablo de Greiff me enfatizó este punto.

¹⁵⁴ Para un excelente recuento de la "jurisprudencia de la paz" de las cortes constitucionales como administradores del frágil periodo post-conflicto, véase Sapiano, Jenna, "Courting Peace: Judicial Review and Peace Jurisprudence", *Global Constitutionalism*, vol. 6, 2017, pp. 131, 143 (retomando *inter alia* la jurisprudencia Bosnia and Colombiana entre los ejemplos de un entendimiento constitucional de acuerdo político que debe ser preservado para que la constitución continúe existiendo de manera significativa.).

¹⁵⁵ Ginsburg, Tom, *Judicial Review in New Democracies ... op. cit.*, p. 1.

El poder político no tolera ligeramente un vacío y al espacio político asignado a las legislaturas han dado paso al ejecutivo y a los organismos del estado administrativo. En la medida en la que la competencia del estado legislativo disminuye y los poderes de decreto y administrativos del ejecutivo crecen, la función controladora de las cortes se vuelve más y más central. A su vez, de manera en que la intervención judicial se vuelve cotidiana, así también las capacidades de las cortes y el consuelo con un rol centralizador.

En algunos países, el bajo nivel de competencia estatal lleva a una presión tremenda para las cortes para asumir mayores responsabilidades gerenciales como una institución provisional de último recurso. En India, por ejemplo, el vehículo procedimental del Artículo 32 de la Constitución que permitía una tramitación directa de demandas cautelares en la Corte Suprema¹⁵⁶ ha llevado a las famosas intervenciones que ordenan a las autoridades del zoológico de Nueva Delhi que quiten a la desmedida población de monos del centro boscoso de la ciudad,¹⁵⁷ o han ordenado que se quite a la industria de los alrededores del Agra para proteger al Taj Mahal de la degradación medioambiental.¹⁵⁸ En efecto,

¹⁵⁶ India Const. art. 32 ("El derecho para mover a la Suprema Corte por los procedimientos apropiados para la aplicación de derechos conferidos por esta Parte se garantiza.").

¹⁵⁷ Véase Venkatesan, J., "Supreme Court Shifts Monkey Business to Delhi High Court", *The Hindu*, 15 de febrero de 2007, <https://www.thehindu.com/todays-paper/Supreme-Court-shifts-monkey-business-to-Delhi-High-Court/article14720898.ece>.

¹⁵⁸ En las últimas dos décadas, la Corte Suprema de India ha emitido órdenes repetidas sobre las amenazas ambientales al Taj Mahal, que van desde la reubicación de la industria y los crematorios hasta la prohibición de los vehículos que no sean eléctricos cerca del Taj para atender las infestaciones de insectos y la descoloración. Todo esto se hace bajo mandato directo de la Alta Corte Véase por ejemplo, Meixler, Eli, "The Taj Mahal Is Changing Color. That Has India's Highest Court Concerned", *Time*, 2 de mayo de 2018, <http://time.com/5262395/taj-mahal-india-change-color-supreme-court/>.

la Corte Suprema se ha vuelto el foro de atención para males sociales desesperados tan fundamentales como el resquebrajamiento de las facilidades sanitarias.¹⁵⁹

En la medida en la que las cortes estiran su alcance dentro de los dominios que una vez habían sido considerados los funcionamientos del proceso político, parece haber una lógica fuerte no sólo en medir las aportaciones de la sociedad, sino también los resultados. Bajo la arrasadora rúbrica de la litigación de los derechos sociales, las altas cortes ven con mayor frecuencia los mandatos constitucionales de textura abierta como una invitación para dirigir el despliegue de recursos societarios, una tarea idealmente relegada al rol de fijación de política de la legislatura. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha declarado "el derecho de todos a tener suficiente, segura, aceptable y físicamente accesible y asequible agua para uso personal y doméstico."¹⁶⁰ En Colombia, la Corte Constitucional ha aceptado este mandato como una obligación constitucional de supervisar los requisitos y procesos para la terminación de servicios municipales. Comenzando al menos en 2007, cuando la Corte Constitucional ordenó la reconexión del servicio de agua para

¹⁵⁹ En *BL Wadhera v Union of India*, 1996, 2 SCC 594 (Corte Suprema de India), la Corte leyó las provisiones no judicialmente aplicables del artículo 21 (derecho a la vida) y los artículos 48A y 51(A) (protecciones ambientales) habían sido violadas por la omisión del Estado de proveer servicios sociales. Entre la reparación que se ordenó estuvo la instalación de incineradores en todos los hospitales con más de 50 camas y la construcción de centros de recolección de basura adicionales y la designación de magistrados municipales especializados para promulgar nuevas reglas sobre la eliminación de desechos.

¹⁶⁰ *U.N. Comm. on Econ., Soc. & Cultural Rights*, Comentario General No. 15 sobre el derecho al agua, ¶ 2, U.N. Doc. E/C.12/2002/11, 3 de enero de 2003).

una mujer gravemente enferma que no era capaz de pagar su factura de servicios,¹⁶¹ la Corte ha vigilado la creación de "políticas de precios apropiadas tales como el agua gratis o de bajo costo."¹⁶² En órdenes cautelares altamente detalladas bajo su poder constitucional de supervisión de tutela,¹⁶³ la Corte ha anulado la suspensión individual de servicios de agua para menores, indigentes o donde la Corte ha determinado una violación a un derecho fundamental.¹⁶⁴ En efecto, la Corte se convirtió en el primer regulador de una función pública tan vieja como los acueductos romanos.

Brasil es quizás el mejor ejemplo de la nueva judicialización de la política,¹⁶⁵ al combinar instituciones políticas desacreditadas con amplias garantías de derechos que no están limitadas por los tipos de capacidad para establecer restricciones encontrados en otras constituciones modernas expansivas, tales como la provisión de la "realización progresiva"

¹⁶¹ Véase Sentencia T-270/07, 17 de abril de 2007, Ministro Ponente, Jaime Araújo Rentería, párr. II.4; véase también Sentencia T-546/09, 6 de agosto de 2009, Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa. ("Pues bien, cuando el agua potable se destina al consumo humano adquiere carácter de derecho fundamental y es susceptible de protección mediante tutela, dado que sin ella se ponen en serio riesgo los derechos a la vida, la salud y la dignidad de las persona.").

¹⁶² Sentencia T-270/07, *op. cit.*, párr. II.4 (citando al Comentario General 15, ¶ 27).

¹⁶³ Rodríguez-Garavito, César, "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socio-economic Rights in Latin America", *Texas Law Review*, vol. 89, 2011, pp. 1669-1670 (discutiendo el rol del poder de tutela en la litigación de derechos sociales).

¹⁶⁴ Véase Sentencia T-546/09, *op. cit.*, párr. 5.1.

¹⁶⁵ Véase, por ejemplo, Quieroz Barboza, Estefânia M. de y Kozicki, Katya, "Judicialization of Politics and the Judicial Review of Public Policies by the Brazilian Supreme Court", *Diritto and Questioni Pubbliche*, vol. 13, 2013, pp. 407, 411 ("Otro aspecto de la judicialización de la política es el realce de las responsabilidades del Sistema Judicial para decidir sobre temas de política pública, especialmente en aquellos que se refieran a derechos garantizados por la constitución, lo cual implica la redefinición de los límites a los otros poderes públicos.").

de la constitución sudafricana.¹⁶⁶ En ningún lugar esto se aprecia con mayor claridad que respecto a los reclamos de salud para medicamentos que sean asequibles para un reclamante individual.¹⁶⁷ El despampanante índice de éxito de estos reclamos litigados¹⁶⁸ resultó en que una porción significativa del presupuesto del sistema nacional de salud sea "usada para pagar los medicamentos y tratamientos judicialmente ordenados."¹⁶⁹ En estos casos, las cortes brasileñas interpretaron las garantías del Artículo 196 muy expansivamente: "un litigante individual debe simplemente probar que una necesidad de salud, como se describe en la receta de un médico, no fue satisfecha y el beneficio deberá entonces ser garantizado por el Estado sin importar los costos."¹⁷⁰

En efecto, la asignación de recursos ha pasado de la legislatura o de los administradores de la rama ejecutiva a la judicatura, lo cual en turno puede provocar un corto circuito en los debates políticos habituales acerca de la asignación de recursos en favor de un mandato "silogístico" de que si un derecho es identificado, entonces la legitimación para

¹⁶⁶ Compare Constituição Federal (C.F.), *Constitution art. 6* (Bras.), https://www.constituteproject.org/constitution/Brazil_2017?lang=en ("La educación, salud, nutrición, trabajo, habitación, transporte, recreación, seguridad, seguridad social, protección de la maternidad e infancia y asistencia a los indigentes son derechos sociales como están previstos en esta Constitución.") con S. Afr. Const., 1996 art. 26(2) ("El Estado debe tomar medidas razonables legislativas y de otro tipo para conseguir la realización progresiva de este derecho."). En Sudáfrica, la distinción entre otorgar el derecho en el artículo 26(1) y la calificación de su implementación 26(2) llevaron a que la Corte Constitucional de Sudáfrica adoptara un estándar de razonabilidad para determinar si el gobierno había cumplido con sus deberes constitucionales al impartir estos derechos.

¹⁶⁷ Véase Prado, Mariana M., "The Debatable Role of Courts in Brazil's Health Care System: Does Litigation Harm or Help?", *Journal of Law, Medical and Ethics*, núm. 7, 2013, pp. 124, 125.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 124 (documentando los índices de éxito más altos del 90%).

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 126.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 125.

obtener beneficios provistos por el Estado debe seguirle.¹⁷¹ Conrado Hübner Mendes argumenta que, este cambio del ámbito legislativo al judicial de la asignación de recursos y la protección de derechos no es tanto una necesidad práctica sino el resultado de una "subyacente calidad de escrutinio constitucional: enmarca, en una dupla con el legislador, las fronteras del dominio político."¹⁷²

Ciertamente, hay muchos ejemplos de cortes alrededor del mundo que se aventuran hacia áreas de política social, de manera paralela al Tribunal Federal Supremo de Brasil que ordena el acceso a medicamentos financiados por el Estado, o a la Corte colombiana que dirige provisiones mínimas de agua para todos los ciudadanos, o la corte de India que asume la responsabilidad de cómo deben administrarse los servicios de saneamiento. Las cortes se han alejado de los expositores de los límites negativos a la conducta gubernamental para ordenar retornos positivos a grupos desaventajados o desfavorecidos, en el espíritu de la famosa tipología de Isaiah Berlin.¹⁷³ En algunos países, las cortes inclusive celebran audiencias sobre temas de derechos sociales, asumiendo el poder de convertirse en lo que Tom Daly llama "legisladores positivos."¹⁷⁴

¹⁷¹ Brinks, Daniel M. y Forbath, William, "Commentary: Social and Economic Rights in Latin America: Constitutional Courts and the Prospects for Pro-Poor Interventions", *Texas Law Review*, vol. 89, 2011, pp. 1943-1954.

¹⁷² Hübner Mendes, Conrado, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 99.

¹⁷³ Berlin, Isaiah, "Two Concepts of Liberty", *Four Essays On Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1958.

¹⁷⁴ Daly, Tom Gerald, *op. cit.*, p. 75.

Esto es aplicable únicamente para democracias económicamente vulnerables. Comentando acerca de la centralización de la litigación de opioides en una sola corte federal, el juez presidente, Dan Polster, se lamentó de que "la corte federal probablemente sea la rama gubernamental menos propensa a intentar atacar este asunto, pero cándidamente, las otras ramas del gobierno, federal y estatal, han fracasado. Así que aquí está."¹⁷⁵

Las cortes como rellenos competentes para la incapacidad democrática gubernamental presentan una diferente serie de problemas que otras versiones normales de la revisión judicial. Esto no es un caso de querer que la revisión judicial sirva como un freno contra-mayoritario para proteger a grupos discretos e insulares de la sociedad que no pueden aprovechar "esos proceso políticos que ordinariamente se utilizan para proteger a las minorías..."¹⁷⁶ Tampoco es cuestión de descansar sobre las cortes para que den vida a una visión "iluminada" de los mejores ángeles de la sociedad, extendiendo los derechos igualitarios a parejas del mismo sexo, por ejemplo.¹⁷⁷ Más bien, esta es la sustitución de la autoridad judicial por el rol ordinario, aunque también complicado, de las otras instituciones de la gobernanza democrática. Que las cortes sean el último recurso disponible de competencia estatal no es justificación para la revisión judicial. Pero las cortes en el dominio delicado de asignar los escasos recursos públicos entre reclamos sociales

¹⁷⁵ En referencia: National Prescription Opiate Litigation, MDL No. 2804 Case No. 1:17-CV-2804 (N.D. Ohio, January 9, 2018) Doc. #71, p. 4.

¹⁷⁶ United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 152 n.4, 1938.

¹⁷⁷ Barroso, Luis Roberto, "Counter-Majoritarian, Representative and Enlightened, *op. cit.*

competitivos, particularmente una vez que las puertas de los tribunales se abren, provoca una preocupación profunda respecto a la competencia institucional de las cortes. La misma naturaleza de la litigación concentra su atención en temas que ocurren ante las cortes, mientras que la mayoría de las preocupaciones sociales que se mantienen en silencio no encuentran exposición en un caso especial que se enfoca en un tipo específico de tratamiento médico o que atiende un medio de reparación específico. Entre otras preocupaciones, la política social dirigida hacia la litigación puede privilegiar aquellas causas o clases con mayor facilidad de acceso a recursos legales y en realidad puede constituir una reasignación regresiva de los recursos públicos.¹⁷⁸

La pérdida de la competencia estatal en las sociedades democráticas¹⁷⁹ empuja a las cortes hacia áreas de responsabilidad estatal una vez debidamente reservadas para las ramas políticas. La línea entre la declaración de derechos y la asunción de responsabilidad para las funciones gubernamentales siempre ha sido permeable. Los poderes equitativos de los jueces estadounidenses de emitir mandamientos estructurales sobre el funcionamiento de cárceles o escuelas ciertamente ponen a prueba las fronteras entre la asignación y la administración. Pero

¹⁷⁸ Motta Ferraz, Octavio Luiz, "Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil", *Texas Law Review*, Texas, vol. 89, 2011. ("[E]s probable que la litigación produzca una reasignación de programas comprensivos dirigidos a la población general para aquellas minorías litigantes privilegiadas"). Como lo han expresado Stephen Holmes y Cass Sunstein, "[t]omarse en serio a los derechos significa tomarse en serio a la escasez." Sunstein, Cass R. y Holmes, Stephen, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York, W.W. Norton & Company, 1999, p. 94.

¹⁷⁹ Este tema se examina con mayor detalle en Issacharoff, Samuel, "Democratic Deficits", *op. cit.*, p. 485.

cuando la pérdida de competencia se junta con la erosión de la legitimidad de las políticas democráticas, la tentación para la acción parece inescapable. El desprestigio de la totalidad de la clase política brasileña, para tomar un ejemplo dramático reciente, invita a la desolación sobre las capacidades institucionales de que el gobierno democrático cumpla su mandato social más básico.¹⁸⁰

Las doctrinas tales como la equidad en la tradición del *common law* o el amparo o la tutela en las jurisdicciones de derecho civil reconocen la necesidad de un poder de excepciones en manos de la judicatura, particularmente al enfrentar la mala conducta o incapacidad gubernamental. A este excepcional recuento de intervención judicial amplia podemos añadir la afirmación sofisticada del Juez Barroso de que la necesidad de intervención judicial puede no ser excepcional sino estructural. Barroso comienza con el reconocimiento de que, "[e]n una democracia, la política es esencial y su *locus*, por excelencia, es el Poder Legislativo."¹⁸¹ Consecuentemente, uno "no debería falsamente asumir que la judicialización puede reemplazar a la política."¹⁸² Incluso así, en estos términos, la presunta legitimidad de las políticas democráticas

¹⁸⁰ Una indicación es la tasa de aprobación del Presidente temer en la fecha de las elecciones más recientes. En abril de 2018, la aprobación de temer había bajado al 5 por ciento, con 74 por ciento de la población que lo consideraba como "malo" o "terrible" Paraguassú, Lisandra y Boadle, Anthony, "Brazil President's Popularity, *op cit.* A su vez, un populista de derecha ganó la elección presidencial, demonizando a la oposición, y anunciando el orden del periodo del régimen militar. Faiola, Anthony y Lopes, Mariana, Bolsanaro, "Wins Brazilian Presidency", *Washington Post*, 28 de octubre de 2018, https://www.washingtonpost.com/world/the_americas/brazilians-go-the-polls-with-far-right-jair-bolsonaro-as-front-runner/2018/10/28/880dd53c-d6dd-11e8-8384-bcc5492fef49_story.html?utm_term=.a879854c80b4.

¹⁸¹ Barroso, Luis Roberto, "Counter-Majoritarian... *op. cit.*, p. 15.

¹⁸² *Ibidem*, p. 15.

a través del conjunto de elección pública de "problemas atribuidos al (i) fracaso del sistema electoral de partidos, (ii) que las minorías partidarias funcionen como miembros con veto, obstruyendo la voluntad prevaleciente de la mayoría y (iii) la eventual captura por intereses especiales."¹⁸³

La consecuencia para Barroso es un "déficit democrático de representación política" que a su vez sirve como una invitación para que los jueces ejerzan una visión del bien público "que no está sujeto a las volatilidades a corto plazo de la política electoral."¹⁸⁴ Para los que abogan por esta visión de juzgamiento constitucional, incluyendo no sólo a Barroso sino al teórico alemán Robert Alexy, el juzgamiento constitucional se vuelve una forma de representación popular más allá de la política electoral.¹⁸⁵ Alexy estira esta afirmación para enraizar a la legitimidad democrática no en los resultados electorales sino en la "representación argumentativa" siendo que "[u]n concepto adecuado de la democracia debe... comprender no sólo una decisión sino también un argumento."¹⁸⁶ Ya que las decisiones judiciales pueden ser probadas por la revisión pública razonada, la corrección de dichas decisiones puede proporcionar una legitimidad democrática separada de, e incluso a veces superior a, aquella de los poderes políticos.¹⁸⁷ La publicidad de esta

¹⁸³ *Ibidem*, p. 30 (se omite el pie de página).

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 30.

¹⁸⁵ Véase también Alexy, Robert, "Balancing, Constitutional Review, and Representation", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2005, pp. 572, 578.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 3.

¹⁸⁷ Kumm, Matthias, "Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review", en Klatt, Matthias (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 205-206. Para una afirmación de que el rol expreso de la

forma de argumentación permite un "vínculo electoral indirecto" a la aceptación popular, para utilizar la formulación de Mattias Kumm.¹⁸⁸

Sin embargo, existe el riesgo de que la judicatura se vuelva simplemente un sustituto para la política democrática. Una vez que se arma con la autoridad constitucional, envalentonada por su reserva de competencia y entonces ennoblecida por la percepción de la elección pública sobre el riesgo de captura de las ramas políticas, hay un riesgo de que el dominio de la política sea limitado a la confirmación de las proclamaciones de derechos del primer orden. Más aún porque los reclamos "de aprobación popular *ex post facto*" de las interpretaciones judiciales por la aquiescencia pública no proveen una medida real para ese tipo de apoyo de la autoridad judicial.¹⁸⁹ Sobre este punto concuerdo con Bellamy en el sentido de que, conforme a tal reclamo tan amplio de poder judicial, la judicatura misma se convertiría en el campo de batalla para las escaramuzas partidarias, más visiblemente en tiempos de designaciones judiciales impugnadas y que las batallas por la judicatura desplazarían a las formas partidarias normales de impugnación a través de la política: "El esfuerzo se encaminará a capturar a la judicatura

Corte Constitucional Colombiana conlleva legitimidad democrática por la aprobación popular de la constitución de ese país, véase Landau, David, "Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law", *Harvard International Law Journal*, vol. 51, 2010, pp. 319, 344. ("La notoria popularidad de la Corte Constitucional Colombiana en relación con otras instituciones políticas nos sugiere que ha tenido más legitimidad democrática que la mayoría de los órganos judiciales. El público ve a la Corte, más que a la legislatura, como la mejor encarnación del proyecto transformativo de la constitución de 1991.")

¹⁸⁸ Kumm, Mattias, *op. cit.*, p. 206.

¹⁸⁹ Alterio, Ana Micaela, "Una Justificación Mayoritaria del Control Judicial de Constitucionalidad: La Representación Argumentativa en la Democracia Deliberativa", en Cerdio, Jorge *et. al.* (eds.), *Entre la Libertad y la Igualdad: Ensayos Críticos sobre la Obra de Rodolfo Vázquez*, vol. 1, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2017, p. 49.

más que a construir una mayoría legislativa al alcanzar compromisos mutuamente aceptables con los oponentes de uno. Como resultado, ambos lados se volverán más polarizados."¹⁹⁰ Pero el riesgo potencialmente va más allá de la cuestión de quién se posiciona como el expositor judicial de los derechos constitucionales amplios.

Mientras que hay muchos ejemplos de batallas cada vez más agudas sobre quiénes son los jueces, desde Estados Unidos hasta Argentina, existen pocos ejemplos de jueces que dirijan la política pública como para disminuir la política democrática en un contexto verificable. Puede hacerse una analogía con el marco vacío de la política interna en el contexto europeo de formas que pueden servir de advertencia. Escribiendo al principio de un surgimiento populista que traería la prominencia de Wilders en Holanda, Le Pen en Francia, Podemos en España, el Movimiento Cinco Estrellas en Italia y albergar a figuras más amenazantes en Europa del Este, Peter Mair advirtió que la centralización de la autoridad en aumento de las autoridades europeas había vaciado a la política interna nacional de responsabilidad para la gobernanza. La distancia aumentada entre la contestación electoral y la autoridad gobernante hizo de la política un terreno selecto para posturas cada vez más demagógicas con poca rendición de cuentas para gobiernos subsecuentes. Con amplia anticipación de cómo los partidos políticos europeos se han marchitado ante una política polarizada, Mair escribe:

La indiferencia viene de la mano con la inconsistencia En la medida en la que el involucramiento popular se desvanece, . . . y la indiferencia

¹⁹⁰ Bellamy, Richard, *op. cit.*, p. 44.

crece, podemos esperar que inclusive aquellos ciudadanos que continúan participando probarán ser más volátiles, más inciertos y más arbitrarios en sus expresiones de preferencia. Si la política ya no cuenta para eso, entonces no sólo debería la voluntad de votar comenzar a marchitarse, también el sentido de compromiso entre aquellos que continúan tomando parte en ello. Es probable que las elecciones se vuelvan más volubles y ser más susceptibles al juego de factores de corto plazo.¹⁹¹

Y si el resultado de una postura política es que España se quede sin gobierno por algunos meses,¹⁹² o Bélgica por más tiempo,¹⁹³ no importa mucho porque la responsabilidad final yace en el nivel no electoral de la administración de la Unión Europea. Cuando la gobernanza falla, Bruselas podría gobernar a Bélgica todavía, pero no son los representantes electos de la ciudadanía belga los que toman las decisiones. Por analogía, el riesgo de que la judicialización de la política pública pueda similarmente contribuir a vaciar las políticas consuetudinarias e inclusive volver a la política nacional en un referéndum a la judicatura. Ciertamente la hostilidad al Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido un tema frecuentemente traído a colación entre la derecha populista en Europa, y los fallos de los derechos sociales de la Corte Constitucional

¹⁹¹ Mair, Peter, *Ruling the Void. The Hollowing of Western Democracy*, Londres, Verso, 2013, p. 29.

¹⁹² Véase Worstall, Tim, "Spain Has No Government for 10 Months: Economy Grows, Unemployment Falls to 18.9%", *Forbes*, 27 de octubre de 2016, <https://www.forbes.com/sites/timworstall/2016/10/27/spain-has-no-government-for-10-months-economy-grows-unemployment-falls-to-18-9/#81f6954b62c8>.

¹⁹³ Waterfield, Bruno, "Belgium to Have New Government After World Record 541 Days", *Telegraph*, 6 de diciembre de 2011, <https://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/belgium/8936857/Belgium-to-have-new-government-after-world-record-541-days.html>.

colombiana sirven como el telón de fondo para la impugnación política aparentemente alejada de las decisiones concretas de la Corte.¹⁹⁴

Aquí también hay una posición intermedia parecida al refuerzo de procesos de las cortes canadienses y sudafricanas en el contexto de las estructuras de gobierno. Las cortes que enfrentan graves cuestiones de subsistencia y otras cuestiones de primer orden a veces simplemente asumen el rol de una cuasi-legislatura y crean, en efecto, un nuevo cuerpo administrativo bajo mandato judicial. Pero las cortes también pueden interpretar leyes y decretos existentes para forzar al gobierno a que cumpla con la carga de sus obligaciones existentes o las cortes pueden obligar al gobierno a que atienda un tema de derechos sociales impugnados bajo amenaza de intervención judicial.¹⁹⁵ De esta manera, Po Jen Yap útilmente distingue entre una intervención judicial que substituyen el fracaso del proceso político de atender una necesidad social, aquellas que obligan a una mayor implementación de programas sociales preexistentes y aquellos que obligan al gobierno a atender el asunto impugnado y asumir la responsabilidad política por su resolución.¹⁹⁶ La intervención judicial confinada puede ser más habilitante de derechos que la sustitución del proceso político en su totalidad.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Brodzinski, Sibylla, "Colombia Referendum: Voters Reject Peace Deal with FARC Guerillas", *The Guardian*, 3 de octubre de 2016, <https://www.theguardian.com/world/2016/oct/02/colombia-referendum-rejects-peace-deal-with-farc>.

¹⁹⁵ Ésta ha sido una forma frecuente de intervención por la Corte Suprema de India. Véase Shankar, Shylashri y Mehta, Pratap Bhanu, "Courts and Socioeconomic Rights in India", en Gauri, Varun y Brinks, Daniel M. (eds.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 146, 174.

¹⁹⁶ Po Jen Yap, "Remedial Discretion and Dilemmas in Asia", *University Toronto Law Journal*, vol. 69 (se publicará en el 2020) (manuscrito en archivo con el autor).

¹⁹⁷ Cfr. Levinson, Daryl J., "Rights Essentialism and Remedial Equilibration", *Columbia Law Review*, vol. 99, núm. 4, 1999, pp. 857, 889.

Un ejemplo de Brasil nos muestra la dificultad de que las cortes intenten ponderar los costos y beneficios de reclamos competitivos para recursos societarios limitados. En el 2016, el STF ordenó al empobrecido estado de Rio Grande do Norte que proveyera a un reclamante individual el libre acceso al medicamento Sildenafil, a pesar de que cada caja costaba \$5,000 USD.¹⁹⁸ Visto como una cuestión de derecho individual, esas decisiones traicionan una "ausencia de criterios normativos"¹⁹⁹ para evaluar los reclamos competitivos para recursos escasos. También existen preocupaciones graves no sólo por la distribución de recursos públicos sino por la asignación, ya que los individuos más acaudalados son más capaces de maniobrar el sistema legal para captar recursos estatales al demandar medicamentos gratis provistos por el Estado.²⁰⁰

En desacuerdo, el Juez Barroso ofreció dos caminos alternativos. Primero, notó que deberían haber mecanismos para revisar las decisiones de salud pública hechas por funcionarios del Estado en términos de la eficacia de medicinas alternativas, la disponibilidad de sustitutos de menor costo y un rango de otras consideraciones que podrían canalizar la pregunta de derechos judiciales hacia caminos más tradicionales de

¹⁹⁸ STF, RE No. 566471 RN, Relator: Marco Aurélio, Diário da Justiça Eletrônico (D.J.E.), 30 de septiembre de 2016, 209 (Braz.)

¹⁹⁹ Lirio de Valle, Vanice R., "Enforcing Socio-Economic Rights Through Immediate Efficacy: A Case Study of Rio de Janeiro's Right to Housing", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 25, 2016, p. 27; véase también *Ídem*, p. 30 (notando que el desarrollo del litigio en masa "lleva a una tendencia de no diferenciación en la emisión de sentencias" y que "[d]etalla acerca del marco factual que tiende a perderse y los jueces podría usualmente desarrollar cierto matiz de decisión que podría ser mecánicamente aplicado").

²⁰⁰ Véase de manera general Brinks, Daniel M. y Forbath, William, *op. cit.*, p. 1952 (revisando estudios académicos recientes que sugieren que la litigación de salud puede estar exacerbando, más que aliviando, la inequidad económica).

supervisión regulatoria de costo-beneficio.²⁰¹ Sin embargo, más central a esta pregunta está el segundo enfoque ofrecido por el Juez Barroso. Más que apresurarse a implementar un remedio bajo el amplio manto de la jurisprudencia de derechos, Barroso insta a las cortes para que se alleguen de reguladores estatales, incluyendo expertos del Sistema de salud pública, para enfocarse en la atención gubernamental de los temas de salud ante las cortes. Contrastando con los reclamos de derechos de primer orden, un vehículo procedimental de ese modo podría obligar a que las autoridades se comprometieran a un diálogo sobre política pública.²⁰² La aproximación sigue un enfoque sobre las intervenciones de la corte a "abrir las instituciones públicas que crónicamente han incumplido sus obligaciones y que están sustancialmente aisladas de los procesos normales de rendición de cuentas políticos."²⁰³

Lo que distingue este enfoque que refuerza el proceso de una simple proclamación de derechos es el compromiso de las ramas políticas de desempeñar sus deberes de gobernanza democrática. El objetivo es obligar el compromiso político con temas sociales apremiantes, particularmente en favor de los miembros más vulnerables de la sociedad pero sin predeterminedar el resultado de ese compromiso. En efecto, esta

²⁰¹ Véase párrs. 3-4 de la opinión de Barroso en STF, RE No. 566471 RN.

²⁰² El rol de Barroso encaja aquí con sus estudios académicos constitucionales sobre el rol de las cortes como parte de un aparato dialógico constitucional más grande. Véase Barroso, Luís Roberto, "Reason Without Vote...", *op. cit.*, 4.3.3 ("Lo que puede ser extraído de esa nota final es que el actual modelo no puede ser caracterizado como una supremacía judicial. El Tribunal Federal Supremo de Brasil no es dueño de la Constitución. . .Una pérdida de diálogo con la sociedad, la inhabilidad potencial de justificar sus decisiones o ser entendido, podría reducir el cumplimiento con y legitimidad por la Corte").

²⁰³ Véase Sabel, Charles F. y Simon, William H. , "Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds", *Harvard Law Review*, vol. 117, 2004, pp. 1016, 1020.

es la misma postura para la intervención judicial que en el reforzamiento impulsado procesalmente del poder suave democrático como ya se ha visto en ejemplos de Canadá y Sudáfrica en el dominio de la gobernanza democrática.

Los ejemplos de Sudáfrica e India nos ayudan a esclarecer este punto. La constitución sudafricana²⁰⁴ en sus Secciones 26 y 27 garantiza un derecho a la vivienda, salud, alimento y seguridad social (respectivamente).²⁰⁵ Estos derechos son justiciables,²⁰⁶ y pueden ser invocados por litigantes individuales, como en Brasil. Ambas provisiones están calificadas, sin embargo, por consideraciones de razonabilidad o idoneidad de los recursos: "El Estado debe tomar medidas legislativas razonables y de otra índole, dentro de sus recursos disponibles, para conseguir la realización progresiva de cada uno de estos derechos."²⁰⁷

En el caso *Gobierno de Sudáfrica v. Grootboom*,²⁰⁸ la Corte Constitucional distinguió las garantías de derechos de la deferencia necesaria a las autoridades políticas por las políticas adoptadas concretamente para implementar las protecciones constitucionales. El asunto a tratar en el

²⁰⁴ Véase Kende, Mark S., "The Fifth Anniversary of the South African Constitutional Court: In Defense of Judicial Pragmatism", *Vermot Law Review*, vol. 26, núm 19, pp. 753, 755-756 (notando la influencia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la elaboración de la constitución de Sudáfrica de los derechos socioeconómicos).

²⁰⁵ S. Afr. Const., 1996, párrs. 26(1) y 27(1).

²⁰⁶ *Minister of Health v. Treatment Action Campaign* 2002 (5) SA 721 (CC), párr. 25. ("La pregunta en el presente caso no es, entonces, si los derechos socio-económicos son justiciables. Claramente lo son. (citando *Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996, (4) SA 744 (CC) párr.78).

²⁰⁷ *Ibidem*, párrs. 26(2) y 27(2). Nótese que la Sección 28, sobre los derechos garantizados a los niños, no contiene una subsección limitante equivalente.

²⁰⁸ 2000 (11) BCLR 1169 (CC).

caso era una apropiación de un terreno por aviadores que justamente reclamaban la falta de respuesta del gobierno para su necesidad de tener una vivienda.²⁰⁹ De manera distinta a la orden brasileña de cobija para proveer un medicamento necesario, la Corte preguntó la razonabilidad de las decisiones del gobierno de manera general,²¹⁰ y reconoció que "un amplio rango de derechos de posibles medidas podían ser adoptadas por el Estado para que cumpliera con sus obligaciones."²¹¹ Esta pregunta de razonabilidad debe ser "extremadamente sensible al contexto"²¹² permitiendo a la Corte condenar al gobierno por su completa inacción "por no haber provisto alguna forma de alivio para aquellos que desesperadamente necesitan el acceso a una vivienda," y requiriendo el desarrollo de políticas para "planear, financiar, implementar y supervisar las medidas para brindar alivio a aquellos que sufren una necesidad extrema."²¹³

La Corte rechazó un reclamo alternativo para la declaración judicial de un "núcleo mínimo" de derechos a la vivienda al escapar la competencia judicial.

²⁰⁹ *Ibidem*, párrs. 6-9.

²¹⁰ *Ibidem*, párr. 33. Véase también *ibidem*, párr. 41 ("En cualquier reto basado en la sección 26 en el que se argumente que el Estado no ha cumplido con sus obligaciones positivas impuestas a él por la sección 26(2), la pregunta será si medidas legislativas y de otra índole que son tomadas por el Estado son razonables.").

²¹¹ *Ibidem*, párr. 41.

²¹² Roux, Theunis, "Principle and Pragmatism on the Constitutional Court of South Africa", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, 2009, pp. 106, 136.

²¹³ *Grootboom* en párrs. 95-96. Es debatible si esta orden ayudó a los demandados. Véase de manera general Pillay, Kameshni, "Implementation of Grootboom: Implications for the Enforcement of Socio-Economic Rights", *Democracy and Development*, vol. 6, 2002, pp. 255, 276 (argumentando que tras la emisión de *Grootboom*, las vidas de residentes de chozas no ha mejorado apreciablemente).

No es posible determinar el umbral mínimo para la realización progresiva del derecho al acceso a una vivienda adecuada sin primero identificar las necesidades y oportunidades para el disfrute de tal derecho. Éstas variarán dependiendo de factores tales como el ingreso, desempleo, disponibilidad de terreno y pobreza... Todo esto ilustra la complejidad de la tarea de determinar una obligación de núcleo mínimo para la progresiva realización del derecho a la vivienda digna sin tener la información necesaria sobre las necesidades y oportunidades para el disfrute de este derecho. El comité desarrolló el concepto de núcleo mínimo tras muchos años de examinar reportes presentados por los Estados. Esta Corte no tiene información comparable.²¹⁴

Si bien los críticos sin lugar a dudas hubieran preferido una elaboración categórica de derechos,²¹⁵ como pasó en Brasil, el enfoque sudafricano impuso a la agenda legislativa un compromiso más transparente con los reclamos de derechos por aquellos que están en riesgo por el

²¹⁴ *Grootboom*. 32 (rechazando el enfoque del enfoque mínimo, en parte, porque la Corte no tiene acceso a suficientes datos para tomar en cuenta todos los factores variables que afectan la crisis de vivienda en Sudáfrica).

²¹⁵ Véase por ejemplo, Kwadrans, Ania, "Socioeconomic Rights Adjudication in Canada: Can the Minimum Core Help in Adjudicating the Rights to Life and Security of the Person Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms", *Journal of Law and Social Policy*, vol. 25, 2016, pp. 78, 89-90 (discutiendo el modelo de la jurisprudencia sudafricana y su desenlace como emblemático del peligro de rehusarse a adscribir contenido sustancial a los derechos socio-económicos); Bilchitz, David, "Towards a Reasonableness Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence", *South African Journal on Human Rights*, vol. 19, 2003, pp. 1, 10 (afirmando que el presente, la razonabilidad parece pararse en lugar de lo que sea que la Corte vea como características deseables de política estatal y que la Corte tiene que desarrollar y estipular un significado específico para este concepto amplio y amorfo"); Pillay, Kameshini, "Implementation of Grootboom: Implications for the Enforcement of Socio-Economic Rights", *Law, Democracy and Development*, vol. 6, 2002, p. 255 (argumentando que tras la emisión de *Grootboom*, las vidas de residentes de chozas no ha mejorado apreciablemente).

descuido político. En esos casos, "las razones más grandes para la medida" han sido producto de una novedad de los reclamos de derechos "no en relación con la idea de que los ciudadanos tienen derechos socio-económicos en contra del Estado, pero en relación a temas de implementación."²¹⁶

De manera alternativa, las cortes cúspide pueden intentar fundamentar los derechos en garantías constitucionales más amplias mientras usan legislación que ha sido infra-implementada como marco correctivo. Como un tema práctico, hay todas las razones para creer que "litigar con base en los propios estándares gubernamentales es una táctica muy poderosa y cualquier intento del gobierno de repeler o retroceder sus propios estándares sería sospechoso y propenso a ser impugnado como un paso regresivo."²¹⁷ Por ejemplo, la Corte Suprema de India atendió las amenazas de hambruna masiva en Rajastán²¹⁸ bajo las no judicialmente implementadas garantías constitucionales del Artículo 21 ("ninguna persona será privada de su vida o libertad personal excepto

²¹⁶ Fowkes, James, *Building the Constitution: The Practice of Constitutional Interpretation in Post-Apartheid South Africa*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 240.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 267.

²¹⁸ En *PUCL v Union of India*, Escrito Petitorio (Civil) No 196 de 2001 (23 Julio 2001 orden interina) (Corte Suprema de India) la Corte se pronunció sobre las condiciones de hambruna en Rajastán bajo la autoridad del Artículo 21 Artículo 21 ("ninguna persona será privada de su vida o libertad personal excepto de conformidad con el procedimiento establecido por la ley") y el Artículo 47 ("El Estado debe vislumbrar el aumento del nivel de nutrición y el estándar de vida de la población para el mejoramiento de la salud pública como una de sus tareas primarias"). Si bien el mandato específico del Artículo 47 no habla de garantías judicialmente implementadas, la Corte emitió una docena de decretos del 2001 hasta el 2017. Estos decretos versaban sobre la asignación de granos, obligaciones para las tiendas de raciones para que permanecieran abiertas y proporcionaran comida a las familias debajo de la línea de pobreza y dieran comida gratis para las personas con una discapacidad y otros ciudadanos indigentes y ordenó programas de almuerzos escolares.

de conformidad con el procedimiento establecido por la ley") y el Artículo 47 ("El Estado debe vislumbrar el aumento del nivel de nutrición y el estándar de vida de la población para el mejoramiento de la salud pública como una de sus tareas primarias"). Más que circunvenir la ausencia de un mecanismo de implementación constitucional, la Corte aceptó el mandato constitucional como una declaración de una política social fundamental. Esa interpretación constitucional luego permitió que la Corte viera las promulgaciones legislativas a la luz del compromiso constitucional. En las especificidades de esta decisión, la Corte trazó su autoridad remedial específica del estatutario Código Famélico en Rajastán, y emitió docenas de ordenes interinas administrativas que serían implementadas a través del marco estatutario en su generalidad. Finalmente, la supervisión de la corte terminó en el 2017, tras una acción legislativa más comprensiva: "En virtud del Acto de Seguridad Nacional de Alimentos, 2013, nada más sobrevive de esta petición. Por lo tanto se desecha."²¹⁹

El contraste es entre comprometerse con un reclamo aislado por recursos como un tema directo de derechos individuales e instar a los poderes políticos a que tomen responsabilidad por el bienestar social. Esto se captura muy bien en el énfasis general de la Corte Constitucional de Sudáfrica de "evaluar las políticas y programas sociales para asegurar que tomen en cuenta adecuadamente las necesidades y circunstancias de los más desfavorecidos, su prontitud para solicitar que

²¹⁹ Véase *People's Union for Civil Liberties v. Union of India*, Writ Petition (Civil) 196/2001, Order of Feb. 10, 2017, (Sup. Ct. India), <https://www.sci.gov.in/jonew/ropor/rop/all/901064.pdf>.

el gobierno implemente esos cambios y su cuidado hacia los reclamos individuales para el alivio directo."²²⁰

VI. Conclusión

Pocas contiendas en la vida se regulan completamente por sí mismas. Incluso los mercados que se basan en la libertad contractual necesitan supervisores que prevengan manipulaciones adversas. Confieso que tengo poca paciencia para los reclamos de primer orden de la primacía de la política legislativa que no pueden ser probados contra la experiencia vivida de los gobiernos democráticos hoy en día. El periodo desde el fin del imperio soviético ha producido más democracias que cualquier otro momento en la historia de la humanidad y ha permitido que más seres humanos tengan dicho en la elección de sus gobernantes como nunca antes. Al mismo tiempo, estas democracias sufren la pérdida del impulso que rige a los poderes legislativos, el colapso de sus partidos políticos históricos y crecientes demandas populistas para desbrozar sus instituciones. En algunas democracias más antiguas, estas son veneradas instituciones de gobernanza, en sus contrapartes más jóvenes, surgen en países que aún están intentando sacudirse los legados de regímenes autocráticos que no están olvidados por completo. Hablar brillantemente de un idílico pasado parlamentario inglés en los mimados días del imperio británico tiene muy poco que ofrecer a los debates alrededor del mundo o incluso en Inglaterra hoy en día.

²²⁰ Brinks, Daniel M. y Forbath, William, *op. cit.*, p. 1952.

La premisa de *Fragile Democracies* fue que las cortes constitucionales no podrían ser un velador pasivo de las democracias en formación. Para los esfuerzos repentinamente emergidos de la soberanía popular adquinados del colapso de los Estados autocráticos, las instituciones eran demasiado vulnerables para permitir que las cortes revisaran sólo los excesos partidarios. En cambio, los funcionamientos medulares de la institución democrática deben ser nutridos para que los hábitos de la gobernanza democrática se afiancen. Las cortes tuvieron que aprender a "intervenir en fines constitucionalmente valiosos."²²¹

Dividir al mundo entre las recientemente instauradas democracias frágiles y los regímenes estables en Estados Unidos y Europa pudo haber sido un error. Puede ser que todas las democracias carguen las semillas de su propia fragilidad, con los Estados más antiguos siendo distinguidos por tener barandales institucionales de mayor protección.²²² La era de la furia populista creciente y la disfunción de las democracias modernas es con suerte transitoria. Mientras estos momentos duren, sin embargo, hay una presión más grande por el compromiso judicial con las fundaciones institucionales de la gobernanza democrática. Puede que esto no sea el primer mundo de la política legislativa que funciona a la perfección. Por otro lado, los humanos fueron expulsados del Edén hace mucho tiempo y se han adaptado audazmente a una segunda mejor opción de arreglos.

²²¹ Fowkes, James, *Building the Constitution... op. cit.*, p. 349.

²²² Quiero agradecer a Ira Katznelson por su útil formulación de la fragilidad democrática como una condición en un punto dado en el tiempo más que una característica de un Estado versus otro.

Bibliografía

ALEXY, Robert, "Balancing, Constitutional Review, and Representation", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2005.

ALTERIO, Ana Micaela, "Una Justificación Mayoritaria del Control Judicial de Constitucionalidad: La Representación Argumentativa en la Democracia Deliberativa", en Cerdio, Jorge *et. al.* (eds.), *Entre la Libertad y la Igualdad: Ensayos Críticos sobre la Obra de Rodolfo Vázquez*, vol. 1, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2017.

ANDREONI, Manuela, *et. al.*, "Ex-President 'Lula' of Brazil Surrenders to Serve 12-Year Jail Term", *New York Times*, 7 de abril de 2018.

BAKER, Peter, "'Lock Her Up' Becomes More Than a Slogan", *New York Times*, 14 de noviembre, 2017.

BARROSO, Luis Roberto, "Counter-Majoritarian, Representative and Enlightened: The Roles of Constitutional Courts in Democracies", *American Journal of Comparative Law*, vol. 67, núm. 1, marzo de 2019.

_____, "Counter-Majoritarian, Representative and Enlightened: The Roles of Constitutional Courts in Democracies", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 67, núm. 1, marzo de 2019.

_____, Luis Roberto, "Reason Without Vote: The Representative and Majoritarian Function of Constitutional Courts", en Bustamante, Thomas y Gonçalves Fernandes, Bernado (eds.), *Democratizing Constitutional Law*, Suiza, Springer, 2016.

BARROS, Roberto, *Constitutionalism and Dictatorship. Pinochet, the Junta and the 1980 Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

BELLAMY, Richard, *Political Constitutionalism: A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*, Nueva York, Cambridge University Press, 2007.

BENNETT, John T., "Trump Urges Sessions to Investigate His Political Foes", *Roll Call*, 24 de Agosto de 2018.

BERLIN, Isaiah, "Two Concepts of Liberty", *Four Essays On Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1958.

BERMEO, Nancy, "On Democratic Backsliding", *Journal of Democracy*, vol. 27, núm. 1, 2016.

BERNECKER, Walther L., "Monarchy and Democracy: The Political Role of King Juan Carlos in the Spanish Transición", *Journal of Contemporary History*, vol. 33, 1998.

BILCHITZ, David, "Towards a Reasonableness Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence", *South African Journal on Human Rights*, vol. 19, 2003.

BINGHAM POWELL, G., *Elections as Instruments of Democracy: Majoritarian and Proportional Visions*, New Haven, Yale University Press, 2000.

BRINKS, Daniel M. y Forbath, William, "Commentary: Social and Economic Rights in Latin America: Constitutional Courts and the Prospects for Pro-Poor Interventions", *Texas Law Review*, vol. 89, 2011.

BURKE, Edmund, *Discurso a los Electores de Bristol*, 3 de noviembre de 1774, en Nimmo, John C. (ed.), *The Works of the Right Honourable Edmund Burke 1887*, vol. 2, Washington.

BRITO, Ricardo y PARAGUASSU, Lisandra, "Brazil Judge Orders Corruption Probe into a Third of Temer's Cabinet", *Reuters*, 11 de abril de 2017.

BRODZINSKI, Sibylla, "Colombia Referendum: Voters Reject Peace Deal with FARC Guerillas", *The Guardian*, 3 de octubre de 2016.

BURAS, Piotr y KNAUS, Gerald, *Foundation, Where The Law Ends*, European Stability Initiative, Batory Foundation, 29 de Mayo de 2018.

CASEY, Nicholas y TORRES, Patricia, "Venezuela Muzzles Legislature, Moving Closer to One-Man Rule", *New York Times*, 30 de Marzo de 2017.

CHOUHRY, Sujit, "Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment: A Reply to Rosalind Dixon and David Landau", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 3, 2017.

CHOUHRY, Sujit, "‘He Had a Mandate’: The South African Constitutional Court and the African National Congress in a Dominant Party Democracy", *Constitutional Court Review*, vol. 2, 2009.

———, "Will Democracy Die in Darkness? Calling Autocracy By Its Name", en Graber, Mark, *et al.* (eds.), *Constitutional Democracies in Crisis?*, 2008.

COUSO, Javier, "The Politics of Judicial Review in Chile in the Era of Democratic Transition, 1990-2002", *Democratization*, vol. 10, núm. 4, 2003.

CROUCH, Melissa, "Dictators, Democrats, and Constitutional Dialogue: Myanmar’s Constitutional Tribunal", *International Journal of Constitutional Law*, Myanmar, vol. 16, 2018.

CURTIS, Michael Kent, "Racial Gerrymanders, Partisan Gerrymanders, and Voting Rules as Tools for Partisan Entrenchment", *Wake Forest University Legal Studies Paper*.

DAHL, Robert "Myth of the Presidential Mandate", *Political Science Quarterly*, vol. 105, núm. 3, 1990.

_____, *Democracy and Its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989.

DALY, Tom Gerald, *Alchemists: Questioning Our Faith in Courts as Democracy Builders*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

DAVID, Paul T. y Eisenberg, Ralph, *Devaluation of the Urban and Suburban Vote 3*, University of Virginia, 1961.

DIXON, Rosalind y Landau, David, "Tiered Constitutional Design", *George Washington Law Review*, vol. 86, 2018.

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

_____ e Issacharoff, Samuel, "Living to Fight Another Day: Judicial Deference in Defense of Democracy", *Wisconsin Law Review*, 2016.

_____, "Politics as Markets' Goes Global", *International and Comparative Law. Jotwell*, 12 de febrero, 2016.

_____ y Landau, David, "Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 3, 2015.

DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977; Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.

- DELANEY, Erin F., "Analyzing Avoidance: Judicial Strategy in Comparative Perspective", *Duke Law Journal*, vol. 66, núm. 1, 2016.
- EWING, Keith, "The Unbalanced Constitution", en Campbell, Tom, *et. al.* (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- FAIOLA, Anthony y Lopes, Mariana, Bolsanaro, "Wins Brazilian Presidency", *Washington Post*, 28 de octubre de 2018.
- FRIEDMAN, Barry, "The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five", *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 112, núm 2., 2002.
- FELDMAN, Noah, *The Three Lives of James Madison: Genius, Partisan, President*, Nueva York, Penguin Random House, 2017.
- FELTER, Claire y Cara Labrador, Rocio, "Brazil's Corruption Fallout", *Council on Foreign Relations*, 7 de noviembre de 2018.
- FEREJOHN, John y PASQUINO, Pasquale, "The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, núm. 2, 2004.
- FAUSSET, Richard, "North Carolina Governor Signs Law Limiting Successor's Power", *New York Times*, 16 de diciembre de 2016.
- FIORINA, Morris, *Unstable Majorities: Polarization, Party Sorting and Political Stalemate*, California, Hoover Institution, 2017.

FOWKES, James, *Building the Constitution: The Practice of Constitutional Interpretation in Post-Apartheid South Africa*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

FUKUYAMA, Francis, *The Origins of Political Order: From Prehuman Times to the French Revolution*, Nueva York, Farrar, Straus and Giroux, 2011.

GARDBAUM, Stephen, "The Commonwealth Model of Constitutionalism", *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, 2013.

GEDDIS, Andrew, "Parliamentary Government in New Zealand: Lines of Continuity and Moments of Changes", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, núm 1, 2016.

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

_____, "Democratic Backsliding and the Rule of Law", *Ohio Northern University Law Review*, vol. 44, 2018.

_____ y VERSTEEG, Mila, "Why Do Countries Adopt Constitutional Review?", *Journal of Law, Economics and Organization*, Virginia, núm. 30, 2013.

_____, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

GRIMM, Dieter, *Constitutionalism: Past, Present, and Future*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

- HANLON, Natalie, "Military Base Closings: A Study of Government by Commission", *University of Colorado Law Review*, vol. 62, 1991.
- HART ELY, John, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, 14a. ed., Cambridge, Harvard University Press, 2002.
- HENDRICKSON, Dave, "Here's a Look at North Carolina's Proposed Constitutional Amendments", *WRAL*, 10 de Agosto de 2018.
- HIRJI, Shams y CALABRESI, Steven G. , "Proposed Judgeship Bill", *Northwestern University Pritzker School of Law Public Law and Legal Theory Series*, núm. 15-18, 2017.
- HOBOLT, Sara B., "The Brexit Vote: A Divided Nation, a Divided Continent", *Journal of European Public Policy*, vol. 23, núm. 9, 2016.
- HÜBNER Mendes, Conrado, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- HUNTINGTON, Samuel P., *The Third Wave: Democratization in the Late 20th Century*, Oklahoma, University of Oklahoma Press, 1991.
- ISSACHAROFF, Samuel, "Populism Versus Democratic Governance", en Graber, Mark *et. al.* (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford, Oxford University Press, 2018.
- _____, "Democracy's Deficits", *The University of Chicago Law Review*, vol. 85, 2018.

_____, *et. al.*, *The Law of Democracy: Legal Structure of the Political Process*, 5a. ed., Nueva York, Foundation Press, 2016.

_____, *Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts*, Nueva York, Cambridge, 2015.

_____ y Pildes, Richard H., "Between Civil Libertarianism and Executive Unilateralism: An Institutional Process Approach to Rights During Wartime", *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 5, 2004.

_____, "Political Judgments", *University of Chicago Law Review*, vol. 68, 2001.

_____ y Pildes, Richard H., "Politics as Markets: Partisan Lockups of the Political Process", *Stanford Law Review*, vol. 50, núm. 3, 1998.

_____, "Regulating the Electoral Process, Judging Politics: The Elusive Quest for Judicial Review of Political Fairness", *Texas Law Review*, vol. 71, 1993.

KARLAN, Pamela S., "Reapportionment, Nonapportionment, and Recovering Some Lost History of One Person, One Vote", *William and Mary Law Review*, vol. 59, Stanford Public Law Working Paper, 2018.

KENDE, Mark S., "The Fifth Anniversary of the South African Constitutional Court: In Defense of Judicial Pragmatism", *Vermont Law Review*, vol. 26, núm 19.

KHOSLA, Madhav, "Constitutional Amendment", en Choudhry, S. *et. al.* (eds.), *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, 2016.

———, "Addressing Judicial Activism in the Indian Supreme Court: Towards an Evolved Debate", *Hastings International and Comparative Law Review*, núm. 32, 2009.

KINGSLEY, Patrick, "After Viktor Orban's Victory, Hungary's Judges Start to Tumble", *New York Times*, 1 de Mayo de 2018.

KIRSHNER, Alexander S. A, *Theory of Militant Democracy: The Ethics of Combating Political Extremism*, New Haven, Yale University Press, 2014.

KOCH, Jr., Charles H., "Envisioning a Global Legal Culture", *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2003.

KRISHNASWAMY, Sudhay, *Democracy and Constitutionalism in India: A Study of the Basic Structure Doctrine*, Oxford , Oxford University Press, 2009.

KUMM, Mattias, "Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review", en Klatt, Matthias (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

KUO, Ming-Sung, "Moving Towards a Nominal Constitutional Court? Critical Reflections on the Shift from Judicial Activism to Constitutional Irrelevance in Taiwan's Constitutional Politics", *Washington International Law Journal*, vol. 25, núm. 3, 2016.

KWADRANS, Ania, "Socioeconomic Rights Adjudication in Canada: Can the Minimum Core Help in Adjudicating the Rights to Life and Security of the Person Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms", *Journal of Law and Social Policy*, vol. 25, 2016.

LANDAU, David, "Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law", *Harvard International Law Journal*, vol. 51, 2010.

LANE SCHEPPELE, Kim, "Autocratic Legalism", *University of Chicago Law Review*, vol. 85, 2018.

LIRIO DE VALLE, Vanice R., "Enforcing Socio-Economic Rights Through Immediate Efficacy: A Case Study of Rio de Janeiro's Right to Housing", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 25, 2016.

LEVINSON, Daryl J., "Rights Essentialism and Remedial Equilibration", *Columbia Law Review*, vol. 99, núm. 4, 1999.

LEVITSKY, Steven y Ziblatt, Daniel, *How Democracies Die*, Nueva York, Crown Publishing Group, 2018.

MAIR, Peter, *Ruling the Void. The Hollowing of Western Democracy*, Londres, Verso, 2013.

MANIN, Bernard, *The Principles of Representative Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

MEIXLER, Eli, "The Taj Mahal Is Changing Color. That Has India's Highest Court Concerned", *Time*, 2 de mayo de 2018.

MINGUO Zhonghua Xianfa Zengxiu Tiaowen, *Artículos Adicionales de la Constitución de Taiwán*, 5a Revisión, 1999.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, *Resultados da Operação Lava Jato*.

MONTESQUIEU, Baron de, *The Spirit of the Laws*, en Cohler, Anne M. et al. (eds. y trads.), Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

MOTTA FERRAZ, Octavio Luiz, "Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil", *Texas Law Review*, Texas, vol. 89, 2011.

NAGEL, Jack H., "Expanding the Spectrum of Democracies: Reflections on Proportional Representation in New Zealand", en Crepaz, Markus M. L., et. al. (eds.), *Democracy and Institutions. The life work of Arend Lijphart*, Michigan, The University of Michigan Press, 2000, p. 113.

O'LEARY, Brendan, "Debating Consociational Politics: Normative and Explanatory Arguments", en Sid, Noe (ed.), *From Power Sharing to Democracy: Post Conflict Institutions in Ethnically Divided Societies*, Montreal y Kingston, McGill- Queen's University Press, 2004.

PARAGUASSÚ, Lisandra y Boadle, Anthony, "Brazil President's Popularity Mired at Lows in Election Year: Poll", *Reuters*, 5 de abril de 2018.

PILLAY, Kameshini, "Implementation of Grootboom: Implications for the Enforcement of Socio-Economic Rights", *Law, Democracy and Development*, vol. 6, 2002.

PO JEN YAP, "Remedial Discretion and Dilemmas in Asia", *University Toronto Law Journal*, vol. 69 (se publicará en el 2020).

—————, *Courts and Democracies in Asia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

—————, (ed.), *Judicial Review of Elections in Asia*, Reino Unido, Routledge, 2016.

POSNER, Eric A. y Weyl, E. Glen, *Radical Markets: Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2018.

PRADO, Mariana M., "The Debatable Role of Courts in Brazil's Health Care System: Does Litigation Harm or Help?", *Journal of Law, Medical and Ethics*, núm. 7, 2013, pp.124, 125.

PRZEWORSKI, Adam *et al.*, *Democracy and Development: Political Institutions and Well-Being in the World, 1950-1990*, Nueva York, Cambridge University Press, 2000.

QUIEROZ BARBOZA, Estefânia M. de y Kozicki, Katya, "Judicialization of Politics and the Judicial Review of Public Policies by the Brazilian Supreme Court", *Diritto and Questioni Pubbliche*, vol. 13, 2013.

ROACH, Kent, "Constitutional, Remedial, and International Dialogues About Rights: The Canadian Experience", *International Law Journal*, vol. 40, 2005.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César, "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America", *Texas Law Review*, vol. 89, 2011.

ROMAN, David, *Lustration and Transitional Justice: Personnel Systems in the Czech Republic, Hungary, and Poland*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 2011.

ROSENBLUM, Nancy L., *On the Side of Angels: An Appreciation of Parties and Partisanship*, Princeton, Princeton University Press, 2008.

ROUX, Theunis, "In Defence of Empirical Entanglement: The Methodological Flaw in Waldron's Case Against Judicial Review", en Levy, Ron *et al.* (eds.), *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

———, "Principle and Pragmatism on the Constitutional Court of South Africa", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, 2009.

ROZNAI, Yaniv, "Unconstitutional Constitutional Amendments—The Migration and Success of a Constitutional Idea", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 61, núm. 3, 2013.

SABEL, Charles F. y Simon, William H., "Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds", *Harvard Law Review*, vol. 117, 2004.

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

SADURSKI, Wojciech, "Polish Chief Justice of the Supreme Court Under Pressure: What Now?", *Verfassungsblog*, 5 de julio de 2018.

_____, "How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding", *Sydney Law School Research Paper No. 18/01*, The University of Sydney, 2018.

SAJÓ, András y Uitz, Renata, *The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

SANTORA, Marc, "Amid Growing Uproar, Poland to Remove 27 Supreme Court Justices", *New York Times*, 3 de Julio de 2018.

_____, "Poland Purges Supreme Court, and Protesters Take to Streets", *New York Times*, 3 de Julio de 2018.

SAPIANO, Jenna, "Courting Peace: Judicial Review and Peace Jurisprudence", *Global Constitutionalism*, vol. 6, 2017.

SCHATTSCHEIDER, E.E., *Party Government*, Nueva York, Holt Rinehart y Winston, 1942.

SCHEPPELE, Kim Lane, "Autocratic Legalism", *The University of Chicago Law Review*, vol. 85, 2018.

_____, "Understanding Hungary's Constitutional Revolution", en Bogdandy, Armin von y Sonnevend, Pál (eds), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Reino Unido, Hart, Bech y Nomos, 2015.

SHOICHET, Catherine E. y McKirdy, Euan, "Brazil's Senate Ousts Dilma Rousseff in Impeachment Vote", *CNN*, 1° de septiembre de 2016.

SCHUMPETER, Joseph, *Capitalism, Socialism, and Democracy*, Reino Unido, Routledge, 2004.

SHANKAR, Shylashri y Mehta, Pratap Bhanu, "Courts and Socioeconomic Rights in India", en Gauri, Varun y Brinks, Daniel M. (eds.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

STILLE, Alexander, "Not So Funny", *New York Books*, 10 de Mayo de 2018.

STRANGE, Hannah, "Venezuela Supreme Court Blocks Opposition's Parliamentary Super-Majority in 'Judicial Coup'", *Telegraph*, 31 de diciembre de 2015.

SUJIT, Choudhry, "How to Do Constitutional Law and Politics in South Asia", en Tushnet, Mark y Khosla, Madhav (eds.), *Unstable Constitutionalism: Law and Politics in South Asia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

_____, "Popular Revolution or Popular Constitutionalism? Reflections on the Constitutional Politics of Quebec Secession", en Bauman,

Richard W. y Kahana, Tsvi (eds.), *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. y Holmes, Stephen, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York, W.W. Norton & Company, 1999.

TEW, Yvonne, "On the Uneven Journey to Constitutional Redemption: The Malaysian Judiciary and Constitutional Politics", *Pacific Rim Law and Policy Journal*, vol. 5, 2016.

TRIP, Garbiel, "North Carolina G.O.P. Moves to Curb Power of New Democratic Governor", *New York Times*, 14 de diciembre de 2016.

TRUMP, Donald J., "Everybody is asking why the Justice Department (and FBI) isn't looking into all of the dishonesty going on with Crooked Hillary & the Dems.", *Twitter*, 3 de noviembre de 2017.

———, "¡Dos pueden jugar ese juego!", *Twitter*, 7 de noviembre de 2018.

TUCKER, Paul, *Unelected Power: The Quest for Legitimacy in Central Banking and the Regulatory State*, Princeton, Princeton University Press, 2018.

TUSHNET, Mark, "How Different are Waldron's and Fallon's Core Cases For and Against Judicial Review", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 3, núm. 1, 2010.

UITZ, Renata, "Courts and the Expansion of Executive Power: Making the Constitution Matter", en Bilchitz, David y Landau, David (eds.), *The Evolution of the Separation of Powers: Between the Global North and the Global South*, Reino Unido, Edward Elgar Publishing, 2018.

VAROL, Ozan, *The Democratic Coup d'État*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

VERDUGO, Sergio, "How Constitutional Courts Fail Their Makers", *J.S.D. disertación*, 2018.

VENKATESAN, J., "Supreme Court Shifts Monkey Business to Delhi High Court", *The Hindu*, 15 de febrero de 2007.

WALDRON, Jeremy *Political Theory*, Cambridge, Harvard University Press, 2016.

_____, "The Core of the Case Against Judicial Review", *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 115, núm. 6, 2006.

_____, "Compared to What? Judicial Activism and New Zealand's Parliament", *New Zealand Law Journal*, 2005.

_____, "Legislating With Integrity", *Fordham Law Review*, vol. 72, núm. 2, 2003.

_____, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

WARREN, Charles, *The Making of the Constitution*, Boston, Little, Brown and Company, 1928.

WATERFIELD, Bruno, "Belgium to Have New Government After World Record 541 Days", *Telegraph*, 6 de diciembre de 2011.

WORSTALL, Tim, "Spain Has No Government for 10 Months: Economy Grows, Unemployment Falls to 18.9%", *Forbes*, 27 de octubre de 2016.

YEN-TU SU, *Political Antitrust: Rethinking the Constitutional Law of Competitive Democracy*, 2000.

Otros materiales consultados

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-270/07, 17 de abril de 2007, Ministro Ponente, Jaime Araújo Rentería.

_____, Sentencia T-546/09, 6 de agosto de 2009, Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa.

CORTE CONSTITUCIONAL DE TAIWÁN, J.Y. Interpretación No. 499 (Interp. Marzo 24, 2000).

CORTE SUPREMA DEL REINO UNIDO, R v Secretary of State, 2017, UKSC 5.

CORTE SUPREMA DE LA INDIA, People's Union for Civil Liberties v. Union of India, Writ Petition (Civil) 196/2001, Order of Feb. 10, 2017.

_____, *PUCL v Union of India*, Escrito Petitorio (Civil) No 196 de 2001 (23 Julio 2001 orden interina).

_____, *BL Wadhera v Union of India*, 1996, 2 SCC 594.

_____, *I. C. Golak Nath v. State of Punjab* (1967) 2 S.C.R. 762, 815 (India).

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919, 945-6, 1983.

_____, *Davis v. Mann*, 377 U.S. 656, 1964; *Roman v. Sincock*, 377 U.S. 695, 1964.

_____, *Gill v. Whitford*, 138 S.Ct. 1916, 1929-30, 2018.

_____, *Lucas v. Forty-Fourth General Assembly of Colorado*, 377 U.S. 713, 1964.

_____, *Maryland Committee for Fair Representation v. Taws*, 377 U.S. 656, 1964.

_____, *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 633, 1964.

_____, *WMCA v. Lomenzo*, 377 U.S. 633, 1964.

_____, *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 258-59, 1962, (Clark, J., con voto concurrente).

_____, *Cooper v. Berger*, 809 S.E.2d 98, N.C. 2018

_____, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 n.4, 1938.

_____, *National Prescription Opiate Litigation*, MDL No. 2804 Case No. 1:17-CV-2804 (N.D. Ohio, January 9, 2018) Doc. #71.

TRIBUNAL SUPREMO DE LA INDIA, *Indira Gandhi a/p Mutho v. Pengarah Jabatan Agama Islam*

_____, *Perak & Ors.*, 2018, 1 Malayan L. J. 545 (FC)

Semenyih Jaya Sdn Bhd v. Pentadbir Tanah Daerah Hulu Langat, 2017, 5 C.L.J. 526.

CORTE SUPREMA DE SUDÁFRICA, *Democratic Alliance v President of the Republic of South Africa*, 2012, ZACC 26.

_____, *Economic Freedom Fighters v Speaker of the National Assembly and Others; Democratic Alliance v Speaker of the National Assembly and Others*, 2016, ZACC 11.

_____, *United Democratic Movement v. Speaker of the National Assembly and Others* 2017 ZACC 2.

_____, *Oriani-Ambrosini, MP v. Sisulu, MP Speaker of the National Assembly* 2012 ZACC 27.

_____, *Mazibuko v. Sisulu and Another* 2013 ZACC 2.

_____, *Democratic Alliance v. Speaker of the National Assembly and Others* 2016 ZACC 8.

_____, *Economic Freedom Fighters v Speaker of the National Assembly and Others; Democratic Alliance v Speaker of the National Assembly and Others*, 2016, ZACC 11.

_____, *Corruption Watch (RF) NPC and Another v President of the Republic of South Africa and Others; Council for the Advancement of the South African Constitution v President of the Republic of South Africa and Others* (62470/2015), 2017, ZAGPPHC 743.

_____, *Grootboom y otros*, 2000 (11) BCLR, 1169.

_____, *Minister of Health v. Treatment Action Campaign* 2002 (5) SA 721.

Normatividad consultada

- Constitución de Sudáfrica
- Acta Constitucional de Canadá
- *U.N. Comm. on Econ., Soc. & Cultural Rights*, Comentario General No. 15 sobre el derecho al agua, ¶ 2, U.N. Doc. E/C.12/2002/11, 3 de enero de 2003).

Rosalind Dixon^{*}
David Landau^{**}

El constitucionalismo transnacional
y **una limitada doctrina de enmienda
constitucional inconstitucional**^{***}

* Profesora de Derecho, Universidad de Nueva Gales del Sur, Facultad de Derecho. Email: rosalind.dixon@unsw.edu.au.

** Profesor de Mason Ladd y Decano Asociado para Programas Internacionales, Facultad de Derecho de la Universidad del Estado de Florida. Email: dlandau@law.fsu.edu

*** El presente texto es la traducción del artículo originalmente publicado en: Dixon, Rosalind y Landau, David, "Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, núm. 3, julio 2015, pp. 606-638.

Traducción: Joy Monserrat Ochoa Martínez.

Abstract

Existe una tensión profunda en muchas partes del mundo entre los compromisos con la democracia y los procedimientos de enmienda constitucional. Frecuentemente se aprueban enmiendas que siguen procedimientos democráticos formales para la enmienda constitucional, pero que están encaminadas a lograr objetivos constitucionales antidemocráticos o "abusivos" —por ejemplo, para ayudar a presidentes poderosos a que extiendan su mandato, para quitar controles parlamentarios o basados en el federalismo al poder ejecutivo y para constreñir o suspender protecciones básicas de derechos humanos. Entonces, limitar un poder de enmienda constitucional puede tener claros beneficios democráticos. Una forma de hacer esto es mediante una doctrina judicialmente exigible de "enmienda constitucional inconstitucional". Si bien una doctrina de esa naturaleza puede no ser una solución completa para los usos antidemocráticos de los poderes de enmienda constitucional, puede crear una barrera adicional para el cambio. Sin embargo, dicha doctrina debería ser aproximada con precaución desde una perspectiva democrática porque también puede crear obstáculos significativos al uso legítimo de los procesos de enmienda como un medio para invalidar decisiones de las cortes, que pueden ser percibidas como poco razonables o inaceptables por la mayoría de los ciudadanos. Para promover la democracia más que para

socavarla, cualquier doctrina de enmienda constitucional inconstitucional debe ser limitada en su alcance. Este artículo propone que ya que las amenazas al orden democrático son tan variadas, y que pueden ser alteradas o escenificadas por actores autoritarios en potencia, resultaría poco probable que una solución estable sea limitar la doctrina a un estrecho conjunto de provisiones o principios institucionales definidos ex ante. En cambio, las cortes deben apoyarse en una doctrina más amplia que aun así esté limitada a las enmiendas constitucionales que claramente representan una amenaza sustancial a los valores democráticos fundamentales. Este artículo también alega que un medio efectivo para limitar el uso de esa doctrina es el obstaculizar su uso a normas de constitucionalismo transnacional. El compromiso con el derecho constitucional transnacional puede ayudar a limitar tanto los tipos de principios que las cortes definen como fundamentales y los tipos de cambios institucionales que presuntamente serán una amenaza sustancial para dichos principios. Este artículo muestra como un compromiso con materiales transnacionales puede servir como un control viable sobre una doctrina de enmienda constitucional que ayude a separar los casos en los que la doctrina debe implementarse para defender la democracia de casos en los que su uso es innecesario.

Introducción

En muchas partes del mundo los procesos de enmienda constitucional son usados frecuentemente para fines distintivamente antidemocráticos.¹

¹ Este artículo fue presentado en la inauguración de la Asociación Americana de Escuelas de Derecho (AALS, por sus siglas en inglés), en el Simposio Americano el 5 de enero de 2014. Los autores le agradecen a Richard Albert, Wen-Chen Chang, Vicki Jackson, Madhav Khosla,

Los gobiernos no electos aprueban enmiendas que están diseñadas para formalizar su permanencia en el poder, los gobiernos electos utilizan las enmiendas para quitar controles y contrapesos constitucionales y los presidentes democráticamente electos invocan a los procedimientos de enmienda para derrocar los límites a su mandato. Todas estas medidas tienen el potencial de socavar compromisos con la democracia constitucional —o con un sistema constitucional basado en elecciones libres y justas así como el respeto al Estado de derecho y derechos humanos fundamentales.

Por citar algunos ejemplos recientes: en Hungría, el régimen de Fidesz imperante, después de tomar el poder y ganar los requeridos dos tercios de la mayoría de los escaños necesarios para enmendar la Constitución de manera unilateral, impulsó una serie de enmiendas constitucionales para socavar los controles en su poder, particularmente de la Corte Constitucional.² En Turquía, el Partido dominante Justicia y Desarrollo (AKP), está intentando fortalecer su permanencia en el poder al crear una presidencia poderosa y al centralizar el sistema de designación de la Corte Constitucional.³ En Rusia, el Presidente Putin, actualmente busca enmendar la Constitución para subordinar a las cortes comerciales —que han sido el único bastión real de independencia

David Law, Garrick Pursley, Mark Tushnet, y los participantes del simposio sobre *Cambio Constitucional* por sus valiosos comentarios sobre versiones previas del presente artículo y a Amber Doyle, Leah Grolman y Kara Grimsley por su excelente asistencia en la investigación. Véase Landau, David, "Abusive Constitutionalism", *U.C. Davis Law Review*, California, vol. 47, núm. 1, noviembre de 2013, pp. 189-260.

² Véase Lane, Kim, "Constitutional Courts and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts in Times of Crisis" (con referencia especial a Hungría) (Dic. 2013) (manuscrito sin publicar, en archivo con la autora).

³ Véase por ejemplo, Benhabib, Seyla, "Turkey's Authoritarian Turn", *New York Times*, 3 de junio de 2013, en A25.

judicial en el país— a la justicia ordinaria que está políticamente controlada.⁴ En una serie de casos recientes en América Latina, los presidentes han procurado extender los límites de su mandato para prevenir que sean removidos del poder.⁵

Un desafío clave, tanto para los diseñadores constitucionales como para los jueces, es hacer a las constituciones más robustas contra este tipo de amenazas. En el presente artículo sugerimos que la doctrina de la enmienda constitucional inconstitucional es útil para este fin. Como normalmente ha sido expresado, la doctrina sostiene que algunas enmiendas constitucionales son sustancialmente inconstitucionales porque socavan los principios en el orden constitucional existente.⁶ Como muchos académicos han argumentado, controlar el abuso democrático es una de las funciones potenciales clave de la doctrina.⁷ Ejemplos del uso de esta doctrina tanto en Colombia como en la India temprana demuestran su utilidad como parte de la solución al uso de enmiendas constitucionales antidemocráticas. En Colombia, la Corte exitosamente detuvo un intento de Álvaro Uribe de extender su mandato por una segunda ocasión, en India, discutiblemente la doctrina jugó un rol importante para alentar el fin a las medidas constitucionales abusivas en la mitad de la década de 1970.⁸ La doctrina dista mucho

⁴ Véase por ejemplo, Partlett, William, "Constitutionally Eroding the Rule of Law", *Int'l J. Const. L. Blog*, 8 de enero de 2014, <http://www.iconnectblog.com/2014/01/constitutionally-eroding-the-rule-of-law/>

⁵ Los líderes han perseguido o conseguido estas extensiones en Colombia, Venezuela, Ecuador, Honduras y Nicaragua.

⁶ Véase por ejemplo, Barak, Aharon, "Unconstitutional Constitutional Amendments", *Israel Law Review*, vol. 44, núm. 3, 2011, pp. 321-342.

⁷ Ídem.

⁸ Véase *infra*. Secciones 3.1-3.2.

de ser una solución perfecta, pero al menos representa una barrera potencial a enmiendas antidemocráticas, lo cual puede retrasarlas o aumentar sus costos en algunas situaciones.

Una dificultad obvia con la doctrina de enmienda constitucional es que una vez que se deja suelta puede ser aplicada para frustrar instancias normales de cambio constitucional y no sólo enmiendas que impliquen una amenaza sustancial a la democracia. La experiencia de los países que han aplicado la doctrina demuestra que es un problema real y no solo hipotético: hay muchos ejemplos del uso excesivo de la doctrina por las cortes, por ejemplo, para proteger líneas de su propia jurisprudencia, cuya corrección está claramente abierta a disenso racional.⁹ Una de las funciones clave de los procedimientos de enmienda constitucional es proveer un medio mediante el cual las mayorías democráticas puedan anular o "vencer" una decisión de la corte interpretando el texto constitucional.¹⁰ Darles a las cortes poder irrestricto para invalidar enmiendas por incompatibilidad con su propia lectura, previa preferida de la constitución, puede crear un peligro o costo democrático.¹¹

La doctrina juega entonces un rol útil, pero debe ser limitado. Después de esbozar tres posibles modelos, argumentamos que las cortes deberían

⁹ Véase *infra*. Sección 3.3 (dando ejemplos).

¹⁰ Véase Dixon, Rosalind, "Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective", en Ginsburg, Tom y Dixon, Rosalind (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2011, pp. 96-98.

¹¹ Véase Katz, Elai, "On Amending Constitutions: The Legality and Legitimacy of Constitutional Entrenchment", *Columbia Journal of Law and Social Problems*, vol. 29, núm. 2, 1996, p. 251; Mohallem Michael, "Immutable Clauses and Judicial Review in India, Brazil and South Africa: Expanding Constitutional Courts' Authority", *International Journal of Human Rights*, vol. 15, num. 5, mayo 2011, p. 767.

adoptar una aproximación flexible pero débil al aplicar la doctrina: deberían estar abiertas a proteger un amplio rango de arreglos institucionales y provisiones textuales, porque los retos impuestos por el constitucionalismo abusivo son complejos y se manifiestan de distintas maneras. Sin embargo, deberían intervenir únicamente cuando estén bastante seguras de que una enmienda constitucional, ya sea por sí sola o en conjunto con otros cambios, puede representar una amenaza para valores democráticos fundamentales.

Nuestro argumento principal es que al hacer estas determinaciones, las cortes deben ser influenciadas por una consideración de las instituciones y principios encontrados en otros sistemas constitucionales. La experiencia con la doctrina demuestra que las cortes frecuentemente sobreestiman la amenaza que plantean las instituciones y prácticas arraigadas en los precedentes de la propia Corte o en la peculiar historia democrática doméstica de un país. El compromiso con el constitucionalismo transnacional es provechoso como un control de estos impulsos: la consideración de un universo más amplio de casos puede poner en duda una conclusión de que un valor o principio constitucional dado es verdaderamente fundamental o de que cierto cambio institucional verdaderamente representa una amenaza sustancial para dicho principio.

Entonces, recomendamos que las cortes adopten una práctica de fundamentar sus decisiones aplicando la doctrina con un anclaje transnacional. Más adelante, damos ejemplos —con base a una serie de casos recientes— de cómo tal anclaje puede funcionar en la práctica para lograr más moderación en el uso de la doctrina.

Este artículo se divide en cuatro secciones después de esta introducción. La Sección 2 expone la tensión teórica que enmarca nuestra contribución: el uso de la doctrina parece justificado en casos en los cuales una enmienda amenaza con socavar la democracia, pero impone un riesgo verdadero al constitucionalismo democrático si se utiliza en casos en los cuales el riesgo es inexistente o ha sido sobreestimado. La Sección 3 explica los casos específicos de India y Colombia —dos países en los que la doctrina ha sido bastante activa— para ilustrar esta tensión en acción. La Sección 4 considera distintas formas de lograr una doctrina más limitada. Dicha sección resalta nuestra solución de adoptar una doctrina amplia que es limitada por un compromiso de involucramiento comparativo, específicamente, al anclaje transnacional. También muestra cómo este compromiso ha funcionado en algunos casos y cómo ha actuado como un plausible principio limitante en otros en los que se implementó la doctrina innecesariamente. La Sección 5 concluye.

2. El constitucionalismo abusivo y una doctrina de enmienda constitucional inconstitucional

En esta sección, esbozamos la literatura existente sobre la doctrina de enmienda constitucional inconstitucional y explicamos teóricamente cómo puede ser esta doctrina legítima y útil como respuesta a ciertos tipos de enmiendas constitucionales que atentan contra el orden democrático. El trabajo existente ha demostrado que la doctrina plantea problemas especiales de legitimidad que no son enfrentados por ejercicios ordinarios de revisión judicial y que por lo tanto merecen una justificación especial. La experticia existente también sugiere que

la implementación de la doctrina contra enmiendas constitucionales que amenacen con socavar la democracia puede proveer dicha justificación. Esto enmarca la necesidad de nuestra contribución, la doctrina puede ser tanto útil como legítima contra cierto tipo de enmiendas que amenacen el orden constitucional, pero si las cortes usan excesivamente dicha doctrina —dígase porque sobreestiman la amenaza que representa cierto tipo de enmienda— entonces sobrepasan su rol de maneras particularmente problemáticas. Entonces, la teoría existente evidencia la necesidad de la doctrina (al menos en el contexto de democracias frágiles) y una necesidad para que ésta sea limitada.

El problema de justificar la doctrina

Cualquier doctrina de enmienda constitucional inconstitucional sustancial enfrenta una dificultad peculiar: amenaza con producir un tipo de dificultad contra-mayoritaria "definitiva".¹² En democracias de buen funcionamiento, las enmiendas constitucionales son frecuentemente utilizadas por mayorías legislativas o populares para fines constitucionales pro-democráticos. La revisión judicial ordinaria es un acto contra-mayoritario pero al menos retiene la habilidad de anular la toma de decisión judicial a través de la enmienda constitucional. La doctrina de enmienda constitucional inconstitucional corta esta válvula de

¹² Véase por ejemplo, Jacobsohn, Gary, "The Permeability of Constitutional Borders", *Texas Law Review*, vol. 82, num. 7, junio 2004, pp. 1763, 1799 (refiriéndose a la doctrina como "el acto contra-mayoritario más extremo"). Véase Murphy, Walter, "An Ordering of Constitutional Values", *Southern California Law Review*, vol. 53, 1980, p. 703 (quien rechaza este tipo de objeción democrática a la doctrina como una concepción demasiado superficial de la democracia constitucional) Barak, *op. cit.*, p. 336 (igual).

seguridad al permitir que las cortes revisen intentos de usar el proceso de enmienda como derogación.¹³ Una objeción clave a la doctrina de enmienda constitucional inconstitucional, es entonces que puede cortar cualquier vía —al menos a falta del reemplazo constitucional— para que el público contribuya a forjar el significado del texto constitucional, incluida la revocación de algunos ejercicios de revisión judicial. Casi todos los teóricos constitucionales concuerdan en que los procedimientos de enmienda constitucional juegan un rol importante en asegurar la legitimidad democrática de un texto constitucional.¹⁴

Las provisiones y principios constitucionales frecuentemente son de textura abierta en su naturaleza y por lo tanto son propensos a múltiples interpretaciones *razonables* diferentes.¹⁵ Donde éste sea el caso, habrá un importante rol para los fallos constitucionales democráticos: las opiniones de mayorías populares o legislativas pueden tener mayor fuerza para reclamar respeto, frente a ese tipo de desacuerdos que las opiniones de la mayoría de una Corte. Darles a las mayorías legislativas o populares el poder de anular decisiones de la corte, al menos

¹³ Véase por ejemplo, Dixon, "Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective", *op. cit.*, p. 98.

¹⁴ Véase Jackson, Vicki, "The (Myth of Un) amendability of the US Constitution and the Democratic Component of Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, núm. 3, julio 2015, pp. 575-605; Dixon, "Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective", *op. cit.*, pp. 98-99.

¹⁵ Véase generalmente, Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999; Waldron, Jeremy, "The Core of the Case Against Judicial Review", *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 115, núm. 6, 2006, p. 1346 (sobre este problema con todos los ejercicios de revisión judicial). Véase Mendes, Conrado, "Judicial Review of Constitutional Amendments in the Brazilian Supreme Court", *Florida Journal of International Law*, vol. 17, núm. 3, Florida, 2005, pp. 459-461; O'Connell, Rory, "Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms", *Journal of Civil Liberties*, Newcastle, vol. 4, núm. 1, 1999, pp. 48, 50, 52.

a través de la enmienda constitucional, es entonces pro-democrático. Esto es particularmente cierto cuando una enmienda tiene el apoyo de una mayoría popular o legislativa grande, y cuando los límites que se imponen al poder de enmienda son primordialmente sustanciales, más que procedimentales en su naturaleza.¹⁶

Donde los límites a una enmienda sean procedimentales, existe siempre la posibilidad de que la legislatura pueda intentar reinstaurar una enmienda. En algunos casos, el nuevo procedimiento puede ser demasiado oneroso para que una nueva enmienda sea exitosa, pero aún existe algún camino que los actores democráticos pueden perseguir.¹⁷ Donde, en contraste, los límites a un poder de enmienda sean más sustanciales que procedimentales, será más difícil que las mayorías democráticas reinstauren una enmienda fallida. Hacerlo así requeriría mayores cambios a la sustancia de la enmienda en particular, a la composición o enfoque de la Corte Constitucional o (quizás) a un reemplazo integral de la constitución. Ninguna de estas opciones resulta atractiva de manera general. El primer enfoque probablemente llevaría a distorsiones significativas de la expresión de la opinión democrática constitucional, el segundo llevaría a retraso significativo y quizás a costos colaterales al Estado de derecho, el tercero a la inestabilidad institucional.¹⁸

¹⁶ Véase Vicki Jackson, "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Window into Constitutional Theory and Transnational Constitutionalism", en Michael Bauerle *et al.* (eds.) *Demokratie-Perspektiven: Festschrift Fur Brun-Otto Bryde Zum 70. Geburtstag*, Alemania, Mohr Siebeck, 2013, pp. 47, 62 (argumentando que "las formas procedimentales de revisión son más fáciles de justificar que las sustanciales").

¹⁷ Véase *idem.*, p. 61.

¹⁸ Véase Dixon, "Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective", *op. cit.*, p. 104.

La desventaja principal para una doctrina de enmienda constitucional inconstitucional sustancialmente es entonces que otorga a las cortes un poder más o menos no revisable para determinar el significado de las provisiones constitucionales de textura abierta, el alcance de las cuales está abierto a disenso razonable. Permite que los jueces enfrenando tal desacuerdo substituyan —no una, sino dos veces— su propia visión de la constitución por la de una mayoría popular o legislativa. Así, les brinda a los jueces algo parecido a una revisión judicial *súper-fuerte*, misma que se opone directamente a una tendencia reciente en la teoría y diseño constitucional hacia el debilitamiento de la finalidad de la revisión judicial.¹⁹

2.2. El constitucionalismo abusivo como justificación

Muchos académicos que han defendido la doctrina de este problema especial de legitimidad han argumentado que la doctrina puede ser útil como una forma de ayudar a preservar las llamadas democracias frágiles contra la erosión democrática.²⁰ Esto no es, para estar seguros, el único propósito de la doctrina en los trabajos existentes al respecto.

¹⁹ Véase Gardbaum, Stephen, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 49, núm. 4, otoño 2001, pp. 707-760, (describiendo modelos de revisión judicial en el Reino Unido, Nueva Zelanda y Canadá que se encaminaban a reconciliar la revisión judicial con la democracia al permitir varios tipos de derogación democrática).

²⁰ Véase por ejemplo, Barak, *op. cit.*, p. 336 (argumentando que al aplicar la doctrina, "la corte está protegiendo la democracia"); Issacharoff, Samuel, "Constitutional Courts and Democratic Hedging", *Georgetown Law Journal*, Georgetown, vol. 99, núm. 4, 2011, pp. 961, 999-1001 (analizando la experiencia India con la doctrina a través del lente de consolidar y proteger la democracia).

Frecuentemente, como Gary Jacobsohn lo ha notado, la doctrina ha sido utilizada para proteger compromisos constitucionales "más expresivos" o diferentes aspectos de la identidad constitucional de una nación.²¹ En otros casos, ha tenido un enfoque retrospectivo y ha buscado protección en contra del retorno de algún pasado constitucional repudiado, que puede no ser en sí mismo autoritario o no-democrático.²² Como Yaniv Roznai ha señalado, al momento que la doctrina ha "migrado" por diversos países, también ha asumido una compleja mezcla de objetivos o caracteres.²³ Más aun, muchos académicos y cortes se han enfocado en las relaciones formales o textuales encontradas en el texto y estructura constitucional como justificación de la doctrina. Estos académicos argumentan, por ejemplo, que el uso de la doctrina puede ser justificable si éste se funda explícitamente en el texto, por ejemplo, en cláusulas de eternidad que no admiten enmienda alguna.²⁴

²¹ Jacobsohn, Gary, *op. cit.*, p. 1763.

²² Esto explica, por ejemplo, la cláusula de eternidad que protege la dignidad humana en la constitución alemana. Véase por ejemplo, Kommers, Donald y Miller, Russell, *The Constitutional Jurisprudence Of The Federal Republic Of Germany*, 3 ed., Duke University Press, 2012; Preuss, Ulrich, "The Implications of "Eternity Clauses": The German Experience", *Israel Law Review*, Jerusalem, vol. 44, núm. 3, 2011, pp. 428-445 (analizando el rol de dichas cláusulas en la definición del "ser" de la política y mantener la "memoria y apreciación del poder constituyente vivo").

²³ Véase Roznai, Yaniv, "Unconstitutional Constitutional Amendments—The Migration and Success of a Constitutional Idea", *American Journal of Comparative Law*, vol. 61, núm. 3, 2013, p. 657.

²⁴ Véase por ejemplo, Barak, *op. cit.* p. 336 (distinguiendo las cláusulas de eternidad de casos en los que las cortes han desarrollado la doctrina es más fácil de defender si solamente encausa cambios de un mecanismo textualmente especificado a otro, más demandante —ella llama tal revisión "sustancial-procedimental"). Jackson, Vicki, "The (Myth of Un) amendability of the US Constitution and the Democratic Component of Constitutionalism", *op. cit.*, pp. 60-62. Véase Vincent J. Samar, "Can a Constitutional Amendment be Unconstitutional?", *Oklahoma City University Law Review*, Oklahoma City, vol. 33, 2008, pp. 667, 678-687 (acerca de la distinción sustancia-procedimiento).

Otros argumentan que la doctrina puede ser defendida como una forma de defensa de la soberanía popular, porque limita el poder de enmienda que esgrimen las instituciones políticas al mismo tiempo que preserva ciertos cambios fundamentales que ascienden al reemplazo de la constitución al "pueblo" actuando como poder constituyente. Bajo esta teoría, el uso de la doctrina realza la democracia porque mantiene el poder supremo del "pueblo" sobre sus representantes electos.²⁵

La intuición ampliamente sostenida de que la doctrina puede ser defendida si se utiliza como protección contra la erosión democrática, parece cimentarse en premisas más o menos similares. Si se implementa únicamente en contra de medidas que representen una amenaza significativa de erosión democrática, la dificultad contra-mayoritaria definitiva puede ser al menos aminorada. Esto es, porque dichas enmiendas puede que muy probablemente sean propensas a ser manipuladas más que un ejercicio real de la voluntad democrática y porque amenazan con coartar ejercicios de toma de decisiones democráticas futuras. Nuestro objetivo es, en todo caso, no construir una justificación formal nueva para la doctrina, sino agudizar la intuición de aquellos que la han visto como una amenaza de erosión democrática como caso paradigmático para su uso adecuado. Nos enfocamos entonces en la

²⁵ Véase por ejemplo, Colón-Ríos, Joel, "Beyond Parliamentary Sovereignty and Judicial Supremacy: The Doctrine of Implicit Limits to Constitutional Reform in Latin America", *Victoria University of Wellington Law Review*, Wellington, vol. 44, 2013, p. 521 (argumentando que la variante latinoamericana de la doctrina está basada en una competencia reservada en el poder constituyente del pueblo para hacer ciertos cambios constitucionales fundamentales). Véase Barak, *op. cit.*, pp. 332-338 (desarrollando un argumento de que algunos cambios van más allá del campo de las instituciones políticas y que están reservadas para el pueblo).

interrogante de cómo utilizar la doctrina, más en que *si* ésta debería existir.

El problema del cambio constitucional como erosión de la democracia es real y cada vez más común. La experiencia reciente nos ha mostrado una serie de ejemplos de "constitucionalismo abusivo" —casos en los que líderes autoritarios en potencia utilizan herramientas de cambio constitucional para socavar el orden democrático.²⁶ Estas prácticas son particularmente comunes en democracias nuevas o "frágiles" o aquellas que emergen de una historia reciente de gobierno autoritario.²⁷ Más que desestimar las reglas existentes y derrocar a gobiernos civiles en esos escenarios, los autoritarios en potencia usualmente trabajan con el marco legal existente, enmendando o reemplazando las constituciones existentes para construir regímenes notablemente menos democráticos. Estas acciones rara vez hacen que los países se vuelvan completamente autoritarios o los devuelve a un pasado totalmente autoritario, pero pueden convertirlos en regímenes híbridos o de autoritarismo competitivo que combinan características de democracia y autoritarismo.²⁸ Por ejemplo, estos regímenes pueden seguir celebrando elecciones significativas, pero usan una serie de dispositivos —como el control de instituciones tales como las cortes, comisiones electorales y

²⁶ Véase Landau, David, *op. cit.*

²⁷ Véase por ejemplo, Issacharoff, Samuel, "Fragile Democracies", *Harvard Law Review*, Boston, vol. 120, núm. 6, abril de 2007, p. 1407-1466.

²⁸ Véase Levitsky, Steve y Way, Lucan, *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes after The Cold War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010 (argumentando que muchos regímenes se han atorado entre la democracia y el autoritarismo, compartiendo características comunes entre ambos).

los medios— para acomodar las cosas en favor de los líderes imperantes, lo cual vuelve a las elecciones injustas.²⁹

El mismo tipo de embalaje de instituciones que está diseñado para controlar a los titulares puede hacer que el régimen sea menos propenso a proteger los derechos de las minorías.³⁰ La ciencia política moderna nos sugiere que el grado en el que un régimen es democrático *versus* autoritario está mejor conceptualizado dentro de un espectro.

Un cambio constitucional abusivo, entonces, puede ser definido como un cambio que hace a un régimen marcadamente menos democrático de lo que era con anterioridad —puede ser definido como una recaída democrática.³¹ Frecuentemente el cambio constitucional es central para la construcción de regímenes híbridos o competitivos. La enmienda constitucional puede permitir que los líderes incrementen su permanencia en el poder o debilitar a las instituciones que previamente actuaban como un control. En general, los objetivos del cambio constitucional en estos momentos son dos: hacer más difícil el desplazamiento de los líderes o partidos imperantes y debilitar los controles del ejercicio de

²⁹ Véase *ibidem*, p. 3 (definiendo al autoritarismo competitivo como "regímenes civiles en los que las instituciones democráticas formales existen y son ampliamente percibidas como los mecanismos primarios para la obtención del poder, pero en los que los titulares abusan del lugar que el Estado les brinda en una ventaja significativa sobre sus oponentes).

³⁰ Véase *ibidem*, p. 5 (notando que en regímenes autoritarios competitivos "las libertades civiles son nominalmente garantizadas y al menos parcialmente respetadas" sin embargo son "frecuentemente violadas"). Miembros de la oposición, así como grupos mediáticos independientes, pueden ser acosados y arrestados. Las instituciones encargadas de proteger las libertades civiles, como las cortes, frecuentemente son abarrotadas y bajo el control del régimen dominante.

³¹ Véase Landau, David, *op. cit.*, p. 195.

su poder. Definir los contornos precisos de estas medidas que cuentan como pro *versus* contra "democráticas" en este contexto puede, por supuesto, estar sujeto a desacuerdo porque la democracia misma es un concepto.³² Sin embargo, existe evidencia de que en muchos de estos episodios las distintas dimensiones de la democracia se erosionan juntas: por ejemplo, en la medida en la que los autoritarios potenciales debilitan controles horizontales para aumentar su permanencia en el poder y volver a las elecciones más injustas, también se vuelven propensos a lisiar a las instituciones, como las cortes, que están encomendadas a la protección de derechos individuales.

2.3. La doctrina de enmienda constitucional inconstitucional como "solución" (un bache/disuasión)

La doctrina de enmienda constitucional inconstitucional es útil como una solución parcial para este tipo de amenazas. No es la única posible respuesta: otra forma en la que el problema de las enmiendas constitucionales abusivas puede ser tratado, es que en el ámbito del diseño constitucional se utilice alguna forma de procedimiento de enmienda "gradual".³³ Un sistema de umbrales de enmienda gradual se ha vuelto parte del estado del arte comparativo constitucional: muchas nuevas

³² Sobre los distintos significados de la palabra democracia, Véase por ejemplo, Posner, Richard, *Law, Pragmatism, And Democracy*, Boston, Harvard University Press, 2003 (distinguiendo entre visiones más sustanciales y procedimentales de la democracia).

³³ Otros mecanismos disponibles pueden también incluir medidas encaminadas a la creación de desincentivos para que los líderes individuales no cometan dicha acción. Véase por ejemplo, Callarón-Alarcón, Juan Carlos, *The Unfinished Transition to Democracy in Latin America*, Nueva York, Routledge, 2009 (discutiendo temas de amnistía individual y colectiva, versus la rendición de cuentas en curso, en el contexto de transiciones a la democracia).

constituciones incluyen diferentes reglas de enmienda para diferentes partes de la constitución.³⁴ El punto de estos esquemas es requerir demostraciones más demandantes de la voluntad popular para enmendar algunas partes del orden constitucional en oposición a otros, lo cual eleva los costos de formas peligrosas de cambio constitucional. Por ejemplo, a veces les otorgan una protección especial a los límites al mandato Presidencial, precisamente por esa razón.³⁵

Dos factores determinan si la graduación o la doctrina de enmiendas constitucionales inconstitucionales es la mejor respuesta para el cambio constitucional abusivo. Uno es la distribución relativa del poder público al momento en el que una constitución es adoptada. Entre más concentrado sea el poder político, más frágil será la estrategia de graduación a los cambios subsecuentes en el poder de un partido o facción que ya es dominante, mientras que entre más disperso sea el poder, es menos probable que se esquiven requisitos intensificados de la súper-mayoría.³⁶ El segundo factor es el grado en el que amenazas particulares al orden democrático son previstas de antemano y atendidas por los redactores constitucionales. Frecuentemente, la graduación constitucional parece cegarse al problema del constitucionalismo abusivo y en cambio desempeña un propósito expresivo o relacionado

³⁴ Véase Albert, Richard, "Constitutional Handcuffs", *Arizona State Law Journal*, vol. 42, núm. 3, 2010, p. 709. (Dando ejemplos de constituciones que utilizan este tipo de dispositivo).

³⁵ Véase por ejemplo, Constitución de la República de Honduras, 1982, Honduras, art. 239 (removiendo del cargo a cualquiera que proponga que se reforme el artículo de no-reelección); 374 (haciendo que la provisión de no-reelección no admita enmienda alguna bajo ninguna circunstancia).

³⁶ En un sistema de partido dominante como Sudáfrica, por ejemplo, puede ser que inclusive los requisitos de súper-mayoría no sean restricciones efectivas.

con la identidad.³⁷ Las provisiones particulares son protegidas no como un cerco contra amenazas realistas a la democracia, sino para elevar valores fundamentales. La Constitución Sudafricana es un buen ejemplo: la parte de la Constitución que está especialmente afianzada, se enfoca en proteger valores como el principio de dignidad humana.³⁸ Es poco probable que este tipo de afianzamiento sea efectivo para prevenir que acontezca el tipo de recaída democrática asociada con el constitucionalismo abusivo: que los actores que intentan crear regímenes híbridos operan mediante la estrategia de minar instituciones específicas y ensalzar su propio poder más que retar valores fundamentales.

Una ventaja importante de una doctrina de enmienda constitucional inconstitucional es que permite a los jueces responder a estos problemas *ex post*, de una manera que les permite hacer valoraciones cuidadosas del grado en el que cierto cambio constitucional es verdaderamente anti-democrático.³⁹ Mientras nos enfocamos en la doctrina de enmienda constitucional inconstitucional en lo que resta del artículo, también reconocemos que es un pariente cercano de otras aproximaciones al diseño constitucional, tales como la graduación, cuyo atractivo depende de factores muy específicos al contexto.

³⁷ Véase Albert, Richard, "The Expressive Function of Constitutional Amendment Rules", *McGill Law Journal*, vol. 59, núm. 2, 2013, pp. 225, 247.

³⁸ Véase Constitución de Sudáfrica, 1996 art. 74 (haciendo los principios de fundación de la Constitución, como "dignidad humana" y "no-racismo y no-sexismo", especialmente difíciles de enmendar al requerir tres cuartas en vez de dos tercios de aprobación del parlamento).

³⁹ Véase Issacharoff, Samuel, "Constitutional Courts and Democratic Hedging", *op. cit.*, p. 1002 (notando que la dificultad de una especificación *ex ante* de qué debería ser protegido es una razón para la doctrina de enmienda constitucional inconstitucional).

Entonces, en general, la amenaza de un constitucionalismo abusivo es una potencial justificación poderosa para el uso de la doctrina, pero la posibilidad de que las cortes puedan sobreestimar o confundir la amenaza que plantea alguna enmienda es un reto preocupante para la legitimidad de la doctrina. La doctrina, en otras palabras, juega un rol importante en proteger "democracias frágiles" pero puede estar en peligro de ser usada de manera excesiva. En los siguientes dos apartados, expondremos los casos concretos detallados de Colombia e India para mostrar que esta tensión es real.

3. Colombia e India: casos concretos sobre la promesa y el peligro de la doctrina

En este apartado presentamos dos casos de estudio exhaustivos para mostrar cómo puede la doctrina, cuando es implementada correctamente, ser efectiva contra la amenaza de cambio constitucional abusivo y aun así, es usada ampliamente de manera excesiva en contra de ese tipo de amenazas.

En el caso de Colombia, la implementación de la doctrina previno enmiendas exitosas a la Constitución que podrían haber permitido que un Presidente permaneciera en el poder de manera indefinida, con consecuencias profundamente problemáticas para la democracia. En India, la implementación de la doctrina ayudó a crear consciencia sobre los efectos anti-democráticos de la emergencia. Si bien la doctrina es una solución imperfecta, puede bajo algunas condiciones, ser exitosamente implementada, dadas las dinámicas de regímenes autoritarios híbridos o competitivos. En otras palabras, no es necesariamente

cierto, dadas las políticas del autoritarismo moderno, que "inclusive si se llega a la sentida necesidad de ejecutar esta opción, las cabezas sobrias bien podrían preguntarse si era necesario hacerlo a fin de cuentas".⁴⁰

Estos ejemplos no sugieren que una Corte, actuando por sí sola, será siempre capaz de prevenir ejercicios de constitucionalismo abusivo. En primera, porque los autoritarios en potencia bien podrían reemplazar sus constituciones de manera integral para lograr sus objetivos.⁴¹ En otros casos, los actores políticos pueden apoyarse en los poderes de emergencia para suspender límites constitucionales democráticos. Entonces, una solución efectiva para el problema de la enmienda constitucional abusiva puede empujar a los actores autoritarios en potencia a que se apoyen con mayor fuerza en una suspensión o reemplazo constitucional. Además, que una decisión dada tenga al menos un cumplimiento parcial o que en su lugar sea ignorada o que provoque repercusiones para la Corte, es un cálculo complejo que depende de la fuerza de la Corte, de la naturaleza y magnitud de la amenaza. Todo lo que sugerimos es que la doctrina, es un medio potencialmente valioso de elevar los costos de una acción anti-democrática en formas que también pueden servir como un "bache" o disuasión efectiva.

Sin embargo, la experiencia práctica con la doctrina en ambos países también sugiere que los peligros de su uso excesivo son reales. Particu-

⁴⁰ Véase Jacobsohn, Gary, "An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, núm. 3, julio 2006, pp. 460-487.

⁴¹ Véase Arato, Andrew, "Post-Sovereign Constitution-Making in Hungary: After Success, Partial Failure, and Now What?" *South African Journal on Human Rights*, vol. 26, núm. 1, 2010, p. 43 (notando que la enmienda seguida por el reemplazo en un proceso de constitucionalismo abusivo en Hungría).

larmente, muchos usos de la doctrina tanto en India como en Colombia parecen estar basados en una sobreestimación de la amenaza que cierto cambio constitucional represente para el orden democrático. Por ejemplo, las cortes protegen sus propias líneas jurisprudenciales sin importar si son realmente fundamentales para el constitucionalismo democrático. Lo mismo parece ser cierto para muchos de sus usos en otras partes, algunos de los cuáles son esbozados en la Sección 4. Entonces, hay una apremiante necesidad de limitar el uso de la doctrina, tarea a la cual volveremos más adelante.

3.1. Colombia y la indefinida extensión de los límites de mandatos presidenciales

En Colombia, la Constitución históricamente ha limitado a los presidentes a un solo periodo de gobierno: esto representa un control importante en una región que ha sido plagada por caudillos que permanecen demasiado tiempo en sus cargos. Las dictaduras militares fueron raras y breves y muy pocos de sus líderes prolongaron su periodo de gobierno.⁴² Álvaro Uribe, quien fue electo como presidente en el 2002, amenazó con cambiar este patrón. Uribe —quien ganó como un forastero al sistema tradicional político de partidos— emergió como un presidente inusualmente popular al ganar algunos éxitos de alto perfil en contra de los grupos guerrilleros del país.⁴³ Después de servir la mayoría de su

⁴² Véase Bushnell, David, *The Making of Modern Colombia: A Nation in Spite of Itself*, California, University of California Press, 1993, pp. 284-285.

⁴³ Véase Weyland, Kurt, "Neopopulism and Neoliberalism in Latin America: How Much Affinity?", *Third World Quarterly*, vol. 24, núm. 6, diciembre 2003, pp. 1095, 1111.

mandato y de retener un alto índice de aprobación, Uribe buscó y recibió la aprobación para una enmienda que permitía que los presidentes sirvieran dos mandatos consecutivos.⁴⁴ Esta enmienda fue impugnada tanto por fundamentos procedimentales como por ser una "substitución de la constitución" inconstitucional, sin embargo, la Corte Constitucional confirmó la enmienda.⁴⁵ Más adelante, cuando su segundo periodo de gobierno estaba llegando a su fin, los simpatizantes de un todavía popular Presidente Uribe aprobaron un referéndum propuesto a través del Congreso que permitiría a los presidentes servir por tres periodos de gobierno consecutivos. En el 2009, la Corte bloqueó el tercer periodo de gobierno intentado como una enmienda constitucional inconstitucional.⁴⁶

La primera ampliación del límite del mandato se impugnó ante la Corte Constitucional de Colombia en el *Primer Caso de Reelección* en el 2005.⁴⁷ Previamente, la Corte había sostenido que algunos cambios constitucionales eran tan arrolladores que llegaban a ser sustituciones del texto constitucional más que una enmienda del mismo, pero nunca se había implementado la doctrina para bloquear un cambio constitu-

⁴⁴ La Constitución colombiana no incluye una graduación constitucional: cualquier provisión puede ser enmendada a través del voto de dos Congresos consecutivos: una mayoría simple en la primera ronda y una mayoría absoluta en la segunda. Véase Constitución Política de Colombia [C.P.] art. 375. Dada la popularidad del Presidente Uribe y la debilidad del sistema de partidos políticos colombiano, no fue difícil que él recibiera la mayoría necesaria para enmendar la Constitución y ampliar su periodo de gobierno en dos ocasiones distintas.

⁴⁵ Véase Sentencia C-1040, 19 de octubre de 2005, Magistrados Ponentes, Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

⁴⁶ Véase Sentencia C-141 de 2010, 26 de febrero de 2010, Magistrado Sustanciador Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴⁷ Véase Sentencia C-1040 de 2005, *op. cit.*

cional.⁴⁸ La corte confirmó la enmienda en cuestión, pero previno que sólo estaba avocándose para resolver sobre el beneplácito de un segundo periodo de gobierno consecutivo.

Al razonar acerca de porqué la enmienda en cuestión no constituía una substitución de la Constitución, la Corte señaló que permitir dos periodos de gobierno desgastaba el diseño institucional pero no necesariamente lo rompía. Bajo el mismo esquema de la Constitución de 1991, las instituciones democráticamente electas como la presidencia y el congreso son controladas por una serie de órganos judiciales y no-judiciales. La Corte notó que ya que estas instituciones por lo general son designadas por medio de esquemas complejos que minimizan la habilidad de una sola figura o institución política para controlarlas, permitir que los presidentes sirvieran dos periodos de gobierno no necesariamente le daría al presidente el poder para empacar dichas instituciones.⁴⁹ Por ejemplo, tres instituciones diferentes —la Corte Suprema, el Consejo de Estado y el Presidente— controlan cada una, listas de nominación de tres candidatos para un tercio de la Corte Constitucional y el Senado elige al magistrado para un periodo de 8 años no renovable de entre los candidatos contemplados en dichas listas.⁵⁰ La Corte determinó que permitir que el presidente sirviera un mandato adicional podría permitirle a él o a ella ejercer "mayor influencia" en el maquillaje de ciertas instituciones, pero sostuvo que esta elección

⁴⁸ Véase por ejemplo, Sentencia C-551 de 2003, 9 de julio de 2003, Magistrado Ponente, Eduardo Montealegre Lynett, párrs. VI.30-VI.37 (discutiendo la doctrina dentro de un caso sobre un referéndum propuesto).

⁴⁹ Véase Sentencia C-1040, *op. cit.*, párr.7.10.4.1 (ii).

⁵⁰ Véase Constitución Política de Colombia art. 239.

estaba dentro de la "ponderación" que pudiera llevarse a cabo por las instituciones encargadas de reformar la Constitución.⁵¹ La posibilidad de que el presidente pudiera "abusar de su poder", en solitario, no fue suficiente para invalidar la enmienda.⁵²

La Corte nuevamente enfrentó estos mismos temas varios años después en el *Segundo Caso de Reección*, después de la aprobación del Congreso de un referéndum propuesto diseñado para permitir que el Presidente Uribe pudiera servir un tercer mandato consecutivo. Esta vez, una mayoría de la Corte abatió el referéndum propuesto y señalaron que los procedimientos de su aprobación habían sido inconstitucionales y que la enmienda constituía una substitución de la Constitución.⁵³ La Corte enfatizó que la Asamblea Constituyente había mostrado gran consternación acerca del excesivo poder presidencial y en particular sobre la frecuente gobernanza del país por medio del estado de sitio en las décadas anteriores a 1991.⁵⁴ También recalcó detalladamente cómo un presidente con doce años consecutivos, tendría un poder tremendo sobre varias instituciones del Estado, incluyendo aquellas instituciones que se encargaban de controlarlo. Esto no es sólo porque habría tenido la posibilidad de ejercer todo su poder para realizar nombramientos sobre instituciones con periodos más largos o

⁵¹ Sentencia C-1040, *op. cit.*, párr 7.10.4.1(ii).

⁵² Véase *ídem*.

⁵³ Véase Sentencia C-141 de 2010, *op. cit.*

⁵⁴ La Corte también notó que el presidente colombiano había estado limitado históricamente sólo a un periodo presidencial y que el intento de Rafael Reyes para incrementar el periodo presidencial a principios del siglo veinte por medio de una enmienda constitucional había culminado en un rechazo de su gobernanza. Véase *ibídem*, § 6.3.5.1.3.

escalonados que el suyo, pero también porque podría ganar influencia sobre muchas de las otras instituciones de nominación durante ese lapso.⁵⁵ Además, un presidente que sirviera tres periodos presidenciales podría dominar el escenario mediático y sería capaz de usar el clientelismo para amasar una gran cantidad de poder.⁵⁶ La corte concluyó que la reforma "colapsaría el principio de separación de poderes".⁵⁷

Uribe y otros actores dentro del Sistema político cumplieron con esta decisión sin chistar demasiado. Sin embargo, las razones por las cuales lo hicieron son complejas y en muchos aspectos supeditadas a las políticas colombianas. Primero, la Corte Constitucional de Colombia es una institución poderosa y respetada.⁵⁸ Segundo, los partidos políticos colombianos han sido débiles y no-institucionalizados en años recientes; Uribe ganó como un externo al sistema de partidos políticos y nunca construyó un movimiento perdurable.⁵⁹ Muchos de aquellos que lo apoyaron en el Congreso por su popularidad desertaron una vez que la decisión judicial se había emitido y se hizo claro que la presidencia terminaría pronto. Su sucesor en el poder, Juan Manuel Santos, estaba afiliado a su movimiento y fue su Ministro de Defensa, pero rompió

⁵⁵ Ídem.

⁵⁶ Véase por ejemplo, *ídem*. (Notando que un presidente con doce años en el poder podría, en la práctica, tener un impacto sustancial en la conformación del Congreso).

⁵⁷ *Ibidem*, § 6.3.7.

⁵⁸ Véase por ejemplo, Landau, David, "Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law", *Harvard International Law Journal*, Boston, vol. 51, núm. 2, 2010, pp. 319, 321.

⁵⁹ Sobre la evolución del Sistema de partidos en Colombia y su desinstitucionalización, Véase Pizarro, Eduardo, "Giants with Feet of Clay: Political Parties in Colombia", en Mainwaring, Scott *et al.* (eds.) *The Crisis of Democratic Representation in the Andes*, California, Stanford University Press, 2006, p. 78.

drásticamente con las políticas de Uribe una vez que fue electo y ahora él funge como el líder de su oposición.⁶⁰

Entonces, la decisión compró tiempo y retrasó el esfuerzo anti-democrático. Este retraso fue crucial en el contexto colombiano de partidos políticos débiles y personalistas.

3.2. India y la emergencia

En India, la doctrina de enmienda constitucional inconstitucional tiene una historia más complicada. No empezó su vida como una doctrina enfocada en las preocupaciones acerca del constitucionalismo abusivo o como un desliz hacia un gobierno autoritario. Más bien, nació de una lucha entre el Parlamento indio y la Corte Suprema de India (CSI) acerca de la reforma agraria, la nacionalización y el derecho a la propiedad.⁶¹ El *I.C. Golaknath v. El Estado del Punjab*,⁶² el primer caso en anunciar una doctrina de enmienda constitucional inconstitucional en India, versó acerca del poder del Parlamento para quitar cierta legislación de la reforma agraria del alcance de la revisión judicial. En el caso *Kesavanda Bharathi v. El Estado de Kerala*⁶³ de 1972, se reformuló la doctrina de la Corte para enfocarse en la "estructura básica" de la Constitución de India y surgió de una disputa acerca del efecto de las leyes Kerala de reforma

⁶⁰ Véase por ejemplo, "Santos v. Uribe", *The Economist*, 7 de abril de 2012, <http://www.economist.com/node/21552204>.

⁶¹ Véase por ejemplo, Bhandari, M.K., *Basic Structure of the Indian Constitution: a critical reconsideration*, Nueva Delhi, Deep & Deep, 1993, p. 159.

⁶² *I.C. Golaknath v. State of Punjab*, A.I.R. 1967 S.C. 1643 (India).

⁶³ *Kesavanda Bharathi v. State of Kerala*, A.I.R. 1973 S.C. 1461 (India).

agraria y el intento del Parlamento indio de insular aquellas leyes de cualquier tipo de revisión judicial vía enmienda constitucional.⁶⁴

Sin embargo, el caso *Kesavanda* también fue una decisión emitida en contra de una preocupación creciente acerca de la potencialidad del constitucionalismo abusivo en India —o del poder creciente de la Primer Ministra Indira Gandhi.⁶⁵ Tras un largo periodo de conflicto entre los socialistas y conservadores, el Partido del Congreso, liderado por Gandhi, se partió en dos en 1969, dejando a Gandhi como la cabeza de un partido mucho más cohesionado.⁶⁶ El Congreso también había ganado una gran mayoría electoral en las elecciones parlamentarias de 1971, dándole poder de aprobar una serie de enmiendas diseñadas para revocar el caso *Golaknath*, y proteger la reforma agraria y las políticas de nacionalización de la revisión judicial.⁶⁷ Poco después, en respuesta al conflicto con Paquistán en el Punjab, Gandhi también declaró un estado de emergencia (externo).⁶⁸ Entonces, el caso *Kesavananda* fue visto, al menos por algunos, tanto como una forma de adaptación de Gandhi a su gran victoria electoral de 1971, como una advertencia

⁶⁴ Véase Neuborne, Burt, "The Supreme Court of India", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, núm. 3, julio 2003, pp. 476, 490.

⁶⁵ Con el tiempo, la doctrina también se ha desarrollado para tener un enfoque más directo sobre preocupaciones sobre la democracia y el Estado de derecho en general. Véase por ejemplo, Bhanu Mehta, Pratap, "The Inner Conflict of Constitutionalism: Judicial Review and the "Basic Structure" en Hasan, Zoya et al. (eds.), *India's Living Constitution: Ideas, Practices, Controversies*, Londres, Anthem Press, 2002 (resaltando el enfoque pro-democrático y el carácter de la doctrina así como su aplicación ocasionalmente desenfocada).

⁶⁶ Véase Ray, Amal, "From a Constitutional to an Authoritarian System of Government: Interactions between Politics and the Constitution in India", *The Journal of Commonwealth & Comparative Politics*, vol. 25, num. 3, marzo 2008, pp. 275, 285-287.

⁶⁷ Véase Neuborne, Burt, *op. cit.*, p. 490.

⁶⁸ Véase *idem*.

para ella misma acerca de los límites de su poder para gobernar sin supervisión judicial.

En el corto plazo, la decisión en sí misma fue un intento bastante inefectivo para retrasar o disuadir una acción constitucional abusiva por parte de Gandhi.⁶⁹ La respuesta inmediata de Gandhi a la decisión fue pasar por alto a tres jueces en la mayoría para la designación del Jefe de Justicia, en directa oposición a las normas de antigüedad que rigen los nombramientos judiciales en India.⁷⁰ Esto, algunos alegan, tuvo un impacto directo en la disposición de la Corte para hacer valer poderes de revisión judicial robustos en casos subsecuentes.⁷¹ En 1975, Gandhi también quiso consolidar su gobierno al declarar una emergencia interna comprehensiva. Durante la emergencia misma, la CSI declinó aplicar la doctrina de enmienda constitucional inconstitucional para proteger derechos básicos de *habeas corpus*, o para intentar limitar la habilidad de Gandhi de permanecer en su cargo.⁷²

Sin embargo, en el largo plazo la doctrina bien podría haber ayudado a limitar el margen temporal para el constitucionalismo abusivo en India

⁶⁹ Véase Austin, Granville, *Working a Democratic Constitution: The Indian Experience*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 276-277.

⁷⁰ Véase Neuborne, Burt, *op. cit.*, pp. 481-483, 492; Rao, R.V.R. Chandrasekhara, "Mrs Indira Gandhi and India's Constitutional Structures: an Era of Erosion", *Journal of Asian and African Studies*, vol. 22, num. 3-4, enero 1987, pp. 156, 173.

⁷¹ Véase Rao, R.V.R. Chandrasekhara, *op. cit.*, p. 167.

⁷² Véase A.D.M. *Jadapur v. Shiv Kant Shukla*, A.I.R. 1976 S.C. 1207 (*habeas corpus*); Smt. Indira Gandhi v. Raj Narain, A.I.R. 1976 S.C. 1207 (elections); Austin, Granville, *op. cit.*, pp. 323-343; Véase Neuborne, Burt, *op. cit.*, p. 494; Kalhan, Anil, "Constitution and "Extraconstitution": Colonial Emergency Regimes in India and Pakistan, in *Emergency Powers in Asia*", en Ramraj, Victor V. y Thiruvengadam, Arun K. (eds.), *Exploring the Limits of Legality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 89, 113-116.

al subsecuentemente disuadir a Gandhi de engancharse en el tipo de manipulación electoral que los autoritarios en potencia generalmente utilizan para permanecer en el poder. En 1975, un juez de Alta Corte determinó que Gandhi era culpable de varios incumplimientos a la ley electoral, lo cual inmediatamente la presionó para renunciar al Parlamento.⁷³ Gandhi respondió por medio de una serie de medidas diseñadas a proteger su posición, incluyendo la emergencia misma y la aprobación del Acto (Enmienda) de Leyes de Elecciones en 1975 pretendiendo que retrospectivamente se eliminaran provisiones relevantes del Código Electoral. El conjunto de leyes incluyó una enmienda a la Constitución (la Enmienda Trigésimo Novena) que consideró que la elección de Gandhi era válida, sosteniendo que la anterior ley electoral no era aplicable a la Primera Ministra y colocando a todas las leyes electorales en el Noveno Apéndice de la Constitución (lo cual las exentaba de revisión judicial).⁷⁴ En el *Caso de Elección* de 1975, la CSI permitió que Gandhi permaneciera en el poder al dejar de lado la condena original en su contra, bajo el Código Electoral anterior.⁷⁵

Sin embargo, al llegar a este resultado en el *Caso de Elección* la CSI simultáneamente emitió una advertencia importante a Gandhi sobre los probables límites de su *future* inmunidad ante cualquier abuso electoral. El fundamento para la resolución de la Corte en el *Caso de Elección* fue extremadamente estrecho: dependió en una decisión de que

⁷³ Véase Neuborne, Burt, *op. cit.*, p. 492; Rao, R.V.R. Chandrasekhara, *op. cit.*, pp. 168-169.

⁷⁴ Véase *por ejemplo*, das Gupta, Jyotirinda, "A Season of Caesars: Emergency Regimes and Development in Politics in Asia", *Asian Survey*, vol. 18, núm. 4, abril 1978, pp. 315, 322-323 (1978).

⁷⁵ Smt. Indira Gandhi v. Raj Narain, A.I.R. 1976 S.C. 1207.

Gandhi y sus simpatizantes no habían violado técnicamente ningún límite relevante acerca del gasto electoral. En un nivel más amplio, la CSI expresamente declinó confirmar la efectividad de la Enmienda Trigésimo Novena como un medio de protección para Gandhi de las consecuencias legales de cualquier abuso electoral. En adición a objeciones más específicas, tres de cinco jueces determinaron que la Enmienda Trigésimo Novena era una violación de la doctrina de la estructura básica y hasta cierto punto una enmienda constitucional inconstitucional.⁷⁶

Cuando Gandhi decidió declarar el fin del gobierno de emergencia en 1977 y llamar a elecciones nuevas (algunos dicen que con la finalidad de consolidar aún más su permanencia en el poder),⁷⁷ ya estaba bajo aviso de la CSI sobre las consecuencias de cualquier intento manifiesto de manipular el proceso electoral.

La estructura básica de la doctrina afirmada y aplicada por la Corte en el *Caso de Elección* significó que ningún parlamento subsecuente podría efectivamente proteger a Gandhi en contra de las consecuencias legales de la condena por una falta electoral, inclusive una hecha mediante enmienda constitucional. También fue ampliamente notado en informes de medios contemporáneos que Gandhi estaba preocupada en

⁷⁶ Para discusiones útiles, Véase Aikman, C.C., "The Debate on the Amendment of the Indian Constitution", *U.U.w.L.R.*, vol. 9, núm. 4, 1978, pp. 357, 375-377; Gandhi, Pathik, "Basic Structure and Ordinary Laws (Analysis of the Election Case & the Coelho Case)", *Indian Journal of Constitutional Law*, vol. 4, 2010, p. 47; Neuborne, Burt, *op. cit.*, p. 493; Nanda, Ved P., "The Constitutional Framework and the Current Political Crisis in India", *Hastings Constitutional Law Quarterly*, California, vol. 2, núm. 3, 1975, pp. 859, 871-872.

⁷⁷ Véase por ejemplo, Austin, Granville, *op. cit.*, pp. 394-395; Rao, R.V.R. Chandrasekhara, *op. cit.*, p. 173.

ese tiempo por evitar cargos criminales y una condena por las acciones que cometió durante su encargo.⁷⁸ Uno podría argumentar que el resultado de todo esto fueron las elecciones notoriamente libres y justas que se celebraron en 1977, mismas que condujeron a una derrota aplastante para Gandhi y su gobierno autoritario de dos años.⁷⁹

El hecho de que un nuevo gobierno, liderado por el Partido Janata, fuera elegido resultó significativo en sí mismo para la democracia, ya que fue la primera vez desde la independencia que un partido distinto al Partido del Congreso mantenía el cargo de Primer Ministro.⁸⁰ En su primer año de mandato, el gobierno Janata también ayudó a restaurar el régimen constitucional democrático al derogar provisiones clave de la Enmienda Cuadragésimo Segunda que habían buscado concentrar el poder en el Primer Ministro a expensas de los gobiernos parlamentarios y estatales.⁸¹

En 1980, en el caso *Minerva Mills*,⁸² la CSI declaró que la mayoría de las provisiones restantes de la Enmienda Cuadragésimo Segunda eran inconstitucionales, bajo la doctrina de la estructura básica.⁸³ Si bien Gandhi después regresó al parlamento y volvió a ocupar el cargo de Primera

⁷⁸ Véase por ejemplo, "Indira Symbolizing Evil in Politics: EMS," *The Times of India*, 15 de octubre de 1978; "Indira Trying Backdoor Entry, Says Veerendra," *The Times of India*, 26 de octubre de 1978; "Dismissal of Morarji Warning to Others," *The Times of India*, 14 de enero de 1970; "Ordinance to Amend Act Likely," *The Times of India*, 11 de febrero de 1970.

⁷⁹ Véase Kalhan, Anil, *op. cit.*, 116; Neuborne, Burt, *op. cit.*, p. 494; Ray, Amal, *op. cit.*, pp. 289-289.

⁸⁰ Véase Austin, Granville, *op. cit.*, pp. 393-395.

⁸¹ Véase Neuborne, Burt, *op. cit.*, p. en 494; Rao, R.V.R. Chandrasekhara, *op. cit.*, p. 168.

⁸² *Minerva Mills v. Union of India* (1980) 4 S.C.C. 222.

⁸³ Véase Katz, Elai, *op. cit.*, pp. 272; Neuborne, Burt, *op. cit.*, p. 494; Rao, R.V.R. Chandrasekhara, *op. cit.*, p. 168.

Ministra en 1980, esta vez lo hizo sin la misma dependencia visible en tácticas anti-democráticas.⁸⁴

3.3. El peligro de la doctrina en Colombia e India

Mientras que los casos señalados con anterioridad demuestran la utilidad potencial de la doctrina como respuesta a la amenaza de constitucionalismo abusivo, muchos otros usos de ésta tienden a ilustrar el riesgo que su uso tiene para ejercicios ordinarios del poder de enmienda. En Colombia, los casos que aplican la doctrina, aparte de los casos de reelección tienden a ilustrar dicho riesgo. En un caso famoso de 1994, la Corte Constitucional de Colombia invalidó una ley que criminalizaba la posesión simple de drogas. La Corte citó dos principios constitucionales básicos en su fallo: el derecho al "libre desarrollo de la personalidad"⁸⁵ y el carácter "liberal y democrático" del Estado colombiano.⁸⁶

La interpretación de la Corte de ambos principios relevantes parece estar abierta a desacuerdo razonable y en efecto la decisión enfrentó resistencia política casi desde el comienzo, lo cual se evidenció con el hecho de que la mayoría de las administraciones presidenciales desde

⁸⁴ Esto es cierto al menos a nivel nacional. Para el uso de su regla de emergencia/regla por decreto en algunas etapas durante su Segundo período como Primera Ministra, Véase Ray Amal, *op. cit.*, p. 289.

⁸⁵ Véase Constitución Política de Colombia, art. 16 ("Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin ningún otro límite más que aquellos impuestos para los derechos de otros y el orden legal").

⁸⁶ Sentencia C-221 de 1994, 5 de mayo de 1994, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, párrs. 6.2.2-6.2.4.

1994 buscaron usar la Constitución para revocar el fallo. Uno podría argumentar que ninguna persona adicta a narcóticos es capaz de un desarrollo de su personalidad significativo sin ningún tipo de intervención médica y desintoxicación. De manera similar, los principios democráticos podrían ser aplicados para apoyar, más que minar, la criminalización del consumo de drogas, si uno fuera a alegar que los ciudadanos no podrían participar de manera significativa e informada en el proceso político bajo el influjo de narcóticos.

Esto pareció al menos ser parte de la lógica de una pregunta de un referéndum propuesto en 2003, que citó el deseo de "proteger y promover un desarrollo efectivo de la personalidad", como fundamento de una enmienda constitucional que permitía la criminalización de la posesión de drogas. La Corte invalidó la pregunta por motivos procedimentales, lo cual propició varios intentos futuros de una enmienda constitucional por parte del Congreso.⁸⁷ En el 2009, la Corte aprobó una nueva enmienda que prohibía la posesión de drogas pero que prescribía "medidas y tratamiento administrativo para un fin pedagógico, profiláctico y terapéutico", más que sanciones penales, requirió el "consentimiento informado del adicto" para que esas medidas fueran implementadas. Esta enmienda fue impugnada por ser percibida como una sustitución a la Constitución y la Corte desestimó esta inconformidad por fundamentos técnicos.⁸⁸

⁸⁷ Véase sentencia C-551 de 2003, *op. cit.*, párrs. VI.304-VI.307.

⁸⁸ Véase Sentencia C-574 de 2011, 22 de julio de 2011, Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez, párrs. VI.6.11-VI.6.15 (sosteniendo que la Corte estaba inhibida para decidir sobre el caso porque el quejoso había llevado a cabo una lectura "parcial, incompleta y aislada" de la provisión en cuestión).

Más adelante, en una serie de casos del Sistema del Servicio Civil, la Corte debatió con los poderes políticos, sobre la cuestión de si los burócratas nominados provisionalmente para ocupar ciertos puestos tenían que ser sujetos a los exámenes del servicio civil abierto que se crearon en la Constitución de 1991. En una serie de leyes, el Congreso intentó proteger a las designaciones provisionales de que sus nombramientos fueran abiertos a concurso. Con base en un artículo constitucional que establecía que "todos los servidores públicos serán designados por una examinación pública meritocrática",⁸⁹ la Corte invalidó estos intentos porque sostuvo que las posiciones titulares y no sólo las nuevas posiciones debían ser sujetas al régimen de servicio civil.⁹⁰ En el 2008, el Congreso respondió enmendando la Constitución para crear una provisión temporal que permitía que el régimen del servicio civil ratificara todos los titulares de un cargo público en sus puestos durante un periodo de tres años sin que se abrieran sus posiciones a concurso del servicio civil. La corte invalidó esta enmienda como una sustitución de la Constitución, sosteniendo que reemplazaba los principios medulares de "igualdad" y "meritocracia" que eran fundamentales para el orden constitucional.⁹¹

La forma del régimen meritocrático y su particular aplicación a los titulares de cargos, parece suscitar un complejo balance de valores

⁸⁹ Constitución Política de Colombia, art. 125.

⁹⁰ Véase por ejemplo, Sentencia C-037 de 1996, 5 de febrero de 1996, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa; Sentencia C-901 de 2008, 17 de septiembre de 2008, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.

⁹¹ Véase Sentencia C-588 de 2009, 27 de agosto de 2009, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, párr. 6.2.2

que normalmente estarían dentro del ámbito de la contención democrática.

Un patrón similar puede ser observado en la India en el contexto de varias decisiones de la Corte sobre el derecho a la propiedad y los intentos del Lok Sabha de anular esas decisiones mediante una enmienda constitucional. En su forma original, el artículo 31 (2) de la Constitución de India prescribía que la adquisición de la propiedad debería destinarse "para fines públicos bajos cualquier ley" y que "el monto" o "principios de compensación" para llevarse a cabo deberían estar especificados en el Lok Sabha. Esta formulación de textura abierta aparentemente fue intencionalmente adoptada por los redactores de la Constitución para permitir que el Parlamento tuviera flexibilidad para determinar el estándar apropiado de compensación como parte de cualquier programa de reforma agraria.

Sin embargo, en casos iniciales, tanto las cortes de menor instancia en India y la Suprema Corte consideraban que la palabra "compensación", significaba estrictamente la compensación basada en el mercado.⁹² Lo anterior, inclusive a pesar de que tanto la historia del artículo 31(2) en India y la evidencia de otros países, demostraba que había otras formas de entender los requisitos constitucionales de compensación que debían tomarse. La respuesta del Lok Sabha fue promulgar la Primera Enmienda a la Constitución, que prescribía que "ninguna ley referente a la adquisición del Estado de cualquier bien o de cualquier

⁹² Véase por ejemplo, *State of West Bengal v. Bela Banerjee*, A.I.R. 1954 S.C. 170 ("*Bela Banerjee Case*").

derecho en él o para la extinción o modificación de cualquiera de tales derechos debe considerarse nulo bajo el fundamento de que es inconsistente, quita o incumple con cualquiera de los derechos conferidos por cualquier provisión en esta Parte" (artículo 31A), y que "sin perjuicio" a esta provisión ninguno de los Actos contenidos en el Noveno Apéndice a la Constitución "deben considerarse" nulos por ser inconsistentes con los derechos en la Parte 4 de la Constitución (artículo 31B). La Primera Enmienda también agregó 13 estatutos al Noveno Apéndice, incluyendo numerosos estatutos referentes a la reforma agraria.

Sin embargo, la CSI últimamente ha respondido a estas enmiendas, primero, dándole al lenguaje de los artículos 31A y 31B una interpretación muy estrecha y después al determinar que ciertas enmiendas relevantes son inconstitucionales por ser inconsistentes con los términos de la Constitución anterior.⁹³ En el caso *I.C. Golaknath v. El Estado del Punjab*,⁹⁴ la Corte sostuvo que todas las enmiendas constitucionales eran "leyes" bajo el significado del artículo 13 (1) de la Constitución y por ende estaba *sujetas* más que *por encima de* otras provisiones en la Parte 3 de la Constitución, incluyendo varios derechos fundamentales. Con base en esto, también invalidó los artículos 31A y 31B en su integridad. El intento del Lok Sabha de anular a la Suprema Corte al hacer valer una visión diferente, pero bastante razonable, del derecho a la propiedad fue descarrilada casi por completo por casi seis años, hasta que la Suprema

⁹³ Véase Neuborne, Burt, *op. cit.*, p. 489.

⁹⁴ *I.C. Golaknath v. State of Punjab, op. cit.*

Corte acotó su definición de imposibilidad de enmienda constitucional en el caso *Kesavanda Bharathi v. Estado de Kerala*.⁹⁵

Estos ejemplos sugieren que la doctrina frecuentemente es usada en circunstancias en donde el significado de normas constitucionales está abierto a desacuerdo razonable. En particular, los jueces parecen identificar sus propios límites medulares en sus propias líneas jurisprudenciales —en preguntas como la autonomía personal, propiedad y meritocracia— tan centrales al orden constitucional existente, incluso cuando las mentes razonables pueden diferir acerca de la corrección básica de dicha jurisprudencia. Esto puede ser una protección del terreno de pelea racional o puede ser que los jueces genuinamente enfatizan en exceso la centralidad de los valores en su propia toma de decisiones. De cualquier forma, algún esfuerzo para limitar o controlar la doctrina es importante si la doctrina aspira avanzar, más que socavar, compromisos al constitucionalismo democrático. Consideramos las posibles soluciones a esto en la siguiente sección.

4. El compromiso transnacional y una limitada doctrina de enmienda constitucional inconstitucional

No hay forma de esquivar el hecho de que los usos de la doctrina de enmienda constitucional inconstitucional involucran distintos ejercicios de juzgamiento por parte de las altas cortes. A pesar de este hecho, argumentamos que las cortes y los académicos deberían buscar un

⁹⁵ *Kesavanda Bharathi v. State of Kerala*, A.I.R. 1973 S.C. 1461.

principio limitante para mantener la utilidad de la doctrina a la vez que la protegen de la crítica y previenen que desborde procedimientos democráticos de enmienda normales. En esta parte, exploramos tres posibles soluciones doctrinales. Las cortes, por supuesto, podrían potencialmente adoptar estas tres soluciones en distintos momentos o en casos diferentes, pero nosotros las estamos presentando como soluciones distintas, las cuales las cortes podrían implementar como fundamento para una aplicación más consistente de la doctrina.

El lugar más obvio para empezar a buscar una doctrina limitada será una doctrina "estrecha" que proteja sólo contra la destrucción de un conjunto pequeño de principios o instituciones medulares. Pero como notamos, una doctrina así puede ser fácilmente evadida a través de la astuta agregación o escenificación de una acción anti-democrática. Quizás conscientes de esa debilidad, las cortes podrían también adoptar un estándar que invalide cualquier enmienda con un impacto potencial adverso en el orden democrático. Sin embargo, tal doctrina probablemente sería demasiado amplia, arrasando con muchas enmiendas que son inocuas. En efecto, es la tensión clásica entre reglas y estándares constitucionales: las reglas constitucionales generalmente hacen más para constreñir la discreción judicial, pero en muchas formas que pueden ser sustancialmente sub o sobre inclusivas, mientras que los estándares constitucionales dejan mayor discreción a los jueces en formas que pueden levantar claras preocupaciones democráticas o sobre el estado de derecho.⁹⁶

⁹⁶ Véase por ejemplo, Sullivan, Kathleen, "The Supreme Court, 1991 Term—Foreword: The Justices of Rules and Standards", *Harvard Law Review*, Boston, vol. 106, 1993, p. 22 (1993).

Sin embargo, sugerimos que hay una tercera posibilidad que parte la diferencia entre estos polos: las cortes deberían intervenir únicamente cuando estén seguras de que las enmiendas o paquetes de enmiendas representen una amenaza sustancial a los valores cercanamente asociados al orden democrático. La identificación de esas amenazas es necesariamente contextual: las cortes deben entender el contexto doméstico y la amenaza de una enmienda o enmiendas políticas dentro de ese contexto. No obstante, argumentamos que la consideración de materia transnacional puede aún ser útil como un control o límite para el uso excesivo de la doctrina. Argumentamos que las cortes deben referirse al derecho transnacional constitucional tanto para determinar cuáles valores son lo suficientemente importantes para ser protegidos y para dilucidar si, en operación, las enmiendas en cuestión realmente plantean una amenaza sustancial a esos valores.

4.1. Una aproximación estrecha, los problemas de evasión y efectos de interacción

Un punto de partida para una doctrina de enmienda constitucional inconstitucional es una doctrina estrecha. La estrechez puede ser alcanzada ligeramente en dos distintas maneras. Primero, ya sea una Corte o un diseñador constitucional podría intentar identificar y proteger un conjunto pequeño de provisiones institucionales particulares. Por ejemplo, la jurisdicción o el procedimiento de nombramientos de una Corte o las provisiones que definen los límites a los mandatos presidenciales pueden ser hechos de tal forma que no admitan enmienda alguna. Los procedimientos de graduación constitucional, o las cláusulas de eternidad que no admiten enmienda alguna a veces adoptan

este enfoque en el diseño constitucional. Las cláusulas de eternidad de la Constitución de Honduras, por ejemplo, protegen un conjunto de provisiones medulares referentes a la presidencia, tales como la duración del mandato presidencial, la prohibición de reelección y la prohibición de que ciertas personas en altos cargos, funjan como presidente en el periodo presidencial subsiguiente.⁹⁷ Estas provisiones parecen estar encaminadas a prevenir la consolidación del poder por un actor particular que entonces permanece en la presidencia. Los jueces pueden desarrollar listas similares de provisiones protegidas por medio de la doctrina de enmienda constitucional inconstitucional.⁹⁸ La Constitución de Brasil es un ejemplo de este tipo de aproximación aplicado a la democracia: la Constitución restringe enmiendas que "se encaminen a abolir la forma federalista de estado" "el voto directo, universal, secreto y periódico", "la separación de los poderes de Gobierno" y "derechos y garantías individuales".⁹⁹

Este mismo tipo de lista podría ser desarrollada por los jueces a través de la doctrina de la enmienda constitucional inconstitucional, más que en el texto constitucional. Por ejemplo, Carlos Bernal argumenta que la doctrina de la imposibilidad de enmienda puede justificar la inclusión

⁹⁷ Véase Constitución de Holanda, art. 374 ("El artículo anterior [definiendo procedimientos de enmienda], el presente artículo y los artículos constitucionales que se refieren a la forma de gobierno, el territorio nacional, el periodo de gobierno presidencial, la prohibición de ser recién presidente de la república para el ciudadano que ha lo ha ejercido bajo cualquier título y la referencia a aquellos que no pueden ser presidentes de la república para el periodo subsiguiente no pueden ser enmendadas bajo ningún supuesto").

⁹⁸ Ley Fundamental para La República Federal de Alemania [LEY FUNDAMENTAL] [GG] [Derecho básico], mayo 23, 1949, BGBl I, art. 79, párr. 3 (afianzando ciertos valores básicos).

⁹⁹ Constitución de Brasil, art. 60, párr. 4.

de solamente un pequeño conjunto de principios que son, ya sea intrínsecos al constitucionalismo democrático (derechos, separación de poderes y Estado de derecho) o que constituyen el propósito normativo medular de un proyecto constitucional particular (tal como la democracia participativa en el caso colombiano).¹⁰⁰ En otras palabras, una Corte que tome una aproximación estrecha puede invalidar solamente una enmienda que destruya un conjunto pequeño de valores e instituciones medulares.

La ventaja de tal enfoque es que protege un espectro amplio para la enmienda constitucional y asegura que las enmiendas constitucionales inconstitucionales sólo sean usadas en los casos más extraordinarios. Sin embargo, la desventaja es que como formas de graduación *ex ante* realizada por diseñadores constitucionales, puede fracasar para vislumbrar el rango de formas que pueden adoptar las enmiendas del constitucionalismo abusivo. También puede ser frecuentemente evadida por actores anti-constitucionales que persiguen un número de distintas aproximaciones para conseguir el mismo fin —o adoptando medidas que tienen un carácter abusivo sólo por virtud de su interacción con otras enmiendas paralelas o cambios legales.

Los cambios constitucionales que, por sí mismos, no representen ninguna amenaza significativa para la democracia pueden volverse cada

¹⁰⁰ Véase Bernal, Carlos, "Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 2, abril de 2013, pp. 339-357.

vez más amenazadores en combinación o adición.¹⁰¹ En Hungría en el 2011, Fidesz defendió varios cambios anti-democráticos que hizo bajo el fundamento de que cada uno de estos —en lo individual— estaban insertos alrededor del mundo en constituciones altamente democráticas y que eran parte de regímenes democráticos. En otras palabras, Fidesz introdujo un cúmulo de elementos —tales como una Corte Constitucional con jurisdicción limitada en ciertos temas, un sistema centralizado de designaciones judiciales y un sistema centralizado para el nombramiento de otros oficiales y agencias supuestamente independientes— todos de los cuales resultaron ser sólo débilmente problemáticos en órdenes democráticos normales, vistos de manera aislada. Muchos teóricos políticos proponen que, para ser legítima, una democracia debe proveer de cierta forma la revisión independiente del actuar estatal.¹⁰² Pero otros pocos argumentan que la revisión de este tipo debería tomar algún tipo de forma particular.¹⁰³ Una corte que aplique una aproximación estrecha podría entonces tener dificultad para concluir que cualquiera de estos cambios destruyó alguno de los principios encontrados en la lista de normas o valores democráticos fundamentales.

¹⁰¹ Esta es una versión del argumento de Vicki Jackson acerca del efecto de los "paquetes" constitucionales, pero enfocado en nociones de combinaciones constitucionales abusivas. Véase Jackson, Vicki "Narratives of Federalism: Of Continuities and Comparative Constitutional Experience," *Duke Law Journal*, vol. 51, núm. 1, octubre 2001, pp. 223, 226.

¹⁰² Véase por ejemplo, Michelman, Frank I., "Is the Constitution a Contract for Legitimacy?," *Review of Constitutional Studies*, vol. 8, 2004, p. 101; Michelman, Frank I., "Ida's Way: Constructing the Respect-Worthy Governmental System", *Fordham Law Review*, vol. 72, núm. 2, noviembre 2003, p. 345; Michelman, Frank I., "Constitutional Legitimation for Political Acts", *Modern Law Review*, vol. 66, núm. 1, enero 2003, p. 1.

¹⁰³ Véase Tushnet, Mark, "The Relation Between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review", *German Law Journal*, vol. 14, 2013, pp. 2249, 2263.

Sin embargo, en agregado, este tipo de cambios pueden tener un profundo impacto anti-democrático. Como Scheppele ha argumentado, los cambios húngaros formaban juntos un tipo de "frankenestado."¹⁰⁴ En el caso de la Corte Constitucional, mientras que su poder de revisión judicial ordinaria se expandió, fue despojada de casi todo su poder de revisar la constitucionalidad de la legislación referente a la legislación económica (p.ej., legislación presupuestaria y de impuestos) hasta que la deuda pública del país cayó cincuenta por ciento por debajo del PIB.¹⁰⁵ Reglas anteriores con amplia aplicación fueron cambiadas para que cualquier cambio abstracto a la legislación solamente pudiera ser invocado *ex ante* por la mayoría parlamentaria o *ex post* por el gobierno, el ombudsman, o un cuarto de los miembros del parlamento (cuando ningún partido de oposición tenía apenas el veinticinco por ciento de votos en el Parlamento).¹⁰⁶

Se hicieron cambios al tamaño de la Corte Constitucional (para aumentar el número de jueces de 11 a 15) y al proceso por medio del cual los jueces eran nominados (para eliminar el rol potencialmente diversificador de un comité de nominación constitucional).¹⁰⁷ También se hicieron cambios al método de designación de agencias independientes, incluyendo al ombudsman, encargadas de mantener otros controles y contrapesos, y de iniciar la revisión ante la Corte Constitucional.

¹⁰⁴ Véase Scheppele, Kim, "The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists do not Work", *Governance*, vol. 26, núm. 4, octubre 2013, p. 559.

¹⁰⁵ Véase Jakab, Andras y Sonnevend, Pal, "Continuity with Deficiencies: The New Basic Law of Hungary", *European Constitutional Law Review*, vol. 9, núm. 1, febrero 2013, pp. 102, 123-124.

¹⁰⁶ Véase Kovács, Kriszta & Tóth, Gabor, "Hungary's Constitutional Transformation", *European Constitutional Law Review*, vol. 7, núm. 2, junio 2011, pp. 183, 193.

¹⁰⁷ Véase Jakab, Andras y Sonnevend, Pal, *op. cit.*, p. 130.

La prevalencia de este tipo de complejidad constitucional o efecto de interacción significó que resguardar en contra de un solo cambio a una sola provisión constitucional sería poco probable que detuviera abusos de cambio constitucional.

4.2. Un estándar de potencial impacto adverso y el problema del desbordamiento

Las cortes que están atentas de la debilidad de una aproximación verdaderamente estrecha, pueden intentar fortalecerla adoptando un estándar de potencial impacto adverso. Bajo este modelo, cualquier reforma que involucre una amenaza de una acción anti-democrática podría ser invalidada.¹⁰⁸ El propósito de tal maniobra sería eliminar la posibilidad de evasión a través de cambios fragmentados o la posibilidad de una doctrina estrecha siendo radicalmente sub-inclusiva, por virtud de su fracaso en atender el efecto interactivo o acumulativo de varias enmiendas constitucionales abusivas.

La Corte Constitucional de Colombia algunas veces ha sugerido este tipo de posición. En el *Primer Caso de Reección*, la Corte sostuvo la enmienda en parte al determinar que los quejas de los impugnadores se encaminaban más a controvertir las posibles consecuencias de permitir la reelección, más que por el diseño institucional. En la opinión de

¹⁰⁸ Esto puede ser lo más cercano de cómo se han interpretado en la práctica las cláusulas de eternidad brasileñas. Las cortes brasileñas han interpretado su mandato para invalidar acciones encaminadas a "abolir derechos y garantías individuales" para controlar enmiendas que lidiaban con los detalles de una política de impuestos. Véase por ejemplo, Acción directa inconstitucional de la Enmienda Constitucional N. 03/93, ADI-MC 926 DF.

la Corte, el hecho de que un segundo periodo presidencial pudiera ser usado por Uribe para consolidar su poder y debilitar los controles no significaba que el diseño institucional mismo reemplazaba la Constitución.¹⁰⁹ En contraste, en el *Segundo Caso de Reelección*, la Corte abundó ampliamente sobre los efectos prácticos que el cambio probablemente tendría. Por ejemplo, la Corte indicó que debido a la habilidad práctica del presidente de forjar las elecciones parlamentarias y ya que las elecciones parlamentarias se celebraban cada dos años, un presidente con un mandato de doce años probablemente tendría control significativo sobre el Congreso.¹¹⁰ La Corte formuló argumentos similares sobre la composición de las instituciones de control: porque un presidente también habría tenido suficiente poder para forjar la membresía de judicaturas y otros cuerpos, es plausible que entonces hubiera tenido la mayoría del control sobre estas instituciones al término de doce años.¹¹¹ El cambio de la Corte hacia un estándar de impacto potencial le ayudó a invalidar la segunda reelección.

Sin embargo, la consecuencia de que una Corte adopte este estándar de potencial impacto adverso es convertir una doctrina estrecha de imposibilidad de enmienda constitucional a una que sea extremadamente amplia. Tomemos, por ejemplo, los fallos colombianos sobre posesión de drogas y la composición del servicio civil.¹¹² Ambas decisiones

¹⁰⁹ Véase Sentencia C-1040 de 2005, *op. cit.*, párrs. 7.10.4.1.(i) (Notando que los demandantes atacando la ley hicieron valer "preocupaciones de tipo práctico" sobre el impacto de la reforma más que por el diseño institucional mismo).

¹¹⁰ Véase Sentencia C-141 de 2010, *op. cit.*, párr. 6.3.6.1.1.

¹¹¹ Véase *idem*.

¹¹² Véase *supra* Sección 3.

pueden ser leídas como diciendo que las respectivas enmiendas en cuestión, si bien en sí mismas no destruían principios democráticos medulares, tenían un potencial impacto adverso en esos principios. Por ejemplo, la intransigencia del Congreso acerca de abrir puestos ocupados por los servidores civiles titulares no es un cambio mayor al orden democrático. Pero puede ser usado como parte de un programa de acción anti-democrática en conjunto con otros factores porque puede formar parte de un intento concertado de socavar la capacidad estatal de atiborrar la burocracia con secuaces políticos. La insistencia de la Corte de que la enmienda violaba principios básicos de meritocracia e igualdad puede ser mejor leída como un argumento de que los cambios implicaban una posible amenaza de movimiento en esa dirección. Esos tipos de reclamos podrían ser hechos en un amplio rango de casos y así se prueba que un estándar de potencial impacto adverso podría ser desbordante.

4.3. Un estándar amplio pero débil: el constitucionalismo transnacional como un principio limitante

Argumentamos que un mejor enfoque a la doctrina es amplio pero débil. Es amplio en el sentido de que no intenta identificar un estrecho conjunto de instituciones o valores *ex ante*, porque reconoce que los actores anti-democráticos pueden atacar al constitucionalismo democrático a través de distintas rutas. Es débil en el sentido de que invalida únicamente los cambios constitucionales que está seguro de que tendrían un impacto adverso sustancial, ya sea solos o en conjunto con otros cambios, en el orden democrático. El cambio verdadero para los

redactores constitucionales y jueces que apoyan la idea de tal principio por primera vez es entonces encontrar formas de fomentar un uso algo más mesurado o neo-Thayeriano de una doctrina amplia.¹¹³ En el centro de tal aproximación está la disposición de confiar a los jueces una amplia discreción para hacer valer los requisitos mínimos de la democracia o una aceptación de la perspectiva, impulsada por jueces líderes tales como el ex Magistrado Presidente israelí Aharon Barak, de que el rol de la Corte en cualquier democracia es "proteger la Constitución y la democracia."¹¹⁴ Al mismo tiempo, esa aproximación intenta encontrar formas para disuadir a los jueces de que usen de manera excesiva esa discreción, para hacer valer una visión de la democracia más robusta o más retada.

El incremento de deferencia judicial, o su restricción, es una de las formas clásicas en las que la revisión judicial es "debilitada" frente a este tipo de amplia autoridad formal judicial.¹¹⁵

Una amplia pero débil doctrina de enmienda constitucional inconstitucional también tiene importantes ventajas sobre versiones más estrechas de la doctrina: provee una base para invalidar cualquier enmienda que la corte identifique como abusiva en un contexto constitucional particular. Puede que una doctrina amplia no proteja o incluya

¹¹³ Véase Thayer, James, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, Boston, vol. 7, núm. 3, 1893, pp. 129, 144 (argumentando que un estatuto no debe ser invalidado bajo una doctrina de revisión judicial a menos que su invalidez no esté abierta a "interrogación racional").

¹¹⁴ Véase Barak, *op. cit.*, p. 126.

¹¹⁵ Véase Tushnet, Mark, "From Judicial Restraint to Judicial Engagement: A Short Intellectual History", *George Mason Law Review*, vol. 19, núm. 4, 2012, pp. 1043, 1043-1047.

cada aspecto de la constitución existente, pero generalmente protegerá los valores o principios medulares que respaldan cada aspecto de la Constitución. Al aplicar esta doctrina, una Corte no estará confinada a invalidar enmiendas que los redactores constitucionales tempranos o jueces, que previeron como una potencial amenaza a la democracia. Tampoco estará limitada a invalidar enmiendas que, por sí solas, tengan una necesaria tendencia de socavar la democracia. Más bien, una Corte será libre de evaluar el impacto de una enmienda en particular en normas democráticas por referencia al contexto entero en el que dicha enmienda opera. Esto incluirá las actuales condiciones y realidades políticas y cualquier enmienda previa o concurrente con el potencial de tener un impacto adverso en la democracia. No habrá entonces algún acto constitucional verdaderamente abusivo que no pueda ser llevado bajo el amparo de tal principio.

Al mismo tiempo, una doctrina debilitada intenta atender el otro peligro asociado a una estrecha (pero fuerte) doctrina de enmienda constitucional inconstitucional, siendo ésta que la doctrina será aplicada de manera expansiva para cubrir cualquier enmienda con el potencial de tener un impacto adverso en la democracia. La pregunta clave que un juez debe hacer es la siguiente: con base en el impacto real de esta enmienda y lo que ha llegado antes o está ocurriendo en paralelo en un país en particular, ¿esta enmienda en particular claramente plantea una amenaza sustancial a la democracia o al constitucionalismo democrático? En el molde de la revisión Thayeriana de la legislación ordinaria, la doctrina pregunta si un observador razonable podría probablemente concluir que hubo una amenaza sustancial al orden democrático, sin

importar su concepción particular de democracia.¹¹⁶ Si la respuesta es que sí, la doctrina sugiere que una Corte debería invalidar esa enmienda en particular. En cambio, si la respuesta es que las mentes razonables pueden diferir, una Corte debería mesurarse y declinar aplicar la doctrina.

La aproximación amplia pero débil parece ser la forma más cercana a que la doctrina es realmente vista en lugares como Colombia e India. Ninguna corte ha intentado delinear una lista estrecha o exhaustiva de los principios constitucionales fundamentales *ex ante*, en cambio ambas cortes han trabajado estos principios bajo un esquema de caso por caso. Un buen ejemplo es la relativamente amplia doctrina apoyada por la Corte Constitucional en Colombia: la Corte trata cualquier elemento de la Constitución como parte de la "médula definitoria" si es que puede ser considerado como una "característica esencial y determinante de la Constitución considerada como un todo."¹¹⁷ La diferencia entre el resultado de la decisión de la Corte en el *Primer y Segundo Caso de los Límites del Mandato* también puede verse como que adopta una definición amplia y sensible al contexto de los requisitos fundamentales de la democracia: la decisión de la Corte de que un tercer periodo de gobierno presidencial tendría límites en las instituciones independientes que un segundo periodo no tendría, se hizo con base en el efecto acumulativo de las enmiendas.¹¹⁸

¹¹⁶ Véase Thayer, James, *op. cit.*, p. 113.

¹¹⁷ Véase Sentencia C-1040 of 2005, *op. cit.*, párr. 7.10.3

¹¹⁸ Véase *supra* *Ibidem*, sección 2.3(a).

De manera similar, tanto la Corte Constitucional de Colombia como la Corte Suprema de India han aconsejado bastante mesura en el uso de la doctrina a efecto de prevenir que colapse en una forma de supremacía súper judicial o calcificando el orden constitucional existente.¹¹⁹

La brecha está entre la forma débil de la doctrina que es apoyada por las cortes y el uso más amplio de ésta que a veces se ve en la práctica. La doctrina es vaga y difícil de operacionalizar en dos etapas distintivas: 1) en la identificación de cuáles principios y valores deben ser protegidos contra el impacto adverso sustancial y 2) la determinación de si cierta enmienda constitucional, si de verdad tiene ese impacto sustancial. Ambas determinaciones necesariamente se apoyan en la consideración cuidadosa del contexto doméstico. En el *Segundo Caso de Reelección* colombiano por ejemplo, la determinación de la Corte se basó tanto en la historia de Colombia como en el probable impacto que tendrían los periodos de gobierno presidencial adicionales en el resto del orden institucional. La Corte consideró, en vista de la propia historia constitucional del país, que la separación de los valores de los poderes impactada por el cambio era fundamental para el orden constitucional y en particular que la amenaza de que los presidentes se extendieran en su mandato fue un enfoque de constitucionalismo doméstico.¹²⁰ También

¹¹⁹ Véase por ejemplo, Sentencia C-1040 of 2005, *op. cit.*, *Ibidem*, párr. 7.10.4.1 ("[Este test] necesita una actuación muy cuidadosa por parte del juez constitucional, quien a pesar de que posee la tutela de la integridad de la Constitución no puede olvidar que en el diseño realizado por el poder constituyente la ponderación acerca de los cambios que pueden realizarse a la constitución en concordancia con los tiempos se le otorgó, sin límites materiales, al poder de reforma constitucional").

¹²⁰ Véase por ejemplo, Sentencia C-141 de 2010, *op. cit.*, párr. 6.3.5.1.3 (revisando incidentes notables de presidentes buscando exceder sus periodos de gobierno en la historia constitucional colombiana).

concluyó, en vista del diseño institucional doméstico, que una segunda extensión de los límites del mandato podría sustancialmente impactar ese valor. Por ejemplo, el cambio probablemente permitiría que Uribe controlara la mayoría o todas las instituciones que supuestamente debían controlar su poder.¹²¹

El problema es que una consideración puramente doméstica puede llevar a la Corte a ser demasiado inclusiva tanto en la determinación de qué valores y principios debe proteger que sean seriamente amenazados por un cambio dado.¹²² Cuando un país tiene un arreglo institucional particular que se ha mantenido por largo tiempo, puede algunas veces parecer a los jueces que ese arreglo es de hecho necesario para —o definitorio de— la democracia. Si una institución o práctica particular siempre ha sido parte de los arreglos democráticos de ese país, o lo ha sido por mucho tiempo, una inferencia natural puede ser que esto es por la importancia de la institución o arreglo relevante para la democracia. Pero esto no es necesariamente cierto. Los arreglos institucionales pueden perdurar en algunos casos por motivo de pura suerte o contingencia política.

El compromiso con el derecho constitucional transnacional es útil como limitación de la amenaza de este uso excesivo. Al hablar de compromiso,

¹²¹ Véase *Ibidem*, párr. 6.3.6.1.1.

¹²² Otro ejemplo debatible, en el contexto de los compromisos judiciales al secularismo, es la decisión de la Corte Constitucional de Turquía en el caso *Headscarf Case*. Véase por ejemplo, Roznai, Yaniv & Yolcu, Serkan, "An Unconstitutional Constitutional Amendment—The Turkish Perspective: A Comment on the Turkish Constitutional Court's Headscarf Decision", *International Law Journal of Constitutional Law*, vol. 10, núm. 1, enero 2012, p. 175.

nos referimos a tomar en consideración judicial las prácticas institucionales y la jurisprudencia implementada en otros sistemas constitucionales democráticos.

Este tipo de consideración debe ser usada como una segunda vista o revisión en contra de un impulso judicial inicial de que un valor impactado por un cambio constitucional, en realidad es fundamental a la democracia o que cierto cambio constitucional de verdad representa una amenaza a ese valor.

Primeramente, el compromiso comparativo puede ser útil para identificar si un valor es verdaderamente fundamental. Por ejemplo, en el caso de los servidores civiles titulares, la Corte colombiana sostuvo que la "meritocracia" era un valor fundamental que debía ser protegido en contra de una sustitución.¹²³

El compromiso con el constitucionalismo transnacional pudo haber sido útil al poner en tela de juicio esa conclusión. Mientras que la mayoría de los órdenes legales parecen tener alguna versión de examinación competitiva y protección del cargo para los servidores civiles a efecto de mejorar y despolitizar la burocracia, muy pocos parecen verlo como un valor fundamental o primordialmente constitucional. En contraste, en los casos de reelección la Corte se enfocó en mayor medida en el principio de separación de poderes. La consideración de otros órdenes constitucionales, tanto dentro como fuera de Latinoamérica, puede

¹²³ Véase Decisión C-588 de 2009, *op. cit.*, párr. 6.2.2.

llevar a confirmar que la corte estaba pronunciándose sobre un valor verdaderamente fundamental. Inclusive los sistemas parlamentarios modernos parecen enfocarse en alguna versión de controles al poder legislativo, ya sea a través de las cortes o de un ombudsman independiente.¹²⁴

De manera más común, el compromiso con el derecho transnacional puede ayudar a la Corte con una segunda pregunta: ¿la enmienda constitucional en cuestión, ya sea por sí sola o en conjunto con un paquete de reformas, de verdad constituye una amenaza sustancial a un valor fundamental identificado por la Corte? Por ejemplo, en el caso *Golak Nath* de India, la corte determinó que la compensación basada en el mercado para cualquier tipo de apropiación a la propiedad era una parte medular del derecho a la propiedad y por ende representaba una provisión de la Constitución de India que no admitía enmienda alguna. Antes de la independencia, bajo el gobierno británico, la propiedad era protegida en India por una mezcla de derecho común y arreglos estatutarios que invariablemente prescribían la compensación basada en el mercado para cualquier (oficial o rutinario) apoderamiento de propiedad.¹²⁵ La mayoría de los jueces que conformaban la Suprema

¹²⁴ Véase por ejemplo, Ackerman, Bruce, "The New Separation of Powers", *Harvard Law Review*, Boston, vol. 113, núm. 3, enero 2000, pp. 633, 663 (notando que la mayoría de los sistemas parlamentarios modernos apoyan una versión de "parlamentarismo acotado"); Albert, Richard, "The Fusion of Presidentialism and Parliamentarism", *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, núm. 3, 2009, pp. 531 (notando que de hecho era posible crear una separación de poderes dentro de un Sistema parlamentario y que era hecho con regularidad).

¹²⁵ Véase Austin, Granville, *op. cit.*, pp. 124 (discutiendo este antecedente y las nociones de derecho común inglés de las apropiaciones de mercado).

Corte de India en sus primeras décadas también eran abogados que habían sido entrenados y habían trabajado bajo esta tradición.¹²⁶

La percepción para estos jueces es que bien pudo haber sido que la compensación con base en el mercado era una parte duradera de la tradición constitucionalista británica y el Estado de derecho y por lo tanto era una parte fundamental del constitucionalismo. El compromiso con el material transnacional pudo haber sido útil para demostrar que los regímenes democráticos alrededor del mundo se apoyan en una variedad de distintos mecanismos para proteger los derechos de propiedad y por lo tanto podrían haber puesto en tela de juicio esta conclusión.

En el 2000 en Taiwán, la Corte Constitucional aplicó una doctrina de enmienda constitucional inconstitucional para invalidar cambios al plazo y método de la elección de la Asamblea Nacional, una institución compleja que tenía algunos poderes de enmienda constitucional y juicio político pero que era mucho más débil que la cámara parlamentaria del país (el Yuan Legislativo).¹²⁷ Finalmente la Corte se apoyó en una mezcla de fundamentos procedimentales y sustanciales para llegar a esta conclusión.¹²⁸ Pero en la substancia encontró que avanzar hacia un método de elección indirecta —un sistema de representación proporcional basado en la representación partidaria en el Yuan Legislativo— era una violación al "orden constitucional de la democracia".¹²⁹

¹²⁶ Véase Gadbois, George H., "Indian Supreme Court Judges: A Portrait", *Southern California Review of Law and Social Justice*, California, vol. 3, 1968, p. 317.

¹²⁷ Véase JY Interpretación No. 499 (2000/03/24).

¹²⁸ Véase *ídem*.

¹²⁹ Véase *ídem*.

Mientras que hubo argumentos importantes en contra de estos cambios particulares,¹³⁰ su dirección básica era vista como *pro*-democrática más que *anti*-democrática. La Asamblea Nacional era una institución heredada de China, que frecuentemente había servido para limitar el potencial de los gobiernos locales electos democráticamente para seguir su propia agenda.¹³¹ Limitar el estatus de la Asamblea Nacional podría entonces haber sido percibido como una maniobra hacia un mayor autogobierno democrático en Taiwán.¹³² (En efecto, la Asamblea fue abolida en su integridad en el 2005, por medio de una futura enmienda constitucional).¹³³

La corte Taiwanesa vio los cambios relevantes como menoscabos a compromisos fundamentales a la democracia, como eran entendidos en Taiwán. Un compromiso amplio con prácticas transnacionales pudo haber sugerido que un apoyo fuerte en normas de elecciones directas para cámaras parlamentarias o constituyentes adicionales no necesariamente era esencial a la democracia. Mientras que la Asamblea Nacional es una institución más compleja que una segunda sala o senado estándar, Meg Russell descubrió en un estudio de 190 parlamentos en el 2011

¹³⁰ Véase Chu, Yun-Han, "Democratic Consolidation in the Post-KMT Era: The Challenge of Governance", en Alagappa, Muthiah (ed.), *Taiwan's Presidential Politics: Democratization and Cross-Strait Relations*, Routledge, Nueva York, 2001, pp. 88, 90-93 (2001).

¹³¹ Véase por ejemplo, Copper, John, *Consolidating Taiwan's Democracy* Estados Unidos, University Press of America, 2005, p. 15.

¹³² Para una consideración más amplia sobre estas tendencias, Véase Ginsburg, Tom, *et al. Judicial Review In New Democracies: Constitutional Courts In Asian Cases* Chicago, University of Chicago, 2003, p. 106-113.

¹³³ Véase "Constitutional Changes Approved in Taiwan," *New York Times*, 8 de junio de 2005, <https://www.nytimes.com/2005/06/08/world/asia/constitutional-changes-approved-in-taiwan.html>

que, de 78 sistemas bicamerales, solamente 21 tenían un sistema de elección directa pura.¹³⁴ De hecho, 17 tenían un sistema de elección indirecta pura y otros 17 tenían un sistema de designación de miembros para la cámara alta.¹³⁵ Comprometerse con la diversidad total de los sistemas electorales, en este contexto, podría haber hecho que la Corte fuera más renuente a concluir que una elección directa plena de la Asamblea Nacional era un requisito necesario de democracia, inclusive en las circunstancias particulares de Taiwán.¹³⁶

En el caso de Nicaragua, una Corte Internacional (la Corte Centroamericana de Justicia) resolvió que las enmiendas constitucionales que fortalecían a la Asamblea Nacional referentes al presidente eran enmiendas constitucionales inconstitucionales porque violaban el principio de separación de poderes esencialmente convirtiendo al régimen presidencial en uno parlamentario.¹³⁷

Las enmiendas le dieron a la Asamblea el poder de confirmar las designaciones presidenciales para miembros del gabinete y otros cargos. La designación de ciertos cargos, como el Superintendente de Bancos, se colocó por completo en las manos de la legislatura. Finalmente, se

¹³⁴ Véase Russell, Meg, "Elected Second Chambers and Their Powers: An International Survey", *The Political Quarterly*, vol. 83, 2012, pp. 117, 118-120.

¹³⁵ Véase *idem*.

¹³⁶ Para el grado en el que la opinión sí se comprometió explícitamente con al menos alguna fuente internacional de manera relativamente inusual en Taiwán, Véase Chang, Wen-Chen y Jiunn, Rong-Yeh, "Judges as Discursive Agent: The Use of Foreign Precedents by the Constitutional Court of Taiwan" en Groppi, Tana & Ponthoreau, Marie-Claire (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart Publishing, 2013, p. 373.

¹³⁷ Véase Expediente 69-01-03-01-2005, Corte Centroamericana de Justicia, Mar. 1, 2005, disponible en <http://cendoc.ccj.org.ni//ExpedientesFichaLectura.aspx?id=92>.

le dio a una súper-mayoría del sesenta por ciento el poder de quitar a miembros del gabinete.¹³⁸ La conclusión de la corte de que estos cambios constituían una violación al principio de separación de poderes pudo haber sido minada por una consideración de constitucionalismo comparativo. Los sistemas presidenciales demuestran un amplio rango de arreglos para procedimientos de designación y destitución. Algunos sistemas, incluyendo al de Estados Unidos, necesitan de la aprobación legislativa para cargos de gabinete, muchos otros lo hacen así para instituciones cuasi-independientes como el Superintendente de Bancos.¹³⁹ Muchos sistemas presidenciales permiten censura legislativa para otros procedimientos de destitución para oficiales ejecutivos.¹⁴⁰ En una perspectiva comparada, los cambios propuestos parecen ser menos propensos a ser una enmienda constitucional inconstitucional de lo que serían de manera aislada.¹⁴¹

¹³⁸ Para los antecedentes del caso, Véase Schnably, Stephen, "Emerging International Law Constraints on Constitutional Structures and Revision: A Preliminary Appraisal", *University of Miami Law Review*, vol. 62, núm. 2, enero 2008, pp. 417, 466-67. Debe notarse que el texto constitucional nicaragüense diferencia la reforma "total" de la "parcial" y establece distintos procedimientos para estas dos rutas. Véase Constitución de Nicaragua, arts. 193, 194, Nicaragua.

¹³⁹ Véase por ejemplo, Constitución de Estados Unidos, *art. II, párr. 2*; Constitución de Colombia *art. 150, cl. 7*, Colombia (dándole al Congreso el poder de determinar los procedimientos de designación de cualquier Superintendente).

¹⁴⁰ Véase por ejemplo, Constitución de Argentina, *art. 101*, Argentina (dándole al presidente el poder de censurar y destituir al jefe del Gabinete, aunque no a otros puestos del Gabinete, por un voto de mayoría absoluta); Constitución de Colombia, *art. 135, párr. 7*, Colombia (permitiéndole al Congreso el voto de no-confianza en ministros a través de una mayoría absoluta en ambas cámaras lo cual resulta en su destitución).

¹⁴¹ El caso también planteó importantes cuestiones acerca del alcance apropiado de involucramiento internacional en casos impugnados de interpretación constitucional doméstica. Véase Schnably, Stephen, *op. cit.*, 459-460; Dixon, Rosalind y Jackson, Vicki, "Constitutions Inside Out: Outsider Interventions in Domestic Constitutional Contests", *Wake Forest Law Review*, vol. 48, núm. 1, 2013, p. 149.

En contraste, los casos de reelección colombianos prestan cierto apoyo al valor del compromiso comparativo como un principio limitante de la doctrina. En ambos casos, la Corte se acercó a la experiencia comparativa como parte de su razonamiento acerca de si la ampliación relevante al periodo de gobierno presidencial realmente significaba una amenaza sustancial a la separación de poderes. En el *Primer Caso de Reelección*, la Corte subrayó el hecho de que los sistemas de dos periodos de mandato presidencial, si bien eran raros en la historia constitucional colombiana, no eran inusuales en el resto del mundo y que en particular no había "un consenso definitivo" dentro de la región sobre si eran mejores los periodos de gobierno presidencial unitarios o los de dos periodos.¹⁴² También notó que estas elecciones disidentes reflejaban preocupaciones de políticas competitivas, por ejemplo, respecto de las ganancias de una política potencialmente más coherente siendo ponderada con el riesgo del abuso del poder. En el *Segundo Caso de Reelección* la Corte realizó un estudio muy breve en el cual notó un rango de política normal acerca de la interacción de los límites al periodo de gobierno presidencial y la duración de los periodos presidenciales de entre cuatro y ocho años en sistemas puramente presidenciales particularmente dentro de la región.¹⁴³ La Corte sostuvo que el actual diseño institucional de ocho años constituía un "límite externo, más allá del cual habría serios riesgos de perversión de un régimen."¹⁴⁴ El estudio comparativo en la primera sentencia ayudó a controlar cualquier conclusión de que la enmienda que permitía dos periodos de gobierno, aunque era un caso atípico en

¹⁴² Véase Sentencia C-1040 de 2005, *op. cit.*, párr. 7.10.4.1 (iii).

¹⁴³ Véase Sentencia C-141 de 2010, *op. cit.*, párr. 6.3.5.1.1.

¹⁴⁴ *Ibidem*, párr. 6.3.5.1.3.

la historia constitucional doméstica, era una amenaza sustancial a la democracia. El estudio comparativo en la segunda sentencia ayudó a confirmar que la autorización de doce años consecutivos de mandato presidencial podría ser una amenaza sustancial.

Nuestra sugerencia es que el derecho constitucional transnacional es útil dado que un principio limitante plantea diversas preguntas clave. Primero, propone un problema denominador: ¿cuáles países, definidos ya sea geográficamente o por su historia en común o en términos de sistema político, pueden servir como una base apropiada para una comparación? Esta decisión, sugerimos, en última instancia es mejor si se aborda caso por caso, más que en abstracto. En casos de reelección, por ejemplo, la Corte se enfocó en los sistemas presidenciales y se concentró principalmente, aunque no por completo, en Latinoamérica. Ambas decisiones son defendibles. Los límites en sistemas puramente presidenciales no son directamente comparables a los límites a los mandatos en sistemas parlamentarios (o semi-presidenciales); el presidente en un sistema puramente presidencial tiene poderes excepcionales e independencia del resto del sistema político. Más aún, el asunto de la extralimitación ejecutiva puede tener un significado especial en Latinoamérica, haciendo que sea razonable que las cortes se enfoquen principalmente en esa región.¹⁴⁵

¹⁴⁵ La Corte pudo haber considerado sistemas presidenciales con historias de dictaduras fuera de la región, como Filipinas. Véase Ackerman, Susan, *et al.* "Hyper-Presidentialism: Separation of Powers Without Checks and Balances in Argentina and the Philippines", *Berkeley Journal of International Law*, California, vol. 29, núm. 1, 2011, p. 246.

Sin embargo, con estas salvedades el proceso de comparación debería aspirar a ser relativamente de amplio rango o comprensivo dentro del mundo de las democracias constitucionales. De otra forma, el peligro puede ser que, al seleccionar un subconjunto particular de países para la comparación, un juez puede inclinarse hacia países que tienden a confirmar sus sesgos preexistentes sobre los tipos de funciones que son fundamentales para la democracia.¹⁴⁶ En efecto, si la comparación es demasiado estrecha o selectiva, puede inclusive propender a alentar a los jueces a aplicar una versión inclusive menos democráticamente sensible de la doctrina —por una habilidad de generar un aparente apoyo adicional para la aplicación de la doctrina en (altamente seleccionadas) fuentes comparativas.¹⁴⁷ El proceso relevante de compromiso comparativo que proponemos puede ser mejor entendido como una forma de compromiso verdaderamente transnacional: un compromiso a fijar fallos acerca de la naturaleza fundamental de ciertos arreglos institucionales para el ejercicio de algún grado de consenso superpuesto dentro de un gran número de países democráticos acerca de la adecuación o importancia de dichos arreglos o, conversamente, para fijar sentencias acerca de la inconstitucionalidad de los cambios

¹⁴⁶ Para una crítica similar del compromiso de la Corte Constitucional Checa con fuentes comparativas siendo indebidamente estrechas al aplicar la doctrina, Véase Williams, Kieran, "When a Constitutional Amendment Violates the "Substantive Core": The Czech Constitutional Court's September 2009 Early Elections Case", *Review of Central and East European Law*, vol. 36, núm. 1, 2011, pp. 33, 48-50.

¹⁴⁷ Por supuesto, esto es un peligro general de la comparación transnacional, al menos cuando se hace rudimentariamente o engañosamente. Véase por ejemplo, Young, Ernest, "Foreword-Comment: Foreign Law and the Denominator Problem", *Harvard Law Review*, Boston, vol. 119, núm. 2, noviembre 2005, p. 148; Alford, Roger, "In Search of a Theory of Constitutional Comparativism", *University of California at Los Angeles Law Review*, Los Angeles, vol. 52, 2006, p. 639.

propuestos a la ausencia relativa de arreglos recientemente propuestos en la mayoría de las democracias constitucionales.

Una segunda pregunta clave tiene que ver con el constitucionalismo doméstico y el transnacional. Un peligro con el compromiso transnacional es que puede infravalorar los arreglos institucionales o principios constitucionales que son fundamentales a pesar de ser distintivos de órdenes constitucionales particulares. Las formas más fuertes del requisito de compromiso transnacional, por ejemplo, podrían sostener que las cortes sólo invalidaran las enmiendas constitucionales si son principios o prácticas constitucionales instanciadas que no se encuentran en algún orden constitucional relevante.

Pero este no es el proceso de comparación que recomendamos ni el que las cortes probablemente apliquen. Como Jackson argumenta, las comparaciones entre países pueden ser útiles en parte porque agudizan maneras en las que los valores o instituciones constitucionales son verdaderamente distintivas y fundamentales.¹⁴⁸ Por ejemplo, un juez constitucional alemán al considerar la importancia de prohibir partidos y las otras instituciones de democracia militante en otros países puede encontrar poco consenso en si estas instituciones deberían existir en órdenes democráticos. Sin embargo, en vista de los rasgos distintivos

¹⁴⁸ Véase Jackson, Vicki, *Constitutional Engagement in a Transnational era*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 103-116. Jackson escribe en general acerca del contexto general de interpretación constitucional, pero los beneficios del compromiso transnacional pueden ser especialmente importantes en el contexto particular de la enmienda constitucional inconstitucional, donde los estándares para el uso de la doctrina son particularmente escasos y los peligros del uso excesivo son especialmente agudos.

de la historia constitucional alemana, existe todavía un argumento sólido de que estas características son fundamentales para el constitucionalismo alemán.¹⁴⁹ El compromiso transnacional puede a pesar de ello actuar como una segunda mirada, obligando a los jueces constitucionales a articular razones contundentes de porqué un valor o institución es fundamental a pesar de que no es vista como una esencial en otra parte.

Una calificación relacionada con nuestra recomendación surge de las enmiendas que están empacadas o secuenciadas a través del tiempo para evadir la revisión judicial. El "frankenestado," donde los actores políticos redactan múltiples elementos encontrados en otros sistemas judiciales de manera profundamente antidemocrática, es un buen ejemplo.¹⁵⁰ Este tipo de efecto de interacción plantea un reto para cualquier doctrina de enmienda constitucional inconstitucional. Una aplicación demasiado rígida del anclaje transnacional puede significar que esta versión de la doctrina sea particularmente susceptible a esa dificultad. Tomemos por ejemplo los cambios a la Constitución de Hungría de 2011. Vistos de manera individual, todos estos cambios tenían algún precedente o sustento global en otros sistemas constitucionales democráticos: siempre ha existido variación significativa entre sistemas democráticos en la jurisdicción que les dan a la cortes para comprometerse en la revisión judicial *ex ante* o *ex post*, especialmente en lo relativo a cuestiones presupuestarias o económicas. De manera similar,

¹⁴⁹ Véase por ejemplo, Miller, Russell, "Balancing Security and Liberty in Germany", *Journal of National Security Law and Policy*, vol. 4, núm. 2, 2010, p. 369.

¹⁵⁰ Véase *supra* el texto que acompaña a la nota 149 (discutiendo el problema del "frankenestado" en el contexto de Hungría).

las cortes constitucionales en sistemas democráticos son designadas de distintas formas, algunos países adoptan un modelo de control ejecutivo puro, mientras que otros optan por un modelo de control puramente judicial o parlamentario, y otros emplean mecanismos híbridos.¹⁵¹

Lo mismo puede decirse de la designación de agencias independientes. Una comparación mecánica de los muchos cambios constitucionales en Hungría con las prácticas constitucionales globales puede llevar entonces a la conclusión de que ninguno de estos cambios era en realidad una amenaza a la democracia constitucional, cuando de hecho existe evidencia significativa de que —en conjunto— estos cambios no son vistos en otras partes y que sí representan una amenaza significativa.¹⁵²

Sin embargo, si una norma de anclaje trasnacional es aplicada de manera más sofisticada puede ofrecer al menos una respuesta parcial a esta limitación. Inclusive si todos los elementos de cierto programa, de manera individual se encuentran en otros lugares, la combinación de elementos podría no estarlo.¹⁵³ O inclusive si se han implementado en

¹⁵¹ Véase por ejemplo, Stone Sweet, Alec, *Governing With Judges: Constitutional Politics In Europe* Nueva York, Oxford University Press, 2000, pp. 47-49.

¹⁵² Véase por ejemplo, "Hungary Court Says Judge Retirement Law Unconstitutional," *Reuters*, 16 de julio de 2012, <http://uk.reuters.com/article/2012/07/16/uk-hungary-judges-court-idUKBRE86F0LS20120716>, (Discutiendo la crítica hecha por la Unión Europea).

¹⁵³ Esto es más o menos cómo la Comisión de Venecia le respondió a las protestas de Fidesz de que los elementos de su programa podían encontrarse en otros lugares. Véase Opinión del Acto CLXII de 2011 sobre el Estatus Legal y la Remuneración de los Jueces y el Acto CLXI de 2011 de la Organización y Administración de Cortes de Hungría, adoptada por la Comisión de Venecia en su 90ª Sesión Plenaria, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDLAD\(2012\)001](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDLAD(2012)001), (Venecia, Mar. 16-17, 2012).

otros lugares, han sido promulgados en un contexto muy distinto, donde los actores políticos tenían motivos políticos menos transparentes y desinteresados. Entonces, una aproximación suficientemente flexible y contextual enraizada en normas transnacionales podría ser efectiva en contra de este tipo de amenaza.¹⁵⁴ Los litigantes y jueces deben prestar atención no sólo a las prácticas y principios de un asunto en una enmienda constitucional, sino también al contexto institucional en el que se propone cada enmienda. Cierta práctica puede ocurrir en otros lugares, pero sólo en conjunción con un conjunto más amplio de instituciones de apoyo: digamos, las cortes débiles con otras instituciones fuertes de control como los ombudsmen y las comisiones de derechos humanos. Si los litigantes y jueces encuentran que internacionalmente, una práctica institucional existe pero sólo en conjunto más amplio de instituciones de apoyo, y que esas instituciones de apoyo están ya sea ausentes o en proceso de derogación a nivel doméstico, esto sustenta el uso judicial de la doctrina de enmienda constitucional inconstitucional. En contraste, si las instituciones de apoyo sí están presentes a nivel doméstico, se aconsejaría la moderación judicial. Una visión sofisticada de la doctrina pone más presión en la competencia judicial, pero deberíamos esperar que estos costos sean manejables si tanto los jueces como los litigantes (quienes pueden proporcionar a los jueces información relevante) se acostumbran a este tipo de compromiso transnacional.

Finalmente, nos percatamos de que nuestra propuesta es similar a la formulada por Lech Garlicki y Zofia Garlicka, quienes argumentan que

¹⁵⁴ Le debemos a Vicki Jackson su señalamiento sobre este punto.

los principios vinculantes o emergentes de derecho internacional pueden ser usados como base para juzgar la legitimidad sustancial de las enmiendas constitucionales que se afiancen en derechos individuales.¹⁵⁵ Existen diferencias importantes, sin embargo, en ver las reglas de derecho internacional versus evaluar la práctica en distintos sistemas constitucionales democráticos.

Nuestro enfoque puede ser pragmáticamente más viable, porque el derecho internacional ha tendido a preocuparse con las normas domésticas estructurales que son los ejes de los esfuerzos de la erosión democrática. Entonces, en muchos casos las reglas relevantes de derecho internacional pueden no existir. Más aún, nuestra aproximación claramente se enfoca en fuentes que son propensas a reflejar disenso transnacional o no convergencia, tanto como convergencia.

Tal como las complejidades exploradas en este trabajo hacen evidente, es demasiado fuerte hablar del compromiso transnacional como uno que provee una restricción vinculante a los jueces. El valor de esa comparación no es que estrictamente vincule o constriña a los jueces. Más bien, es que la comparación tiene la capacidad de proveer una entrada valiosa, o control, para los jueces sobre sus sesgos o puntos ciegos potenciales sobre la diferencia que es verdaderamente fundamental para una democracia de su tipo particular y que meramente parece estar basada en una antigua historia de las propias preconcepciones subjetivas del juez.

¹⁵⁵ Véase Garlicki, Lech y Garlicka, Zofia, "External Review of Constitutional Amendments? International Law as a Norm of Reference", *Israel Law Review*, vol. 44, núm. 3, 2011, p. 343.

5. Conclusión

Nos enfocamos en este artículo en una conocida doctrina en el derecho constitucional comparado: la doctrina de la enmienda constitucional inconstitucional. Lo hacemos desde el punto de vista de una preocupación particular sobre la democracia y la capacidad de que tal doctrina avance o se aparte de los valores democráticos constitucionales. Mostramos que los procedimientos de enmienda constitucional son frecuentemente utilizados para conseguir fines distintivamente antidemocráticos. Imponiendo límites sustanciales y judicialmente implementados sobre este tipo de acción constitucional abusiva puede ser entonces directamente favorecedor para la democracia: puede ayudar a retrasar o incrementar los costos de tal acción de manera que finalmente se reduce tanto su efectividad una vez comenzada como la probabilidad de que tenga éxito en su inicio. Al mismo tiempo, mostramos cómo muchos usos de la doctrina parecen interferir con valores democráticos y usos de enmienda legítimos. La experiencia comparativa con la doctrina nos enseña que es usada en exceso de manera rutinaria en contra de cambios constitucionales que parecen ser improbables de representar una amenaza sustancial a los valores fundamentales de un orden democrático. En efecto, puede ser que la mayoría de los usos de la doctrina en gran parte de los países en los que está activa, haya sido innecesario.

Este artículo toma un paso modesto hacia la reconciliación de estas ventajas y desventajas al enfocarse en formas de conseguir limitaciones al alcance de la doctrina. Un cambio constitucional sólo debería ser invalidado por los jueces si están seguros que ese cambio, ya sea

por sí solo o en conjunto con otros cambios propuestos, representa una amenaza sustancial al orden democrático. Esta determinación depende en el conocimiento detallado de la historia y el diseño constitucional, pero la comparación transnacional puede ser un control valioso contra su uso en exceso.

El compromiso transnacional puede ayudar a determinar si un valor identificado es verdaderamente fundamental, o si cierto cambio institucional realmente plantea una amenaza sustancial a ese valor. El compromiso no es la cura de todo, pero es un paso hacia una doctrina más limitada y justificable.

Cuando es hecho de manera correcta, en un modo "deliberativo" o "reflexivo", casi todos los procesos de comparación constitucional tienen la capacidad de promover una toma de decisiones más razonada por los jueces domésticos, o un enfoque de los jueces que sea más consciente de los sesgos o perspectivas del propio juez.¹⁵⁶

Este es uno de los argumentos clave a favor del compromiso comparativo en un rango de escenarios constitucionales.¹⁵⁷ Lo que estamos proponiendo en términos de compromiso comparativo busca explotar plenamente esta función "controladora" al usar la comparación

¹⁵⁶ Véase Jackson, Vicki, "The Supreme Court, 2004 Term—Comment: Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement", *Harvard Law Review*, Boston, vol. 119, 2005, p. 109; Choudhry, Sujit, "Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation", *Indiana Law Journal*, Indiana, vol. 74, núm. 3, 1999, p. 819.

¹⁵⁷ Véase Jackson, Vicki, "The Supreme Court, 2004 Term—Comment: Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement", *op. cit.*

como un medio de resaltar sesgos judiciales potenciales sobre la representatividad de las prácticas democráticas nacionales dentro del universo de las prácticas democráticas generalmente. Nuestra propuesta es una extensión natural de ideas existentes acerca de la comparación constitucional, pero que la conecta a nuevas e interesantes ideas acerca del rol de ciertos procesos deliberativos, por parte de los jueces, al promover decisiones judiciales más fundamentadas.

Un tema para futura consideración es cómo estas mismas ideas pueden ser aplicadas a los intentos de las Cortes Constitucionales, o de "forasteros" constitucionales, de limitar formas potencialmente abusivas de reemplazo constitucional.¹⁵⁸ Como Mark Tushnet ha señalado, ninguna ley positiva puede completamente constreñir un proceso de reemplazo constitucional.¹⁵⁹ No obstante, aún puede ser posible para las cortes u otros actores el empleo de doctrinas legales para retrasar o disuadir ciertas formas de reemplazo constitucional anti-democrático. Una pregunta importante es si el anclaje transnacional puede ayudar a fundamentar o restringir el límite que juega el derecho y las instituciones legales en procesos de reemplazo. Al investigar este tema en trabajos futuros, también esperamos explorar y avanzar en la relación entre procesos de reemplazo constitucional y la efectividad de la doctrina de enmienda constitucional inconstitucional.

¹⁵⁸ Véase Dixon, Rosalind y Jackson, Vicki, "Constitutions Inside Out: Outsider Interventions in Domestic Constitutional Contests", *op. cit.*

¹⁵⁹ Véase Tushnet, Mark "Peasants with Pitchforks, and Toilers with Twitter: Constitutional Revolutions and the Constituent Power", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, núm. 3, julio de 2015, p. 639.

Finalmente, al proponer una doctrina de enmienda constitucional inconstitucional basada en normas constitucionales transnacionales, también contribuimos a ampliar el debate acerca del diseño constitucional. Una doctrina de enmienda constitucional inconstitucional también es pariente cercano de intentos *ex ante* más formales de crear formas explícitas de "graduación" en la regla de enmienda constitucional. Una de las características distintivas de esta doctrina es, sin embargo, que puede ser desarrollada tanto en la etapa de diseño constitucional formal, por los redactores constitucionales, o en una etapa más tardía de interpretación judicial. Lo mismo es cierto para la noción de un anclaje transnacional como un "control" potencial de la doctrina: una constitución podría en el comienzo buscar atar a las sentencias acerca de la validez sustancial de las enmiendas a normas transnacionales. Una de las contribuciones al estudio de esta doctrina es, entonces, recordarnos acerca de la permeabilidad entre los procesos de diseño e interpretación constitucional. Los actos formales de diseño constitucional pueden significar muy poco sin alguna forma de interpretación comprensiva de las cortes o legisladores subsecuentes.¹⁶⁰

Igualmente, muchos actos de interpretación constitucional, particularmente en los primeros años de una Constitución, se parecerán bastante a los primeros actos del diseño constitucional formal: involucrarán una mezcla de juicio político y legal, tanto creatividad como fidelidad a actores pasados, todo en pos de crear y consolidar una política democrática. Una aproximación a la doctrina de imposibilidad de enmienda

¹⁶⁰ Véase por ejemplo, Dixon, Rosalind, *Partial Constitutional Codes*, 2014 (manuscrito sin publicar en archivo con su autora).

constitucional provee un lente útil a través del cual podemos ver esta relación. Como doctrina que es igualmente el producto de elecciones formales de diseño e interpretación judicial, ayuda a recordarnos acerca de las profundas conexiones entre la interpretación y el diseño en el proyecto de la elaboración de constituciones democráticas.

Bibliografía

ACKERMAN, Bruce, "The New Separation of Powers", *Harvard Law Review*, Boston, vol. 113, núm. 3, enero 2000, pp. 633-729.

ACKERMAN, Susan, *et al.* "Hyper-Presidentialism: Separation of Powers Without Checks and Balances in Argentina and the Philippines," *Berkeley Journal of International Law*, California, vol. 29, núm. 1, 2011, pp. 246-333.

AIKMAN, C.C., "The Debate on the Amendment of the Indian Constitution", *U.U.w.L.R.*, vol. 9, núm. 4, 1978, pp.357-384.

ALBERT, Richard, "Constitutional Handcuffs", *Arizona State Law Journal*, vol. 42, núm. 3, 2010, pp. 663-716.

_____, "The Expressive Function of Constitutional Amendment Rules", *McGill Law Journal*, vol. 59, núm. 2, 2013, pp. 225-282.

_____, "The Fusion of Presidentialism and Parliamentarism", *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, núm. 3, 2009, pp. 531-578.

ALFORD, Roger, "In Search of a Theory of Constitutional Comparativism", *University of California at Los Angeles Law Review*, Los Angeles, vol. 52, 2006.

ARATO, Andrew, "Post-Sovereign Constitution-Making in Hungary: After Success, Partial Failure, and Now What?" *South African Journal on Human Rights*, vol. 26, núm. 1, 2010, pp. 19-44.

AUSTIN, Granville, *Working a Democratic Constitution: The Indian Experience*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

BARAK, Aharon, "Unconstitutional Constitutional Amendments", *Israel Law Review*, vol. 44, núm. 3, 2011, pp. 321-342.

BENHABIB, Seyla, "Turkey's Authoritarian Turn", *N.Y. Times*, 3 de junio de 2013, A25.

BERNAL, Carlos, "Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 2, abril de 2013, pp. 339-357.

BHANDARI, M.K., *Basic Structure of the Indian Constitution: a critical reconsideration*, Nueva Delhi, Deep & Deep, 1993.

BHANU MEHTA, Pratap, "The Inner Conflict of Constitutionalism: Judicial Review and the "Basic Structure" en Hasan, Zoya *et al.* (eds.),

India's Living Constitution: Ideas, Practices, Controversies, Londres, Anthem Press, 2002.

BUSHNELL, David, *The Making of Modern Colombia: A Nation in Spite of Itself*, California, University of California Press, 1993.

CALLERÓN-ALARCÓN, Juan Carlos, *The Unfinished Transition to Democracy in Latin America*, Nueva York, Routledge, 2009.

CHANG, Wen-Chen y JIUNN, Rong-Yeh, "Judges as Discursive Agent: The Use of Foreign Precedents by the Constitutional Court of Taiwan" en Groppi, Tana y Ponthoreau, Marie-Claire (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart Publishing, 2013.

CHU, Yun-Han, "Democratic Consolidation in the Post-KMT Era: The Challenge of Governance", en Alagappa, Muthiah (ed.), *Taiwan's Presidential Politics: Democratization and Cross-Strait Relations*, Routledge, Nueva York, 2001.

COLÓN-Ríos, Joel, "Beyond Parliamentary Sovereignty and Judicial Supremacy: The Doctrine of Implicit Limits to Constitutional Reform in Latin America", *Victoria University of Wellington Law Review*, Wellington, vol. 44, 2013, pp. 521-534.

Comisión de Venecia, *Opinión del Acto CLXII de 2011 sobre el Estatus Legal y la Remuneración de los Jueces y el Acto CLXI de 2011 de la Organización y Administración de Cortes de Hungría*, adoptada

por la Comisión de Venecia en su 90ª Sesión Plenaria (Venecia, 16 a 17 de marzo de 2012), [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDLAD\(2012\)001](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDLAD(2012)001).

"Constitutional Changes Approved in Taiwan," *New York Times*, 8 de junio de 2005, <https://www.nytimes.com/2005/06/08/world/asia/constitutional-changes-approved-in-taiwan.html>.

CHOUHRY, Sujit, "Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation", *Indiana Law Journal*, Indiana, vol. 74, núm. 3, 1999, pp. 819-892.

COPPER, John, *Consolidating Taiwan's Democracy*, Estados Unidos, University Press of America, 2005.

DAS GUPTA, Jyotirinda, "A Season of Caesars: Emergency Regimes and Development in Politics in Asia", *Asian Survey*, vol. 18, núm. 4, abril 1978, pp. 315-349.

"Dismissal of Morarji Warning to Others," *The Times of India*, 14 de enero de 1970.

DIXON, Rosalind, "Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective" en Ginsburg, Tom y Dixon, Rosalind (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2011.

———, *Partial Constitutional Codes*, 2014 [manuscrito sin publicar en archivo con su autora].

DIXON, Rosalind y Jackson, Vicki, "Constitutions Inside Out: Outsider Interventions in Domestic Constitutional Contests", *Wake Forest Law Review*, vol. 48, núm. 1, 2013, pp. 149-210.

GADBOIS, George H., "Indian Supreme Court Judges: A Portrait", *Southern California Review of Law and Social Justice*, California, vol. 3, 1968.

GANDHI, Pathik, "Basic Structure and Ordinary Laws (Analysis of the Election Case & the Coelho Case)", *Indian Journal of Constitutional Law*, vol. 4, 2010, pp. 47-70.

GARDBAUM, Stephen, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 49, núm. 4, otoño 2001, pp. 707-760.

GARLICKI, Lech y Garlicka, Zofia, "External Review of Constitutional Amendments? International Law as a Norm of Reference", *Israel Law Review*, vol. 44, núm. 3, 2011, pp. 343-368.

GINSBURG, Tom, *et al. Judicial Review In New Democracies: Constitutional Courts In Asian Cases*, Chicago, University of Chicago, 2003.

"Hungary Court Says Judge Retirement Law Unconstitutional," *Reuters*, 16 de julio, 2012, <http://uk.reuters.com/article/2012/07/16/uk-hungary-judges-court-idUKBRE86F0LS20120716>.

"Indira Symbolizing Evil in Politics: EMS," *The Times of India*, 15 de octubre de 1978.

"Indira Trying Backdoor Entry, Says Veerendra," *The Times of India*, 26 de octubre de 1978.

ISSACHAROFF, Samuel, "Constitutional Courts and Democratic Hedging", *Georgetown Law Journal*, Georgetown, vol. 99, núm. 4, 2011, pp. 961-1012.

_____, "Fragile Democracies", *Harvard Law Review*, Boston, vol. 120, núm. 6, abril de 2007, pp. 1405-1467.

JACKSON, Vicki, "The (Myth of Un)amendability of the US Constitution and the Democratic Component of Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, núm. 3, julio 2015, pp. 575-605.

_____, "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Window into Constitutional Theory and Transnational Constitutionalism", en Bauerle, Michael et al. (eds.) *Demokratie-Perspektiven: Festschrift Fur Brun-Otto Bryde Zum 70. Geburtstag*, Alemania, Mohr Siebeck, 2013.

_____, "Narratives of Federalism: Of Continuities and Comparative Constitutional Experience," *Duke Law Journal*, vol. 51, núm. 1, octubre 2001, pp. 223-288.

_____, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Nueva York, Oxford University Press, 2009.

———, "The Supreme Court, 2004 Term—Comment: Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement", *Harvard Law Review*, Boston, vol. 119, 2005.

JACOBSOHN, Gary, "The Permeability of Constitutional Borders", *Texas Law Review*, vol. 82, num. 7, junio 2004, pp. 1763-1818.

———, "An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, núm. 3, julio 2006, pp. 460-487.

JAKAB, Andras y Sonnevend, Pal, "Continuity with Deficiencies: The New Basic Law of Hungary", *European Constitutional Law Review*, vol. 9, núm. 1, febrero 2013, pp. 102-138.

KALHAN, Anil, "Constitution and 'Extraconstitution': Colonial Emergency Regimes in India and Pakistan, in Emergency Powers in Asia" en Ramraj, Victor V. y Thiruvengadam, Arun K. (eds.), *Exploring the Limits of Legality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

KATZ, Elai, "On Amending Constitutions: The Legality and Legitimacy of Constitutional Entrenchment", *Columbia Journal of Law and Social Problems*, vol. 29, núm. 2, 1996, pp. 251-292.

KOMMERS, Donald y Miller, Russell, *The Constitutional Jurisprudence Of The Federal Republic Of Germany*, 3 ed., Duke University Press, 2012.

KOVÁCS, Kriszta y TÓTH, Gabor, "Hungary's Constitutional Transformation", *European Constitutional Law Review*, vol. 7, núm. 2, junio 2011, pp. 183-203.

LANDAU, David, "Abusive Constitutionalism", *U.C. Davis Law Review*, California, vol. 47, núm. 1, noviembre de 2013, pp. 189-260.

———, "Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law", *Harvard International Law Journal*, Boston, vol. 51, núm. 2, 2010, pp. 319-378.

LANE, Kim, "Constitutional Courts and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts in Times of Crisis", diciembre 2013 [manuscrito sin publicar, en archivo con la autora].

LEVITSKY, Steve y Way, Lucan, *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes after The Cold War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

MENDES, Conrado, "Judicial Review of Constitutional Amendments in the Brazilian Supreme Court", *Florida Journal of International Law*, vol. 17, núm. 3, Florida, 2005, pp. 449-462.

MICHELMAN, Frank I., "Is the Constitution a Contract for Legitimacy?" *Review of Constitutional Studies*, vol. 8, 2004.

———, "Ida's Way: Constructing the Respect-Worthy Governmental System", *Fordham Law Review*, vol. 72, núm. 2, noviembre 2003, pp. 345-366.

_____, "Constitutional Legitimation for Political Acts", *Modern Law Review*, vol. 66, núm. 1, enero 2003, pp. 1-15.

MILLER, Russell, "Balancing Security and Liberty in Germany", *Journal of National Security Law and Policy*, vol. 4, núm. 2, 2010, pp. 369-396.

MOHALLEM Michael, "Immutable Clauses and Judicial Review in India, Brazil and South Africa: Expanding Constitutional Courts' Authority", *International Journal of Human Rights*, vol. 15, núm. 5, mayo 2011.

MURPHY, Walter, "An Ordering of Constitutional Values", *Southern California Law Review*, vol. 53, 1980.

NANDA, Ved P., "The Constitutional Framework and the Current Political Crisis in India", *Hastings Constitutional Law Quarterly*, California, vol. 2, núm. 3, 1975, pp. 859-872.

NEUBORNE, Burt, "The Supreme Court of India", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, núm. 3, julio 2003, pp. 476-510.

O'CONNELL, Rory, "Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms", *Journal of Civil Liberties*, Newcastle, vol. 4, núm. 1, 1999, pp. 48-75.

"Ordinance to Amend Act Likely," *The Times of India*, 11 de febrero de 1970.

PARTLETT, William, "Constitutionally Eroding the Rule of Law", *International Journal of Constitutional Law Blog*, 8 de enero de 2014,

<http://www.icconnectblog.com/2014/01/constitutionally-eroding-the-rule-of-law/>

PIZARRO, Eduardo, "Giants with Feet of Clay: Political Parties in Colombia" en Mainwaring, Scott *et al.* (eds.) *The Crisis of Democratic Representation in the Andes*, California, Stanford University Press, 2006.

POSNER, Richard, *Law, Pragmatism, And Democracy*, Boston, Harvard University Press, 2003.

PREUSS, Ulrich, "The Implications of 'Eternity Clauses': The German Experience", *Israel Law Review*, Jerusalem, vol. 44, núm. 3, 2011, pp. 429-448.

RAO, R.V.R. Chandrasekhara, "Mrs Indira Gandhi and India's Constitutional Structures: an Era of Erosion", *Journal of Asian and African Studies*, vol. 22, núm. 3-4, enero 1987.

RAY, Amal, "From a Constitutional to an Authoritarian System of Government: Interactions between Politics and the Constitution in India", *The Journal of Commonwealth & Comparative Politics*, vol. 25, núm. 3, marzo 2008.

ROZNAI, Yaniv, "Unconstitutional Constitutional Amendments—The Migration and Success of a Constitutional Idea", *American Journal of Comparative Law*, vol. 61, núm. 3, 2013, pp. 657-720.

ROZNAI, Yaniv & Yolcu, Serkan, "An Unconstitutional Constitutional Amendment—The Turkish Perspective: A Comment on the Turkish

Constitutional Court's Headscarf Decision", *International Law Journal of Constitutional Law*, vol. 10, núm. 1, enero 2012, pp. 175-207.

RUSSELL, Meg, "Elected Second Chambers and Their Powers: An International Survey," *The Political Quarterly*, vol. 83, 2012.

SAMAR, Vincent J., "Can a Constitutional Amendment be Unconstitutional?" *Oklahoma City University Law Review*, Oklahoma City, vol. 33, núm. 3, 2008, pp. 667-748.

"Santos v. Uribe", *The Economist*, 7 de abril de 2012, <http://www.economist.com/node/21552204>.

SCHEPPELE, Kim, "The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists do not Work", *Governance*, vol. 26, núm. 4, octubre 2013, pp. 559-562.

SCHNABLY, Stephen, "Emerging International Law Constraints on Constitutional Structures and Revision: A Preliminary Appraisal", *University of Miami Law Review*, vol. 62, núm. 2, enero 2008, pp. 417-490.

STONE SWEET, Alec, *Governing With Judges: Constitutional Politics In Europe*, Nueva York, Oxford University Press, 2000.

SULLIVAN, Kathleen, "The Supreme Court, 1991 Term—Foreword: The Justices of Rules and Standards", *Harvard Law Review*, Boston, vol. 106, 1993.

THAYER, James, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, Boston, vol. 7, núm. 3, 1893, pp. 129-156.

TUSHNET, Mark, "The Relation Between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review", *German Law Journal*, vol. 14, 2013.

———, "From Judicial Restraint to Judicial Engagement: A Short Intellectual History", *George Mason Law Review*, vol. 19, núm. 4, 2012, pp. 1043-1052.

———, "Peasants with Pitchforks, and Toilers with Twitter: Constitutional Revolutions and the Constituent Power", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, núm. 3, julio de 2015, pp. 639-654.

WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999.

———, "The Core of the Case Against Judicial Review", *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 115, núm. 6, 2006, pp. 1346-1407.

WEYLAND, Kurt, "Neopopulism and Neoliberalism in Latin America: How Much Affinity?" *Third World Quarterly*, vol. 24, núm. 6, diciembre 2003.

WILLIAMS, Kieran, "When a Constitutional Amendment Violates the 'Substantive Core': The Czech Constitutional Court's September

2009 Early Elections Case", *Review of Central and East European Law*, vol. 36, núm. 1, 2011, pp. 33-52.

YOUNG, Ernest, "Foreword-Comment: Foreign Law and the Denominator Problem", *Harvard Law Review*, Boston, vol. 119, núm. 2, noviembre 2005, pp.148-168.

Jurisprudencia

Corte Centroamericana de Justicia, Expediente 69-01-03-01-2005, 1 de marzo de 2005.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-574 de 2011, 22 de julio de 2011, Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez.

_____, Sentencia C-141 de 2010, 26 de febrero de 2010, Magistrado Sustanciador Humberto Antonio Sierra Porto.

_____, Sentencia C-588 de 2009, 27 de agosto de 2009, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

_____, Sentencia C-901 de 2008, 17 de septiembre de 2008, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.

_____, Sentencia C-1040, 19 de octubre de 2005, Magistrados Ponentes, Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

_____, Sentencia C-551 de 2003, 9 de julio de 2003, Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

_____, Sentencia C-037 de 1996, 5 de febrero de 1996, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

_____, Sentencia C-221 de 1994, 5 de mayo de 1994, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Taiwán, JY Interpretación No. 499 (2000/03/24).

Corte Suprema de la India, *Kesavanda Bharathi v. State of Kerala*, A.I.R. 1973 S.C. 1461.

_____, *I.C. Golaknath v. State of Punjab*, A.I.R. 1967 S.C. 1643 (India).

_____, *A.D.M Jadalpur v. Shiv Kant Shukla*, A.I.R 1976 S.C. 1207 (*habeas corpus*).

_____, *Smt. Indira Gandhiv. Raj Narain*, A.I.R. 1976 S.C. 1207 (elections).

_____, *Minerva Mills v. Union of India* (1980) 4 S.C.C. 222.

_____, *State of West Bengal v. Bela Banerjee*, A.I.R. 1954 S.C. 170 ("*Bela Banerjee Case*").

_____, *Kesavanda Bharathi v. State of Kerala*, A.I.R. 1973 S.C. 1461.

Supremo Tribunal Federal de Brasil, Acción directa inconstitucional de la Enmienda Constitucional N. 03/93, ADI-MC 926 DF

Normatividad

- Constitución de la República de Honduras.
- Constitución de la República de Sudáfrica.
- Constitución de la República de Nicaragua.
- Constitución de la República Federativa del Brasil.
- Constitución de la Nación Argentina.
- Constitución de los Estados Unidos de América.
- Constitución de Holanda.
- Constitución Política de Colombia.
- Ley Fundamental para la República Federal de Alemania.

Roberto Saba*

La elusiva frontera
entre la justicia y la política

* Abogado (Universidad de Buenos Aires), Master y Doctor en Leyes, (Universidad de Yale). Profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos de las Universidades de Buenos Aires y de Palermo, de Argentina. Ex Director Ejecutivo de la Asociación por los Derechos Civiles, Buenos Aires, Argentina (2000-2009) y ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo (2009-2016).

América Latina ha dejado atrás en la última cuarta parte del siglo XX, una oscura y violenta etapa de gobiernos no democráticos, dictaduras y violaciones sistemáticas y masivas de derechos humanos, para reinstalar regímenes cuyos gobiernos obtuvieran su legitimidad a través de la elección popular y la representación de la ciudadanía en sus procesos de toma de decisión y de control. Estas nuevas democracias sucedieron a dictaduras (como en el caso de Chile, Uruguay, Brasil y Argentina, en los años 80s), a regímenes de partido único (como en México) o sistemas políticos excluyentes de la mayoría de la población (como en Bolivia durante el comienzo del nuevo siglo), pero estas jóvenes democracias no han tenido pocos problemas para lograr asentarse y mucho menos consolidarse. A pocos años de poner en funcionamiento Congresos y Poderes Ejecutivos legitimados por el voto popular, estas naciones debieron y deben enfrentar enormes crisis de confianza, apoyo y credibilidad, en la mayoría de los casos como consecuencia de una corrupción generalizada y sistémica, profundas crisis económicas y reclamos sociales de diferente tipo y exigencia. Situaciones como estas han provocado retrocesos importantes en los procesos de democratización en varios de los países de la región, que en muchos casos dieron lugar a nuevas crisis, avances y retrocesos en materia de instituciones políticas. El caso del ascenso y caída de Alberto Fujimori en Perú es probablemente uno de los más paradigmáticos del subcontinente

que podamos dar como ejemplo de este tipo de tortuoso proceso de paulatina construcción de una democracia. No fueron efectivas las quizás pocas voces de alarma que se levantaron cuando este presidente mandó a cerrar el Congreso y se arrogó para sí la suma del poder público, dando lugar a nefastas consecuencias en materia de violaciones de derechos humanos y corrupción. En Argentina, los abusos de poder del presidente Carlos Menem y la renuncia anticipada y forzada por la rebelión en las calles de su sucesor, Fernando de la Rúa, fueron también causa y manifestación del profundo escepticismo de la mayoría de la gente respecto de la política y de los mecanismos tradicionales de representación que la democracia establece. El derrumbe del gobierno de de la Rúa, a sólo dos años de haber asumido, fue provocado, luego de una profunda crisis económica, política y social, por una insurrección de la clase media y de la enorme masa de desempleados, cuya manifestación organizada fue el denominado movimiento piquetero, surgido como reacción a las políticas económicas neoliberales de los 90s. Miles de personas invadieron las calles de las principales ciudades de Argentina en diciembre de 2001 reclamando por sus ahorros congelados en los bancos a raíz de la crisis económica, o por la posibilidad de tener trabajo y salir de la pobreza, todos bajo el lema común de "que se vayan todos", aludiendo al liderazgo político. El reclamo de la ciudadanía disconforme con su gobierno, y con los que le precedieron desde hacía varios años, era que renunciaran todos los funcionarios del Poder Ejecutivo, los legisladores de ambas Cámaras del Congreso e incluso los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sospechados la mayoría de ellos de ser corruptos y de haber traicionado la confianza del pueblo. En otras latitudes, el surgimiento de líderes políticos en contextos diversos, como Hugo Chávez en Venezuela,

Rafael Correa en Ecuador, Evo Morales en Bolivia y Fernando Lugo en Paraguay, puede ser interpretado como la consecuencia de una profunda frustración de la ciudadanía de esos países con sus clases dirigentes tradicionales y sus democracias. Estas últimas eran percibidas como regímenes limitados a asegurar sólo los aspectos formales de la participación y la representación políticas que, de hecho, resultaban excluyentes de enormes sectores de la población, a veces mayoritarios y poco efectivas al momento de solucionar los problemas cotidianos de la gente. Resulta importante destacar que esta frustración con la dirigencia política no parece alcanzar al sistema democrático como tal.

Sin embargo, pese a ello, estas crisis profundas de las nuevas democracias latinoamericanas dieron lugar, en algunos casos, al surgimiento de liderazgos nuevos que conciben la representación democrática de un modo personalista según el cual el nuevo líder se relaciona directamente con sus votantes y seguidores sin intermediarios. El caso de Hugo Chávez en Venezuela y el rol secundario del Congreso en ese país desde su ascenso al poder y durante todo su mandato, o el de Néstor Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner en Argentina, son ejemplos de una concepción de democracia que coloca en un segundo plano a las instancias de representación formal o informal del liderazgo político frente al pueblo y del pueblo frente al él —como por ejemplo los partidos políticos, los medios de comunicación o las organizaciones de la sociedad civil—, y ubica en el centro de la escena al líder carismático que asume esa representación.¹

¹ Para una conceptualización teórica y justificatoria de este tipo de liderazgos, ver Laclau, Ernesto, *La razón populista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005. Esta tesis fue utilizada por

Los Congresos en América Latina, en diferentes grados, fueron y son instituciones que tampoco reciben gran crédito por parte de la ciudadanía. Según el informe de Latinobarómetro de noviembre de 2018, el porcentaje de aquellos que tienen "mucho o algo de confianza" en su Congreso Nacional en América Latina es de 33% en Uruguay (el dato más alto), 28% en Bolivia, 27% en Costa Rica y 22% en México. Los países con la menor confianza en esa institución central del régimen democrático son: Perú con 8%, El Salvador con 10%, Brasil con 12%, Nicaragua con 15%, y Chile y Guatemala con 17%.² Esta percepción podría originarse, entre otras razones, en el rol secundario que la mayoría de los regímenes presidencialistas de gobierno en la región les asignan a los cuerpos legislativos deliberativos. O quizá porque son percibidos como espacios de negociación de intereses particulares sobre los cuales operan los *lobbistas* y donde se presume que tienen lugar posibles acuerdos corruptos. Los poderes legislativos, lejos de ser vistos como ágoras democráticas de deliberación pública, son asumidos como instituciones secundarias, costosas y poco eficaces y, por lo tanto, con poco prestigio. Por este motivo, el costo político que pagan los Poderes Ejecutivos cuando avanzan sobre las facultades constitucionales de legislar y controlar que tienen las legislaturas según las constituciones nacionales, es casi nulo, muy bajo o incluso implica un beneficio y aumento en la propia legitimidad del Jefe de Estado. Recordemos el cierre del Congreso por Alberto Fujimori en Perú, el desplazamiento

algunos de los movimientos y líderes mencionados como respaldo teórico de su acción política. Para una breve crítica a esta posición, ver Saba, Roberto P., "La grieta más profunda", *Diario Clarín*, Buenos Aires, 20 de marzo de 2019.

² Corporación Latinobarómetro, *Informe 2018*, Santiago de Chile, CAF-Banco de Desarrollo de América Latina, noviembre 2018, p. 51.

del Congreso por parte de Carlos Menem en Argentina (quien gobernaba emitiendo decretos de necesidad y urgencia en materias que eran facultad decisoria del Congreso sin que mediara necesidad o urgencia alguna), o la claudicación del propio Congreso de este último país reconociendo al Poder Ejecutivo la facultad de modificar las partidas presupuestarias aprobadas por el Poder Ejecutivo sin necesidad de justificación alguna y sin control parlamentario bajo el gobierno de Néstor Kirchner.³ En todos estos casos, esas iniciativas no provocaron una reacción adversa demasiado relevante de la ciudadanía lo suficientemente efectiva como para implicar el pago de un alto costo político por parte de esos presidentes.

En este tipo contextos, el Poder Judicial no escapa al desprestigio generalizado de las instituciones de gobierno. En el último informe de Latinobarómetro (2018), aquellas personas que tienen "mucho o algo de confianza" en este órgano es de 49% Costa Rica (el dato más alto), 39% en Uruguay, 33% en Brasil, 26% en Chile, 25% en Honduras y 24% en Argentina, por citar algunos ejemplos.⁴ Pese a este relativo descrédito, los tribunales asumen en algunos países, y en ciertos momentos históricos, un rol contrario a la pasividad condescendiente con el poder político que fuera habitual en otros momentos, e incursiona con sus decisiones en casos concretos cuyos efectos impactan sobre áreas

³ La Ley 24.156 (de Administración Financiera), de agosto de 2006, indicaba que "la reglamentación establecerá los alcances y mecanismos para efectuar las modificaciones a la ley de presupuesto general que resulten necesarios durante su ejecución".

⁴ Corporación Latinobarómetro, *op. cit.*

que parecen ser propias, para algunos, de las instancia de decisión política.

Este fenómeno ha sido bautizado por la academia y los actores políticos como *activismo judicial*, y ha sido la causa, en algunos casos, que dio lugar a la posibilidad de reconquistar algo o gran parte de la confianza perdida de la ciudadanía en los jueces. El activismo judicial, asociado a lo que algunos autores denominan judicialización de la política, presupone un punto de referencia que permita juzgar una evolución ascendente en este nuevo rol activo de los magistrados a partir de un punto de menor o ninguna acción. En otras palabras, si algunos autores consideran que los jueces son hoy más activos que antes en materia de decisiones sobre cuestiones políticas, se debe entender que antes de ese cambio de actitud, mediaba una posición más distante, neutral o ajena por su parte respecto de cuestiones consideradas propias de la política. Si entendemos que hoy esos jueces son más activos, necesariamente debemos presumir que antes no lo eran o no lo eran tanto. Por otra parte, también se debe presuponer la existencia de una clara frontera entre la política y la justicia, de modo que su identificación nos permita sostener que los jueces la han cruzado y han incursionado con sus decisiones en el territorio que le es propio a la decisión democrática o política.

El debate sobre Judicialización de la Política desde el Derecho y la Ciencia Política

Parte de la literatura sobre judicialización de la política producida por académicos y académicas de las ciencias sociales, sobre todo desde la

ciencia política, parece presuponer una idea muy específica acerca de la actividad política —y, por consiguiente, de la actividad judicial— que entiendo subyace a lo que identifican con el fenómeno de la judicialización de la política. Esta concepción de lo que corresponde a la esfera de la política parece soslayar algunas cuestiones que son, sin embargo, centrales en el debate paralelo que se ha generado en las últimas décadas en el debate constitucional y jurídico. La noción de política que aquella literatura presupone, parece abarcar situaciones diversas que es necesario distinguir.

En principio, creo que la descripción que habitualmente se hace del fenómeno de la judicialización de la política no percibe o enfatiza lo suficiente, o al menos no explicita, dos aspectos diferentes de aquello que la teoría constitucional y jurídica identifican como "política" y que por ese motivo se funden de un modo que genera confusiones cuando se los engloba bajo el paraguas de *la política* a secas. Según la literatura más moderna sobre teoría constitucional, en una democracia constitucional existen dos tipos de acción política, una que podríamos llamar *política democrática* (que consiste en la práctica de autogobierno ciudadano, en gran parte por medio de sus representantes) y aquella que podríamos llamar *política constitucional* (que se refiere a la puja que se da en el seno de la sociedad civil y en las instituciones de la democracia constitucional tendiente a lograr la efectiva vigencia de los derechos, muchas veces liderado por movimientos sociales y en contradicción con la voluntad política de la mayoría del pueblo autogobernado democráticamente). Esta distinción, creo, arroja un poco más de luz respecto del fenómeno de la llamada judicialización de la política, pues éste, en el contexto de la democracia constitucional, puede

ser negativo y pernicioso si afecta al ámbito de la política democrática, o puede ser deseado y requerido si se refiere a la intervención del juez en el proceso, también político en algún sentido,⁵ de identificación del límite constitucional (los derechos y los procedimientos democráticos) oponible a la voluntad democráticamente expresada de la mayoría de los ciudadanos y ciudadanas. A continuación, intentaré diferenciar estas dos ideas asociadas con la actividad política y sus relaciones con la actividad judicial, para luego observar de qué modo este marco conceptual permite redefinir algunos de los debates a los que me referiré en este ensayo.

Política Democrática y "Política" Constitucional

La afirmación de que la política se ha judicializado sólo es comprensible si se presupone que existen dos ámbitos claros a los que las esferas de la justicia, por un lado, y de la política, por otro, pertenecen. El fenómeno identificado como de judicialización de la política parece aludir al traspaso indebido del límite que separa ambos dominios por parte de los actores judiciales que han avanzado, debida o indebidamente, sobre el territorio de la política democrática. Ese presupuesto, desde mi punto de vista, es parcialmente correcto, pero sólo parcialmente. En el debate sobre judicialización de la política no siempre resulta claro que se

⁵ En este caso uso *muy* tentativamente el término "político" y diferente del sentido que le damos a "política democrática".

advierta esta distinción entre los dos niveles de decisión que se encuentran presentes en un régimen de democracia constitucional.⁶

Las democracias constitucionales que hoy predominan en occidente y que, por supuesto, al menos como aspiración, se extienden en América Latina, encierran una aparente paradoja que es necesario conocer —y superar— para entender el fenómeno de la denominada judicialización de la política y sus matices. Estos regímenes políticos combinan dos elementos que evocan lo que Carlos Nino llamó un matrimonio difícil:⁷ el componente democrático y el constitucional.

El componente democrático del sistema establece la superioridad moral y justificación del derecho decidido por el parlamento sobre la base del ideal de autogobierno ciudadano. La democracia es un sistema político que se diferencia de otros, y se cree mejor que otros, por ser aquél mediante el cual la ciudadanía decide sobre sus propios asuntos públicos o de incidencia colectiva. La antítesis de un sistema democrático sería aquel régimen en el que algunos (generalmente unos pocos, aunque también podrían ser muchos o la mayoría) deciden por todos, desplazando o sometiendo al resto (una mayoría o minoría respectivamente) o excluyéndolo del proceso deliberativo que conduce a la decisión pública. Este sistema de autogobierno ciudadano enfrenta un desafío de primer orden al pasar de la teoría a la práctica y así poder funcionar:

⁶ Sobre estos dos niveles de decisión ver Ackerman, Bruce, *We the People*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1991.

⁷ Nino, Carlos S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996, Capítulo 1.

el de determinar cuál es exactamente la voluntad popular que da origen a la ley y que fundamenta la obediencia de todos al derecho (incluso de los que puedan estar en desacuerdo). Para ello, el diseño institucional de las democracias occidentales creó dos "muletas" con miras a paliar una dupla de problemas aparentemente, por ahora, insalvables: el de que la enorme cantidad de personas autogobernadas no puede participar directamente del proceso de toma de decisión democrático, y el de la imposibilidad fáctica de lograr el consenso entre ese número considerable de personas (además, la regla del consenso no es una regla que pueda ser justificada moralmente, dado que implícitamente le otorga poder de veto a la minoría que se encuentre conforme con el *status quo*, lo cual sería claramente antidemocrático). Las muletas del sistema para enfrentar esos dos problemas son la representación política y la regla de mayoría, respectivamente. El pueblo, entonces, se autogobierna por medio de representantes elegidos por él para tomar decisiones sobre cuestiones públicas, y esas decisiones se toman por votación mayoritaria luego de un proceso deliberativo del que todos pudieron tomar parte. Por definición, en toda decisión democrática habrá una mayoría que estará de acuerdo con ella y una minoría que la rechazará por no considerarla la opción apropiada. Sin embargo, este desacuerdo de la minoría no conduce a la afirmación de que la mayoría decidió por esta última o que sometió a la minoría a su voluntad, afirmación que llevaría a identificar al régimen como no democrático. Un argumento que permite justificar la decisión mayoritaria como una decisión del pueblo (incluida la minoría) y no de la mayoría (sobre la minoría), ni de la minoría (de representantes) sobre la mayoría (del pueblo), es el que sostiene que previamente a la decisión mayoritaria debió existir una deliberación profunda que le dio a todas las personas

(representantes y representados) la posibilidad de convencer a una mayoría acerca de la razonabilidad o superioridad de la opción defendida. Esta posibilidad de participar del proceso deliberativo y en la posterior votación en perfecta igualdad de poder (el principio de "una persona un voto", por ejemplo, expresa esta igualdad), es lo que permite sostener que la minoría y la mayoría han tomado *juntas* una decisión pública. La decisión mayoritaria, además, es siempre provisional, dado que la deliberación pública en torno a la mejor decisión posible continúa incluso después de concluida la votación, y puede ser siempre revisada y eventualmente modificada por otra decisión mayoritaria precedida de la necesaria deliberación. Esta posibilidad de que las mayorías no deciden "para siempre" y que su voluntad no resulte cristalizada, es clave en un sistema democrático de autogobierno, dado que permite a aquellos que hoy son minoría, constituirse en mayoría en el futuro como resultado de haber convencido a más personas sobre las bondades de su posición. Además, como las votaciones son sobre temas, problemas, o cuestiones particulares, el sistema posibilita que aquellos que forman parte de una mayoría determinada en torno a una cuestión particular se encuentren votando junto con aquellos que ayer confrontaron en una cuestión diferente. En una democracia están dadas las condiciones para que no haya mayorías cristalizadas cuyos integrantes se repiten en todos los temas. En suma, no hay una mayoría y una minoría, sino una mayoría y una minoría para cada decisión que se toma y ellas pueden ser siempre diferentes.

El otro extremo del matrimonio es el constitucional. No existen hoy regímenes democráticos en los que las mayorías decidan sin que deban observar un límite normativo. Por diferentes motivos cuya indagación

excede los objetivos de este trabajo, las democracias modernas son regímenes que establecen límites a la decisión mayoritaria. Esos límites se plasman y cristalizan en las constituciones. En general, ellos se relacionan fundamentalmente con dos aspectos clave de una democracia constitucional: los procedimientos democráticos de toma de decisión y los derechos fundamentales de las personas. Una democracia constitucional, entonces, no es un sistema de autogobierno ciudadano en el que el pueblo decide sobre su propio destino por medio de la regla de mayoría, sino que es un sistema de autogobierno en el que el pueblo tiene el derecho de decidir sobre cuestiones públicas siempre y cuando observe los procedimientos democráticos que presupone el régimen (y que le dan legitimidad a sus decisiones) y sin afectar derechos fundamentales reconocidos en la constitución.

La relación entre democracia y constitución es de suma cero. Todo aquello que se "atrinchera" en la Constitución, se convierte en decisiones que se retiran del ámbito de la decisión democrática⁸. Si entendemos, aunque sea sólo como convención, que los dominios de la decisión democrática equivalen a lo que algunos denominan "política", entonces la política se detiene cuando llega a las puertas de los dominios constitucionales. Constitución y política, en este sentido, son dos piezas de un mismo sistema de gobierno que deben encajar perfectamente. Todas aquellas cuestiones que se constitucionalizan, son cuestiones que se le retiran al ámbito de la política. Si la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires establece, por ejemplo, que el sistema

⁸ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1977.

electoral debe ser proporcional, entonces la política democrática, aquella que el pueblo desarrolla fundamentalmente a través de sus representantes en la Legislatura, se verá constreñida por el límite constitucional. Los representantes de pueblo podrán decidir por mayoría cuál será el régimen electoral para la Ciudad, pero no tienen la libertad de establecer *cualquier* régimen electoral. Del mismo modo, si la Constitución establece los derechos de las personas, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión o el derecho a la integridad física, entonces el pueblo autogobernado democráticamente no podrá tomar decisiones, ni siquiera abrumadoramente mayoritarias, que censuren la expresión de las personas o habiliten a la policía a perpetrar torturas. Por supuesto, la robustez, densidad o amplitud del límite constitucional, dependerá de una decisión de política constitucional que el mismo pueblo toma respondiendo a diferentes teorías acerca de lo que una constitución debe ser y es en esta decisión que se está jugando la amplitud del dominio de la democracia (o de la política). Cuanto más robusto es el límite constitucional, más reducido es el espacio que queda a la política democrática. En una democracia constitucional, la constitución opera como límite al autogobierno.⁹

En casi todas las democracias constitucionales se les reconoce a órganos que no expresan la voluntad mayoritaria, la responsabilidad de velar por el respeto que las mayorías le deben a ese límite constitucional. Este control es contramayoritario porque justamente debe operar como límite a las mayorías (y también a las minorías, cuando es la minoría de

⁹ Sobre el concepto de robustez constitucional, ver Nino, Carlos S., *The Constitution of Deliberative Democracy...*, *cit.*

personas que conforma la mayoría parlamentaria la que eventualmente afecta los derechos de la mayoría de los representados). Dependiendo de cada sistema político y jurídico particular, este rol de control contramayoritario se le reconoce a todos los jueces (en forma individual indistintamente) o a tribunales constitucionales. En general, como sostuve más arriba y siendo muy esquemático, podemos encontrar dos modelos de control de constitucionalidad (en el sentido de identificación y aplicación del límite constitucional). Un modelo inspirado en el de Estados Unidos en el cual todos los jueces, individualmente realizan este escrutinio caso por caso y con efectos exclusivos para el caso (esto se atenúa con la vigencia de la regla de obligatoriedad de los precedentes que rigen en sistemas de *common law*), y un modelo más común en regímenes parlamentarios, sobre todo en Europa Continental, en los que ese rol lo cumple un Tribunal Constitucional, no judicial, que incluso puede hacerlo en abstracto (sin tener delante de sí un caso particular) y con efectos generales, a veces previos a la sanción de la ley, matándola o dándole para siempre su diploma de constitucionalidad.

El modelo de control de constitucionalidad de Estados Unidos se ha extendido por América Latina con mayor o menor ajuste a él. En general, de acuerdo con este modelo, los tribunales son la institución a la cual se recurre para detener o provocar la acción de las mayorías democráticas, cuando su acción o inacción afecta un derecho o viola una regla del procedimiento democrático atrincherados en la constitución. En el sentido que venimos manejando de "política", los jueces deciden sobre los límites que le son impuestos a ella por la Constitución. Los magistrados son los responsables de aplicar los límites constitucionales al accionar de la política. Cuanto más robusto es el límite constitucional,

cuantos más derechos, procedimientos y contenidos han sido atrincherados constitucionalmente, mayor es el ámbito de decisión de esos jueces. Ellos no hacen política (democrática) ni deciden (o no deberían decidir) sobre cuestiones políticas (en el sentido de política democrática), sino que se encargan de que la política no rompa el dique constitucional, por ejemplo, decidiendo por mayoría y democráticamente, luego de un proceso deliberativo, que el derecho a la integridad física puede violarse autorizando torturas en casos de una inminente amenaza o agresión terrorista.

El Caso de las Violaciones Estructurales de Derechos: Cuando el Límite entre Justicia Constitucional y Política Democrática Parece Diluirse

La distinción clara y tajante entre política y justicia (constitucional), no es curiosa ni llama la atención en países de tradición continental, donde se supone que la política democrática sólo se da, o se debería dar, en los Parlamentos y que la justicia es una maquinaria burocrática en la que unos funcionarios aplican avalorativamente la ley (esas decisiones generales que provienen de las decisiones políticas que el pueblo ha tomado a través de sus representantes) a casos particulares.

Sin embargo, las democracias constitucionales que además reconocen a los jueces la facultad de invalidar las decisiones mayoritarias (democráticas) si ellas implican una violación de derechos constitucionales o, desde el surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo XX, tratados internacionales de derechos humanos, abren la puerta para que se debata, en el ámbito

mismo de los tribunales, si la decisión política que se ha tomado merece ser considerada válida, si una nueva decisión debería tomarse en su lugar para que la Constitución sea respetada, o si una decisión en particular debería reemplazar a la invalidada. La vieja presunción de que existe un espacio para la política y otro para la justicia empieza a encontrar serios problemas para subsistir. Hemos ido descubriendo en América Latina que la línea que separa ambos dominios no es tan clara y que el ámbito de la justicia no puede limitarse a la aplicación automática de la ley, porque la complejidad del mismo proceso interpretativo de esa ley y de la constitución abre la puerta a la necesidad de un debate valorativo que tiene mucho de político (en un sentido diferente al que le damos a "política democrática"). Este "descubrimiento" se ha producido a raíz del surgimiento de diferentes casos particulares, como por ejemplo aquellos que implican violaciones estructurales de derechos (en los que, como vimos, la acción de la justicia no puede dejar de ser una acción que influye sobre la decisión que creíamos era privativa de la política); o casos en los que se debate la vigencia y respeto de derechos económicos, sociales y culturales; o incluso casos en los que los clásicos derechos civiles y políticos son vulnerados por medidas estructurales del gobierno o prácticas generalizadas en la sociedad.¹⁰

La cuestión no es si los jueces deben decidir acerca de políticas públicas, deteniéndolas o exigiéndolas por su contraposición, por existencia o por ausencia, con la constitución, los procedimientos democráticos

¹⁰ Saba, Roberto P., *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2016, Capítulo 4.

en ella establecidos o los derechos humanos por ella reconocidos, sino que la cuestión es qué debemos esperar de los jueces cuando se enfrentan con estas situaciones: ¿deben decidir en lugar del Poder Legislativo?; ¿deben callar y automarginarse del problema constitucional planteado?; o ¿deben exigir una decisión política que ellos no pueden tomar pero que los poderes políticos *deben* tomar? Volvemos así sobre algunas de las cuestiones que señalé más arriba en el contexto del caso de la superpoblación carcelaria que tomé como ejemplo y ejercicio.

En esta línea de argumentación, es preciso replantearse el significado del denominado activismo judicial. ¿En qué consiste realmente? ¿Es una práctica negativa o es una misión institucional inevitable? Si la actividad de los jueces en una democracia constitucional consiste en lograr el *enforcement* de los derechos y procedimientos constitucionales (y la consiguiente obligación de evitar la pasividad frente a las violaciones de esos derechos y procedimientos), ¿no es acaso eso que llamamos *activismo* aquello que los jueces están obligados a hacer en el marco de lo que el extremo constitucional de la democracia exige de los tribunales?

Algo similar sucede con el debate en torno a la representatividad de los actores que llevan ante los estrados de la justicia los debates constitucionales llamados de interés público.¹¹ Estos actores son generalmente

¹¹ Peruzzotti, Enrique, "Civil Society, Representation and Accountability Restating Current Debates about the Representativeness and Accountability of Civic Organizations," en Jordan, Lisa y Van Tuijl, Peter (eds.), *NGO Accountability. Politics, Principles and Innovation*, Londres, Earthscan, 2007; Saba, Roberto P., "El movimiento de derechos humanos, las organizaciones de participación ciudadana y el proceso de construcción de la sociedad civil y el estado de

organizaciones no gubernamentales (ONGs) o activistas profesionales, académicos o líderes sociales, pero en casi todos los casos, ellos no representan en un sentido formal o democrático los intereses sobre los cuales piden una respuesta judicial. Cuando una ONG de derechos humanos exige que cesen las deplorables e inconstitucionales condiciones de detención de la Provincia de Buenos Aires o el cierre de la cárcel de Guantánamo por no respetar los más básicos derechos constitucionales de los allí detenidos o por detener, generalmente estas organizaciones no *representan* a nadie en particular y *representan*, al mismo tiempo, al interés de toda la comunidad por la preservación del mandato constitucional. Muchas críticas se han vertido sobre la denominada falta de representatividad de estos actores y la consiguiente falta de legitimidad de las decisiones que ellos logran cuando se encuentran con tribunales receptivos de sus demandas; sin embargo, esta crítica sólo parece tener sentido si se identifica la actividad política que realizan esos actores con la actividad que lleva a cabo, por ejemplo, un partido político o un grupo de presión o de *lobby*, sobre el parlamento. No obstante, si la discusión que tenemos en el ámbito de los tribunales es en torno a la aplicación del límite constitucional frente a una decisión tomada en el ámbito de la política democrática, entonces el reclamo de representatividad democrática no parece ser acertado, puesto que ese actor no reclama basado en su calidad de representante de un sector, sino como representante de un principio establecido en la constitución justamente en contradicción o tensión con la voluntad

derecho en Argentina", en Panfichi, Aldo (ed.), *Sociedad Civil, Esfera Pública y Democratización en América Latina: Andes y Cono Sur*, México, Pontificia Universidad Católica del Perú y Fondo de Cultura Económica, 2002.

democrática. Esto no significa, sin embargo, que estos actores no deban fundar y arraigar sus reclamos en algún tipo de representación de un sector que es, por ejemplo, victimizado, pero como su reclamo no es por esas víctimas en particular, sino por la vigencia del límite constitucional a la acción de gobierno, no resulta válido reclamarle una representatividad equivalente a la que se le exige a un legislador que vota en el Parlamento o a un *lobbista* que presiona sobre el Poder Legislativo o el Ejecutivo. En este sentido, este actor social identifica su reclamo con el límite constitucional, en una situación que tiene paralelos con la identificación de la decisión de un juez también con ese límite. Ni ese actor ni el juez estarían obligados, en una democracia constitucional, a exhibir credenciales democráticas en el sentido de representar a una mayoría o incluso a una minoría (es posible que la minoría sometida o victimizada no sea consciente de sus derechos y de su condición de tal, o es posible que, como en los casos de corrupción, al ser afectada la sociedad en su conjunto, ningún afectado reclame directamente). Por supuesto, no debemos desconocer la enorme cantidad de nuevos frentes problemáticos que abre este planteo y que se encuentran reflejados en la literatura crítica a la actividad litigiosa de interés público de la sociedad civil organizada¹² y del activismo judicial, a la que me referiré más arriba.

¹² Este planteo trae aparejados debates incluso relacionados con la ética profesional de los abogados, pues es posible que los abogados activistas de interés público prefieran avanzar con un reclamo judicial en contra de la voluntad de negociar una salida con la otra parte que puede tener su cliente y que conspiraría contra la causa de interés público de la que ese cliente termina siendo un instrumento de la estrategia de acción política. Sobre estos dilemas éticos del derecho de interés público, ver Luban, David, *Lawyers and Justice. An Ethical Study*, Princeton, Princeton University Press, 1988.

Política y Decisiones Judiciales

El Poder Judicial es percibido, no sin razón, como una institución conservadora. No necesariamente en términos morales o sustantivos —aunque habitualmente esto también es así—, sino en cuanto a su resistencia a innovar o generar decisiones que sean interpretadas como parte de una toma de partido o iniciativa propia. Los jueces tienen en las democracias modernas del siglo XVIII al XX, en general, la tendencia a auto-marginarse de modo de no interferir con el poder político, es decir, con las decisiones tomadas por los poderes ejecutivo y legislativo. La explicación de esta pasividad puede encontrarse en el diseño mismo del sistema republicano y, en el caso de América Latina, en la expectativa que acerca del rol de los jueces genera la tradición continental europea, con una fuerte influencia del ideario de la Revolución Francesa. La división de poderes y la teoría de la democracia, por un lado, le reconoce a los poderes legislativo y ejecutivo la facultad excluyente de tomar decisiones políticas dada su legitimidad fundada en el voto popular. En este sentido, esta teoría política sostiene que sólo el pueblo, a través de sus representantes, puede tomar decisiones de autogobierno.

Por otro lado, la tradición civilista continental, desde la perspectiva de la teoría jurídica, marcada a fuego por la revolución francesa, primero, y por la visión del derecho que tenía Napoleón y que trasladó a la empresa de la codificación, después, entiende que el derecho limita su existencia a las normas expresadas en el Código Civil decidido por el Parlamento. Ambas teorías, la primera respecto de cómo deben operar las instituciones de la democracia, y la segunda pertinente a cómo

debe funcionar el sistema jurídico, asignan en forma combinada a los jueces un rol supuestamente apolítico, presuntamente neutro en materia de valoración moral o política. Desde la teoría política, los jueces deben abstenerse de tomar decisiones que sólo competen al pueblo, que se manifiesta por medio de sus representantes. Desde la teoría jurídica, la ley expresada en el Código Civil debe ser aplicada automática y acríticamente por los jueces.¹³ Los revolucionarios franceses tenían una profunda desconfianza hacia los jueces por dos motivos. En primer lugar, porque desde la teoría política que nutrió a la revolución, esos funcionarios no recibían su legitimidad por el voto popular y, por lo tanto, no tenían poder alguno para modificar o dejar de aplicar una decisión tomada por la Asamblea o Parlamento. Por otra parte, el cambio de régimen no operó un inmediato cambio de funcionarios judiciales, por lo que los revolucionarios no confiaban en que los magistrados del Antiguo Régimen que seguían en funciones, decidieran sobre cuestiones de justicia o de política que el pueblo había decidido democráticamente. De este modo, la teoría democrática y la tradición jurídica de la codificación coincidían en asignar a los jueces un rol circunscripto a la aplicación de la ley decidida por el pueblo y les estaba consecuentemente vedado interferir con su propio juicio con las decisiones democráticamente tomadas. Cualquier decisión de los jueces que no se limitara a esa tarea, sería percibida como carente de legitimidad. De este modo, y particularmente en la tradición continental, los jueces son concebidos como burócratas de carrera especializados en

¹³ Merryman, John Henry, *Sistemas Legales en América Latina y Europa. Tradición y Modernidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, Capítulos 4, 5 y 8.

una tarea técnica avalorativa e inmersos en burocracias de carácter jerárquico con nulo espacio para tomar decisiones propias.¹⁴

Por otro lado, y fundado en similares ideas de corte democrático, a partir del principio de división de poderes defendido por los pensadores liberales y democráticos de los siglos XVII y XVIII, y de una sólida y antigua jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, los jueces de las democracias modernas occidentales, y en particular de las de América Latina que han mirado con atención el modelo constitucional de Estados Unidos, han desarrollado lo que denominaron la *doctrina de las cuestiones políticas no justiciables*.¹⁵ En apretada síntesis, esta doctrina se funda en la premisa de que, en el marco de un sistema republicano de división de poderes, las decisiones políticas son tomadas por el Poder Legislativo, órgano en el cual el pueblo se halla representado en toda su diversidad, y son implementadas por el Poder Ejecutivo, que cuenta también con la legitimidad democrática que le dan los votos y que se encuentra conformado por las agencias técnicas correspondientes a cada área de gobierno capaces de poner en práctica la voluntad del pueblo expresada en el Congreso. En el contexto de este diseño institucional, los jueces son responsables de aplicar la ley a un caso concreto que le es traído ante sus estrados por las partes, que son

¹⁴ Ver Damaska, Mirjan, *Las dos caras de la justicia y del poder. Análisis comparado del proceso legal*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, Capítulo 1. Para una comparación entre la noción de juez en la tradición continental y en la del *common law* de vertiente norteamericana, ver Garapon, Antoine y Papadopoulos, Ioannis, *Juzgar en Estados Unidos. Cultura jurídica y common law*, Bogotá, Legis, 2006.

¹⁵ Para un desarrollo pormenorizado, a modo de ejemplo, de la evolución de las cuestiones políticas no justiciables en la Argentina, ver Nino, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1993, pp. 55 y 73.

las personas físicas o jurídicas que tienen un diferendo respecto de la aplicación de la ley. Los jueces, entonces, desde esta óptica, y en consonancia con el legado de la revolución francesa, deben evitar decidir sobre lo que la ley *ya decidió* y deben ajustarse a aplicarla sin crear "nueva ley".

A pesar de esta tradición política y jurídica, algunos poderes judiciales de América Latina, y en particular algunas de sus Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales, han mutado en su rol, más o menos ajustados a las expectativas descritas, hacia fines del siglo XX o, desde otra perspectiva, han abandonado una pasividad injustificada, para asumir el rol que les correspondía, incursionando en lo que la literatura dominante llama judicialización de la política o activismo judicial, abandonando la tendencia a la autoexclusión y automarginación de la esfera de lo político y que definía su rol institucional. Existen varias caracterizaciones acerca del tipo de decisiones que permiten a muchos autores definir el activismo judicial que genera la denominada judicialización de la política.¹⁶ Sin ánimo de generar una nueva clasificación, sino con el objeto de proponer una síntesis que nos permita hacer más

¹⁶ Algunas de estas clasificaciones pueden verse en Domingo, Pilar, "La judicialización de la política: El nuevo perfil de la Suprema Corte en el sistema político de México" en Palacio, Juan Manuel y Candiotti, Magdalena (comps.), *Justicia, política y derechos en América Latina*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007, pp. 27-44; Domingo, Pilar, "Judicialisation of Politics: The Changing Political Role of the Judiciary in Mexico" en Sieder, Rachel et. al. (eds.), *The Judicialisation of Politics in Latin America*, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005; Uprimny Yepes, Rodrigo, "La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos", en Palacio, Juan Manuel y Candiotti, Magdalena Candiotti (comps.), *Justicia, política y derechos en América Latina*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007, pp. 45-62; Courtis, Christian, "Los reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales" en Bergalli, Roberto y Martyniuk, Claudio (comps.), *Filosofía, política, derecho. Homenaje a Enrique Marí*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2003.

manejable el concepto, creo que es posible afirmar que las decisiones habitualmente identificadas con el activismo judicial y la consiguiente judicialización de la política son aquellas que se relacionan con las siguientes cinco situaciones:

- a) *Conflictos de competencias entre el poder central y los poderes estatales en sistemas federales de gobierno*

Según Pilar Domingo, éste es uno de los temas sobre los que los tribunales de México se han pronunciado y hacia el final del dominio del Partido Revolucionario Institucional (PRI), que indican la asunción por parte de los jueces de una posición activista y que marcan la existencia de una creciente judicialización de la política.¹⁷ Si bien es comprensible que exista la percepción de que los tribunales comienzan a incursionar un territorio más propio de la política cuando deciden a favor de reclamos del gobierno central o de los gobiernos locales que se reclaman competencias mutuamente debido a la histórica pasividad que pueden haber experimentado en el pasado jueces demasiado condescendientes con el poder central, no es menos cierto que este tipo de decisiones no son ajenas a la función que el constitucionalismo de raíz norteamericana ha dejado para los jueces en el contexto de naciones organizadas bajo el modelo federal. Bruce Ackerman sostiene que la Constitución de Estados Unidos, en parte, es un acuerdo entre estados preexistentes que han decidido formar una federación, y que el Poder Judicial es inicialmente percibido como el árbitro que dirime las controversias de competencia entre el poder central y los poderes autónomos locales.¹⁸

¹⁷ Domingo, Pilar, "La judicialización de la política: El nuevo perfil de la Suprema Corte...", *cit.*

¹⁸ Ackerman, Bruce, *La política del diálogo liberal*, Barcelona, Gedisa, 1999.

Sin embargo, y sin poder dar mucha evidencia comparada, es probable plantearse como hipótesis que en la historia constitucional de la mayoría de los países latinoamericanos federales, la tendencia ha sido hacia la aceptación condescendiente de la usurpación de poderes por parte del poder central.¹⁹ Frente a esta pasividad, es comprensible que un Poder Judicial que repentinamente comienza a intervenir en disputas de competencias entre autonomías estatales y el gobierno central, sea catalogado como activista y sus decisiones como una forma de judicializar la política. Desde una perspectiva simétrica, la pasividad anterior de esos tribunales puede ser también vista como un modo de politización de su rol generada no por la acción, sino por la omisión que beneficia a uno de los actores de la disputa constitucional: el poder central.

b) *Conflictos electorales*

También en el caso mexicano, Domingo relaciona la tendencia al activismo judicial y la consiguiente incursión de los jueces en la esfera de lo político, con decisiones de los tribunales referidas a dirimir conflictos electorales. Una vez más, la judicialización de la política se asocia a una creciente intervención de los jueces en casos en los que habitualmente no acostumbraban decidir. Durante las siete décadas de hegemonía del PRI, y hasta los años 80, los jueces actuaban condescendentemente con el poder político y sin intervenir en disputas electorales que estaban signadas por la sospecha de fraude. Con el paulatino retiro del PRI de la escena política, y en tiempos de la transición hacia un régimen de

¹⁹ Para el caso argentino, ver la evolución de la jurisprudencia sobre federalismo descrita por Nino, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional...*, cit., pp. 56.

competencia electoral abierta, el Poder Judicial comenzó a asumir en México el rol de árbitro del sistema democrático de elección de representantes. Estas decisiones se vinculaban —y vinculan— con situaciones en las que se entiende que el procedimiento democrático de toma de decisiones políticas ha sido ignorado o burlado y en las que aquellos afectados por esa interferencia buscan en los jueces a los árbitros que reencaucen el proceso político y le devuelvan las formas democráticas.

c) Casos de control de corrupción gubernamental

Según autores como Rodrigo Uprimny, y argumentando en el contexto colombiano aunque no exclusivamente en él, se refiere a la iniciativa de algunos jueces, como es el caso de la Corte Constitucional de Colombia, de decidir casos en los que se debaten prácticas corruptas o prácticas políticas consideradas negativas por la población.²⁰ Si bien son casos muy recientes para hacer un análisis profundo, los procedimientos judiciales dirigidos a investigar la corrupción que tuvo lugar bajo los gobiernos de Lula en Brasil y Cristina Fernández de Kirchner en Argentina han suscitado un debate similar.

d) Violaciones de derechos constitucionales por medio de una norma o práctica pública o privada que requieren de un no-hacer estatal

En un régimen de democracia constitucional, los derechos reconocidos en la Carta Magna se consideran como el límite que se opone a la

²⁰ Uprimny Yepes, Rodrigo, "La judicialización de la política en Colombia...", *cit.*

acción del gobierno.²¹ Si, además, ese régimen establece un sistema de control judicial de constitucionalidad, entonces los jueces tienen la facultad de invalidar decisiones tomadas por los órganos legislativos y ejecutivos que contradigan las disposiciones constitucionales. Generalmente aquellas constituciones que reflejan este modelo, establecen derechos que deben ser respetados por los gobiernos y por personas particulares. Si una decisión o práctica del gobierno conlleva la violación de un derecho constitucional, entonces los jueces pueden ordenar, generalmente sólo en el caso particular que llegó a sus estrados traído por la supuesta víctima, y en caso que hubiere existido o existiese al momento de discutirse el caso una afectación de un derecho constitucional y, en caso afirmativo, ordenar el cese de la acción estatal que produjo o se encuentra produciendo la afectación. Por ejemplo, si la constitución reconoce el derecho a la libertad de expresión y prohíbe la censura previa, de mediar una decisión del gobierno que prohibiera la publicación o venta de un libro, el Poder Judicial puede, a través del juez que entiende en el caso traído ante él por la persona censurada, ordenar el cese de la prohibición o de la censura. En general, en las democracias constitucionales de América Latina en las que se ha reconocido el control de constitucionalidad como una facultad de los jueces, éstos han tomado este tipo de decisiones en las que se ordena

²¹ Sobre la idea de constitución como límite de la democracia ver Nino, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, Capítulo 1; Holmes, Stephen, "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en Elster, Jon y Slagstad, Rune (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 217-262; Elster, Jon, "Regla de mayoría y derechos individuales", en Shute, Stephen y Hurley, Susan, (eds.), *Sobre Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Trotta, 1998; Gargarella, Roberto, "Constitución y democracia", en AA.VV, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2004, pp. 70-85; Dworkin, Ronald, *op. cit.*

al Estado el cese de una acción (por supuesto que en contextos de sistemas democráticos que funcionen con un mínimo de calidad), aunque han sido siempre más reticentes a tomarlas en los casos en que la violación del derecho requiere de una acción —y no de una omisión— estatal (me referiré a este caso particular en extenso en el siguiente párrafo). Si bien podría caracterizarse a un Poder Judicial como activista, en el sentido de que incursiona en el territorio de la judicialización de la política, si toma decisiones del primer tipo —ordenando el cese de una acción inconstitucional al Estado— que, por ejemplo, resulten molestas al gobierno o vayan contra prácticas generalizadas en la sociedad (como por ejemplo prácticas discriminatorias contra un grupo), esta clase de decisiones son sin embargo percibidas como aquellas que "normalmente" le compete decidir al juez. Un juez que ordena a un gobierno que levante la censura impuesta a un periódico, difícilmente entra en el catálogo de decisiones asociadas con la judicialización de la política, aunque el caso antes visto de casos involucrando diferendos electorales también podría ser visto de este modo, y, sin embargo, ha sido percibido como ejemplo de activismo judicial y de judicialización de la política.

- e) *Violaciones estructurales de derechos constitucionales por medio de una norma o práctica estatal, o por su ausencia, que requieren de una acción del Estado para su cese*

A diferencia del caso anterior, existen situaciones en las que la violación del derecho se origina en la implementación de una política pública contraria al derecho en cuestión o en la ausencia de una política pública tendiente a asegurar un derecho. En estos casos, la obligación

del Estado prevista en la Constitución para honrar un derecho determinado no se corresponde con un *no-hacer* estatal, sino con un *hacer* del gobierno, como en el caso clásico de los derechos económicos, sociales y culturales, aunque no exclusivamente en él. El derecho a la salud, por ejemplo, un típico derecho social, sólo puede ser asegurado por una política pública de salud implementada por el Estado, como una política de vacunación o de asistencia médica gratuita. A diferencia del caso de los derechos que requieren para su respeto de una omisión estatal (que el gobierno no censure, por ejemplo), en estos casos el derecho requiere, para ser respetado, de una acción estatal (una política pública que demanda decisión política, recursos públicos, una infraestructura física y administrativa, etc.). En las últimas dos décadas se ha desarrollado una abundante y sofisticada literatura en América Latina tendiente a demostrar por qué los jueces deberían intervenir en el caso de violación de derechos sociales, tal como lo hacen en el caso de derechos que requieren de un no hacer estatal (comúnmente relacionados con los derechos civiles o políticos).²² Esta producción académica, que no sólo analiza la situación de la región, sino que la compara con iniciativas similares en otras partes del mundo en vías de desarrollo,²³ ha

²² Ver Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002; Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Editorial Trotta, 2007; Pérez Murcia, Luis Eduardo et. al., *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia) e Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico (IDEP), Colección Ensayos y Propuestas, Nro. 3, 2007; Contarini, E. et. al., *Los derechos económicos, sociales y culturales: Un desafío impostergable*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 1999.

²³ Ver AA.VV., *Rompiendo la indiferencia. Acciones ciudadanas en defensa del interés público*, Santiago de Chile, Fundación Ford, 2000; De Sousa Santos, Boaventura (coord.), *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

surgido como reacción y como disparador de decisiones judiciales tomadas en los países de la región dirigidas a ordenar a los gobiernos el cese o implementación de políticas públicas que aseguren el ejercicio de derechos que demandan un hacer estatal. El caso de las decisiones tomadas por diferentes tribunales argentinos sobre derecho a la salud ordenando medidas al gobierno que son básicamente políticas públicas en el área (como por ejemplo la implementación de una política de vacunación),²⁴ o el amplio abanico de decisiones sobre derechos sociales tomadas por la Corte Constitucional de Colombia,²⁵ resultan ser muy ilustrativos de este tipo de decisiones identificadas que motivan la percepción de una creciente judicialización de la política.

Por otro lado, pese al énfasis que se ha puesto en el debate especializado en las decisiones judiciales tendientes a asegurar derechos sociales como una muestra de lo que los jueces hacen —o deberían hacer— en cuanto a forzar al Estado a implementar políticas públicas imprescindibles para el goce de derechos constitucionales, este tipo de decisiones no se limitan a esos derechos clásicamente identificados con acciones estatales. También pueden esperarse decisiones de este

²⁴ Ver Bergallo, Paola, "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina", en AA.VV., *Derecho y Pobreza*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA 2005, Buenos Aires, 2005, pp. 161-186.

²⁵ Para el caso del derecho a la educación en Colombia, ver Uprimny Yepes, Rodrigo y Rodríguez Garabito, César, "Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria" en Pérez Murcia, Luis Eduardo et. al., *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia) e Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico (IDEP), Colección Ensayos y Propuestas, Nro. 3, 2007. También ver Uprimny Yepes, Rodrigo et. al., *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2006.

tipo por parte de los jueces en situaciones en las que los derechos afectados por el Estado son los antiguos y tradicionales derechos civiles y políticos, pero en las que la causa de la violación es una práctica o contexto estructural de afectación de esos derechos que requiere también de una acción estructural del Estado para acabar con la violación del derecho en cuestión. El derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a no ser discriminado, o el derecho de las personas privadas de libertad a gozar de condiciones de detención dignas, son derechos usualmente identificados como dependientes de un no-hacer estatal. Por ejemplo, si el Estado discrimina a una persona arbitrariamente negándole el acceso a un empleo por su raza; o si el derecho de una persona a ser tratada dignamente durante el plazo que se encuentra ejecutando una pena en prisión requiere de que se le alimente correctamente, entonces el cese de la discriminación o del acto de no alimentar a un interno pueden ser ordenados por el juez que entienda se está afectando alguno de esos derechos. Sin embargo, es posible que la discriminación o trato desigual sea la consecuencia de una práctica racista generalizada tendiente a someter a un grupo y sumirlo a un estado de subordinación. En ese caso, la obligación estatal será la de articular una política general que tenga por objeto dismantelar el sistema de castas creado a partir de esa práctica de sometimiento de un grupo por otro²⁶ (en esta categoría de casos se inscriben las decisiones tomadas por los tribunales de Estados Unidos, y en particular su Corte Suprema de Justicia, contra la segregación racial).²⁷ También es posible que la violación

²⁶ Saba, Roberto P., *Más allá de la igualdad formal ante la ley...*, cit., Capítulo 4.

²⁷ *Ibidem*. Ver también Tushnet, Mark V., *The NAACP's Legal Strategy against Segregated Education, 1925-1950*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1987.

del derecho a condiciones dignas de detención se origine en una negligente política carcelaria, que un juez podría ordenar modificar, al tiempo que también exige implementar una nueva política ahora respetuosa del derecho (como en el caso de la decisión tomada en el caso *Verbitsky* por la Corte Suprema de Argentina).²⁸

En síntesis, el activismo judicial y la judicialización de la política se consideran en aumento cuando los jueces comienzan a tomar decisiones tendientes a forzar al Estado a implementar políticas tendientes a lograr el ejercicio efectivo de derechos que, para su goce, requieren de esas políticas, sean ellos derechos económicos, sociales y culturales, o derechos civiles y políticos que sólo pueden convertirse en realidad si media una estrategia estructural diseñada e implementada por el Estado. Estas sentencias judiciales usualmente requieren de decisiones políticas sobre las cuales el proceso democrático puede no haber logrado un consenso, o de recursos materiales que pueden no haber sido identificados como prioridad por el Congreso al decidir la ley de presupuesto, o de una burocracia y una infraestructura que pueden no existir al momento de tomarse la decisión judicial. Por el modo en que este tipo de decisiones judiciales parecen "invadir" el territorio de la actividad política democrática, ellas son consideradas como parte de ese activismo que genera una creciente judicialización de la política.

Se han formulado muchas críticas contra este tipo de decisiones y volveré sobre ellas más adelante, pero mencionaré aquí explícitamente

²⁸ Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*, Buenos Aires, CELS y Siglo XXI Editores, 2008, pp. 120-128.

una en particular, que se refiere directamente a la cuestión de la representación política y que se relaciona con el hecho de que en estas situaciones parece suceder que algunos actores buscan obtener de los tribunales lo que no han sido capaces de obtener por medio del proceso democrático por no haber logrado reunir el acuerdo de la mayoría de las personas que participan de él. De este modo, se sostendrá, una minoría busca forzar el lanzamiento de una política pública, cambiar su curso o impedir una decisión que fue tomada en el ámbito de la política democrática. Esta crítica se corresponde con una importante producción académica identificada con lo que podríamos denominar posiciones democrático-radicales que descreen de la posibilidad de justificar que un órgano contramayoritario como el Poder Judicial invalide o fuerce al pueblo a hacer aquello que no desea hacer.²⁹

Un aspecto menos trabajado en la literatura especializada, pero que profundiza la evolución del fenómeno identificado como judicialización de la política, es el del creciente recurso por parte de las víctimas y de las ONGs a los instrumentos de derecho internacional de derechos humanos y a los órganos y procesos que ellos proveen para incidir sobre las decisiones de los gobiernos nacionales. En la región, es para-

²⁹ Sobre la crítica a la facultad de los jueces de ejercer el control judicial de constitucionalidad más allá de velar por el buen funcionamiento de las precondiciones del proceso democrático de toma de decisiones, ver Gargarella, Roberto, "¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?", en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis y Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), 2007; Gargarella, Roberto, "The majoritarian reading of the rule of law", en Maravall, José María y Przeworski, Adam (eds.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 147-167; Gargarella, Roberto, "Constitución y democracia", *cit.*; Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996.

digmático el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y del rol que juegan en él tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para forzar a los gobiernos a modificar o a implementar una política pública específica de modos de cumplir con las obligaciones nacionales contraídas al suscribir tratados internacionales de derechos humanos, como por ejemplo la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).³⁰ La CADH es un tratado internacional y, como tal, es un compromiso que los Estados firmantes adquieren entre sí de respetar los derechos reconocidos en esa Convención. El artículo 2 de ese acuerdo abre la puerta de entrada más clara y formalmente establecida hacia la judicialización de la política que existe en los ordenamientos jurídicos nacionales de los países de la región. Esto explica la acción adversa producida por Brasil contra el Sistema Interamericano de Derechos Humanos luego de la medida cautelar emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en marco del caso Belo Monte en 2007.³¹ Esa cláusula establece el "deber de adoptar disposiciones de derecho interno" y dice textualmente que "si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados

³⁰ Keck, Margaret y Sikkink, Kathryn, *Activists beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, Ithaca, Cornell University Press, 1998; Sikkink, Kathryn, "The Transnational Dimension of the Judicialization of Politics in Latin America", en Sieder, Rachel et. al. (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005. En el caso argentino, ver CELS, *La lucha por el derecho...*, cit.; AA.VV., *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)*, Buenos Aires, Centro de Estudios de Legales y Sociales (CELS) y Editores del Puerto, 2008; Domingo, Pilar, "Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Recent Trends in Latin America", *Democratization*, Vol. 11, No.1, Londres, Frank Cass, London, febrero 2004, pp. 104-126.

³¹ Galvis, María Clara y Salazar, Katya, "Derechos humanos y desarrollo económico: ¿cómo armonizarlos? Human Rights and economic development: how to harmonize them?", en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, No. 9, 2013, pp. 195-203.

en el artículo 1³² no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades." Esto significa que la violación de un derecho establecido en la CADH por parte de un Estado firmante, y agotados los recursos internos para reclamar por ese derecho (como por ejemplo los tribunales del país en cuestión) sin obtener una respuesta que reestablezca el goce del derecho, habilita a la víctima a recurrir con su caso a los órganos del Sistema de acuerdo con los procedimientos allí establecidos. El reclamo no consistirá, como sucede en los tribunales nacionales, en solicitar que el juez ordene al Estado respetar el derecho y cesar en su acción u omisión violatoria, sino que versará sobre la necesidad de que el Estado cumpla con el tratado, es decir, con el artículo 2 de la CADH. En otras palabras, una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, consistiría en que el Estado "adopte" aquellas disposiciones —el pacto dice "medidas legislativas o de otro carácter"—, de derecho interno que sean necesarias para asegurar el ejercicio de los derechos y libertades previstas en el tratado. Si bien el artículo 2 dice explícitamente que para lograr tal objetivo el Estado en cuestión debe tomar estas decisiones de acuerdo con los "procedimientos

³² Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos: 1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

constitucionales" correspondientes en cada nación, esta disposición lo obliga a tomar una decisión acorde con lo que la Corte ordene (que se funda en lo que el tratado exige) y lo coloca en una posible tensión con lo que la mayoría del pueblo o de los representantes de ese Estado desea, en caso de que esa voluntad política contradiga el compromiso internacional y la sentencia de la Corte. El potencial de este sistema internacional de protección de derechos humanos para que las ONGs que militan por la implementación de políticas públicas necesarias para ejercer derechos puedan forzar a sus gobiernos a tomarlas por la vía de lograr una sentencia favorable de la Corte Interamericana, por ejemplo, es formalmente enorme. Ello es así porque el tipo de remedio que la Corte puede ordenar es casi siempre uno de tipo estructural y, por ende, en potencial conflicto con los órganos democráticos de gobierno del país en cuestión. Se da así un fenómeno novedoso para los estudiosos de la judicialización de la política y que podríamos dar en llamar "judicialización internacional de la política", dado que en esta variante del fenómeno no son los jueces los que con sus decisiones parecen avanzar sobre los territorios de la política, sino un tribunal internacional con sede en Costa Rica o una Comisión con sede en Washington, los que ordenan a un gobierno, a su Congreso, a su Poder Ejecutivo e incluso a su Poder Judicial, tomar medidas específicas tendientes a acomodar su derecho interno con el las provisiones del tratado internacional suscripto.

Más allá de las dificultades que aún hoy el sistema interamericano de protección de derechos enfrenta, sobre todo en lo que se refiere a la ejecución de las sentencias de la Corte contra los Estados y por parte

de éstos, no son pocas las ONGs de la región que han adquirido una notable capacidad para utilizar el sistema con miras a avanzar con sus agendas de derechos asociados con la implementación de políticas públicas. De ese modo, el sistema internacional de protección de derechos provee de una plataforma formalmente formidable que permite a las ONGs o activistas individuales presentarse de igual a igual con un gobierno para exigir aquellas medidas que la Comisión o la Corte entiende son necesarias para acomodar los sistemas jurídicos internos con los compromisos internacionales.³³

Causas de la denominada judicialización de la política

Como señalé más arriba, la afirmación de que ha surgido o que se ha incrementado el fenómeno denominado de judicialización de la política, presupone que los jueces han comenzado a tomar decisiones en las materias referidas en la sección anterior que no solían tomar (y que desde ciertas perspectivas críticas no deberían tomar). Muchos autores han tratado de explicar qué es lo que disparó este proceso. Dependiendo de los diferentes contextos políticos nacionales, es posible identificar diversas causas detrás de la voluntad de los tribunales de asumir un rol más activista en el sentido que definí anteriormente. A continuación, me detengo en las causas habitualmente identificadas en la literatura y en la práctica.

³³ AA.VV., *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local...*, cit.

La judicialización promovida por el poder político

Una primera causa asociada a la existencia o incremento de la judicialización de la política estaría relacionada con la necesidad de la dirigencia política de enviar señales a una ciudadanía descreída, desconfiada y escéptica respecto de su accionar, que indiquen un cambio de actitud de su parte con miras a recuperar su confianza. De este modo, los líderes políticos reconocen la independencia de los jueces y manifiestan su conformidad con sus decisiones y el futuro acatamiento de ellas. Esto es lo que puede haber sucedido en México, donde luego de siete décadas de control hegemónico del PRI del escenario político, y frente a una situación insostenible de descrédito público y demandas de cambio, los líderes políticos mexicanos manifestaron su voluntad de acatar las decisiones que los jueces tomaran en materia electoral, lo cual parece haber generado en los magistrados un incentivo para abandonar su anterior pasividad.³⁴ Este cambio de rol activó lo que algunos autores denominan *accountability* horizontal,³⁵ es decir, la rendición de cuentas de actores gubernamentales frente a otros actores estatales depositarios de facultades de control, en este caso los jueces.

³⁴ Ver Domingo, Pilar, "La judicialización de la política: El nuevo perfil de la Suprema Corte...", *cit.*; Domingo, Pilar, "Judicialisation of Politics: The Changing Political Role...", *cit.*

³⁵ O'Donnell, Guillermo, "Horizontal Accountability: Legal Institutionalization of Mistrust", en Mainwaring, Scott y Welna, Christopher, *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford, OUP, 2003; O'Donnell, Guillermo, "Acerca de varias *accountabilities* y sus interrelaciones", en Peruzzotti, Enrique y Smulovitz, Catalina (eds.), *Controlando la política. Ciudadanos y Medios en las nuevas democracias Latinoamericanas*, Buenos Aires, Temas, 2001; Peruzzotti, Enrique y Smulovitz, Catalina, "Accountability social: la otra cara del control", en Peruzzotti, Enrique y Smuovitz, Catalina (eds.), *Controlando la política. Ciudadanos y Medios en las nuevas democracias Latinoamericanas*, Buenos Aires, Temas, 2001.

La judicialización promovida por las Organizaciones de la Sociedad Civil y una visión más robusta de los derechos por la sociedad en general

En este segundo caso, la judicialización ha sido promovida por un potente activismo desde organizaciones de la sociedad civil (OSCs) y los movimientos sociales que tienen por objeto avanzar en la protección y efectiva vigencia de derechos humanos y que tomaron conciencia del potencial que existía en el litigio como estrategia tendiente a forzar a los jueces a ordenar a los gobiernos a tomar decisiones e implementar políticas.³⁶ Si bien muchas OSCs han recurrido por décadas a los tribunales para lograr la investigación de violaciones de derechos humanos o el castigo de sus responsables, la actividad que se entiende disparó la judicialización en las últimas tres décadas tiene que ver con un tipo particular de litigio denominado *de interés público*, y que tiene por objeto producir cambios sociales (cambios en prácticas sociales o políticas públicas) por medio del litigio en los tribunales de casos paradigmáticos en los que más allá de discutirse el caso concreto de una persona afectada, se debate implícitamente la necesidad de cambiar una situación de la que ese caso es sólo un ejemplo. Como argumentaré con más detalle más adelante, el establecimiento del control judicial de constitucionalidad que reconoce a los jueces el poder de invalidar una decisión del gobierno (del Congreso o del Poder Ejecutivo) por ser ella

³⁶ Smulovitz, Catalina, "The Discovery of Law: Political Consequences in the Argentine Case", en Dezalay, Yves y Garth, Bryant (eds.), *Global Prescriptions: The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy*, Ann Arbor, Michigan University Press, 2002, pp. 249-275.

inconstitucional, o de exigir la toma de una decisión por ser su pasividad contraria al mandato constitucional, es una poderosísima herramienta política que hasta los años '90 no había sido descubierta por las OSCs de derechos humanos o de otro tipo (ambientalistas, por ejemplo) de la región, y aun hoy muchas la ignoran. Una de las razones del desconocimiento de esta estrategia de acción política desde la sociedad civil podría encontrarse en la visión que la mayoría de los países de América Latina, cuyos sistemas jurídicos son herederos de los poderes coloniales que los originaron, tienen de los jueces y del tipo de actividad que se desarrolla en los tribunales. Como sostuve más arriba, la tradición civilista ve al derecho como una ciencia, a la ley como un texto con significado autoevidente, y a la actividad de los tribunales como apolítica. La práctica de trasladar el reclamo por mejores condiciones de vida, envuelto en un lenguaje de derechos, a los tribunales, sin embargo, es muy usual y antigua en Estados Unidos, donde las OSCs que tienen como objeto lograr la protección de los derechos civiles la han utilizado desde comienzos del siglo XX.³⁷

El llamado litigio estratégico, en el sentido de plantearse una estrategia litigiosa en tribunales tendiente a demoler un régimen legal que se considera contrario a lo justo (y por ello inconstitucional), fue hábil y exitosamente utilizado por los afrodescendientes en Estados Unidos para desmontar una práctica social compleja y una institucionalidad formal establecida tendiente a segregarlos y apartarlos de los ámbitos de la política, la educación, el mercado laboral, etc. Luego de casi cincuenta

³⁷ Ver Cole, David, *Engines of Liberty. The Power of Citizens Activists to Make Constitutional Law*, Nueva York, Basic Books, 2016.

años de litigio en diferentes estados del país con muchas victorias parciales, la *National Association for the Advancement of Color People* (NAACP), logró su mayor victoria en 1954 en la Corte Suprema de Justicia de la Nación: el caso *Brown v. Board of Education*.³⁸ De acuerdo con esta decisión, la política de segregación racial instalada no sólo desde las prácticas sociales, sino también desde la ley en los Estados Unidos, era contraria a la protección constitucional de la igualdad ante la ley y, por ese motivo, la Corte ordenó en *Brown* a todos los estados de la nación implementar políticas de desegregación racial en la totalidad de las escuelas del país. El éxito logrado por el movimiento de derechos civiles en el uso de esta estrategia motivó la imitación de otros movimientos sociales a recurrir a ella, como fue el caso del de los derechos de la mujer, el de los derechos de las personas con discapacidad, el de los derechos de los trabajadores o el movimiento ambientalista, que reprodujeron la estrategia del litigio de interés público para avanzar con sus agendas. Es cierto que el régimen de *common law* con la adopción de la regla de precedente, según la cual una victoria lograda en un tribunal elevado, como la Corte Suprema, se torna una decisión obligatoria que deberá ser seguida por todos los tribunales inferiores, genera importantes incentivos para concentrar energías en lograr una decisión judicial por parte de activistas y OSCs. En la tradición continental, en cambio, la inexistencia de esta regla genera un cálculo inverso, y quizá ello explique por qué el litigio estratégico fue soslayado en América Latina por tantos años. Sin embargo, diferentes causas pueden haber contribuido a que las OSCs de la región y los activistas de derechos

³⁸ Ver Tushnet, Mark V., *The NAACP's Legal Strategy against Segregated Education...*, cit.

empiecen a imitar a sus colegas del norte. Una de ellas se relaciona probablemente con la proliferación y posterior profesionalización de las OSCs de la región, proceso que parece haber cobrado impulso en los 80s y 90s.

Por otro lado, y relacionado con esto, se podría sostener que la decisión de fundaciones y donantes para el desarrollo de proyectos de derechos humanos también apostaron a esta estrategia generando el incentivo correspondiente para que las OSCs y los activistas la llevaran adelante. El caso probablemente más importante es el de la Fundación Ford³⁹ y, más tarde, el del *Open Society Institute*, aunque éste último más enfocado a la aplicación de esta estrategia para fines específicos relacionados con su agenda (el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, por ejemplo), que a la diseminación de la estrategia como tal (que parece haber sido el caso de la Fundación Ford en los 90s). En tercer lugar, se manifestó en los 90s la tendencia según la cual jóvenes abogados se inclinaron a cursar estudios de postgrado en Estados Unidos, muchas veces becados o apoyados por las propias universidades de destino o por fundaciones con base en ese país, bajo el compromiso de retornar a sus países y organizaciones para realizar aportes en el área específica del derecho de interés público. Estos abogados y abogadas tomaron contacto en Estados Unidos con profesores, cursos, OSCs de derechos humanos, estudios jurídicos que realizan trabajo

³⁹ AA.VV., *Rompiendo la indiferencia...*, cit.; Hershkoff, Helen y McCutcheon, Aubrey, "Litigio de Interés Público: Una perspectiva internacional", en McClymont, Mary y Golub, Stephen (eds.), *Caminando hacia la Justicia. El trabajo en el Área de Derecho de los Donatarios de la Fundación Ford en el Mundo*, Santiago de Chile, Fundación Ford, 2000.

pro bono de interés público y clínicas jurídicas de facultades de derecho, e importaron estas experiencias a sus ámbitos locales (OSCs, facultades de derecho, estudios jurídicos, etc.). Por último, y por similares razones, se crearon en la región (fundamentalmente en Perú, Chile, Colombia y Argentina) las denominadas Clínicas de Interés Público dentro de Facultades de Derecho con programas e iniciativas tendientes a modernizar los programas de estudios de los futuros abogados.⁴⁰ Estas Clínicas Jurídicas brindan a los estudiantes de derecho, habitualmente acostumbrados a ser formados para el litigio de defensa de intereses privados, la oportunidad de exponerse a un tipo de litigio estructural y estratégico de interés público tendiente a producir cambios sociales, y generalmente asociado a una agenda de derechos humanos o de control del poder político. Las Clínicas sirvieron —y continúan sirviendo— como reservorio y formación de jóvenes profesionales que luego alimentaron los equipos de trabajo de las OSCs de derecho de interés público y de derechos humanos, así como parte de los planteles docentes de las mencionadas Facultades de Derecho.⁴¹ En el caso particular de este tipo de prácticas desde la sociedad civil tendientes a

⁴⁰ Los casos más relevantes de la región han sido los de las Universidades Diego Portales en Chile, la de Palermo en Argentina y la de los Andes en Colombia.

⁴¹ Abramovich, Víctor, "La enseñanza del derecho en las Clínicas Legales de Interés Público. Materiales para una agenda temática", en González, Felipe y Viveros, Felipe (eds.), *Defensa Jurídica del Interés Público. Enseñanza, estrategias, experiencias*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Serie de Publicaciones Especiales, Nro. 9, Santiago de Chile, 1999; McCutcheon, Aubrey, "Clínicas de asistencia legal en las universidades: Una presencia internacional creciente con innumerables beneficios", en McClymont, Mary y Golub, Stephen (eds.), *Caminando hacia la Justicia. El trabajo en el Área de Derecho de los Donatarios de la Fundación Ford en el Mundo*, Santiago de Chile, Fundación Ford, 2000; Smulovitz, Catalina, "Acciones en defensa de intereses públicos. Comentarios desde la ciencia política", en González Morales, Felipe (ed.), *Clínicas jurídicas y las acciones de interés público*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 1998.

provocar la decisión judicial, y a diferencia del caso anterior donde la activación se daba a partir de acuerdos de élites políticas, lo que se pone en marcha en estos casos es un mecanismo de *accountability* social que intenta controlar y forzar a rendir cuentas o a actuar al Estado con iniciativas que surgen desde la ciudadanía y que obligan a los jueces (control horizontal) a hacer su trabajo. Es de destacar que estos jueces podrían ser refractarios a esta propuesta de activación, pero lo cierto es que lo que sucedió en muchos países fue justamente lo contrario. El Poder Judicial no es un bloque homogéneo, sino que está compuesto por miles de jueces que deciden de un modo prácticamente independiente entre sí, lo que genera una amplia gama de posibilidades de acción, pues lo que un juez niega otro lo puede aceptar. Por otro lado, si los jueces están inclinados a tomar decisiones activistas, necesitan imprescindiblemente de estas OSCs, activistas individuales y Clínicas Jurídicas, que son los actores que les traen los casos para que ellos puedan tener la oportunidad de decidir. Como los jueces sólo se pronuncian en el contexto de casos o planteos abstractos, pero siempre traídos a sus estrados por algún actor, el activismo de los jueces, incluso cuando sean proclives a llevarlo a cabo, requiere de estos agentes activos en la sociedad civil para poder proceder.

La judicialización promovida por los propios jueces

Finalmente, y en relación con lo dicho al finalizar el párrafo anterior, la otra fuente de promoción de la judicialización pueden ser los propios jueces que, por diferentes razones optan por tomar decisiones activistas. Una de las razones para que ellos tomen esta iniciativa puede

ser su percepción de que la comunidad política está necesitada de un Poder Judicial que canalice reclamos de justicia que no ve reflejados en el trabajo de los órganos políticos del Estado (el Congreso y el Poder Ejecutivo, nacional, provincial o local). Este vacío en materia de representación de intereses o de solución de problemas sociales puede ser llenado por jueces que entienden que es su deber tomar las decisiones que el poder político no está tomando. Por otro lado, esta inclinación al activismo por diferentes incentivos, puede encontrarse con una sociedad civil también activa que al llevarle casos y planteos a los tribunales les brinda a los jueces la oportunidad de tomar decisiones que de otro modo no podrían tomar.

Condiciones para el Surgimiento o la Profundización de la denominada Judicialización de la Política

Para que la judicialización tenga lugar y para que los jueces puedan tomar decisiones denominadas activistas, parece ser necesario que se den ciertas condiciones estructurales que no necesariamente deben coincidir, pero que, cuando varias de ellas tienen lugar al mismo tiempo, generan el contexto propicio para que el fenómeno tenga lugar. Algunas de esas precondiciones más relevantes son las siguientes:

El establecimiento de un sistema de control judicial de constitucionalidad

Como mencioné más arriba, los sistemas de tradición continental inspirados en el modelo de judicatura surgida luego de la revolución

francesa, fueron diseñados sobre la base de una profunda desconfianza en los jueces.⁴² Esto implicó la expectativa de limitar sus facultades a la mera aplicación automática de la ley y la imposibilidad de que estos funcionarios, percibidos como burocráticos y apolíticos, no impidieran la implementación de las decisiones tomadas por el pueblo en procesos democráticos y deliberativos.⁴³ En Estados Unidos, por su parte, heredero del *common law* británico, se diseñó un modelo de Poder Judicial fundado en la desconfianza madisoniana de la voluntad política de las mayorías democráticas y en la consiguiente aspiración de proteger los derechos de las minorías que podrían ser afectados por aquellas. Esto dio lugar a la aceptación de un rol poderoso para los jueces de ese país consistente en la facultad de controlar la validez constitucional de las leyes y de toda norma emanada del gobierno que no se ajustara al mandato de la Carta Magna de esa nación. Esto es lo que en el mundo anglosajón se conoce como *judicial review* y que denominamos en español *control judicial de constitucionalidad*. Países como Argentina adoptaron este modelo en épocas tan tempranas como el mismo comienzo de su historia constitucional en el siglo XIX.⁴⁴ Otros países incorporaron ese modelo u otros similares en tiempos más recientes.

⁴² Uprimny Yepes, Rodrigo y Rodríguez Garabito, César, "Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia...", *cit.*

⁴³ Ibañez, Perfecto Andrés, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado Constitucional*, Madrid, Editorial Trotta, 2015.

⁴⁴ Ello se realizó, igual que en los Estados Unidos, por medio de la jurisprudencia. El fallo *Sojo* decidido por la Corte Suprema de Argentina, que reconoció a los jueces esta facultad, es llamativamente similar al caso *Marbury v. Madison*, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, piedra angular del *judicial review* en ese país. Ver Miller, Jonathan M., "Control de constitucionalidad: el poder político del poder judicial y sus límites en una democracia," *El Derecho*, Buenos Aires, 17 de octubre de 1986; Miller, Jonathan *et. al.*, *Constitución y poder político. Jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación*, Volumen 1, Buenos Aires, Astrea, 1987.

Hoy casi todos los países cuentan con un régimen de control de constitucionalidad que le da a los jueces en general (en cabeza de cada uno individualmente) o a un Tribunal Constitucional esta función. El que los jueces tengan habilitada esta instancia genera, por un lado, un incentivo para que activistas de la sociedad civil impulsen el tipo de iniciativas que se mencionaron más arriba y, por el otro, una oportunidad para que los jueces que tengan la voluntad de ejercer esa función activamente lo hagan. Es verdad que, como señalé para el caso argentino, los jueces han desarrollado, al igual que lo han hecho en el pasado sus pares de Estados Unidos, la doctrina que dieron en llamar de las *cuestiones políticas no justiciables*, por medio de la cual renunciaban a ejercer esa función de control en muchísimos casos, motivados posiblemente por una política de autoprotección y no confrontación con el poder político. También es probable que la posible evaluación de esos mismos magistrados de que no contaban o cuentan con el poder suficiente para hacer cumplir la sentencias que deberían dictar obligando al poderoso gobierno a hacer o dejar de hacer ciertas cosas, haya motivado una exacerbada cautela por parte de los jueces al momento de evaluar hasta donde debían llegar en el ejercicio del control de constitucionalidad. Sin embargo, cuando se dan ciertas circunstancias como las que veremos en los parágrafos siguientes, y ellas se combinan con la iniciativa de algunos jueces, a veces en la misma Corte Suprema o Corte Constitucional, de ejercer ese poder, el denominado activismo parece encontrar terreno fértil para desarrollarse.

Por otra parte, es preciso agregar que, incluso en los casos de países de tradición continental que han incorporado un modelo de control judicial de constitucionalidad (desde 1958, incluso Francia lo ha hecho), no

han imitado al *common law* en un rasgo que es idiosincrático de esta tradición anglosajona y que consiste en incorporar la regla de obligatoriedad del precedente (*stare decisis*). Esta carencia de los sistemas de control de constitucionalidad en países de tradición continental como los latinoamericanos, ha sido siempre un obstáculo y una prevención para iniciativas de litigio de interés público y para tomarse demasiado en serio el activismo judicial, dado que las decisiones de cada juez o tribunal en términos individuales, en principio y formalmente, no genera una obligación en otros magistrados en lo que respecta a decisiones que ellos deberán tomar en casos similares. La posibilidad de que los jueces no deban seguir obligatoriamente los precedentes de sus colegas, ni siquiera cuando ellos provienen de tribunales superiores o de la misma Corte Suprema, ha debilitado estas prácticas litigiosas desde la sociedad civil y han atenuado el impacto del activismo judicial en América Latina. Sin embargo, la fuerza de los precedentes, sobre todo cuando son establecidos por tribunales elevados en la jerarquía (Cortes Supremas, Tribunales Constitucionales, Cortes de Casación y Cámaras de Apelación), pese a no tener una fuerza normativa formal, son relativamente acatados por los tribunales inferiores. Por otro lado, las ONGs y otros activistas de derechos han utilizado diferentes estrategias, como el recurso a los medios de comunicación, para difundir precedentes que, por su adhesión social, son difíciles de modificar sin el consiguiente alto costo político y reputacional para el magistrado que lo haga. En este sentido, han surgido observatorios de jurisprudencia que intentan hacer *accountable* a los tribunales y a los jueces que los conforman, llamando la atención de la ciudadanía sobre las decisiones que ellos toman y "traduciéndolas" a un lenguaje comprensible

por lectores legos.⁴⁵ La prensa y otros mecanismos informales han sido utilizados para lograr un efecto equivalente, aunque menos intenso, que el que se logra con la regla del precedente en países del *common law*. Finalmente, la posibilidad de emitir sentencias en abstracto y generales declarando la inconstitucionalidad de una norma, o la posibilidad de decidir casos colectivos que impactan sobre clases de personas, también ha sido crucial para favorecer la judicialización. Este último punto será analizado en el siguiente párrafo.

Instrumentos procesales

Otra condición relevante para el proceso de judicialización de la política ha sido la creación o redescubrimiento de instrumentos legales que han permitido a la sociedad civil activar la jurisdicción (a los jueces) y a los magistrados para tomar decisiones de impacto colectivo sobre clases de personas, o declarando la inconstitucionalidad de una norma en términos generales y no sólo en el caso concreto como sucedía tradicionalmente. Dos instrumentos legales merecen especial atención: la declaración abstracta de inconstitucionalidad, y la tutela o amparo, su nombre varía de país en país (que puede además plantearse colectivamente por una clase de personas o por una organización que

⁴⁵ En este sentido, son de destacar los observatorios de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) de Argentina y de la Fundación Conectas Sur de Brasil. Ver <http://www.adccorte.org.ar/> y <http://www.conectas.org/>. También ver iniciativas similares que han logrado interesar a los medios de comunicación para hacer balances de períodos anuales de Cortes Supremas, como el que publicaron más de veinte periódicos de Argentina en 2007 y 2008. Por ejemplo, ver el suplemento anual 2007 *La Corte Suprema al alcance del ciudadano*, preparado por la ADC y publicado en septiembre de 2007 en los diarios *Clarín*, *La Nación* y otros 19 periódicos nacionales o del interior del país (www.adc.org.ar).

represente el interés de esa clase de individuos, como sucede en algunos países de América Latina como por ejemplo en Argentina y Brasil).

Respecto de la declaración abstracta de inconstitucionalidad, es preciso decir que en general, en los países que han adoptado el modelo de Estados Unidos de control de constitucionalidad, éste sólo puede ser realizado en el contexto de un caso particular y concreto que llega a los estrados de un juez. Todos los jueces tienen individualmente en este modelo la facultad de ejercer este control (esto convierte al sistema de control en *difuso*) y los efectos de su decisión son sólo para el caso concreto. En el modelo europeo continental de control de constitucionalidad, lo más habitual es que el control lo realice un órgano no estrictamente judicial y que pueda hacerlo en abstracto, esto es, sin que la decisión se deba tomar en el contexto de un caso concreto. Finalmente, esa decisión en abstracto tendrá alcance general (*erga omnes*).⁴⁶ La mayoría de los países de América Latina han incorporado diferentes modelos, pero luego de las reformas implementadas en países como México y Colombia,⁴⁷ los sistemas de control de constitucionalidad se asemejan bastante al norteamericano aunque se han introducido, a veces, rasgos del sistema europeo. En el caso argentino, por ejemplo, el sistema es casi idéntico al de Estados Unidos (excepto por no contar con regla de precedente), pero en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,

⁴⁶ Glendon, Mary *et al.*, *Comparative Legal Traditions*, Minnesota, St. Paul, 1994, Capítulo 3, pp. 130-165.

⁴⁷ Domingo, Pilar, "La judicialización de la política: El nuevo perfil de la Suprema Corte...", *cit.*; Uprimny Yepes, Rodrigo y García-Villegas, Mauricio, "Corte Constitucional y emancipación social en Colombia", en De Sousa Santos Boaventura (coord.), *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

por ejemplo, se ha incorporado en la Constitución local la posibilidad de solicitar al Tribunal Superior una declaración abstracta de inconstitucionalidad por parte de personas jurídicas (OSCs, por ejemplo). Por la facilidad que implica tramitar este tipo de casos en los que no hay contraparte, y por los efectos generales de la sentencia, este tipo de instrumentos han servido para activar a las OSCs en la realización de estrategias de litigio de interés público y a los jueces para tomar decisiones activistas en respuesta y aprovechando la oportunidad que esos planteos les brindan.

Por otro lado, la incorporación de acciones protectorias de derechos constitucionales con procedimientos ágiles y rápidos, ha también disparado una hiperactividad litigiosa desde la sociedad civil y su consiguiente activismo judicial.⁴⁸ Los casos más paradigmáticos en este sentido son los de Colombia con su tutela, Argentina con su amparo (y en particular la incorporación del amparo colectivo),⁴⁹ el de México con su

⁴⁸ Smulovitz, Catalina, "Ciudadanos, derecho y política", en González Morales, Felipe, *Las acciones de interés público*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 1997; Smulovitz, Catalina, "The Discovery of Law...", *cit.*; Smulovitz, Catalina, "Petitioning and Creating Rights: Judicialization in Argentina", en Sieder, Rachel *et. al.* (eds.), *The Judicialisation of Politics in Latin America*, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005; Domingo, Pilar, "Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? ...", *cit.*

⁴⁹ Constitución Argentina, Artículo 43: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y

acción constitucional y el de Brasil con la acción popular. El poder de estos instrumentos legales se incrementa cuando, como en el caso del amparo colectivo establecido en 1994 en Argentina, el reclamo puede ser planteado por una asociación civil que diga defender el interés o derecho de una clase de personas en situación equivalente (de discriminación, por ejemplo), logrando decisiones que *de hecho* son de alcance general y que se convierten en verdaderas órdenes emanadas del Poder Judicial a los Poderes Legislativos y Ejecutivos. La posibilidad de interponer estas demandas ha motivado acciones judiciales por parte de OSCs referidas a igualdad de acceso a servicios públicos, igualdad en el acceso a la educación, cuestiones ambientales, y hasta acciones dirigidas a controlar el funcionamiento de los órganos del estado.⁵⁰

La combinación de estos instrumentos procesales que estimulan la actividad litigiosa de las OSCs y de los activistas individuales de derechos humanos y acciones de interés público, se potencia con la facultad antes descrita que se le reconoce a los jueces de ejercer el control de constitucionalidad. Por supuesto, y como dije anteriormente, el nivel de litigiosidad aumentaría aún más si al activismo litigioso de la sociedad civil, estimulado por instrumentos procesales como los anteriormente señalados y el establecimiento del control judicial de constitucionalidad,

formas de su organización". El énfasis es mío. Ver Sabsay, Daniel, "El denominado 'amparo colectivo' consagrado en la reforma constitucional de 1994", en González Morales, Felipe, *Las acciones de interés público*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 1997.

⁵⁰ Maurino, Gustavo et. al., *Las acciones colectivas: Análisis conceptual, constitucional, jurisprudencial, procesal y comparado*, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, 2005.

se le agregara esa característica tan particular del *common law* que es la regla de obligatoriedad del precedente o *stare decisis*. Si este fuera el caso, una OSC que representara los intereses de las personas con discapacidad, por ejemplo, sin necesidad de contar con una cesión explícita de representación en juicio, podría motivar una decisión judicial que impidiera la aplicación de una ley considerada por el juez y por la reclamante como inconstitucional y su impacto sería de índole general, deteniendo la aplicación de esa norma para todos los casos, en un ejercicio de virtual derogación legislativa por medio de una acción judicial. Este tipo de situaciones se han dado, por ejemplo, con la aplicación del amparo colectivo que estableció la Constitución argentina de 1994.

Confianza de la ciudadanía en los tribunales y desconfianza en la representación política tradicional

La hiperactividad litigiosa de OSCs que provoca, en algunos casos, un incremento de la actividad de los jueces en el sentido que describimos al comienzo de este ensayo, no sería posible si no mediara una relativa confianza en que esos jueces serán receptivos de las demandas que se les plantean. Aquí se da una situación relativamente paradójica, pues en casi todas las encuestas de la región sobre confianza de la gente en el Poder Judicial, los niveles de aprobación de éste poder del Estado son relativamente bajos en todos los casos. Sin embargo, podemos intentar una explicación que dé cuenta de esta aparente paradoja entre desconfianza de la ciudadanía hacia los jueces y recurso a ellos con reclamos que muchas veces intentan reemplazar la decisión política que debería haberse dado o debería darse en el ámbito de los

órganos políticos de gobierno. Por un lado, el Poder Judicial tiene la característica de no ser un poder monolítico o totalmente jerárquico. Si bien en el contexto de países que se inscriben en la tradición continental, la estructura judicial tiende a ser jerárquica, de modo de que los tribunales superiores (Cámaras de Apelaciones o Cámaras de Casación)⁵¹ tienen cierto poder de disciplinamiento de los inferiores, lo cierto es que cada juez es independiente del resto y debe decidir el caso que llega ante él en forma autónoma, autonomía que se profundiza cuando no existe regla de obligatoriedad de precedente (a este fenómeno se lo denomina *independencia interna*). Esto significa que dentro de un poder judicial compuesto por miles de magistrados que piensan de modo diferente sobre una multiplicidad de temas, las posibilidades de lograr una decisión favorable a las pretensiones que se reclaman no son escasas (esto a veces motiva lo que se denomina *forum shopping* o búsqueda del tribunal que se anticipa será más afín al reclamo). Además, si bien es cierto que los tribunales jerárquicamente superiores pueden ser menos activistas que los inferiores en un caso determinado, también es cierto que no todos los casos llegan a esas instancias superiores, pues para ello se requiere, por ejemplo, que la parte perdedora solicite la apelación, que ésta le sea concedida y que el tribunal superior falle a su favor. En algunos casos, esto no sucede, quizá, por ejemplo, en el caso en el que el condenado por un tribunal inferior sea el Estado o una empresa, éstos no quieren exponerse al desgaste de un juicio que se alarga y alcanza llegar a esos tribunales superiores, o a la posibilidad de perder el caso en esas instancias superiores

⁵¹ Damaska, Mirjan, *Las dos caras de la justicia y del poder. Análisis comparado del proceso legal*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

en las que la repercusión pública y el impacto político del caso es más amplio y generalizado, con el costo reputacional consiguiente. Por otra parte, el éxito logrado por alguna OSC, un activista individual o una víctima en un tribunal, anima a otros en similares circunstancias a intentar imitar la estrategia. Además, usualmente frente a crisis políticas, los cambios introducidos en el proceso de designación de jueces, implementando reformas que le proveen de mayor transparencia y posibilidades de participación de la ciudadanía, inspiran en la ciudadanía una mayor confianza en los jueces de modo de que se sienten más estimulados a iniciar acciones que en otro momento pensaba no tendrían ningún futuro.⁵² Finalmente, el activismo de los jueces en causas de interés público o de ejercicio de derechos que claramente impactan en la calidad de vida de la gente, inician un círculo virtuoso de mayor litigiosidad que desencadena un mayor activismo, como veremos en el parágrafo siguiente.

Proclividad del Poder Judicial

El Poder Judicial, como señalé al comienzo de este ensayo, fue concebido en la mayoría de las repúblicas occidentales surgidas luego y bajo la inspiración de las revoluciones francesa y la de Estados Unidos, como un poder encargado de controlar a los gobiernos en cuanto al respeto que éstos le deben a las constituciones. Esas constituciones establecen

⁵² Esto sucedió en Argentina luego de la profunda crisis del 2001 y de los cambios introducidos en la designación de jueces de la Corte Suprema y de los tribunales federales en 2003. Ver Asociación por los Derechos Civiles, *La Corte y los Derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2005.

generalmente una división de jurisdicciones entre el gobierno central y los gobiernos locales, una división de poderes entre los ejecutivos y los legislativos (y de ambos con el judicial), y un límite al gobierno que consiste en la prohibición de que éste avance sobre los derechos reconocidos en la Constitución. Sin embargo, como señalé más arriba, los jueces, en la mayoría de los países de la región, han sido muy cautelosos en el ejercicio de este importantísimo rol de contralor y árbitro del sistema político, autolimitándose en extremo al ejercer ese poder, desarrollando, por ejemplo, doctrinas como la mencionada en el comienzo de este ensayo, de las *cuestiones políticas no justiciables*.⁵³ Una de las posibles explicaciones para esta autolimitación puede encontrarse en el hecho de que el Poder Judicial, como se suele decir, no tiene ni la espada ni la bolsa, en el sentido de que no cuenta ni con el poder de la fuerza ni con el poder del dinero. Es, según algunos autores, el poder menos peligroso de los tres, en comparación con el Legislativo y el Ejecutivo.⁵⁴ El poder de los jueces parece sólo apoyarse en su propia legitimidad, y esa legitimidad, a su vez, se genera a partir del modo en que son designados y la manera en que fundan sus decisiones de un modo razonado y con la mayor apariencia de neutralidad posible.⁵⁵ Esta debilidad estructural del Poder Judicial lo convierte en

⁵³ Ver la evolución de esta doctrina en el caso argentino en Nino, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional...*, cit.

⁵⁴ Bickel M., Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.

⁵⁵ Fiss, Owen, "The Right Degree of Independence", *The University of Miami Inter-American Law Review*, Vol. 25, 1993, p. 57. También publicado en Fiss, Owen, *The Law as It Could Be*, Nueva York, New York University Press, 2003, p. 59. También: de S.-O.-LÉ. Lasser, Mitchel, *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

altamente vulnerable frente a ataques y presiones, sobre todo de los fuertes Poderes Ejecutivos de los presidencialismos latinoamericanos. Si bien la mayoría de las constituciones de la región prevén diferentes estrategias para darle fortaleza a los jueces frente a estas poderosas amenazas (el carácter vitalicio de sus mandatos, la intangibilidad de sus salarios, etc.), sabemos que el poder político siempre ha encontrado la forma de amenazar la independencia judicial, a través, por ejemplo, de amenazas de juicios políticos, denuncias ante los Consejos de la Magistratura encargados de imponer sanciones disciplinarias a los magistrados, promociones, etc. Sin embargo, y debido a una multiplicidad de circunstancias, algunos poderes judiciales, algunos tribunales en particular o algunos jueces en forma individual han tomado la iniciativa de suscribir decisiones que, a la vez de ser independientes, generaron en la sociedad la expectativa de que se podía confiar en el Poder Judicial, con muchas prevenciones, claro. A veces, esta iniciativa se da por el conocimiento de los magistrados de que tienen espacio político para avanzar con decisiones activistas que antes no parecían ser toleradas por el poder político. Este podría ser el caso de la Corte Suprema de México respecto de decisiones en materia electoral hacia el final del período dominado por el PRI.⁵⁶ Otras veces, los tribunales han optado por avanzar con decisiones que, si bien pueden ser irrelevantes o no para el poder político, son de fundamental importancia para la gente y su vida cotidiana, ganando una enorme confianza y aprobación por parte de la ciudadanía en base a casos cuya resolución y remedios estructurales benefician a millones o miles de personas en lo que hace a su

⁵⁶ Domingo, Pilar, "La judicialización de la política: El nuevo perfil de la Suprema Corte..." *cit.*

calidad de vida. Los casos más paradigmáticos en este sentido en la región podrían ser la Corte Constitucional de Colombia desde mediados de los 90s y la Corte Suprema de Argentina en los años posteriores a la dictadura (de 1984 a 1987) y después de su renovación parcial a partir de 2003 y luego de una década de desprestigio, sospechas de corrupción y anuencia ciega con las iniciativas palmariamente inconstitucionales del Gobierno de Menem, sobre todo referidas al proceso de privatizaciones que impulsó el Presidente y la estrategia de acumulación de poder en manos del ejecutivo.⁵⁷ La Corte colombiana, por ejemplo, asumió la iniciativa de tomar posición en temas tan variados como corrupción política, emergencia, autonomía personal, derechos de minorías étnicas y culturales, poblaciones estigmatizadas (presos y desplazados internos), aspectos de la política económica, y protección de derechos sociales (como salud y educación).⁵⁸ La Corte Suprema de Argentina, por su parte, decidió o decidió activarse en al menos tres casos que le dieron una enorme legitimidad pública recobrando una importante porción del crédito perdido. Me refiero a un caso ambiental (la limpieza de un brazo del Río de la Plata que afecta a una parte importante de la población de la Ciudad de Buenos Aires desde hace décadas), un caso de condiciones de detención (referido a la necesidad de implementar políticas carcelarias que impidan la superpoblación en las prisiones de la Provincia de Buenos Aires)⁵⁹ y los derechos de los pensionados (exigiéndole al Estado que actualice los montos que

⁵⁷ Verbitsky, Horacio, *Hacer la Corte: La creación de un poder sin control y sin justicia*, Buenos Aires, Planeta, 1993.

⁵⁸ Uprimny Yepes, Rodrigo, "La judicialización de la política en Colombia...", *cit.*

⁵⁹ CELS, *La lucha por el derecho...*, *cit.*

perciben millones de jubilados). Esta tendencia de algunos tribunales o jueces inferiores en términos individuales es una consecuencia pero también una causa y condición de una creciente judicialización y activismo judicial.

Impacto y riesgos de la denominada judicialización de la Política

Diferentes autores académicos y activistas han llamado la atención tanto sobre los beneficios como sobre los riesgos y aspectos negativos de la llamada judicialización de la política. Entre estos últimos, encontramos críticas que encuentran fundamentos en teorías democráticas que no toleran la interferencia del Poder Judicial con las decisiones de gobiernos democráticos, así como objeciones basadas en rasgos estructurales que distinguen al proceso de decisión que tiene lugar en los tribunales y que afectan la posibilidad de tomar ese tipo de decisiones o a la de hacerlas cumplir. Veamos a continuación algunos de los argumentos que se han desarrollado en uno u otro sentido.

Críticas al activismo judicial fundadas en teorías democráticas

Muchas democracias constitucionales, y este es también el caso de las de América Latina, han optado por reconocer a los jueces el rol de controlar la constitucionalidad de las decisiones tomadas por el gobierno desde cualquiera de sus órganos políticos, facultad que se conoce como control de constitucionalidad. El modo en que se ejerce este control y

el alcance que se le da a éste, sin embargo, dependerá de la concepción de la democracia que se tenga y del lugar que en ella se le dé a los jueces, formando ellos parte de un órgano que no se legitima por medio del voto ni por la representación política. Todo lo contrario, dado que su rol es el de controlar a las mayorías representadas en el gobierno y cuyo poder es el de tomar decisiones públicas, el diseño institucional generalmente protege y aleja a los jueces de cualquier influencia que sobre ellos pueda ejercer la mayoría política coyuntural. La opción por una judicatura con cargos vitalicios o con mandatos muy extendidos, y con mecanismos de remoción compleja de sus miembros es una estrategia habitual que busca aislar a los jueces de la presión democrática de las mayorías. Las teorías constitucionales que entienden el límite constitucional al gobierno como uno de tipo robusto y sustantivo, que incluye no sólo obligaciones negativas (como la obligación de no censurar, por ejemplo),⁶⁰ sino también obligaciones positivas (como la de asegurar el acceso a la salud, a la educación, o una regulación que proteja la diversidad de voces en un sistema democrático, por ejemplo), esperará de los jueces una actividad que muchas veces entrará en conflicto con la expectativa de que en una democracia la voluntad mayoritaria no debería ser desconocida y mucho menos anulada. Las teorías constitucionales que depositan una gran confianza en la sabiduría de la voluntad mayoritaria, verán al rol de los jueces como uno parecido al de un *referee* de un partido de fútbol, encargado de velar por el cumplimiento de las reglas del juego democrático en lugar entenderlo

⁶⁰ Saba, Roberto P., "La Constitución como Límite (Positivo y Negativo): El Caso de la Igualdad ante la Ley", en Gargarella, Roberto (comp.), *La Constitución 2020*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.

como un actor facultado a tomar decisiones que se asimilan a decisiones políticas o de políticas públicas que sólo el pueblo puede tomar desde esta perspectiva democrático-constitucional.⁶¹ Estas últimas posiciones, también denominadas democrático-radicales, verán con suma sospecha, y tendrán fuertes críticas frente a, cualquier avance de los jueces por sobre las atribuciones que serían privativas de las mayorías democráticas. La famosa y añeja prevención contra el gobierno de los jueces deriva de esta teoría democrático-constitucional. Por lo tanto, una primera crítica al activismo judicial está fundada en una teoría democrática que no reconoce en un órgano contramayoritario como el Poder Judicial, la facultad de contradecir la voluntad mayoritaria, a menos que, y para quienes adhieren a una versión más permisiva de la iniciativa judicial, los jueces actúen para impedir un movimiento político que no ha respetado procedimientos democráticos, pero hasta allí llegaría el permiso que estas teorías otorgarían a los jueces para avanzar sobre la política (un ejemplo de ellos podrían ser decisiones referidas a fraudes electorales o discriminaciones operadas en el proceso electoral).

Una variante de esta crítica democrática al activismo judicial, surge de la idea de que existen algunos temas que, por ser complejos e involucrar problemas o dilemas morales profundos, requieren de una amplia deliberación pública que no puede ser desplazada o impedida por la decisión judicial. Como la actividad de los jueces en torno al control de constitucionalidad requiere de la interpretación del texto constitu-

⁶¹ Ely, John, *Democracia y desconfianza*, Colombia, Universidad de los Andes, 1997, Capítulo 4, pp. 97-131; Gargarella, Roberto, "Constitución y democracia", *cit.*; Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996.

cional, algunas teorías inscriptas dentro del denominado *constitucionalismo democrático*,⁶² entienden que esa interpretación debe darse en el seno de los cuerpos deliberativos de gobierno o en la opinión pública en general. De este modo, el activismo judicial es percibido como un obstáculo a la deliberación pública de temas complejos, que muchas veces involucran decisiones morales, y que requieren de cierto grado de consenso popular para su decisión (el ejemplo clásico en este sentido es el de la despenalización del aborto).

Críticas al activismo judicial fundadas en la incapacidad técnica o estructural de los jueces para tomar decisiones relacionadas con políticas públicas

Por otro lado, aun cuando no se comparta la objeción democrática al activismo judicial descrita en el párrafo anterior, otra clase de críticas proviene de la creencia de que el Poder Judicial es incapaz de tomar decisiones que se relacionen o consistan en detener o impulsar políticas públicas. Esa incapacidad puede fundarse en dos tipos de razones. Por un lado, se entiende que ella se relaciona con la falta de *expertise* por parte de los jueces para conocer, criticar o decidir respecto de la enorme variedad de políticas públicas que se vinculan con los casos que deciden (políticas carcelarias, de salud, de educación, anti-discriminatorias, de seguridad social, ambientales, etc.). Sencillamente, se argumenta desde esta perspectiva, los jueces no están preparados

⁶² Post, Robert y Siegel, Reva, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre constitución y pueblo*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.

para tomar esas decisiones. Su conocimiento sobre estas complejas políticas públicas es algo que no poseen ni podrán poseer, ni siquiera recibiendo asesoramiento. Estas políticas se diseñan y construyen a lo largo de años de trabajo incremental realizado por expertos y expertas en cada materia y simplemente el magistrado, en la soledad de su despacho, no puede reemplazar este complejo proceso de decisión técnica.

Por otro lado, también se argumenta que esa incapacidad de los jueces se funda en una característica estructural del proceso de decisión que consiste en que ellos tienen que tomar posición frente a casos puntuales que llegan a sus estrados y que justamente por ese motivo, por decidir en un caso aislado del contexto en el cual no se considera una variada gama de fenómenos y cuestiones ajenas al caso pero que están fuertemente relacionadas con la política en cuestión, el juez está incapacitado de dar una respuesta sistémica. También es cierto que otra crítica en un sentido similar, aunque simétrico, sostiene que como la resolución de algunos casos sólo puede darse desde una perspectiva sistémica, y como el juez no está preparado para darla por el tipo de procesos que deben seguir para dar su veredicto, entonces no debería estar facultado para decidir ese caso. En otras palabras, si la superpoblación carcelaria se generara por una pésima política pública de persecución penal originada en errores de diseño de esa política, una deficiente política de construcción de cárceles y el incremento de la aplicación de la prisión preventiva por decisiones individuales de jueces presionados por la opinión pública que reclama mano dura con los procesados, se dirá, desde el punto de vista de esta crítica, que un juez aislado en su despacho, que no es experto en ninguna de las políticas señaladas, que no maneja ni tiene control sobre el presupuesto ni sobre

los otros jueces que aplican esa prisión preventiva, no puede decidir el caso de uno de esos reclusos que reclaman por mejores condiciones de detención (mejor alimentación, más espacio por individuo, recreación, etc.) en forma aislada, dado que la causa del problema es estructural y requiere una respuesta estructural.

Frente a estas críticas, algunos tribunales han optado por no abandonar el activismo, pero, al mismo tiempo, por no dejar de intervenir en ese tipo de casos. La decisión del juez en cualquier caso termina con la orden a la parte perdedora de que active un *remedio* (concepto extraído del derecho anglosajón).⁶³ Ese remedio, en el caso de estos jueces, en lugar de ser una política pública concreta, consiste en la orden de adecuación, por parte del Estado, de las políticas actuales a los marcos constitucionales dentro de los cuales el tribunal exige que la política, decidida por los órganos políticos, se adecuen. En el caso argentino, la Corte Suprema de Justicia decidió un caso similar al de mi ejemplo hipotético anterior sobre la política carcelaria y las prisiones superpobladas, pero en lugar de exigir al estado provincial (se trataba de un caso contra un estado local) una política particular, le ordenó a ese estado tres cosas: al Poder Legislativo, que sancionara una ley que tienda a reducir la cantidad de presos con prisión preventiva; al Poder Judicial provincial, que instrumentara las medidas necesarias para que los jueces se limitarán a aplicar la prisión preventiva exclusivamente en los casos

⁶³ Dobbs, Dan B., *Law of Remedies: Damages, Equity, Restitution (Hornbook Series Student Edition)*, Minnesota, West Publishing Company, 2a. edición, 1993; Fiss, Owen y Rendleman, Doug, *Injunctions*, University Casebook Series, Nueva York, The Foundation Press, Inc., 2a. edición, 1984; Bergallo, Paola, *op. cit.*

en los que no fuera posible evitarla; y al Poder Ejecutivo, que implementara una mesa de diálogo con la demandante, en este caso una ONG de derechos humanos, y con aquellas organizaciones que presentaron *amici curiae* (opiniones expertas de personas ajenas a la causa) para que juntos acuerden una política carcelaria que se acomode al mandato constitucional. De este modo, la Corte Suprema entendió que no renunciaba a su facultad de control judicial de constitucionalidad de la actividad del gobierno y que, al mismo tiempo, no interfería con las facultades políticas del gobierno democrático de decidir la política carcelaria.⁶⁴ Este tipo de decisiones novedosas y creativas que los jueces han intentado elaborar para no caer en la crítica de las posiciones democráticas que he descripto más arriba, se inscriben dentro de lo que algunos autores han denominado *experimentalismo judicial*, en el sentido de que no existe un solo y único modelo de respuesta judicial a este tipo de casos, sino que los jueces deben experimentar con remedios que crean se acomodan a las particularidades de cada situación.⁶⁵

Críticas al activismo judicial fundadas en la incapacidad para ejecutar las decisiones judiciales que impactan sobre la política

Finalmente, otra objeción al activismo judicial proviene de la incapacidad de los jueces de lograr, cuando su decisión implica la toma de una

⁶⁴ El caso al que me refiero se conoce como caso *Verbitsky* y fue impulsado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Una descripción del caso y de sus implicancias para el tema que nos ocupa puede verse en CELS, *La lucha por el derecho...*, cit.

⁶⁵ Sabel, Charles y Simon, William H., "Destabilizing Rights: How Public Law Litigation Succeeds", *Harvard Law Review*, núm. 117, 2004.

decisión política o la implementación de una política pública, que ella se cumpla. Aún cuando haya acuerdo en la legitimidad de los jueces para tomar decisiones denominadas activistas, e incluso si se reconoce que se encuentran capacitados para tomar esas decisiones, la objeción remanente podría ser que ellos no cuentan con las herramientas necesarias para forzar el cumplimiento de su decisión (volvemos así a la idea mencionada del poder "menos peligroso"). Supongamos que la afectación del derecho en cuestión encuentre como causa una legislación o una política pública deficitaria que requiera de una decisión legislativa y de presupuesto (que también depende de una decisión legislativa), como en el caso que mencioné más arriba sobre superpoblación carcelaria. Supongamos además que el juez decide, fundado en su obligación de controlar la constitucionalidad del proceder del gobierno, que éste debe legislar al respecto o construir más cárceles. En este caso, el cumplimiento de la decisión judicial está supeditado al procedimiento de votación parlamentaria previsto en la Constitución para tomar este tipo de decisiones. Si en el Parlamento no se reuniera la mayoría necesaria para cumplir con la sentencia judicial, el juez que la dictó no tiene a su alcance posibilidad alguna de forzar esa decisión. Esta incapacidad para ejecutar sentencias que requieran remedios estructurales que dependen del poder político, si éste no respondiera y obedeciera, socava la autoridad del juez que ordenó la medida y, a la larga, orada su poder de controlar al gobierno respecto de la constitucionalidad de sus actos. Este es el dilema en el que se encuentran encerrados los jueces cuando descubren que su facultad de control de constitucionalidad del accionar del gobierno en casos de violaciones estructurales de derechos, requiere de ellos una decisión que implica la puesta en marcha de un remedio también estructural que depende de la voluntad política

de aquél que está obligado, voluntad que el Poder Judicial no tiene ninguna capacidad de forzar. Algo similar sucede con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando ellas también exigen un remedio estructural en función de lo establecido por el ya citado artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Críticas al activismo y al litigio de impacto estratégico por no ser efectivo con los fines que persigue

Dos críticas importantes se han dirigido desde la literatura y desde la política al litigio de interés público (estratégico o de impacto) que llevan a cabo las OSCs o los activistas individuales y que alcanzan también al activismo judicial en forma indirecta. La primera de esas críticas está fundada en la imposibilidad de saber con certeza cuál será el impacto real de la decisión judicial buscada, con miras a producir un cambio social o de política pública. El litigio estratégico aspira a formar parte de una acción compleja que incluye el *advocacy*, la comunicación, el *lobby* y otros medios con el fin de cambiar una política gubernamental o una práctica social. Algunos autores han intentado demostrar que la relación de causa-efecto entre ese litigio y la decisión que se logre (incluso cuando sea la buscada) no necesariamente impactará positivamente en el éxito del cambio buscado. Según esta tesis, la causalidad está sujeta a una enorme cantidad de variables que no se manejan en el litigio en cuestión, de modo que el resultado de un pleito, incluso cuando exitoso, puede impactar negativamente y en contradicción con los objetivos buscados. En otras palabras, el litigio y la decisión activista del juez pueden hacer más o menos daño a la causa a la que intentan

contribuir. La certeza sobre el impacto de la decisión tomada por un tribunal de justicia, estimulada en muchos casos por activistas de la sociedad civil, sobre la política que se intenta cambiar, es tan incierto que se parece a un disparo en la oscuridad.⁶⁶

La otra crítica se refiere a la falta de representatividad de la OSC que impulsa el caso y, por consiguiente, la falta de legitimidad de la decisión del juez que intenta ayudar a un grupo de víctimas que en muchos casos no han sido parte de la controversia judicial. En algunos casos de litigio de interés público se involucra a las víctimas y en ellos esta crítica es más débil, pero en los casos en los que una OSC se arroga la representación vicaria de un grupo de víctimas que jamás consintieron ser representadas en la causa judicial, se eleva el poder de esta objeción.⁶⁷

Algunas conclusiones: Debates paralelos sobre judicialización

En este breve ensayo he tratado de recorrer los diferentes debates que sobre el fenómeno de la denominada judicialización de la política se han planteado en la literatura y la discusión académica y política especializada, así como sobre los diferentes aspectos de ese intercambio de ideas referidos a subtemas relacionados con ese fenómeno.

Es preciso destacar que importantes porciones de esa literatura y de esos debates parecen correr por líneas paralelas sobre las cuales sería

⁶⁶ Rosenberg, Gerald N., *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?*, Chicago, The University of Chicago Press, 1997.

⁶⁷ Peruzzotti, Enrique, "Civil Society, Representation and Accountability...", *cit.*

conveniente explorar relaciones mutuas e intentar cruzar, de modo de enriquecer los intercambios y mejorar así la comprensión del objeto de estudio. A modo de ejemplo, podemos decir que se observa, en primer lugar, un núcleo robusto de discusión en torno a lo que algunos autores y autoras, sobre todo desde la ciencia política y las ciencias sociales, han denominado la judicialización de la política, caracterizado por la preocupación y curiosidad intelectual acerca del avance de las decisiones de los jueces sobre dominios a veces percibidos como privativos de la política. Esta percepción ha nutrido una rica discusión acerca del modo en que cierto repliegue o fracaso de los mecanismos tradicionales de representación han dado lugar a un reemplazo de instancias democráticas de decisión por los tribunales como nuevas ágoras políticas, carentes sin embargo de legitimidad democrática. Este debate también ha indagado sobre el impacto positivo y negativo, que esta judicialización tiene sobre la construcción de un régimen democrático de gobierno signado por la tradicional representación política, el respeto de los derechos constitucionales y la vigencia del *rule of law*.

Este debate emergente en forma predominante entre politólogos, se encuentra fuertemente relacionado con otro núcleo de preocupación, éste más predominante en la teoría jurídica y constitucional, con el que los primeros dialogan llamativamente muy poco, salvo algunas excepciones.⁶⁸ Me refiero a la literatura dirigida a desnudar, y a veces a superar, a la aparente paradoja que encierra el régimen democrático constitucional al suponer compatibles un sistema democrático de autogobierno y el

⁶⁸ Algunas de ellas son los trabajos ya referidos de Pilar Domingo, Rodrigo Uprimny, Enrique Peruzzotti, Catalina Smulovitz y Roberto Gargarella, que intentan construir puentes entre estos dos dominios.

establecimiento de un límite a ese gobierno.⁶⁹ Una provincia de este debate se corresponde con aquella producción referida a los cuestionamientos y defensas del modelo de control judicial de constitucionalidad y la denominada objeción contramayoritaria. Estos debates tienen como protagonistas a constitucionalistas o teóricos del derecho que rara vez se involucran con los protagonistas del debate sobre judicialización, pese a que ambos núcleos de discusión se encuentran fuertemente imbricados. Es verdad que el debate sobre judicialización intenta ser más descriptivo que normativo y que sucede exactamente lo inverso con el debate sobre el rol de los jueces en un régimen democrático constitucional con control judicial de constitucionalidad, sin embargo, también es cierto que el primero comprende presupuestos normativos acerca de los cuales puede enriquecerse tomando ideas del segundo y que el segundo supone cuestiones descriptivas sobre las que podría abreviar en el primero.

Otro eje de discusión y producción académica desde la esfera de lo jurídico es más reciente que el anterior, pero ha revitalizado, al menos en el hemisferio sur, sobre todo en algunos países de América Latina, como Argentina, Colombia y México, como así también India y Sudáfrica, el debate sobre democracia, constitución y los límites al rol de los jueces en velar por el respeto de esta última sin debilitar el rasgo deliberativo de la primera. Me refiero a la abundante producción que ha tenido lugar, muchas veces estimulada por decisiones paradigmáticas de

⁶⁹ Entre los trabajos que han expuesto esta paradoja, se pueden mencionar los siguientes: Nino, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa*, *cit.*; Holmes, Stephen, *op. cit.*; Elster, Jon, "Regla de mayoría y derechos individuales", *cit.*; Gargarella, Roberto, "Constitución y democracia", *cit.*; Dworkin, Ronald, *op. cit.*

Supremas Cortes o Cortes Constitucionales de esos países que han tomado la iniciativa de exigir a sus Estados medidas positivas para lograr la efectiva vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales, o de derechos civiles y políticos cuya afectación reside en una política estructural, o la falta de ella. Este debate que es hoy frondoso y que se encuentra alimentado por una enorme cantidad de material, datos, y matices, no sólo parece haber pasado relativamente desapercibido entre aquellas personas interesadas desde la ciencia política por la judicialización, sino también por importantes sectores académicos dedicados al derecho y la teoría constitucional. Una posible explicación de este hiato, al menos en el dominio del derecho, puede estar dado por el hecho de que el debate constitucional en América Latina, sobre todo aquel referido a la dificultad contramayoritaria, ha sido influido y estimulado por discusiones académicas surgidas sobre todo en Estados Unidos, país en el que la tradición dominante del pensamiento jurídico no reconoce la unicidad que habitualmente se le concede a los derechos sociales en Europa o América Latina.

Otro importante cuerpo de literatura se relaciona con la naciente práctica en el seno de la sociedad civil de América Latina denominada de derecho de interés público, nacional e internacional, según la cual el derecho puede ser utilizado para promover cambios sociales a través de la estimulación de la decisión judicial por medios de casos paradigmáticos inscriptos en una estrategia política diseñada para avanzar con una agenda particular (lucha contra la pobreza, la discriminación, a favor del medio ambiente, etc.).⁷⁰ Esta literatura focaliza sobre la actividad liti-

⁷⁰ Por ejemplo, Dezalay, Yves y Garth, Bryant G. Garth, *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists, and the Contest to transform Latin American States*, Chicago, University

giosa de la sociedad civil y tiene su contracara en los debates que tienen lugar, por un lado, sobre activismo judicial (igualmente alabado y demonizado, dependiendo de las posturas normativas que se adopten en el contexto del debate sobre democracia y control judicial de constitucionalidad), y por otro, con la cuestión de la *accountability* u obligación de rendición de cuentas de los gobiernos frente a la ciudadanía.

Es fascinante observar la forma en que cada uno de estos debates ha generado comunidades locales e internacionales de discusión, autores que son referentes en cada uno de ellos, líneas de trabajo más o menos antiguas que es posible detectar y seguir hasta sus orígenes (agendas de fundaciones internacionales, universidades, ONGs del norte y del sur, eventos políticos que operaron como disparadores, etc.). También es sorprendente el espacio que separa entre sí a estas comunidades de deliberación académica, política y activista. El potencial de comenzar a cruzar estas discusiones con el fin de lograr una mejor comprensión de los fenómenos que preocupan a todas estas personas y escuelas de pensamiento, es realmente enorme y el desafío sumamente estimulante. Aspiro a que este breve ensayo estimule ese urgente y necesario intercambio.

of Chicago Press, 2002; Trubek, David M. *et al.*, "Global Restructuring and the Law: Studies of the Internationalization of Legal Fields and the Creation of Transnational Arenas", *Case W. Res. Law Review*, Vol. 44, 1994, p. 407; Trubek, Louise G., "Crossing Boundaries: Legal Education and the Challenge of the 'New Public Interest Law'", *Wisconsin Law Review*, 2005, p. 455; Cummins, Scott L., "The Internationalization of Public Interest Law," *Duke Law Journal*, Vol. 57, 2008, p. 891; Bohmer, Martín, "La inexistencia del derecho de interés público", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Nro 4, 1998.

Bibliografía

AA.VV., *Los límites de la democracia*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA 2004, Buenos Aires, 2004.

AA.VV., *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA 2002, Buenos Aires, 2002.

AA.VV., *Derecho y Pobreza*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA 2005, Buenos Aires, 2005, pp. 161-186.

AA.VV., *Rompiendo la indiferencia. Acciones ciudadanas en defensa del interés público*, Fundación Ford, Santiago de Chile, 2000.

AA.VV., *Sociedad Civil y Reforma Judicial en América Latina*, Centro Nacional para Tribunales Estatales (NCSC) y Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF), Washington, 2005.

AA.VV., *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)*, Buenos Aires,

Centro de Estudios de Legales y Sociales (CELS) y Editores del Puerto, 2008.

Abramovich, Víctor, "La enseñanza del derecho en las Clínicas Legales de Interés Público. Materiales para una agenda temática", en González, Felipe y Viveros, Felipe (eds.), *Defensa Jurídica del Interés Público. Enseñanza, estrategias, experiencias*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Serie de Publicaciones Especiales, Nro. 9, Santiago de Chile, 1999.

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

Abregú, Martín, y Ramos, Silvina (eds.), "La sociedad civil frente a las nuevas formas de institucionalidad democrática", *Cuadernos del Foro*, Año 2, núm. 3, Buenos Aires, Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES) y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 2000.

Ackerman, Bruce, *La política del diálogo liberal*, Barcelona, Gedisa, 1999.

_____, *We the People*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1991.

Alegre, Marcelo, "Igualitarismo, democracia y activismo judicial", en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos

Aires, Lexis Nexis y Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), 2007.

Arantes, R.B., "Constitutionalism, the expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil" en Sieder, Rachel *et. al.* (eds.), *The Judicialisation of Politics in Latin America*, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005.

Arato, Andrew, "Accountability y sociedad civil" en Peruzzotti, Enrique, y Smulovitz, Catalina (eds.), *Controlando la política. Ciudadanos y Medios en las nuevas democracias Latinoamericanas*, Buenos Aires, Temas, 2001.

Asociación por los Derechos Civiles, *La Corte y los Derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2005.

Barreto, Antonio y Cepeda, Manuel José (coords.), *Derecho Constitucional. Perspectivas críticas*, Bogotá, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores, 1999.

Batista Cavalcanti, Rosangela, y Sadek, María Teresa, "El impacto del Ministerio Público sobre la democracia brasileña: el resdescubrimiento de la ley", en Peruzzotti, Enrique, y Smulovitz, Catalina (eds.), *Controlando la política. Ciudadanos y Medios en las nuevas democracias Latinoamericanas*, Buenos Aires, Temas, 2001.

Bergallo, Paola, "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina", en

AA.VV., *Derecho y Pobreza*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA 2005, Buenos Aires, 2005, pp. 161-186.

Bickel M., Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.

Bohmer, Martín, "La inexistencia del derecho de interés público", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Nro 4, 1998.

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*, Buenos Aires, CELS y Siglo XXI Editores, 2008.

Cepeda Espinosa, José, "The Judicialization of Politics in Colombia: The Old and the New", en Sieder, Rachel *et. al.* (eds.), *The Judicialisation of Politics in Latin America*, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005.

Chayes, Abraham, "The Role of the Judge in Public Law Litigation", *Harvard Law Review*, vol. 89, 1976.

Cole, David, *Engines of Liberty. The Power of Citizens Activists to Make Constitutional Law*, Nueva York, Basic Books, 2016.

Contarini, E *et. al.*, *Los derechos económicos, sociales y culturales: Un desafío impostergable*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 1999.

Corporación Latinobarómetro, *Informe 2018*, Santiago de Chile, CAF-Banco de Desarrollo de América Latina, noviembre 2018.

Courtis, Christian, "Estrategias para la utilización de las acciones de interés público en defensa de los derechos económicos, sociales y culturales", en González, Felipe y Viveros, Felipe (eds.), *Defensa Jurídica del Interés Público. Enseñanza, estrategias, experiencias*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Serie de Publicaciones Especiales, núm. 9, Santiago de Chile, 1999.

_____, "Los reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales", en Bergalli, Roberto y Martyniuk, Claudio (comps.), *Filosofía, política, derecho. Homenaje a Enrique Marí*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2003.

Couso, Javier, "Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política", *Revista de Ciencia Política*, vol. XXIV, núm. 2, 2004.

_____, "The Judicialization of Chilean Politics: The Rights Revolution That Never Was", en Sieder, Rachel *et. al.* (eds.), *The Judicialisation of Politics in Latin America*, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005.

Cummins, Scott L., "The Internationalization of Public Interest Law," *Duke Law Journal*, vol. 57, 2008.

Dagnino, Evelina *et. al.* (coords.), *La disputa por la construcción democrática*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

Damaska, Mirjan, *Las dos caras de la justicia y del poder. Análisis comparado del proceso legal*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

De S.-O.-l'E Lasser, Mitchel, *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

De Sousa Santos, Boaventura (coord.), *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

Dezalay, Yves y Garth, Bryant G., *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists, and the Contest to transform Latin American States*, Chicago, University of Chicago Press, 2002.

Dobbs, Dan B., *Law of Remedies: Damages, Equity, Restitution (Hornbook Series Student Edition)*, Minnesota, West Publishing Company, 2a. edición, 1993.

Domingo, Pilar, "La judicialización de la política: El nuevo perfil de la Suprema Corte en el sistema político de México", en Palacio, Juan Manuel y Candiotti, Magdalena, (comps.), *Justicia, política y derechos en América Latina*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007.

_____, "Judicialisation of Politics: The Changing Political Role of the Judiciary in Mexico", en Sieder, Rachel *et. al.* (eds.), *The Judicialisation*

of Politics in Latin America, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005.

_____, "Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Recent Trends in Latin America", *Democratization*, vol. 11, núm. 1, Londres, Frank Cass, febrero 2004.

Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1977.

Elster, Jon, "Regla de mayoría y derechos individuales", en Shute, Stephen y Hurley, Susan (eds.), *Sobre Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Trotta, 1998.

Ely, John, *Democracia y desconfianza*, Colombia, Universidad de los Andes, 1997.

Epp, Charles, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, Chicago Press, 1998.

Faundez, J., "Community Justice Institutions and Judicialization: Lessons from Rural Peru", en Sieder, Rachel *et. al.* (eds.), *The Judicialisation of Politics in Latin America*, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005.

Finkel, Jodie, "Supreme Court Decisions on Electoral Rules alter Mexico's 1994 Judicial Reform: An Empowered Court", *Journal of Latin American Studies*, vol. 35, 2003.

Fiss, Owen, "The Right Degree of Independence", *The Law as It Could Be*, Nueva York, New York University Press, 2003.

_____, "The Right Degree of Independence", *The University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 25, 1993.

_____, *The Law as It Could Be*, Nueva York, New York University Press, 2003.

_____ y Rendleman, Doug, *Injunctions*, University Casebook Series, Nueva York, The Foundation Press Inc., 2a edición, 1984.

Galvis, María Clara y Salazar, Katya, "Derechos humanos y desarrollo económico: ¿cómo armonizarlos? Human Rights and economic development: how to harmonize them?", *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, núm. 9, 2013, pp. 195-203.

Garapon, Antoine y Papadopoulos, Ionannis, *Juzgar en Estados Unidos. Cultura jurídica y common law*, Bogotá, Legis, 2006.

Gargarella, Roberto, "¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?", en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis y Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), 2007.

———, "The majoritarian reading of the rule of law", en Maravall, José María y Przeworsky, Adam (eds.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

———, "Constitución y democracia", en AA.VV., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2004.

———, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996.

Glendon, Mary Ann et. al., *Comparative Legal Traditions*, Minnesota, St. Paul, 1994.

Gloppen, Siri; et. al. (eds.), *Democratization and the Judiciary*, Londres, Frank Cass, 2003.

Hershkoff, Helen y McCutcheon, Aubrey, "Litigio de Interés Público: Una perspectiva internacional", en McClymont, Mary y Golub, Stephen (eds.), *Caminando hacia la Justicia. El trabajo en el Área de Derecho de los Donatarios de la Fundación Ford en el Mundo*, Santiago de Chile, Fundación Ford, 2000.

Holmes, Stephen, "Linages of the Rule of Law", en Maravall, José María y Przeworsky, Adam (eds.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

———, "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en Elster John y Slagstad, Rune (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

- _____ y Sunstein, Cass R., *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York, W.W. Norton and Co., 1999.
- Ibañez, Perfecto Andrés, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado Constitucional*, Madrid, Editorial Trotta, 2015.
- Isunza Vera, Ernesto y Olvera, Alberto J. (coords.), *Democratización, rendición de cuentas y sociedad civil: participación ciudadana y control social*, México, Porrúa, 2006.
- Jacob, Herbert, et al., *Courts, Law and Politics in Comparative Perspective*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- Keck, Margaret y Sikkink, Kathryn, *Activists beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, Ithaca, Cornell University Press, 1998.
- Laclau, Ernesto, *La razón populista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005.
- Luban, David, *Lawyers and Justice. An Ethical Study*, Princeton, Princeton University Press, 1988.
- Macaulay, F., "Private Conflicts, Public Powers: Domestic Violence in the Courts in Latin America", en Sieder, Rachel et. al. (eds.), *The Judicialisation of Politics in Latin America*, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005.
- Maravall, José María y Przeworsky, Adam (eds.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

Maurino, Gustavo, *et. al.*, *Las acciones colectivas: Análisis conceptual, constitucional, jurisprudencial, procesal y comparado*, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, 2005.

McClymont, Mary y Golub, Stephen (eds.), *Caminando hacia la Justicia. El trabajo en el Área de Derecho de los Donatarios de la Fundación Ford en el Mundo*, Santiago de Chile, Fundación Ford, 2000.

McCutcheon, Aubrey, "Clínicas de asistencia legal en las universidades: Una presencia internacional creciente con innumerables beneficios", en McClymont, Mary y Golub, Stephen (eds.), *Caminando hacia la Justicia. El trabajo en el Área de Derecho de los Donatarios de la Fundación Ford en el Mundo*, Santiago de Chile, Fundación Ford, 2000.

Merryman, John Henry, *Sistemas Legales en América Latina y Europa. Tradición y Modernidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

Miller, Jonathan M., "Control de constitucionalidad: el poder político del poder judicial y sus límites en una democracia", *El Derecho*, Buenos Aires, 17 de octubre de 1986.

———, *et. al.*, *Constitución y poder político. Jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación*, vol.1, Buenos Aires, Astrea, 1987.

Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1993.

_____, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996.

_____, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa.

O'Donnell, Guillermo, "Horizontal Accountability: Legal Institutionalization of Mistrust", en Mainwaring, Scott y Welna, Christopher, *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford, OUP, 2003.

_____, "Acerca de varias accountabilities y sus interrelaciones", en Peruzzotti, Enrique, y Smulovitz, Catalina (eds.), *Controlando la política. Ciudadanos y Medios en las nuevas democracias Latino-americanas*, Buenos Aires, Temas, 2001.

Palacio, Juan Manuel y Candiotti, Magdalena, (comps.), *Justicia, política y derechos en América Latina*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007.

_____, "Justicia, política y derechos en América Latina. Apuntes para un diálogo interdisciplinario", en Palacio, Juan Manuel y Candiotti, Magdalena, (comps.), *Justicia, política y derechos en América Latina*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007.

Panfichi, Aldo (ed.), *Sociedad Civil, Esfera Pública y Democratización en América Latina: Andes y Cono Sur*, México, Pontificia Universidad Católica del Perú y Fondo de Cultura Económica, 2002.

Pérez Murcia, Luis Eduardo, "Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas", en Pérez Murcia, Luis Eduardo et. al., *Los derechos sociales*

en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia) e Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico (IDEP), Colección Ensayos y Propuestas, núm. 3, 2007.

———, "¿Cómo medir el cumplimiento de los derechos sociales? Un modelo de indicadores para monitorear y evaluar el disfrute del derecho a la educación", en Pérez Murcia, Luis Eduardo *et. al.*, *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia) e Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico (IDEP), Colección Ensayos y Propuestas, núm. 3, 2007.

———, *et. al.*, *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia) e Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico (IDEP), Colección Ensayos y Propuestas, núm. 3, 2007.

Pérez-Perdomo, R, "Judicialization and Regime Transformation: The Venezuelan Supreme Court, en Sieder, Rachel, *et. al* (eds.), *The Judicialisation of Politics in Latin America*, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005.

Peruzzotti, Enrique, "Civil Society, Representation and Accountability: Restating Current Debates about the Representativeness and Accountability of Civic Organizations," en Jordan, Lisa y Van Tuijl,

Peter (eds.), *NGO Accountability. Politics, Principles and Innovation*, Londres, Earthscan, 2007.

_____ y Smulovitz, Catalina, "Accountability social: la otra cara del control", en Peruzzotti, Enrique y Smulovitz, Catalina (eds.), *Controlando la política. Ciudadanos y Medios en las nuevas democracias Latinoamericanas*, Buenos Aires, Temas, 2001.

_____ (eds.), *Controlando la política. Ciudadanos y Medios en las nuevas democracias Latinoamericanas*, Buenos Aires, Temas, 2001.

Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.

Post, Robert y Siegel, Reva, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre constitución y pueblo*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.

Pzeworsky, Adam, "Accountability social en América Latina y más allá", en Peruzzotti, Enrique, y Smulovitz, Catalina (eds.), *Controlando la política. Ciudadanos y Medios en las nuevas democracias Latinoamericanas*, Buenos Aires, Temas, 2001.

Restrepo, Esteban, "Reforma constitucional y progreso social: la 'constitucionalización de la vida cotidiana' en Colombia", en AA.VV., *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA 2002, Buenos Aires, 2002.

Rosenberg, Gerald N., *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?*, Chicago, The University of Chicago Press, 1997.

Saba, Roberto P., *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2016.

_____, "La Constitución como Límite (Positivo y Negativo): El Caso de la Igualdad ante la Ley", en Gargarella, Roberto (comp.), *La Constitución 2020*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.

_____, "(Des)igualdad estructural", en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis y Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), 2007.

_____, "Las decisiones constitucionales de Ulises. Acerca de las dificultades para la construcción colectiva de una práctica constitucional en Argentina", en AA.VV., *Los límites de la democracia*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA 2004, Buenos Aires, 2004.

_____, "El movimiento de derechos humanos, las organizaciones de participación ciudadana y el proceso de construcción de la sociedad civil y el estado de derecho en Argentina", en Panfichi, Aldo (ed.), *Sociedad Civil, Esfera Pública y Democratización en América Latina: Andes y Cono Sur*, México, Pontificia Universidad Católica del Perú y Fondo de Cultura Económica, 2002.

_____, "La grieta más profunda," *Clarín*, Buenos Aires, 20 de marzo de 2019.

_____ y Bohmer, Martín, "Participación ciudadana en la Argentina: estrategias para el efectivo ejercicio de los derechos", en Abregú, Martín y Ramos, Silvina (eds.), *La sociedad civil frente a las nuevas formas de institucionalidad democrática, Cuadernos del Foro*, año 2, núm. 3, Buenos Aires, Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES) y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 2000. También publicado en AA.VV., *Rompiendo la indiferencia. Acciones ciudadanas en defensa del interés público*, Santiago de Chile, Fundación Ford, 2000.

Sabel, Charles y Simon, William H., "Destabilizing Rights: How Public Law Litigation Succeeds", *Harvard Law Review*, núm. 117, 2004, p. 1015.

Sabsay, Daniel, "El denominado 'amparo colectivo' consagrado en la reforma constitucional de 1994", en González Morales, Felipe, *Las acciones de interés público*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 1997.

Sandoval Terán, Areli, "Experiencias de exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales en México desde organizaciones de la sociedad civil", en Isunza Vera, Ernesto, y Olvera, Alberto J. (coords.), *Democratización, rendición de cuentas y sociedad civil: participación ciudadana y control social*, México, Porrúa, 2006.

Shifter, Michael, "Estableciendo las bases: Usos de la investigación relacionada con el derecho", en McClymont, Mary y Golub, Stephen (eds.), *Caminando hacia la Justicia. El trabajo en el Área de Derecho*

de los Donatarios de la Fundación Ford en el Mundo, Santiago de Chile, Fundación Ford, 2000.

Sieder, Rachel *et. al.* (eds.), *The Judicialisation of Politics in Latin America*, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005.

Sikkink, Kathryn, "The Transnational Dimension of the Judicialization of Politics in Latin America", en Sieder, Rachel *et. al.* (eds.), *The Judicialisation of Politics in Latin America*, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005.

Smulovitz, Catalina y Peruzzotti, Enrique, "Societal and Horizontal Control: Two of a Fruitful Relationship", en Mainwaring, Scott y Welna, Christopher, *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford, OUP, 2003.

Smulovitz, Catalina, "Acciones en defensa de intereses públicos. Comentarios desde la ciencia política", en González Morales, Felipe (ed.), *Clínicas jurídicas y las acciones de interés público*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 1998.

———, "Ciudadanos, derecho y política", en González Morales, Felipe, *Las acciones de interés público*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 1997.

———, "The Discovery of Law: Political Consequences in the Argentine Case", en Dezalay, Yves y Garth, Bryant (eds.), *Global Prescriptions: The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy*, Ann Arbor, Michigan University Press, 2002.

_____, "Petitioning and Creating Rights: Judicialization in Argentina", en Sieder, Rachel *et al.*(eds.), *The Judicialisation of Politics in Latin America*, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005.

Thede, Nancy, "Derechos humanos, nuevas democracias y rendición de cuentas: logros y desafíos", en Isunza Vera, Ernesto, y Olvera, Alberto J. (coords.), *Democratización, rendición de cuentas y sociedad civil: participación ciudadana y control social*, México, Porrúa, 2006.

Trubek, David M. *et al.*, "Global Restructuring and the Law: Studies of the Internationalization of Legal Fields and the Creation of Transnational Arenas", *Case W. Res. Law Review*, vol. 44, 1994.

Trubek, Louise G., "Crossing Boundaries: Legal Education and the Challenge of the 'New Public Interest Law'", *Wisconsin Law Review*, 2005.

Tushnet, Mark V., *The NAACP's Legal Strategy against Segregated Education, 1925-1950*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1987.

Uprimny Yepes, Rodrigo, "La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos", en Palacio, Juan Manuel y Candiotti, Magdalena, (comps.), *Justicia, política y derechos en América Latina*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007.

_____, "The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia", en Gloppen, Siri *et. al.* (eds.), *Democratization and the Judiciary*, Londres, Frank Cass, 2003.

_____ y Rodríguez Garabito, César, "Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria" en Pérez Murcia, Rodrigo *et. al.*, *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia) e Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico (IDEP), Colección Ensayos y Propuestas, núm. 3, 2007.

_____ y García-Villegas, Mauricio, "Corte Constitucional y emancipación social en Colombia", en De Sousa Santos, Boaventura (coord.), *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

_____ *et. al.*, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2006.

_____ *et al.*, *Los jueces: entre el derecho y la política*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2008.

Verbitsky, Horacio, *Hacer la Corte: La creación de un poder sin control y sin justicia*, Buenos Aires, Planeta, 1993.

Walker, Samuel, *In Defense of American Liberties. A History of the ACLU*, Carbondale, Southern Illinois University Press, 1990.

Wilson, B.M., "Changing Dynamics: The Political Impact of Costa Rica's Constitutional Court", en Sieder, Rachel *et. al.* (eds.), *The Judicialisation of Politics in Latin America*, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005.

Roberto Gargarella*

La revisión judicial
**para las democracias
Latinoamericanas**

* Doctor en derecho por la UBA (1991) y por la Universidad de Chicago (1993), becario Guggenheim, autor de *The legal foundations of inequality: Constitutionalism in the Americas, 1176-1860*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010, y de *Latin American Constitutionalism 1810-2010, The engine room of the constitution*, Oxford University Press, 2013.

Traducción: Joy Monserrat Ochoa Martínez.

En obras anteriores, he abogado por un enfoque dialógico del constitucionalismo y, particularmente, de la revisión judicial.¹ Aquí, quiero continuar desarrollando esa visión, de un modo que sea sensible a consideraciones contextuales, asumiendo que el constitucionalismo en general, y la revisión judicial en particular, necesitan ajustarse para que respondan a las necesidades e ideales de un momento y lugar particulares.

Permítanme ofrecer algunos ejemplos de enfoques (teóricamente orientados, pero también) contextualmente ajustados al Derecho Constitucional. Por ejemplo: hacia el fin del siglo XVIII, James Madison sugirió que el principal propósito del constitucionalismo era "romper y controlar la violencia de la facción" (*Federalist Papers* n. 10), y consecuentemente propuso moldear la nueva Constitución en sintonía con ese fin. A mediados del siglo XIX, el académico latinoamericano Juan Bautista Alberdi propuso organizar a la Constitución para confrontar el atraso económico (la Constitución que propuso para Argentina, en 1852,

¹ Gargarella, Roberto, "Scope and Limits of Dialogic Constitutionalism," en Bustamante, Thomas y Gonçalves, Bernardo (eds.), *Democratizing Constitutional Law*, Suiza, Springer, 2016, pp. 119-147, y Gargarella, Roberto "Why do we care about dialogue," en Young, Katharine (ed.), *The Future of Social and Economic Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 212-232.

promovió las libertades civiles más que las políticas). A principios del siglo XX, los revolucionarios mexicanos propusieron una nueva Constitución que estaba principalmente dedicada a atender "la cuestión social" (la Constitución "revolucionaria" de 1917). Aparentemente, a finales del siglo XX, muchos otros sugirieron la inclusión de distintos derechos humanos en sus Constituciones, para sobreponerse a una década de violaciones masivas a derechos humanos. Sostengo que en nuestro tiempo, una tarea central del constitucionalismo, y también una misión importante para los jueces, debe ser confrontar las dificultades sociales e institucionales que se deriven de décadas de desigualdad generalizada. Las desigualdades en las que estoy pensando son aquellas que erosionan los fundamentos de nuestra vida en común y que transforman a nuestras democracias en sistemas políticos muy imperfectos—desigualdades que van desde un acceso desigual a posiciones políticas hasta la opresión económica.

Para esta visión, los funcionarios públicos, en general, y los magistrados, en particular, deberían afrontar los principales problemas generados por la desigualdad, lo cual parece ser una tarea tanto extremadamente importante como difícil. De hecho, de esta forma estaríamos exigiendo que los funcionarios públicos reparen el mismo barco que utilizan, mientras están navegando, y también les estaríamos solicitando que ayuden a vencer injusticias sociales de las cuales muchos de ellos en realidad se aprovechan.

A pesar de estos graves obstáculos prácticos (me referiré a ellos más adelante), quiero concentrar mi atención en las consecuencias del "drama de nuestro tiempo" —como he sugerido, las desigualdades

generalizadas— las cuales deberían ser atendidas utilizando todas nuestras energías constitucionales. En particular, quiero concentrar mi atención en dos dificultades generadas por las desigualdades generalizadas, que son las siguientes: i) problemas que afectan la división de poderes y la estructura de controles; y ii) problemas que socavan el valor del debate público y/o impiden que ciertas voces tomen parte en él. Permítanme darles unos detalles adicionales acerca de estas dos tareas judiciales primordiales.

- i) Primero, pensaré acerca de la forma en la que las exclusiones sociales y la concentración de los poderes económicos y políticos han gradualmente dañado las democracias constitucionales contemporáneas, particularmente en lo que concierne a la división de poderes y al sistema de frenos y contrapesos. Mi sugerencia sería que los funcionarios públicos, en general, y los jueces, en particular, deberían hacer un esfuerzo particular dirigido a contrarrestar las tendencias que están minando el valor de nuestra organización democrática y constitucional. Nótese que algunas teorías influyentes acerca de la revisión judicial, tal como el enfoque procedimental propuesto por John Ely, ya han sugerido —en armonía con la misión descrita por la Suprema Corte de Estados Unidos en el famoso pie de página 4 del caso *Productos Carolene*— que los jueces deberían dedicar una parte central de sus esfuerzos en resguardar las "reglas del juego (democrático)". En cierto modo, lo que estoy sugiriendo aquí es que los jueces deberían cumplir esa misión estando particularmente atentos a las deficiencias que ya han

dañado a la organización de poderes en nuestros sistemas democráticos deficientes y continúan socavando su adecuado funcionamiento.

- ii) En segundo lugar, pensaré la forma en la que los debates políticos (por ejemplo, dentro del Congreso) tienden a ser capturados por grupos de interés, evitando así que los representantes políticos aborden y resuelvan imparcialmente los problemas que afectan al bien común. Adicionalmente, tomaré en consideración otras dificultades que han minado el valor de nuestros debates públicos, típicamente como resultado de la exclusión sistémica de ciertas voces en esos debates. Recordemos, otra vez, el enfoque del "reforzamiento representativo" de John Ely de la revisión judicial, el cual requiere que los jueces mantengan abiertos los "canales" de la competencia política y también les exige que brinden una protección especial para las "minorías separadas y aisladas". El enfoque que recomiendo aquí sugiere que los jueces deberían desarrollar esas tareas estando particularmente atentos no solo a los requisitos de una democracia deliberativa, sino también a las faltas particulares que han llegado a caracterizar nuestros deficientes sistemas deliberativos.

En suma —mantendré— que los jueces deberían honrar las tareas que les son encomendadas en una democracia deliberativa y también —y por esa misma razón— prestar atención particular a los problemas que

han estado seriamente minando el carácter deliberativo e inclusivo del sistema institucional.

Necesario, posible pero poco probable

Antes de proceder con el análisis de cómo debería ejercerse la revisión judicial en nuestras democracias deliberativas deficientes, permítanme insistir con esta nota aclaratoria y de advertencia: reconozco que los jueces no solo carecen de los incentivos necesarios para comprometerse en un ejercicio dialógico, sino que también encuentran más límites que oportunidades para actuar de manera conversacional. Podrían optar por decidir de conformidad con lo que exige la teoría dialógica, o no, pero nada en el sistema institucional los induce a tomar sus propias decisiones de conformidad con los principios y métodos que una teoría deliberativa demandaría. Para empezar, la función de los jueces no está bien definida y el alcance y límites de su misión sigue siendo poco claro. Cuando decimos que los jueces tienen que "proteger la Constitución", decimos, por un lado, demasiado poco, porque los jueces necesitan instrucciones mucho más específicas, pero también decimos demasiado, porque la Constitución potencialmente abarca todos los asuntos públicos relevantes. Las cosas se vuelven más complicadas cuando nos damos cuenta que no tenemos (y no tendremos) formulas interpretativas ampliamente compartidas. Por el contrario, hay respuestas interpretativas y teorías interpretativas de todos los tipos, lo que puede permitirles a los jueces decidir de una forma o de su contraria, y siempre hacerlo invocando el apoyo de la ley. La pregunta es entonces: ¿Por qué los jueces se atarían sus manos e inter- vendrían solo en un limitado rango de casos y decidirían de manera

"limitada y superficial" (digamos, de acuerdo con los requisitos de una teoría dialógica)?² ¿Por qué lo harían si simplemente pueden hacer lo opuesto (decidir sobre todo de manera "amplia y profunda")? ¿Por qué adoptarían el camino de la auto-restricción si, al adoptar el camino opuesto, podrían expandir sus propios poderes o aumentar sus habilidades para "amenazar" a las autoridades políticas?³

Quizás, en un tiempo en el cual muchos de sus colegas —en otros tribunales, locales e internacionales— deciden explorar estrategias dialógicas (o de otro tipo), los jueces pueden encontrar motivaciones para imitar y seguir lo que sus pares hacen, como para compartir el prestigio que viene adjunto a este u otro comportamiento. En cierto punto en el tiempo, puede estar a la moda comportarse de una manera u otra. También, en un momento en el que las instituciones judiciales y políticas son vistas como parte de una élite distante, los funcionarios públicos pueden encontrar atractivo buscar alternativas que les permitan recuperar parte del respeto público perdido. En ciertos contextos, las alternativas dialógicas se vuelven populares, entre jueces, como una estrategia para recuperar la legitimidad popular y la consideración que perdieron en el camino. Sin embargo, también puede pasar, por ejemplo, que los jueces entablen una relación dialógica con los poderes políticos (p.ej. al solicitar al Congreso que asuma o vuelva a asumir

² Sunstein, Cass, "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa," *Chicago Unbound*, University of Chicago Law School, 2001.

³ Para un planteamiento similar véase Strauss 2018, preguntándose si puede "confiarse" en que los "jueces" van a reconocer sus límites en este aspecto. Strauss, David, "Law and the Slow-Motion Emergency," en Sunstein, Cass (ed.), *Can it happen here? Authoritarianism in America*, Nueva York, Library of Congress, 2018.

algunas tareas), pero principalmente como una forma de eludir algunas responsabilidades o evitar la adopción de ciertas decisiones políticamente costosas.

Los jueces no quieren incurrir en costos de reputación, tampoco quieren pagar costos políticos (perder la legitimidad que necesitan para estabilizar las decisiones que producen) y —más significativamente— tienden a temer las sanciones formales e informales que vienen de los poderes políticos. Todos estos elementos motivacionales son importantes para entender su comportamiento o predecir sus reacciones pero, una vez más, ninguno de éstos sugiere que se comprometerán de manera consistente en el ejercicio conversacional deseado. En el contexto de los sistemas institucionales débiles, los jueces pueden tender a actuar con mayor prudencia hacia el gobierno actual (y de manera más agresiva hacia la coalición que dejó el poder) pero eso no dice mucho acerca de su motivación para comprometerse en una conversación cooperativa con los poderes políticos.⁴

En suma, comprendo que puede parecer poco razonable pensar que los jueces se limitarán a actuar en las formas exigidas por, digamos, una teoría dialógica, o que renuncien a actuar en formas más expansivas y no conversacionales, cuando ellos quieran o lo estimaran necesario: no son irracionales. Al final, y tomando en cuenta los poderes institucionales típicamente asignados a las altas posiciones judiciales, podríamos predecir que los jueces no se apegarán a un enfoque dialógico o

⁴ Helmke, Gretchen, *Courts under Constraints: Judges, Generals and Presidents in Argentina*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

similar, aunque sí pueden estar abiertos a adoptarlo ocasionalmente, probablemente por conveniencia o como resultado de un cálculo de interés propio (p. ej., como una forma de recuperar la legitimidad).

La revisión judicial en democracias deliberativas deficientes

En lo que sigue, permítanme comenzar por examinar, con cierto detalle, las tareas particulares que podrían reservarse a los jueces —jueces que están motivados a decidir en maneras que honren sus deberes constitucionales y democráticos— en el contexto de nuestras democracias deliberativas deficientes. La lista de las tareas judiciales que presentaré no es exhaustiva, y se refiere a acciones que pueden ser finalmente exigidas a las distintas ramas de poderes, de acuerdo con su posición institucional peculiar y credenciales democráticas. Solo me enfocaré en las posibles intervenciones del Poder Judicial y, cuando pueda, ilustraré mis afirmaciones con decisiones judiciales y opiniones doctrinales que nos ayudarán a reconocer que estamos hablando de un mundo judicial "factible".

I. Restaurar más que simplemente proteger, el sistema de "frenos y contrapesos"

a) Una presunción contra la concentración de poderes

Desde sus orígenes, muchos sistemas constitucionales latinoamericanos permitieron la concentración de la autoridad política en las manos de unos pocos y erigieron controvertidos sistemas híper-presidenciales.

Este hecho es consistente con lo que ha pasado en muchas otras regiones en el mundo, en los últimos años.⁵ De hecho, con la llegada al poder de líderes autoritarios, en Estados Unidos, Hungría, Polonia, Turquía, etc., numerosos autores comenzaron a llamar la atención acerca de los riesgos que representan las situaciones del "retroceso democrático".⁶ Esta concentración de poderes es en parte responsable de algunos de los peores males institucionales que afectan a la región. Para mencionar dos de los más importantes: el sistema de autoridad concentrada favoreció la inestabilidad política (y los golpes militares), los cuales generaron las más graves violaciones a derechos humanos durante el siglo XX y estas condiciones provocaron la gradual erosión de todo el sistema de "frenos y contrapesos".

Como he mencionado con anterioridad, el sistema de "frenos y contrapesos", que busca alinear el poder de las distintas ramas del gobier-

⁵ Algunos de los problemas en los que estoy pensando están estrechamente relacionados con el desarrollo de los llamados sistemas "hiper-presidencialistas", los cuales —de acuerdo con Carlos Nino— son típicos en países latinoamericanos. En Latinoamérica, el hiper-presidencialismo ha contribuido a generar graves dificultades (p.ej. inestabilidad política, restricción de derechos). Adicionalmente, la (extrema) concentración de poderes ha tendido a minar el funcionamiento del sistema entero de "frenos y contrapesos", el cual está basado en la existencia de un equilibrio relativo en los poderes de las distintas ramas de gobierno. Este tipo de problemas, como ya he sugerido, tiende a ser más común en países latinoamericanos, pero no son exclusivos de ellos. Por ejemplo, y en referencia al caso de Estados Unidos, los investigadores Tom Ginsburg y Aziz Huq, han sostenido que "el motor más formidable de erosión [de todo el sistema institucional] sería la presidencia, la cual a través del tiempo ha adquirido una plétora de poderes institucionales, políticos y retóricos más allá de la somera lista que enuncia el Artículo II de la Constitución". Ginsburg, Tom y Huq, Aziz, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 2018, p. 141.

⁶ Ginsburg, Tom y Huq, Aziz, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 2018; Levitsky, Steven y Ziblatt, Daniel, *How Democracies Die*, Nueva York, Crown, 2018; Sunstein, Cass (ed.), *Can it happen here? Authoritarianism in America*, Nueva York, Library of Congress, 2018; y Luo, Zhaotian y Przeworski, Adam, "Subversion by Stealth: Dynamics of Democratic Backsliding," 2019 [manuscrito en archivo con su autor].

no, parece ser lógicamente inconsistente con tener a alguno de esos poderes asignado con más poderes que el resto (a través de un hiper-presidente o un presidente autoritario). En esas condiciones, el esquema entero de controles se pone bajo amenaza, predeciblemente la rama más poderosa de gobierno comenzará a utilizar sus poderes de amenaza para aplastar la voluntad del resto e imponer su propia autoridad. Esta es la razón por la cual los jueces tienen que trabajar, no tanto o no solo por preservar el sistema de "frenos y contrapesos" o prevenir su deterioro —no simplemente, como lo dijo John Ely, siguiendo el famoso pie de página 4 "para mantener los canales del cambio político abiertos". Más que nada, deberían trabajar para la restauración del sistema.

La historia nos ha enseñado acerca de los tremendos riesgos que implica la concentración de poderes en la democracia y el constitucionalismo necesita estar configurado y reconfigurado con un ojo puesto en la historia. Entonces, en países que están profundamente dañados por los males del hiper-presidencialismo, los jueces deberían, sin lugar a dudas, trabajar contra sus peores consecuencias y, de manera más general, trabajar para prevenir la esperada y recurrente emergencia de tales riesgos. De manera similar, deberían estar alerta y reaccionar en contra de los intentos graduales del presidente para minar la estructura de controles democráticos. Quizás, deberían examinar con un "escrutinio estricto" o con una más alta presunción de invalidez aquellas acciones del Ejecutivo (o de aquellos que están en la cima del poder) que están encaminadas a expandir sus propios poderes de permanecer en el poder o desafiar lo que la ley estableció (p.ej. buscar la reelección más allá de los supuestos establecidos en la Constitución). Pensando

en Estados Unidos durante la era de Trump, el profesor David Strauss escribió que "si hay un riesgo significativo que las acciones de la administración reflejen un menoscabo sistemático de los valores democráticos liberales, entonces las cortes [tendrían que] resolver en una forma que limitara los poderes del presidente. Las cortes pueden tener [...] razones para pensar que existía el tipo de amenaza a las instituciones democráticas que justificaba que eligieran, entre las conclusiones legalmente plausibles, la que limitara al Poder Ejecutivo, independientemente si es podría de otra forma haber sido la mejor visión de la ley".⁷

Afortunadamente, podemos encontrar numerosos ejemplos de cortes que adecuadamente cumplen con su función de rendición de cuentas, en el contexto de las nuevas democracias (Gloppen et al 2003). Una iluminadora ilustración para este sujeto puede venir, otra vez, del caso de Colombia. De hecho, y desde su creación, la Corte Constitucional Colombiana sostuvo la inconstitucionalidad de muchas normas que indebidamente expandían el poder del Ejecutivo, al tiempo que logró restringir la autoridad del Presidente en muchas oportunidades diferentes y significativas.⁸ En particular, la Corte emitió muchas decisiones limitando la capacidad del Presidente de declarar "estados de sitio" o "estados de excepción". La Decisión C-004, 1992, fue la primera en

⁷ Strauss, David, *op. cit.*, p. 373 y Stone, Geoffrey, "It Can't Happen Here: The Lessons of History," en Sunstein, Cass (ed.), *Can it happen here? Authoritarianism in America*, Nueva York, Library of Congress, 2018, pp. 429-450. Quiero agradecer a Adam Przeworski por las iluminadoras discusiones sobre este punto.

⁸ Similarmente, pueden verse los casos relativos a la aplicación de la doctrina de las "estructuras básicas" en India, por la Suprema Corte, de cara con las medidas de emergencia que adoptó Indira Gandhi durante la década de 1970. Véase, por ejemplo, en Landau, David, "Abusive Constitutionalism," *UC Davis Law Review*, vol. 47, núm. 1, noviembre 2013, pp. 235-6.

controlar una declaración de un estado de emergencia. En 1994, la Corte fue unos pasos más allá e invalidó el decreto del Presidente Gaviria que establecía un estado de conmoción interior. Esta fue la primera vez en la historia de Colombia en la que una Corte Colombiana desautorizaba que un Presidente utilizara sus poderes de emergencia. La Corte repitió una decisión similar un año después. También, en la Decisión C-327, 2003, el tribunal limitó la posibilidad del Presidente de renovar un estado existente de conmoción interior y más adelante, invalidó la legislación que posibilitaba que el Presidente otorgara amnistías generales o indultos individuales durante un estado de excepción y reguló los casos en los que el Presidente podía declarar una emergencia. Decisiones de este tipo generaron repetidas tensiones entre la Corte y el poder político. De manera más significativa, en el 2005, la Corte aprobó una enmienda constitucional que autorizó la reelección del Presidente Álvaro Uribe, lo que no estaba permitido por la Constitución de 1991. Sin embargo, en el 2010, la Corte bloqueó la candidatura del Presidente Uribe para un tercer mandato al rechazar como inconstitucional un referéndum propuesto que les habría preguntado a los votantes si debería permitírsele buscar una nueva reelección. Desde la perspectiva que se ha defendido aquí, esta valiente decisión representa un importante avance en la defensa de la democracia. Sin embargo, comprendo que un enfoque apropiado para ese caso necesitaba, por parte de la Corte, un enfoque teórico diferente: no una concepción carente de fundamentos tanto en teoría como en la ley —como la llamada teoría de la "substitución de la Constitución" (que previno la promulgación de "reformas constitucionales inconstitucionales")— pero más que una teoría (procedimental y contextualizada) que es impulsada en contra de la concentración de poderes y la cual aconseja

resistir (típicamente, pero no únicamente) los intentos del Ejecutivo de expandir sus propios poderes y capacidades.⁹

b) La reconstrucción democrática

Otra posibilidad que quiero explorar se refiere a las acciones judiciales dirigidas a reparar los fracasos democráticos que son capaces de erosionar la legitimidad de nuestras democracias constitucionales. Hasta ahora, sabemos acerca de las teorías que les exigen a los jueces asumir

⁹ Este punto se relaciona con la amplia discusión doctrinal sobre "enmiendas constitucionales inconstitucionales". Bernal-Pulido, por ejemplo, defiende el activismo judicial en este respecto por razones similares a las que he sostenido aquí, principalmente por la importancia de contener los impulsos autoritarios de hiper-presidentes. Véase Bernal-Pulido, Carlos, "Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: an Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine," *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 2, abril 2013, pp. 339-357. Véase también Issacharoff, Samuel, "Constitutional Courts and Democratic Hedging," *Georgetown Law Journal*, vol. 99, núm. 4, abril 2011, pp. 961-1012, y una discusión del tema en Albert, Richard, "Nonconstitutional Amendments," *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 22, núm. 1, enero 2009, pp. 5-47; Landau, David, "Abusive Constitutionalism," *UC Davis Law Review*, vol. 47, núm. 1, noviembre 2013, pp. 189-260, y Roznai 2017. En relación con este debate, debe recordarse que lo que estamos proponiendo aquí es un enfoque restrictivo a la revisión judicial, el cual se concentra principalmente en temas procedimentales y también una que excluye casi todas las otras intervenciones judiciales usualmente justificadas por teorías alternativas de una revisión judicial. Adicionalmente, también en los casos en los que justifico la intervención judicial, lo hago de manera particular, lo cual no implica el reconocimiento del derecho de pronunciar "la última palabra", lo cual siempre debe permanecer en las manos de "Nosotros el pueblo". En cualquier caso, al reconocer la autoridad final del pueblo no niego pero afirmo que las decisiones democráticas deben basarse en procedimientos, los cuales deben estar bajo supervisión judicial (una supervisión que podría eventualmente, y en un caso extremo, ser rebasada por un reclamo colectivo y deliberado). Este principio de soberanía popular también es compatible con la adopción de "válvulas de seguridad" o mecanismos "de seguridad" adicionales (como "los umbrales de enmienda constitucional gradual". Landau, *op. cit.*, p. 224. Desafortunadamente, sin embargo, toda esta ingeniería constitucional tiende a volverse inútil o parecer ser completamente maleable en los casos cuando la necesitamos más. Finalmente, el diseño institucional/reforma institucional parecer ser poco útil en situaciones extremas.

un enfoque de *reforzamiento representativo* para la revisión judicial. Adicionalmente, sabemos acerca de propuestas que han sugerido que los jueces usen los poderes a su alcance para enfrentar situaciones de injusticia estructural- entonces, por ejemplo, en la visión de Owen Fiss acerca de los mandamientos estructurales.¹⁰ Los enfoques procedimentales a la revisión judicial piden a los jueces salvaguardar, más que reconstruir, el sistema democrático. Mientras tanto, los mandatos estructurales son principalmente dirigidos a reparar los daños derivados de las violaciones a derechos. En otras palabras, no hemos estudiado apropiadamente las propuestas que favorecen la reconstrucción democrática y tampoco hemos examinado el uso de los remedios estructurales para reparar esos fracasos democráticos. En mi opinión, los jueces pueden utilizar los medios y las reparaciones bajo su control para "reparar" o restaurar secciones de nuestra organización democrática que ya no están trabajando en la manera requerida. La idea sería recuperar el carácter dañado de nuestras democracias constitucionales —en otras palabras, hacer posible que las personas pudieran recuperar en general su capacidad republicana para decidir y controlar directamente lo que hacen sus agentes —como una vez propuso Thomas Jefferson. Los jueces podrían, en este sentido y por ejemplo, exigir que los grupos afectados sean consultados directamente cuando sus intereses son seriamente afectados por decisiones públicas relevantes, u organizar audiencias públicas para asegurar que los grupos afectados participen en la elaboración de aquellos programas que atienden sus intereses fundamentales.

¹⁰ Fiss, Owen, *The Civil Rights Injunction*, Bloomington, Indiana University Press, 1978.

Una ilustración interesante aunque controvertida en este sentido es la que provee la Corte Constitucional Colombiana y la llamada institución del "*estado de cosas inconstitucional*", el cual creó. Esta institución, la cual está relacionada con el modelo de medidas cautelares estructurales estadounidense, vino a permitir amplias intervenciones por parte de la Corte, frente a graves y masivas violaciones a derechos —violaciones que no son atribuibles a una sola autoridad, sino que son producto de problemas estructurales antiguos. En esos casos, la Corte puede adoptar reparaciones "estructurales", las cuales no solo benefician a los demandantes en una *tutela* individual sino también a otras personas que comparten la misma situación. Esta doctrina fue presentada primero por la Corte en su Decisión T-153, del 28 de abril de 1998, en la que el tribunal había tenido la oportunidad de examinar las condiciones de vivienda de las personas internas en las cárceles nacionales. De manera más significativa, la Corte declaró una situación inconstitucional en el caso del escenario que enfrentaba la población desplazada de manera forzosa. Sus respuestas en el caso no se limitaron al demandante, sino que se refirieron a la totalidad de la población desplazada de Colombia. En las palabras de Manuel Cepeda, el ex presidente de la Corte, en esa oportunidad la Corte "emitió órdenes para remediar la insuficiencias de capacidad administrativa y presupuestaria y estableció los niveles de protección obligatorios mínimos de los derechos de [la población internamente desplazada] que serían asegurados de un modo efectivo y expedito (Cepeda 2005). Desde la perspectiva que estamos presentando, las iniciativas de este tipo parecen estar bien dirigidas para empezar a confrontar los problemas que están tan afianzados y que requieren del esfuerzo cooperativo de distintas secciones del gobierno para lidiar con ellos. Cabe señalarse, sin embargo,

que estas notables iniciativas promovidas por la Corte fueron dirigidas fundamentalmente a enfrentar situaciones graves de violaciones masivas de derechos pero no a ayudar a restaurar o fortalecer radicalmente los fundamentos básicos del sistema democrático. De hecho en Colombia, más que en otros países, las políticas democráticas han sido históricamente afectadas por numerosos factores, desde violencia política severa, desigualdad radical, actividades narco-criminales y la presión de las élites poderosas. Ante circunstancias tan extremas, la Corte pudo haber hecho una contribución mucho más significativa a la democracia, cumpliendo no solo con su función de *reforzamiento representativo* pero también con una función de *reconstrucción democrática*.

II. Asegurando la democracia deliberativa en el contexto de sociedades desiguales

a) Deliberación: Contra "intereses desnudos"

El enfoque "orientado a la participación" o "*reforzamiento de la representación*" de John Ely implica proveer una protección especial a los derechos de expresión, prensa, asamblea, petición y asociación política, los cuales son centrales al funcionamiento de una democracia representativa. En otras palabras, para Ely, los jueces deben examinar todas las restricciones expresivas (p.ej. limitaciones impuestas al discurso político) con el más alto escrutinio, presumiendo que las restricciones promovidas por aquellos en el poder son, en principio, contrarias a la Constitución. Lo mismo va para los derechos de votación y los casos de "manipulación" política (lo cual básicamente sucede cuando los distritos

electorales son redibujados para beneficiar a un partido por encima de otro durante las elecciones).

Uno de los problemas que afectan este enfoque es que está basado en una concepción estrecha (pluralista) de la democracia.¹¹ Los jueces deberían en cambio actuar —en mi opinión— bajo la guía de una diferente comprensión de la democracia. Esto implica, desde mi punto de vista, que deberían leer la Constitución desde la perspectiva de una democracia deliberativa con un ojo puesto en los profundos males que afectan el actual funcionamiento de nuestras democracias (males que hacen que una deliberación inclusiva sea casi imposible). Desde esa perspectiva, los jueces no solo deberían ayudar a promover el debate público,¹² sino también trabajar para prevenir que las decisiones públicas se volvieran el solo producto de los "intereses desnudos" deberían asegurar que la ley exprese los intereses públicos, más que las exigencias privadas.¹³

¹¹ Sunstein, Cass, *The Partial Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.

¹² En años recientes, algunas Cortes "activistas" parecen haber adoptado un enfoque de ese tipo. Por ejemplo, los académicos Scott y Macklem han estudiado y descrito la jurisprudencia de la Corte de India, concentrándose particularmente en la "repetición continuada" o la conversación entre las ramas de gobierno, estimulada por la Alta Corte. Para ellos "la experiencia de India nos sugiere que puede ser apropiado permitir a la judicatura que abogue ciertas soluciones para impulsar a las otras ramas a debates generales y respuestas concretas que a la larga son más democráticamente legítimas y efectivas". Scott, Craig y Macklem, Patrick, "Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution," *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141, núm. 1, 1992, p. 130. Considero que, en ciertas ocasiones, la Corte de India fue más allá de las demandas y límites sugeridos en un esquema deliberativo y asumió responsabilidades que debió dejar a las otras ramas políticas. Sin embargo, todavía considero que esta Corte es capaz de ofrecernos ejemplos únicos de cómo un tribunal que está comprometido a la visión deliberativa puede decidir.

¹³ En un famoso artículo sobre "*Interest Groups in American Public Law*" (Grupos de Interés en el Derecho Público Norteamericano), el académico Cass Sunstein exploró este tema y remarcó

Por ejemplo, las Cortes le pueden requerir a los legisladores que abran el proceso de toma de decisiones al público, para evitar o reducir la influencia de los grupos de interés o exigir a las autoridades políticas que convoquen a audiencias públicas para supervisar aspectos cruciales de la aplicación de la ley. De manera más radical, la Corte puede escrudinar el proceso legislativo para asegurar que el debate legislativo no sea una mera fachada de una decisión realmente tomada por los grupos de interés.

La Corte Constitucional de Colombia también puede servir para ilustrar lo que puede hacer una Corte para tomar en serio los requisitos de un debate democrático. En numerosas oportunidades, de hecho, la Corte invalidó decisiones legislativas que no han sido objeto de un cuidadoso proceso deliberativo, y que, en cambio, aparecieron como meras expresiones de "intereses desnudos". Por ejemplo, en una importante decisión de 2004, se opuso al llamado estatuto Anti-terrorista, el cual representaba una parte crucial de la agenda política del (en ese entonces recién reelecto y extremadamente poderoso) Presidente

que en el derecho público norteamericano "la Corte necesita algo de 'interés público' independiente para justificar la regulación. Una referencia al poder político es, por sí misma, insuficiente. En ningún caso moderno la Corte ha reconocido la legitimidad de un compromiso pluralista como la base exclusiva para la legislación... Los representantes deben deliberar más que responder mecánicamente a las presiones del constituyente, pero las decisiones para redistribuir recursos u oportunidades o de adaptarse a la estructura preexistente de los derechos y preferencias, bien puede estar basada en un esfuerzo de promover el bien público". SUNSTEIN, Cass, "Interest Groups in American Public Law," *Stanford Law Review*, vol. 38, núm. 1, noviembre 1985, pp. 29-87. De acuerdo con esta visión, las Cortes pueden jugar un rol significativo en asegurar que las normas legales sean producto del intercambio de razones más que en la mera imposición de un grupo de interés o sector de la sociedad sobre el resto. Pueden comprometerse en esta crucial supervisión del procedimiento democrático en muchas formas distintas.

Uribe. A pesar de la complejidad del caso, la Corte rechazó la iniciativa después de reconocer que más de una docena de representantes que habían votado a favor del polémico estatuto habían cambiado su postura en el tema de un día para otro, sin dar ningún tipo de explicación pública sobre su cambio de opinión. La Corte Colombiana ofreció muchos otros ejemplos de su compromiso a la deliberación abierta. Por ejemplo, en la SC-668 (2004) declaró que el artículo 16 de la Ley n. 1, 2003 era inconstitucional, como consecuencia de la falta de debate en el Pleno de la Cámara de Representantes.¹⁴ Ahora bien, también es cierto que, en años recientes, la Corte no ha protegido las bases de una democracia deliberativa con la fuerza, coraje y precisión que había usado en años anteriores. De hecho, la Corte gradualmente abandonó la doctrina que había utilizado para llevar su "control deliberativo", siendo ésta la llamada doctrina de *elusión del debate*.

b) Inclusión: Recuperando las voces de los marginalizados

Los jueces pueden contribuir al diálogo colectivo por diferentes formas y en distintas maneras. Una contribución crucial puede ser aquella de expandir la conversación política para asegurar que el proceso de toma de decisiones no permanezca encapsulado o bajo el control exclusivo de las élites políticas dominantes. Informados por las presentes situaciones de exclusión social, los jueces pueden asegurar que el proceso no excluya injustamente a las voces de las minorías desaven-

¹⁴ García Jaramillo, Leonardo, "Recepción de postulados deliberativistas en la jurisprudencia constitucional," *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 10, 2008.

tajadas o grupos afectados, es decir, las voces de aquellos que por lo general no son escuchados como resultado de su situación de marginalización o exclusión social. De manera más particular, el Poder Judicial podría garantizar que el proceso de toma de decisiones no ignore los puntos de vista de individuos o grupos potencialmente afectados que ocupan una posición socialmente desaventajada; y también que no excluya argumentos que vale la pena considerar en pro de la imparcialidad o que no incluya argumentos que son constitucionalmente impermisibles. Un buen ejemplo de estas posibilidades aparece en *Doctores por la Vida*, un caso que fue decidido por la activa y siempre creativa Corte Constitucional Sudafricana.

En *Doctores por la Vida*, una organización de médicos presentó una queja ante la Corte, arguyendo que el Consejo Nacional de Provincias ("CNP"), "al aprobar ciertos proyectos de salud, no había aceptado escritos ni conducido audiencias públicas sobre estos Proyectos como lo exigía su deber de facilitar el involucramiento del público en sus procesos legislativos y aquellos de sus comités." Se le solicitó a la Corte que reflexionara sobre la obligación constitucional de los legisladores de facilitar el involucramiento del público en sus procesos legislativos. Y la Corte dijo:

En el esquema general de nuestra Constitución, los elementos de representación y participación de nuestra democracia no deberían ser vistos como que están en tensión entre sí. Deben ser vistos como que se apoyan mutuamente. Las elecciones generales, la base de la democracia representativa, no tendrían sentido sin una participación masiva de los votantes. La participación por el público de manera continua

brinda vitalidad al funcionamiento de una democracia representativa. Motiva a los ciudadanos del país a que estén activamente involucrados en los asuntos públicos, que se identifiquen con las instituciones de gobierno y que se familiaricen con las leyes a medida que se elaboran. Ensalza la dignidad cívica de aquellos que participan al permitir que sus voces sean escuchadas y tomadas en cuenta. Promueve un espíritu de acomodo plural y democrático calculado para producir leyes que probablemente serán ampliamente aceptadas y que serán efectivas en su práctica. Fortalece la legitimidad de la legislación a los ojos del pueblo. Finalmente, debido a su carácter abierto y público actúa como contrapeso al cabildeo secreto y al tráfico de influencias. La democracia participativa es de especial importancia para aquellos que están relativamente desapoderados en un país como el nuestro donde existen grandes disparidades de riqueza y de influencia.

Esta decisión fue interesante por diferentes razones, pero particularmente por la centralidad que algunos miembros del tribunal le atribuyeron a los elementos de voz y discusión en el proceso de toma de decisiones y, de manera más específica, por la importancia que algunos de esos jueces le atribuyeron a las voces de los "desempoderados".

Criterios similares deberían también haber motivado a los jueces a revisar las decisiones que tienden a tomar en casos relacionados con las protestas sociales. Y esto debería ser frente al hecho de que muchos individuos y grupos son víctimas de graves violaciones de sus derechos constitucionales y que al mismo tiempo enfrentan serias dificultades para expresar democráticamente sus quejas y exigencias. En esas situaciones, entonces, los jueces deberían empezar a tomar las protestas

sociales más en serio, en vez de tratarlas simplemente como acciones ilegales o expresiones dirigidas en contra de la democracia. De hecho, en contextos injustos caracterizados por la falta de canales institucionales adecuados, las personas pueden sentirse forzadas a ir a las calles u ocupar espacios públicos en formas que afecten a terceros, para hacer audibles sus demandas.

Conclusión y reflexiones finales

En este trabajo, he reflexionado sobre las formas en las que el Poder Judicial podría contribuir al diálogo democrático en el contexto de sistemas institucionales muy imperfectos. En particular, examiné distintas maneras en las que los jueces pueden ayudarnos a restaurar, en lugar de simplemente proteger, el sistema de "frenos y contrapesos" y también formas en las que pueden salvaguardar y reforzar la democracia deliberativa, dado el carácter (todavía) elitista y exclusivo de muchas de nuestras sociedades.

En este punto, sin embargo, alguien podría preguntarnos: ¿cómo podríamos defender un papel judicial tan significativo, desde una posición que busca afirmar, al mismo tiempo, la prioridad del debate democrático? Según entiendo, muchas razones pueden alegarse que apoyen mi punto de vista. Primeramente, he referido aquí tareas que, en principio, deben ser compartidas por todas las distintas ramas de poder, junto con la ciudadanía en general. En segundo lugar, también he afirmado que cada uno de los actores participantes debe asumir sus tareas, en esta misión compartida, de acuerdo con sus propias capacidades y de conformidad con los límites de sus credenciales democrá-

ticas. En tercer lugar, añadiría que en países del "sur global", tales como Colombia, Sudáfrica e India, las altas cortes han sido capaces, en la mayoría de los casos, de asumir tareas esenciales como las que he referido aquí, sin imponer su autoridad sobre las políticas democráticas y sin tomar su lugar. Al final, la tarea principal que he sugerido para que asuman los jueces fue que sean los activadores (y protectores) del debate democrático. Tomemos por ejemplo, temas de "reforma estructural" el contenido de estas reformas debe ser definido por la discusión democrática y la justicia puede contribuir a esto, sobre todo si se obliga a los órganos responsables a que lleven a cabo su misión u organizando el debate colectivo en torno a esos temas. Finalmente, clarificaría que no he asumido, de ninguna manera, la superioridad epistémica, mucho menos la mayor autoridad democrática de los órganos judiciales sobre los órganos políticos -mucho menos sobre la población en general.

Como ya he señalado, todas las consideraciones anteriores no buscan implicar que el Poder Judicial esté de cierta forma protegido de los problemas que afectan a todas las otras ramas de gobierno. Por el contrario, ya he señalado que el Poder Judicial actúa dentro de un marco de incentivos que no lo ayudan a actuar en la dirección sugerida por el ideal deliberativo. Sin embargo, también he afirmado que el Poder Judicial —precisamente por su gran poder de influencia e impacto— tiende a ser la primera víctima de los avances de un Poder Ejecutivo, quien siempre está ansioso por expandir sus propias capacidades vis a vis con las otras ramas. Peor aún, los miembros de la Judicatura, particularmente en el contexto de las sociedades desiguales, tienden a ser reclutadas desde los sectores de las sociedades más ricos de la sociedad. Entonces, la rama judicial generalmente está compuesta (en todas

partes y particularmente en países democráticamente débiles) por oficiales que están afectados por fuertes prejuicios (en términos de clase, género, etc.) y que tienden a actuar de acuerdo con incentivos no democráticos. En resumen, las sugerencias que hemos propuesto en este trabajo no están basadas en una confianza ingenua o indebida en el rol de los jueces sino en cierta angustia democrática, relacionada con los dramas que nuestro deficiente sistema institucional nos impone. Lo que he presentado aquí debería ser, en cambio, entendido como una serie de propuestas que pueden ser seguidas por los jueces que se preguntan, de buena fe, cómo deben actuar en línea con el ideal democrático-deliberativo. Con suerte, las propuestas que he planteado pueden contribuir al noble pero difícil objetivo de reparar el barco democrático desde adentro, en medio de la tormenta que estamos cruzando.

Bibliografía

ALBERT, Richard, "Nonconstitutional Amendments", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 22, núm. 1, 2009, pp. 5-47.

BERNAL PULIDO, Carlos, "Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: an Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine," *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 2, abril 2013, pp. 339-357.

CEPEDA, Manuel José, "Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court," *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, núm. 4, 2004, pp. 529-700.

ELY, John Hart, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

FISS, Owen, *The Civil Rights Injunction*, Bloomington, Indiana University Press, 1978.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, "Recepción de postulados deliberativistas en la jurisprudencia constitucional," *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 10, 2008.

GARGARELLA, Roberto, "Why do we care about dialogue," en Young, Katharine (ed.), *The Future of Social and Economic Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 212-232.

———, "Scope and Limits of Dialogic Constitutionalism," en Bustamante, Thomas y Gonçalves, Bernardo (eds.), *Democratizing Constitutional Law*, Suiza, Springer, 2016, pp. 119-147. ISBN 978-3-319-28369-2.

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

GLOPPEN, Siri *et. al.*, *The Accountability Function of Courts in New Democracies*, London, Frank Class, 2004.

HELMKE, Gretchen, *Courts under Constraints: Judges, Generals and Presidents in Argentina*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

ISSACHAROFF, Samuel, "Constitutional Courts and Democratic Hedging," *Georgetown Law Journal*, vol. 99, núm. 4, abril 2011, pp. 961-1012.

LANDAU, David, "Abusive Constitutionalism," *UC Davis Law Review*, vol. 47, núm. 1, noviembre 2013, pp. 189-260.

LEVITSKY, Steven y ZIBLATT, Daniel, *How Democracies Die*, Nueva York, Crown, 2018.

LUO, Zhaotian y PRZEWORSKI, Adam, "Subversion by Stealth: Dynamics of Democratic Backsliding," 2019 [manuscrito en archivo con su autor].

SCOTT, Craig y MACKLEM, Patrick, "Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution," *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141, núm. 1, noviembre 1992, pp. 1-148.

STONE, Geoffrey, "It Can't Happen Here: The Lessons of History," en SUNSTEIN, Cass (ed.), *Can it happen here? Authoritarianism in America*, Nueva York, Library of Congress, 2018, pp. 429-450.

STRAUSS, David, "Law and the Slow-Motion Emergency," en SUNSTEIN, Cass (ed.), *Can it happen here? Authoritarianism in America*, Nueva York, Library of Congress, 2018.

SUNSTEIN, Cass, "Interest Groups in American Public Law," *Stanford Law Review*, vol. 38, núm. 1, noviembre 1985, pp. 29-87.

_____, *The Partial Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.

_____, "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa," *Chicago Unbound*, University of Chicago Law School, 2001.

_____, *Can it happen here? Authoritarianism in America*, Nueva York, Library of Congress, 2018.

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; Halmá, 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 Cortis 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 previsibles, 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 —protagonizado 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 razonablemente 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 judicial regional, caracterizado por la fuerza del "giro interpretativo", la centralidad 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 "invalidéz" 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.

Halmay, 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.

Ana Micaela Alterio*

La Suprema Corte
de Justicia Mexicana
en la transformación social

* Profesora Asociada de tiempo completo en ITAM (Instituto Tecnológico Autónomo de México), SNI CONACYT nivel I, Doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Contacto: micaalterio@yahoo.com
Este artículo se ha visto enriquecido gracias a las discusiones y comentarios de Roberto Niembro, Eugenio Velasco Ibarra, Rodrigo Camarena y Guilherme Vasconcelos. Los errores que permanecen son mi exclusiva responsabilidad.

Abstract

El artículo analiza la posibilidad de que estemos ante una *transformación constitucional más allá del texto constitucional*. Así, en el marco de la llamada "Cuarta Transformación" que se anunció para el país luego de las últimas elecciones, se intenta una reflexión diagnóstica sobre el papel que juega la Suprema Corte de Justicia.

El trabajo parte de los elementos contextuales sistémicos dentro de los que opera tanto la Suprema Corte como el poder político. Comienza por los rasgos "viejos", que tienen que ver con la dinámica hiper-reformista de la Constitución, lo que compromete la supremacía constitucional y condiciona las posibilidades de juego de la Corte. Continúa con los rasgos que se consideran "nuevos", no por su originalidad en la teoría constitucional, sino porque emergen como discusiones novedosas en el contexto del país. Dentro de estos, especialmente se aborda la discusión sobre el significado y función de la división de poderes y particularmente, sobre el papel que ha de asumir la Corte en la misma. El objetivo final del artículo es presentar algunas claves teóricas para comprender mejor las alternativas en disputa e intentar una conclusión en línea con el constitucionalismo transformador entendido en una dirección democrática, participativa e igualitaria.

I. Introducción

A pesar de que la Constitución Mexicana cuenta ya con 102 años de vida, no sucede lo mismo con la Suprema Corte de Justicia. Si bien desde 1917 se prevé un poder judicial independiente, la naturaleza y composición de su órgano supremo tuvo varias reformas y recién hace 25 años, desde 1994, se constituyó en un verdadero Tribunal Constitucional con las características que ahora conocemos.¹ De allí en adelante, que se hable de una *transformación constitucional* de la Suprema Corte de Justicia.²

Para quienes estudiamos derecho constitucional, sin embargo, no resulta llamativo hablar de transformaciones constitucionales más allá del texto constitucional.³ Siguiendo esa línea, podemos decir que a partir del último cambio de gobierno en México el pasado diciembre de 2018, se ha empezado a percibir la voluntad de una "segunda transformación" para la Suprema Corte de Justicia sin que se vea reflejada en una reforma formal a la misma (al menos hasta ahora).

¹ Véase Magaloni, Beatriz, "Enforcing the Autocratic Political Order and the Role of Courts: The Case of México" en Ginsburg, Tom y Moustafa, Tamir (eds.), *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p.199.

² Esta reforma se vio profundizada por otras reformas constitucionales (entre ellas la de 2011, que dio jerarquía constitucional a los derechos fundamentales consagrados en tratados internacionales, habilitó el control difuso de convencionalidad y modificó los requisitos del Amparo) que, si bien no afectaron el diseño de la Corte propiamente dicha, repercutieron en su papel dentro del entramado constitucional.

³ Véase Ackerman, Bruce, *We the People. Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, p. 31. Esto se conoce también como "mutación constitucional". Un repaso de esta doctrina en Rollnert Liern, Göran, "La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101, mayo-agosto (2014), pp. 125-155.

Soy consciente de que la palabra transformación es ambigua —sobre todo unida al ámbito constitucional—, y puede ser percibida tanto como referente a un cambio drástico del entendimiento constitucional,⁴ como a una técnica interpretativa progresista dentro de un entendimiento político de la constitución.⁵ Por lo que antes de seguir con este relato conviene hacer algunas precisiones ligadas al contexto mexicano.

El Movimiento de Regeneración Nacional (Morena), partido político que resultó triunfante en las últimas elecciones nacionales y que consagró a Andrés Manuel López Obrador (AMLO) como Presidente de México, instaló en su discurso de campaña y luego como eslogan de gobierno la idea de una "Cuarta Transformación". Esto pues considera que el país ha experimentado otras tres transformaciones radicales para la vida política y social: La primera, la guerra de *la independencia* de 1810 a 1821 liderada por Miguel Hidalgo y Costilla; la segunda coincidiría con la guerra de *reforma* (entre 1858 y 1861) que implicó la transición

⁴ Se habla así de una "mutación constitucional" cuando la práctica constitucional "despliega su potencialidad transformadora, de tal forma que cabe discutir si de lo que se está hablando, más que de una mutación constitucional, es de un acto revolucionario de desafío" *ibidem*, p. 138. El autor cita a Hsü para afirmar que la revolución sería el caso límite de la mutación constitucional. *Ídem*.

⁵ Cuando el alcance de la interpretación constitucional es lo que cambia, sin que el nuevo sentido sea incompatible con la literalidad de la constitución, "podrá calificarse fundadamente como transformadora, adaptativa o evolutiva" y ya no se podrá considerar mutación. *Ibidem*, p. 150. Ahora bien, cuando se habla de *constitucionalismo transformador*, se hace referencia a un modelo donde la interpretación progresiva es uno de los elementos, pero que necesariamente se da en el marco de una constitución transformadora. De allí que el término haya surgido, a raíz de la Constitución Sudafricana de 1994, analizando el papel que jugó su Corte Suprema. Me detendré en este entendimiento más específicamente en la última parte del artículo.

de una estructura política colonial e imperial a otra basada en el orden constitucional del Estado Nacional; y finalmente la tercera transformación coincide con la *revolución* mexicana librada entre 1910 y 1917 cuyo resultado fue la constitución mexicana que rige hasta la fecha.⁶

Al hablar de una "cuarta transformación" AMLO anunciaba y ahora intenta concretar cambios *revolucionarios* para el país desde sus comienzos, que involucran muy de cerca la organización de las distintas ramas del Estado, su funcionamiento y la distribución de la riqueza. Estos cambios se anuncian en contra de la corrupción, en dirección hacia una democracia participativa y una distribución igualitaria de los recursos, reivindicando la prioridad del pueblo mexicano que había sido maltratado y olvidado.

Un mes después de asumida la presidencia por AMLO, los ministros y ministras de la Suprema Corte eligieron a su nuevo presidente. Tanto en los programas previos a la elección como luego en su discurso inaugural, el Ministro —ahora Presidente— Arturo Zaldívar Lelo de Larrea se hizo eco de este reclamo por una transformación democratizadora para el Poder Judicial.⁷ En el ámbito judicial, la idea de *transformación* se asocia a la segunda concepción que adelantara, según la cual jueces y juezas tienen un papel que jugar en el moldeado de la realidad social,

⁶ Véase S.a., "Si ésta es la cuarta ¿cuáles son las otras 3 transformaciones?", *Milenio*, Ciudad de México, 23 de noviembre de 2018, <https://www.milenio.com/politica/si-esta-es-la-cuarta-que-son-las-otras-3-transformaciones>.

⁷ Zaldívar, Arturo, "Constitucionalismo social inacabado", *Milenio*, 5 de febrero de 2019, <https://www.milenio.com/opinion/arturo-zaldivar/los-derechos-hoy/constitucionalismo-social-inacabado>

política y sus relaciones de poder, en una dirección democrática, participativa e igualitaria, a través de interpretaciones progresistas de la constitución.⁸ Además, en el contexto actual, la transformación también se piensa dirigida a cambios en la estructura interna del propio Poder Judicial. Estos cambios, que dependen de la percepción del papel que el mismo tiene que jugar dentro del entramado institucional, necesariamente se acompañan de planes de formación de sus miembros (orientados en derechos humanos), tipos de concursos de ingreso (que buscan la paridad de género), control y transparencia interna, etc.

A nueve meses de la asunción del Ministro Presidente Arturo Zaldívar y diez del Presidente de la República López Obrador, este trabajo pretende realizar una reflexión diagnóstica sobre el lugar de la Corte dentro de la llamada Cuarta Transformación. Para el análisis podemos detectar dos perspectivas diferentes, aunque interdependientes, que están atravesadas por los dos entendimientos de la transformación antedicha. Una, podría decirse *externa*, tiene que ver con el lugar que la Corte ocupa en relación con los otros poderes del Estado. Esta perspectiva pone en el centro de la discusión un tema clásico de ingeniería constitucional relativo al significado y función de la división de poderes en un Estado constitucional. La otra, que podría decirse *interna*, está relacionada con el papel que la propia Suprema Corte puede/quiere jugar en el entramado constitucional. Obviamente las posibilidades de la Corte en este sentido estarán previamente demarcadas por el modelo de división de

⁸ Véase Klare, Karl E., "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", *S.Afr. J. on Hum. Rts.* vol. 14, núm. 1, 1998, p. 150.

poderes del que hablé antes, de allí que las dos perspectivas estén íntimamente relacionadas y por tanto se analicen en conjunto.

El modo de hacerlo será mediante la reconstrucción de algunas pistas que ha dado la propia Corte sobre el que entiende debe ser su "papel", en comparación con el que ha asumido años anteriores. Aquí pareciera que hay una voluntad de avanzar la agenda del constitucionalismo transformador,⁹ que puede encontrar dos tipos de resistencias. Por un lado, provenientes del propio Poder Judicial que considera que hay que conservar el papel "tradicional" que tuvo en otra época. Por el otro, provenientes de algunos sectores del poder político que tienen la idea de una transformación al Poder Judicial desde fuera del Poder Judicial y en sentido radical.

A fin de poder reflexionar sobre cuál es, en mi opinión, la posición de la Corte ante la coyuntura actual, comenzaré enunciando algunos rasgos contextuales sistémicos en los que ésta opera. Clasificaré dichos rasgos en "viejos", para luego identificar teóricamente los modelos que se disputan actualmente el papel de la Corte, y que para el contexto mexicano son "nuevos". La novedad radica no en el planteamiento, sino en el contexto de surgimiento, pues en México nunca antes se había discutido abiertamente el rol que la Corte tendría que ocupar, asumiendo un "modelo único" propio del liberalismo. Por último, me centraré en la noción de constitucionalismo transformador y en el papel "alternativo" que ofrece a los tribunales. La actividad de transformar

⁹ *Idem.*

implica un proceso que tiene como punto de partida una situación que se considera sub-óptima (o negativa), tiene en vistas una situación mejor, superior o ideal como punto de arribo y en medio se vale de unos ideales políticos (o ideología) que son el motor o las ideas fuerza que harán pasar de una a otra. Por el momento en que nos situamos para el análisis, lo único que podemos evaluar es el punto de partida de la transformación (es decir, podemos pronunciarnos sobre el diagnóstico) y el motor que se está activando para hacer efectivo el cambio (que circunscrito al ámbito judicial, no puede ser otro que el sistema de la constitución, es decir, su "intención valorativa"¹⁰). En otras palabras, en este momento todo lo que tenemos a nuestro alcance es el discurso o narrativa de los promotores del cambio y las iniciativas o proyectos ya avanzados que son parte de esta.

Una aclaración final es necesaria. Este artículo es exploratorio y seguramente recoge una mirada parcial de una situación político-social y jurídica de México mucho más compleja e inasequible. Mi pretensión por ello no es dar una respuesta concluyente a los debates planteados, sino más bien algunas claves teóricas para comprender mejor las alternativas en disputa.

II. Lo viejo: una dinámica que compromete la supremacía constitucional

A pesar de todos los cambios pretendidos y realizados por el gobierno, en términos constitucionales e institucionales, hay un elemento

¹⁰ Rollnert Liern, Göran, *op. cit.*, p. 130.

sistémico que no ha cambiado ni se percibe que haya voluntad de cambiar. México sigue teniendo altamente comprometida su supremacía constitucional. En efecto, aunque formalmente el ordenamiento cuenta con una estructura jerarquizada que exige a las leyes emanadas del poder legislativo su adecuación a la Constitución, la cual tiene primacía sobre ellas y, por tanto, es jerárquicamente superior,¹¹ desde el punto de vista de la aceptación ético-política, la Constitución no goza de la adhesión de la comunidad política y por tanto, es difícil hablar de supremacía constitucional efectiva.¹² Esto, que explico mejor en otro lugar,¹³ está directamente relacionado con el hiper-reformismo que sufre la Constitución mexicana y con la falta de previsión y/o verificación de procesos de deliberación robustos tanto en los momentos de control constitucional como en los que se ponen en marcha los mecanismos de reforma.¹⁴ Así, las reglas constitucionales constitutivas del

¹¹ Laporta, Francisco, *El Imperio de la Ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, p. 220.

¹² Ruiz Miguel, Alfonso, "El principio de jerarquía normativa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, septiembre-diciembre (1988), p. 150. Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos, Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2013, p. 157. En un sentido similar Carrió Sampedor, Alberto, "La aporía del soberano encadenado. Análisis crítico de 'las limitaciones jurídicas al soberano' del profesor Ernesto Garzón Valdés", *Doxa*, núm. 30, 2007, pp. 73-77, dice: "...lo que verdaderamente determina la pervivencia de la autoridad reconocida como soberana en cada comunidad es una cuestión de hecho, una práctica social colectiva en la que lo importante será que esa autoridad suprema continúe siendo reconocida como tal por todos aquellos agentes que se encuentran implicados en la obediencia y aplicación de sus normas". Y específicamente con respecto a la constitución, que "... su pervivencia nunca podrá ser asegurada por ella misma ya que dependerá en todo momento de esa práctica colectiva"; p. 77.

¹³ Remito a un trabajo anterior, Alterio, Ana Micaela, "La relación entre rigidez y supremacía constitucional: Un análisis a la luz de las reformas constitucionales en México", *Revista de Estudios Constitucionales*, núm. 4, enero-junio (2017), pp. 209-231.

¹⁴ Que no es más que un mecanismo posible para proteger el cumplimiento de la constitución suprema, su subsistencia o estabilidad, entre otros. En Alterio, Ana Micaela, "Entre la rigidez y la supremacía..." *op cit*, pp. 217, 224 De Cabo Martín, Carlos, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes de derecho*, Madrid, Editorial Trotta, p. 55. Esta particularidad de los

juego democrático, no alcanzan a regir el funcionamiento de las instituciones y no se logra asentar una práctica que consolide la supremacía de la constitución sobre el poder de turno.

Como se anuncia, la "falta" de supremacía constitucional es un rasgo viejo del constitucionalismo mexicano que se revela con fuerzas en la coyuntura actual. Esto se evidencia en los ya seis decretos de reforma constitucional aprobados desde que asumió el nuevo gobierno,¹⁵ lo que implica la reforma de 26 artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Artículos 22 y 73 fracción XXX; 10; 16, 21, 31, 35, 36, 73, 76, 78 y 89; 19; 3, 31 y 73; 2, 4, 35, 41, 52, 53, 56, 94 y 115 y el apartado C del artículo 2) en nueve meses.

Este punto, que es fundamental para analizar el Estado de Derecho, no es menor en lo referente al funcionamiento de la Suprema Corte, su posibilidad de controlar al gobierno, de generar líneas jurisprudenciales y así generar certeza y seguridad jurídica, lo que repercute directamente

Estados democráticos se puede confirmar reparando en los sistemas autoritarios. Así, es ilustrativo el siguiente pasaje comparativo: "Judicious proposals to amend constitutional provisions in a way that would enhance rather than diminish constitutional discipline would be evidence of fealty to the constitutional system, whereas hasty, frequent, or indiscriminate use of amendment procedures may conceal attempts at usurping power. In the former case, we would expect to see diligent weighing of the wording of particular constitutional provisions by political actors, and widespread public debate about the merits of proposed amendments. In my account, such constitutional engagement would constitute evidence that a political community, that is to say, current and aspiring office-holders as well as citizens and civil society institutions, takes its constitution seriously". Isiksel, Turkuler "Between text and context: Turkey's tradition of authoritarian constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 3, p. 704.

¹⁵ Con fechas del 14 y 26 de marzo, 12 de abril, 15 de mayo, 6 de junio y 9 de agosto de 2019, aunque hay más iniciativas aún pendientes de tratamiento.

en el tipo de papel que puede desempeñar.¹⁶ De allí surgen, a mi criterio, dos problemas mayores. (i) Por un lado, una Corte que —a pesar de las previsiones formales— no tiene la última palabra en materia de interpretación constitucional pues el "constituyente permanente" puede alterar dichas interpretaciones en cualquier momento mediante una reforma constitucional, tiene mayores dificultades para fungir como garante de la Constitución, en un entendimiento de defensor de los derechos como contra-mayoritarios.¹⁷ Ejemplo claro de esto es lo sucedido con la figura del arraigo, que tras ser incluida en la legislación penal y declarada inconstitucional por la Suprema Corte en su resolución de la acción de inconstitucionalidad 20/2003, se incorporó en el texto constitucional mediante reforma del artículo 16 (de 2008) dejándola a salvo de cualquier impugnación. Un ejemplo más reciente es lo acaecido con la Ley de Seguridad Interior que saliera, tras muchísima oposición, en el gobierno anterior. La Suprema Corte declaró su inconstitucionalidad a los pocos meses de iniciado el actual gobierno en las acciones de Inconstitucionalidad 6/2018 y sus acumuladas 8/2018, 9/2018, 10/2018 y 11/2018a lo cual éste respondió con una reforma constitucional que incorpora la Guardia Nacional, reafirmando la mili-

¹⁶ Análisis sobre el híper-reformismo mexicano hay múltiples, uno específico sobre cómo repercute en la Suprema Corte de Justicia puede verse en Pou, Francisca, "Constitutional Change and the Supreme Court Institutional Architecture" en Castagnola, Andrea y López Noriega, Saúl, *Judicial Politics in Mexico*, Nueva York, Routledge, pp.117-146.

¹⁷ Por repetir el entendimiento liberal clásico sobre el papel contra-mayoritario de las Cortes Supremas en una democracia. Hay que decir además, que el "Constituyente permanente" está compuesto por los miembros del Congreso y los de las legislaturas de las entidades federativas y no contempla ningún tipo de participación popular.

tarización de la seguridad del país y obstruyendo cualquier posibilidad de impugnación.¹⁸

Una salvedad es necesaria antes de pasar al siguiente punto. Podría afirmarse, con razón, que la dinámica de reforma constitucional que pone en cuestión la última palabra de la Suprema Corte en materia de interpretación constitucional es algo normativamente deseable. Yo misma he sostenido esta idea en otro lugar bajo el supuesto de discusiones continuas (*ongoing discussions*), horizontales e inclusivas.¹⁹ Idea que se refuerza en un contexto de transformación, donde parece absolutamente indispensable alinear "el alma" de la constitución (por usar la metáfora de Gargarella) con el nuevo proyecto político; o dicho de otro modo, hacer coincidir unos planes en materia de derechos con "la sala de máquinas" que los hará posibles.²⁰ Ahora bien, este ideal normativo es contextual²¹ y va acompañado de la necesidad de deliberaciones robustas, lo que implica tener disponible, o habilitar, instituciones que permitan la participación abierta, horizontal, etc.²²

¹⁸ Un análisis sobre el papel que la Suprema Corte ha jugado en relación a la jurisdicción militar del país en Ríos Figueroa Julio y Pozas Loyo, Andrea, "The transformation of the role of the Mexican Supreme Court" en Castagnola, Andrea y López Noriega, Saúl, *Judicial Politics in México. The Supreme Court and the Transition to Democracy*, Nueva York, Routledge, 2017, pp. 8-40.

¹⁹ Alterio, Ana Micaela, *Un crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales*, Tesis de Doctorado Universidad Carlos III de Madrid, 2015. También véase Niembro Ortega, Roberto, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2019, con respecto a un constitucionalismo dialógico sin últimas palabras y la dinámica de respuestas legislativas en modelos de control judicial fuerte.

²⁰ Gargarella, Roberto, *Latin American Constitutionalism, 1801-2010: The Engine Room of the Constitution*, Oxford University Press, 2013.

²¹ Véase Waldron, Jeremy, "The Core of the Case Against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 6, 2006, pp. 1346-1406; Barber, N.W., "Prelude to the Separation of Powers," *Cambridge Law Journal*, vol. 60, núm. 1, marzo (2001), p. 69.

²² Como propongo en el artículo ya citado sobre rigidez y supremacía.

Esto no quiere decir que, si no se dan esas condiciones, el ideal normativo sea reemplazable por el de Cortes con últimas palabras o constituciones rigidísimas. Solo demuestra que, ante la inmutabilidad de las condiciones (falta de deliberación y participación), la dinámica de reformas actual no se distingue de la dinámica anterior y por tanto carece también de credenciales de legitimidad robustas. Esto es, sigue en el marco de una cultura de la autoridad, frente a lo que sería esperable en una transformación hacia una cultura de la justificación.²³ Lo único que entonces podría diferenciarla sería la justificación *ex post* de la transformación en términos sustantivos (lo que no podemos evaluar hoy),²⁴ pero sería injustificable *a priori* en términos procedimentales y, las formas de control de constitucionalidad sin última palabra de los tribunales, necesitan justificaciones procedimentales.²⁵

Hecha esta aclaración paso al segundo problema. (ii) La misma dinámica reformista genera una "amenaza" latente hacia la propia estructura y funciones de la Suprema Corte. Al estar siempre en potencia la

²³ Mureinik, Etienne, "A bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights", *South African Journal of Human Rights*, vol. 10, núm. 1, pp. 31-48, en sintonía con la idea de constitucionalismo transformador. Véase una crítica a la cultura de la autoridad en el contexto mexicano en Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto, "Constitutional Culture and Democracy in Mexico: A Critical View of the 100-Year-Old Mexican Constitution", en Graber, Mark A., Levinson, Sanford y Tushnet, Mark (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford University Press, 2018.

²⁴ Salvo en lo referente a la constitucionalización de la Guardia Nacional, que no solo no se condice con un discurso transformador sino que es claramente reaccionario.

²⁵ Además de un diseño constitucional que no es el que está plasmado en la constitución mexicana, que es la que estoy analizando. Es decir, los rasgos deseables en términos normativos requerirían una reforma constitucional hacia modelos débiles de control judicial, que ahora no existen, por lo que toca evaluar el funcionamiento de la institución bajo las premisas constitucionales de un control judicial fuerte como el previsto.

posibilidad de reformar los artículos constitutivos de la institución, se dificulta también su papel de órgano de contralor al poder político y su independencia.²⁶ Ejemplo de esto es lo sucedido con la acción de inconstitucionalidad 105/2018 y su acumulada 108/2018 en las que se analizó la validez de la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos, Reglamentaria de los artículos 75 y 127 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus respectivas adiciones al Código Penal Federal, que no obstante quedar sin efectos para el Poder Judicial primero al concederse la suspensión el 7 de diciembre de 2018 y luego al declararse la invalidez de diversos artículos previstos en los ordenamientos impugnados en la sesión de 20 de mayo de 2019,

²⁶ Con respecto a este último punto es interesante la postura de Gardbaum, Stephen, "Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 53, 2015, pp. 285-320; donde se pregunta qué papel deben jugar las cortes en democracias nuevas o en transición. Su tesis es que es preferible que los tribunales no tengan la última palabra en materia de control constitucional (*weak-judicial review*) con el fin de mantener su independencia. Esta independencia tiene dos elementos claves: (i) que la judicatura sea libre del control, las presiones o influencia del gobierno al desarrollar su función de adjudicación y (ii) que desarrolle dicha función de modo imparcial (p. 305). Ambos elementos se ponen en peligro, según el autor, cuando el gobierno ve en las cortes a un actor político opositor —no legitimado democráticamente— que tiene la capacidad de "vetar" su legislación (p. 306). Es por eso que concluye que es preferible un Poder Judicial independiente sin última palabra, para estabilizar la democracia a uno con control de constitucionalidad fuerte. Si bien esta propuesta es "pragmática" y no normativa, creo que no se comprueba en el caso mexicano por las consideraciones que ya realicé en el primer punto (pues de hecho aquí la Corte no tiene la última palabra), por lo que —a mi criterio— hay que volver sobre la pregunta normativa: ¿qué papel es mejor que las cortes desempeñen en democracias en transición? Que a su vez se relaciona con otra pregunta: ¿en vistas a que objetivos, ese papel es mejor que otros? Pero incluso, en lo que pueda ser aplicable para México, habría que ver si esta estrategia de "preservación" es preferible frente a un papel más riesgoso prácticamente pero más valioso normativamente. Como señala Fowkes "One only retreats to fight another day if one intends to fight another day". Fowkes, James, "Transformative constitutionalism and the global south", en von Bogdandy, Armin et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New lus Commune*, Oxford University Press, 2017, p. 119.

está ahora intentándose por vía de reforma constitucional.²⁷ Pero sobre todo, se han presentado propuestas de reforma a la constitución en lo concerniente a la forma de designación de las y los Ministros de la Suprema Corte mediante voto popular, otras que pretenden sustraer las actividades constitucionales de la Corte dándoselas a un Tribunal Constitucional, o las que modifican la composición de la Corte a través de la creación de una tercera sala, lo que implicaría la designación de un alto número de Ministros/as y daría pie a sostener que se ha "empacado" a la Corte.²⁸ Más allá de que la mayoría de estas iniciativas no han llegado a concretarse aún, es claro que las mismas "tienen un efecto inhibitorio en los jueces; es decir, no es necesario aprobar leyes que de hecho los limiten: las meras iniciativas, cuando hay un gobierno unificado, pueden ser señales creíbles, y como tales bastan para cambiar el comportamiento de los jueces y acercarlo a las preferencias de quienes emiten dichas señales".²⁹

²⁷ Dictamen aprobado por la Comisión de Puntos Constitucionales el 9 de octubre de 2019 por el que se reforman los artículos 116 y 127 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Véase Cámara de Diputados (Comunicación Social), "Aprueban en comisión reformas constitucionales en materia de remuneraciones de los servidores públicos," Boletín núm. 2394, 9 de octubre de 2019, <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Boletines/2019/Octubre/09/2394-Aprueban-en-comision-reformas-constitucionales-en-materia-de-remuneraciones-de-los-servidores-publicos>.

²⁸ Según Julio Ríos, citando a la organización #LoJustoEsQueSepas (<https://fundar.org.mx/lo-justo-es-que-sepas/>), desde el 13 de septiembre de 2018 al 19 de agosto de 2019 las propuestas de reforma que afectan a la Corte o al Poder Judicial son 37. Véase Ríos Figueroa, Julio, "La renuncia de Medina Mora y los riesgos de la intervención", *Letras Libres*, 4 de octubre de 2019, https://www.letraslibres.com/mexico/politica/la-renuncia-medina-mora-y-los-riesgos-la-intervencion?fbclid=IwAR2RwmMs24Kya7L43KHgzZ8BSVSPYL1iG_90-mkvEgte4Qdusgxhb73UyVU.

²⁹ Ídem, citando a Tom S. Clark, *The limits of Judicial Independence*, Cambridge University Press, 2011.

Este fenómeno, como anuncié, no es característica original de este período. Desde 1995 (por usar la Reforma a la Suprema Corte de 1994 como parteaguas respecto a su posición en el entramado constitucional) y hasta el fin del mandato de Enrique Peña Nieto en 2018, se pueden contar en total 100 decretos de reforma constitucional. De éstos, 28 fueron hechos en el período presidencial anterior (correspondiente al PRI, modificando unos 154 artículos de la Constitución) y 39 se llevaron a cabo en el período de gobierno de Felipe Calderón (perteneciente al PAN, modificando 132 artículos constitucionales). Si bien la Corte ha tenido decisiones zigzagueantes en lo referente a si cuenta o no con facultades para controlar la constitucionalidad de las reformas constitucionales, lo cierto es que los últimos precedentes, así como la reforma de la Ley de Amparo de 2013, le niegan esa posibilidad.³⁰ Un tema de por sí polémico pero que ha servido a algunas de sus pares regionales para medir fuerzas con el poder político y revestirse de legitimidad.³¹

³⁰ Para un análisis de los precedentes de la Corte en este tema véase Camarena, Rodrigo, "La Revocación del precedente constitucional en la Suprema Corte" [artículo en proceso de publicación facilitado por el autor.] Respecto las decisiones de la Corte en la materia, se puede consultar: Amparo Indirecto en Revisión 2996/1996 (Camacho) del 3 de febrero de 1997, aceptando la competencia para revisar el proceso de reforma constitucional. En sentido contrario Controversia Constitucional 82/2001 (Reforma indígena) del 6 de septiembre de 2002. Nuevamente a favor de declararse competente para revisar la reforma el Amparo en Revisión 186/2008 (Amparo intelectuales) del 29 de septiembre de 2008 y por último, el Amparo en Revisión 2021/2009 del 28 de marzo de 2011, en el cual se volvió a impedir la revisión del proceso de reforma por vía de amparo por los efectos generales que tendría hacerlo. Ídem. Estas decisiones, más la reforma a la Ley de Amparo (DOF), 27 de abril de 2013, Art. 61, Fracción I, que establece la improcedencia del mismo para adiciones o reformas constitucionales, hacen muy difícil, o al menos costoso para la Corte cambiar de posición en un futuro, máxime si se tratara de reformas que la afectan directamente.

³¹ Un caso paradigmático es el colombiano, en su decisión contra la tercera reelección del ex Presidente Uribe. Véase Sentencia C-141 de 2010, 26 de febrero de 2010, Magistrado Sustanciador Humberto Antonio Sierra Porto.

Este contexto en el que la supremacía constitucional está comprometida, como lo he mencionado, pone a la Corte en un lugar incómodo, pero además de debilidad relativa. Una posición que se agrava aún más cuando quien se mide frente a ella tiene una legitimidad democrática, producto de las elecciones, que la Corte no tiene para sí y que, en ningún caso sería comparable.

III. Lo nuevo: la disputa por un modelo de división de poderes

Quizá por primera vez en lo que tiene de vigente la Constitución de 1917, ni el gobierno actual, ni su partido o los aliados del mismo, han designado a la mayoría de los miembros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Esto hace pensar que la relación entre poder político y Poder Judicial va a cambiar. Ya desde los discursos de campaña de AMLO se podía prever que la relación no sería muy pacífica.³²

Históricamente los poderes judiciales han sido vistos como la facción aristocrática de la sociedad.³³ Una calificación que muchas Cortes han tratado de quitarse de encima con fallos de fuerte repercusión social, lo que les ha permitido generar un colchón de legitimidad popular. En el caso de México, esta batalla por conseguir respaldo popular es

³² Son bien conocidas las palabras que pronunció el —en ese entonces— candidato a Presidente López Obrador en un discurso de campaña en Atlacomulco, Estado de México el 28/05/2018: "¿Saben de algo que hayan hecho los de la Suprema Corte en beneficio de México, se han enterado de algo que hayan resuelto a favor del pueblo? Nada".

³³ Desde Jefferson, Tocqueville, Schmitt, hasta el actual constitucionalismo popular, se ha hablado de la "Aristocracia de la Toga".

reciente y con resultados parciales. Esto se debe en gran parte al propio diseño institucional que desde el inicio ideó una judicatura muy encorsetada, con medios de acceso muy limitados³⁴ y cuyas sentencias podrían tener efectos reducidos *inter-partes*;³⁵ pero también a que no ha sido de interés de todos sus miembros legitimarse socialmente, sino de algunos/as pocos/as y relativamente nuevos Ministros/as.³⁶ De allí que los ataques a la Corte hayan sido fáciles, como adelantara, empezando por cuestionar sus salarios y gastos, siguiendo por criticar sus labores, perfil, compromiso social, forma de nombramiento, etc.

Ante el legítimo reclamo expresado en las urnas y el avance del poder político sobre el Poder Judicial, (i) algunos miembros de la Corte hicieron un proceso de reflexión público sobre la necesidad de responder no solo a las nuevas circunstancias políticas y a la "austeridad republicana", sino al contexto de un país con altísimos índices de pobreza y que enfrenta unos niveles de inseguridad, impunidad y falta de acceso a la justicia históricos, proponiendo llevar adelante un proyecto de *constitucionalismo transformador*. (ii) Otros en cambio, intentaron la "vieja" estrategia defensiva presentándola como la única posible.

³⁴ Esto no tiene que ver con el número de casos o materias sobre las que resuelve, que es amplia, sino con la limitada legitimación activa que hay en los procesos constitucionales, aunado a la cantidad de requisitos formales para que las demandas sean procedentes.

³⁵ Véase un análisis de dichas limitaciones en Magaloni, Beatriz, *op. cit.*

³⁶ En sentido similar, Francisca Pou advierte que "el desempeño de la judicatura federal respecto de la protección de derechos ha sido en su conjunto pobre". Aunque la autora acepta que las cosas han empezado a cambiar en los últimos años, manifiesta que "la existencia de desacuerdos feroces entre los ministros deja indeterminada la dirección exacta que la Corte tomará respecto de estos temas en los años que siguen". Pou, Francisca, "Constitucionalismo viejo, nuevo y desatado: el caso de México", en Bonilla Maldonado, Daniel (coord.), *El constitucionalismo en el continente americano*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2016, p. 234.

Así, anclados en un discurso *liberal clásico*, se alzaron reclamando la posición de la Corte como órgano contra-mayoritario ante un Poder Ejecutivo y Legislativo compuestos mayoritariamente por el partido en el Poder, al que hay que limitar.

Estas distintas posturas sobre el papel que la Corte tiene que desempeñar en un momento de cambio (que retomaré *infra*), son reflejo de un debate constitucional de larga data que, en México, no se había actualizado. Es decir, esta contraposición aparentemente insalvable hace explícitas concepciones distintas sobre el significado y la función que la división de poderes puede/debe tener en una democracia constitucional. Es de larga data porque desde que *los federalistas* se ocuparon de explicar el diseño institucional que había triunfado para la Constitución de los Estados Unidos de América,³⁷ lo hicieron enfren-tándose a otras comprensiones posibles que a pesar de no plasmarse en la Constitución del vecino país del norte, sí tuvieron reflejo constitucional en países como Francia e influyeron en el resto de occidente. En lo que sigue haré un repaso simplificado y en abstracto de algunas de estas distintas concepciones para poder luego reflexionar sobre la discusión nacional.

(a) En una primera posible interpretación, tenemos la apelación a la "doctrina pura" de la división de poderes según la cual hay que distinguir tres ramas o departamentos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), cada una con una función identificable correspondiente y cuyas personas

³⁷ Véase Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, especialmente papeles XLVII al LI, pp. 204 y ss.

que las componen no pueden coincidir. Cada rama está confinada al ejercicio de su propia función y no tiene permitido invadir las funciones de las otras ramas.³⁸ De esta forma, ningún grupo de personas puede hacerse con el control de la maquinaria del Estado, lo que *evita el ejercicio arbitrario del poder*. Una aproximación que no prevé controles recíprocos entre las ramas del gobierno, sino que se compromete con un control "negativo" entre ellas, pues para *evitar la concentración de poder* parece suficiente el hecho de que existan cuerpos autónomos, con funciones específicas diferenciadas en la toma de decisiones.³⁹

En ese entendimiento, a los tribunales les toca únicamente la función de adjudicación, es decir, "aplicar la ley" y no deben interferir con ningún otro poder. Viene a la mente la idea de una judicatura como "boca muda de la ley", con un papel eminentemente pasivo.⁴⁰ Ahora bien, este tipo de entendimiento "extremo", llamado también de "separación

³⁸ Vile, M.J.C., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Indianápolis, Liberty Fund, 1998, p. 14.

³⁹ *Ibidem* p. 19. Para Möllers un entendimiento literal de división puede traducirse en el concepto según el cual cada poder debe tener disponible su propia estructura organizacional interna para tomar sus decisiones autónomamente. Möllers, Christoph, *The Three Branches. A comparative Model of Separation of Powers*, Oxford University Press, 2015, p. 44.

⁴⁰ "The judges must be no more than the mouth that pronounces the words of the law, mere passive beings, incapable of moderating either its force or rigour", Vile, *op. cit.*, p. 98 citando a Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Libro VI, cap 3. Cabe señalar que la interpretación sobre la división de poderes propuesta por Montesquieu no es para nada uniforme. Como explica Vile, para fines del S. XVIII era citado en Inglaterra, Francia y Estados Unidos como autoridad y evidencia conclusiva de la corrección de sistemas de gobierno muy diferentes. Vile, *op. cit.*, p. 85. Para Möllers de hecho, el papel que juegan las cortes en la teoría de Montesquieu es muy poco claro. Möllers, *op. cit.*, p.18. Según Barber, finalmente, es claro que Montesquieu vio a los tribunales como una de las ramas más peligrosas del Estado. Barber, N.W, *op. cit.*, p. 62, nota al pie 14.

estricta",⁴¹ rara vez ha sido puesto en práctica y más bien se presenta como un "tipo ideal".⁴² Mayormente lo que ha ocurrido es que la doctrina pura se ha mezclado con otras teorías constitucionales (como la de la constitución mixta)⁴³ y se ha realizado institucionalmente con "modificaciones".⁴⁴ Aun así, esta doctrina ha tenido una influencia decisiva respecto de lo que se requiere para que haya separación de poderes: separación de instituciones, de funciones y de personal; convirtiéndose en el entendimiento ortodoxo.⁴⁵

(b) De estas "alteraciones" surge el modelo liberal *madisoniano* de *checks and balances* que prevé justamente interferencias recíprocas entre los órganos para generar frenos y contrapesos, es decir, un control "positivo" (directo) al ejercicio del poder.⁴⁶ Así, el Poder Ejecutivo por ejemplo, tiene facultades legislativas que le permiten frenar proyectos de

⁴¹ Véase Gargarella, Roberto, "Una maquinaria exhausta. Constitucionalismo y alienación legal en América", *Isonomía*, núm. 33, octubre 2010, pp. 7-34.

⁴² Vile, *op. cit.*, p.14. Aunque según Möllers, este concepto de división puede verse aplicado solo con respecto a los tribunales. Möllers, *op. cit.*, p. 45.

⁴³ Cuyos orígenes se encuentran en el Siglo II a.C., en Polibio, *Historias*, Libro VI.

⁴⁴ Vile, *op. cit.*, p. 19. Según Kavanagh, Aileen "The Constitutional Separation of Powers", en Dyzenhaus, David y Thorburn, Malcolm, *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 222; "...some 'intermixture' of functions is both necessary and desirable".

⁴⁵ *Ibidem*, p. 225. Dos consecuencias de esta comprensión son: (i) "una rama-una función" y (ii) "separación como confinamiento". Ambas, según explica la autora, son tan problemáticas que se corre el riesgo de querer abandonar la doctrina de separación de poderes como un ideal constitucional relevante. *Ibidem*, p. 228.

⁴⁶ Möllers explica que si se compara la idea de balance con la comprensión de "separación" discutida anteriormente, una relación ambigua emerge: en un sentido débil, la obligación de dividir el poder es una obligación de distinguirlos, pero esa distinción es una condición necesaria para el control y balance entre ellos. Sin embargo, estrictamente entendida, la "separación" prohíbe todo contacto entre estas instituciones y los controles son precisamente eso: contactos institucionales entre las instituciones. Möllers, *op. cit.*, p. 46.

ley aprobados por el Poder Legislativo mediante el veto. El Poder legislativo, tiene funciones jurisdiccionales como el *impeachment* para controlar a las otras dos ramas, y así sucesivamente. Este mutuo intercambio⁴⁷ sirve para sujetar al poder desde el poder, aunque no resuelve cómo será el balance ideal.⁴⁸ Esta concepción, con diferentes ajustes, parece ser la que mayor éxito tuvo en las constituciones liberales —entre ellas las de América Latina—⁴⁹ marcadas por el temor a un Estado arbitrario que amenace las libertades individuales —negativas— de la ciudadanía. De allí que se concibiera como *la función* de la separación de poderes a la de *proteger* dichas *libertades* limitando al Estado, obstaculizando sus movimientos, haciéndolos pesados y lentos y para nada, facilitándolos.⁵⁰ Así, se entiende división de poderes como sinónimo de límites al poder, donde el más peligroso resulta ser el Legislativo.⁵¹

Dentro de este esquema, las cortes cumplen un papel esencial. En su carácter de órganos contra-mayoritarios⁵² fungen como contralor y límite del poder político mediante el control judicial de constitucionalidad.⁵³

⁴⁷ Barendt, siguiendo a Vile, llama a esta versión de la doctrina: "separación de poderes parcial", frente a la formulación clásica "pura" indicada antes. Véase Barendt, Eric, "Separation of powers and constitutional government", *Public Law*, núm. 4, 1995, p. 601.

⁴⁸ Möllers, *op. cit.*, p. 47.

⁴⁹ Aunque el "balance" en América Latina arrancó *desequilibrado* hacia el Poder Ejecutivo, que debido a la influencia de la corriente conservadora en la región, tuvo (y aún tiene) unas facultades mucho más amplias que en el modelo estadounidense. Véase Gargarella, Roberto, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*, Oxford University Press, 2013.

⁵⁰ Möllers, *op. cit.*, p. 28.

⁵¹ El Federalista X. *op. cit.*, p. 35.

⁵² Bickel Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.

⁵³ El federalista LXXVIII, *op. cit.*, pp. 330-336.

En términos de legitimidad, en una idea que dura casi sin modificaciones hasta Kelsen, la judicatura, "que no posee fuerza ni voluntad",⁵⁴ se apoya exclusivamente en su discernimiento, que es posible con miembros expertos e independientes, cuya función política se reduzca al mínimo.⁵⁵ Según la crítica de Gargarella, este modelo ha fracasado en la región debido a (entre otras cosas) su apuesta por una organización institucional con sesgos contra-mayoritarios, que refleja un temor hacia la democracia y su expresión mediante las mayorías. Esto, en combinación con los presupuestos ("el combustible") que asume el modelo, según el autor, ha generado *alienación legal* en la ciudadanía.⁵⁶

(c) Por último (no porque no haya más modelos o discusiones, sino porque considero que estos son los que permiten iluminar el debate mexicano actual), asoma la idea de división de poderes como *división de trabajo*, cuya función ya no es obstaculizar al poder político sino hacerlo posible⁵⁷ y *eficiente*.⁵⁸ Esta mejora en la estructura organizacional no solo, se piensa, evita el abuso del poder, sino sobre todo aumenta

⁵⁴ *Ibidem*, p. 331.

⁵⁵ Véase Bassok, Or "The Schmitelsen Court: The Question of Legitimacy", *German Law Journal*, p.21. Sobre la discusión de la labor de los jueces como actividad exclusivamente jurídica o también política, además de la clásica discusión entre Kelsen y Schmitt, son interesantes los debates que ocurren en Reino Unido que, en términos normativos, evocan los modelos de constitucionalismo legal vs. Constitucionalismo político. No puedo ocuparme de todo esto aquí, pero una buena actualización de la discusión se puede encontrar en Kavanagh, Aileen, "Recasting the Political Constitution: From Rivals to Relationships", *King's Law Journal*, vol. 30, núm. 1, 2019, pp. 43-73.

⁵⁶ Gargarella, Roberto, "Una maquinaria exhausta", *cit.*

⁵⁷ En la Francia revolucionaria, separación de poderes y división de trabajo sirvieron como instrumentos organizacionales para ejecutar las decisiones democráticas. Möllers, *op. cit.*, p. 41.

⁵⁸ Según Barber, el núcleo de la doctrina de la separación de poderes no es la libertad, como se suele asumir, sino la eficiencia. Entendiendo eficiencia en un sentido no técnico de "eficacia".

su firmeza. Esta interpretación "funcional",⁵⁹ coincide con las otras en la medida en que también pretende garantizar la libertad, pero a diferencia de éstas, la entiende desde un punto de vista positivo.⁶⁰

Detrás está la preocupación por hacer responsable al Estado de establecer las condiciones de posibilidad de las libertades, las bases materiales para el desarrollo de las mismas, lo que hace que éste no solo tenga que actuar sino tenga que hacerlo de modo eficiente. Así, los poderes se dividen para facilitar los propósitos para los cuales el Estado existe.⁶¹ En suma, "libertad *frente a* y libertad *a través de* la autoridad pública, marcan las alternativas que encuentran expresión en las distintas concepciones de separación de poderes".⁶² Este último modelo, se identifica mayormente con el republicanismo, que en sus orígenes miró con escepticismo el control judicial a las acciones del Estado.⁶³ Aunque con el paso del tiempo y la fuerza que han adquirido los derechos fundamentales para el constitucionalismo, el papel de los tribunales

Una institución es eficiente o eficaz en la medida en que cumple con los objetivos que le son asignados. Barber, N.W., *op. cit.*, pp. 59, 66.

⁵⁹ Möllers, *op. cit.*, p. 41.

⁶⁰ En el concepto *Rousseauiano* de libertad, el poder democrático del Estado no puede significar ninguna amenaza para la libertad individual (a diferencia del liberalismo norteamericano), de hecho el legislador es la *condición* de posibilidad de todas las libertades. Así la libertad surge no de la ausencia del Estado sino a través de su constitución democrática. *Ibidem*, p. 20.

⁶¹ Barber, interpretando la aproximación de Locke a la división de poderes; *op. cit.*, p. 64.

⁶² Möllers, *op. cit.*, p. 42.

⁶³ *Ibidem*, p. 21. Hay que decir que parte de la teoría constitucional ha identificado este acercamiento republicano con la versión de separación estricta de poderes. Por ejemplo Gargarella, Roberto, Una maquinaria exhausta, cit. Yo aquí hago la distinción porque utilizaré el modelo republicano según sus concreciones constitucionales efectivas (por ejemplo en Francia o Inglaterra), cosa que no es posible realizar con el modelo teórico "puro" de la separación de poderes.

ha empezado a cambiar. Así ha sido en Francia a partir de la V República con la incorporación del "Consejo Constitucional", que desde 1971 empezó a realizar un control sobre la legislación invocando el "bloqueo de constitucionalidad".⁶⁴ Y un proceso parecido, aunque desde una tradición diferente, se ha visto recientemente en Reino Unido, donde la posibilidad de anular una ley del Parlamento sigue vedada para las Cortes pero éstas pueden declarar contravenciones a la *Human Rights Act* de 1998.⁶⁵

Ahora bien, esta caracterización sucinta sirve para hacer explícita una primera dificultad para la comprensión de la teoría constitucional: es imposible optar por un diseño constitucional sin basarse en una teoría política que la fundamente. Siguiendo a Barber en estas ideas, diré que de lo que se ocupa la teoría constitucional es de cómo organizar en la práctica a las instituciones detentadoras del poder y de estructurar la relación de los individuos con esas instituciones.⁶⁶ Es decir, se ocupa de los *medios* para conseguir unos fines que la acción colectiva persigue y que han sido precisados mediante la filosofía política.⁶⁷ Por esta razón es imposible atarse a unos modelos abstractos, la separación de poderes concreta que se ejecute dependerá no solo de la teoría política

⁶⁴ Uprimny, Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*, Dejusticia, diciembre 2005, p. 143.

⁶⁵ Möllers, *op. cit.*, 23-24.

⁶⁶ Barber, *op. cit.*, p. 62. Todas las traducciones son propias.

⁶⁷ Ídem. Por ello afirma: "Whilst it is possible, though perhaps unwise, for a political philosopher to ignore constitutional theory, it is impossible for a constitutional theorist to ignore political philosophy".

que la inspire, sino también y en gran medida, de las particularidades geográficas, socio-culturales, etc. de cada país.⁶⁸

IV. El papel de la Suprema Corte dentro del entramado constitucional: ¿hacia un constitucionalismo transformador?

Volviendo entonces al debate en el México actual, lo que podemos ver en el fondo del desacuerdo planteado al comienzo del apartado anterior son dos perspectivas filosófico-políticas sobre a qué fines debe servir la separación de poderes, que impactan directamente sobre qué papel debe tener la Corte en ese entendimiento. Me detendré sobre todo en la primera de las posturas aludidas (i) por su novedad en nuestro contexto, para luego hacer algunos comentarios breves sobre las resistencias/críticas que encuentra en la segunda postura planteada (ii).

(i) La idea de un constitucionalismo transformador viene de una conversación con el Sur Global, específicamente, de la práctica sudafricana posterior a la Constitución de 1996.⁶⁹ Su condición de posibilidad es la existencia de una constitución *transformadora*, entendiendo por tal,

⁶⁸ *Ibidem*, p. 66.

⁶⁹ Véase Fowkes, James, "Transformative Constitutionalism and the Global South...", *cit.*, p. 97. El término "transformador" fue utilizado por la Corte Constitucional Sudafricana en *S v Makwanyane & Others case*, 1995 (3) SA 391 en el párrafo 262 por primera vez y replicado por sus comentaristas. Véase Davis, Dennis, "Transformation and the Democratic case for Judicial Review: The South African Experience", *Loyola University Chicago International Law Review*, vol. 5, núm. 1, 2007, p. 45.

aquella que se compromete con un proyecto para lograr una sociedad mejor y que otorga los medios para ello, sobre todo vía reconocimiento de amplios derechos, susceptibles de una aplicación positiva tanto en la esfera pública como privada.⁷⁰ De allí que haya sido un concepto de fácil adopción para el constitucionalismo latinoamericano, lleno de constituciones aspiracionales como la mexicana de 1917.

Ahora bien, más allá de las ambigüedades que señalara en la introducción, en el contexto específico el concepto de "transformación" vuelve a presentarnos inconvenientes. Así, lo transformador puede entenderse como un "ser" de la constitución, pero también como un "deber ser". Para México, podemos decir que la Constitución de 1917 es transformadora (contiene amplios derechos fundamentales, especialmente derechos económicos, sociales y culturales) pero que su constitucionalismo ha fallado en hacer lo que *debe* hacerse para que realmente transforme la realidad.⁷¹ Algo que según Fowkes es inevitable con un término eminentemente aspiracional. El punto de reflexión entonces pasa por cómo hacer lo que se debe hacer para realizar las promesas de transformación social de la constitución. Y he ahí donde la corriente del constitucionalismo transformador requiere de la ayuda de una teoría de la adjudicación y de la doctrina jurídica.⁷²

Con respecto a la teoría de la adjudicación, es fácil remitir al más famoso texto de constitucionalismo transformador que escribiera Klare en

⁷⁰ Fowkes, James, "Transformative Constitutionalism and the Global South...", *cit.*, pp. 97, 99.

⁷¹ Parafraseando a Fowkes, *ibidem*, p. 100.

⁷² *Ibidem*, p. 99.

1998.⁷³ Allí da por sentado que, debido a que la adjudicación nunca puede ceñirse totalmente a sus fuentes jurídicas, porque todavía nadie ha logrado idear un sistema de constreñimiento total que a su vez sea consistente con los valores democráticos, la adjudicación es inevitablemente una actividad creadora de derecho.⁷⁴ Ahora bien, para Klare esta actividad debe dirigirse a hacer posible un proyecto igualitario de transformación social, de gran escala, por lo que el constitucionalismo transformador no es un concepto neutral, sino que tiene un valor positivo.⁷⁵ De allí que se asocie a una concepción política de la adjudicación⁷⁶ en el marco de una concepción también política (y post liberal) de la constitución.⁷⁷ Klare hace una invitación a jueces y juezas a que dirijan su trabajo interpretativo hacia el cumplimiento del proyecto político transformador, y que lo hagan de modo sincero y autoconsciente.⁷⁸ A su criterio, la judicatura es responsable por las consecuencias

⁷³ Klare, Karl, *op. cit.*

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 147-148.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 150.

⁷⁶ Langa, Pius, Chief Justice of the Republic of South Africa, "Transformative Constitutionalism", *Stellenbosch Law Review*, vol. 17, 2006, p. 353.

⁷⁷ Klare, *op. cit.*, pp. 151 y ss. Este entendimiento claramente se aleja de la concepción liberal clásica (o tradicional), que también es mayoritaria en nuestro contexto. Sin embargo, no por eso es anómala. En esa dirección, además del constitucionalismo transformador en cuestión, encontramos corrientes como la del constitucionalismo popular, el constitucionalismo dialógico, el constitucionalismo de los países de la *Commonwealth*, el nuevo constitucionalismo latinoamericano, entre otros. Para una aproximación a alguna de estas corrientes, véase Alterio, Ana Micaela, "Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate," *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 8, enero-diciembre (2014), p. 227-306. Vale aclarar que como explica Aileen Kavanagh, a pesar de que, después de la Segunda Guerra Mundial, el constitucionalismo llamado *legal* (o jurídico) y el constitucionalismo *político* se han presentado en la doctrina como modelos rivales, lo cierto es que "...legal and political dimensions of the constitutional order do not exist in isolation from one another, but rather are interrelated component parts of the constitutional system viewed as a whole." Kavanagh, Aileen, "Recasting...", *cit.*, p. 63. En igual sentido Klare, *op. cit.*, pp. 162-163.

⁷⁸ *Ibidem.*, pp. 157, 187.

sociales y distributivas de sus decisiones y debe ser juzgada de acuerdo a éstas. De ello penderá su legitimidad y no tanto de su *expertise*, como vimos se asumía en la lógica liberal. Por esta razón, y por cuestiones de transparencia, es necesario que el público conozca las motivaciones morales y políticas de la adjudicación, para así empoderarse y poder examinarlas, discutirlos y criticarlas.⁷⁹

Ha de deducirse que una concepción de la adjudicación como la expuesta no casa bien con una doctrina jurídica tradicional.⁸⁰ Por lo que aquí quisiera analizar algunas interrelaciones del constitucionalismo transformador con la doctrina de separación de poderes, y específicamente con el papel de las cortes dentro de ésta. De lo dicho hasta ahora se sigue que ni la doctrina "pura" de separación estricta de poderes, ni la concepción liberal del *checks and balances* son afines al constitucionalismo transformador. Ahora bien, en cuanto al papel de las Cortes, tampoco el modelo republicano parece ayudar mucho, pues si bien tiene de fondo una idea de colaboración entre poderes, no parece aceptar un *activismo* tan fuerte por parte de los tribunales. Por lo que parece que ninguna de las formulaciones concebidas en el siglo XVIII sobre la separación de poderes es útil en el constitucionalismo contemporáneo. Los Estados se han complejizado, hay otras fuentes de poder además de las tres ramas clásicas (como la Administración Pública

⁷⁹ *Ibidem*, p. 164.

⁸⁰ El propio Klare expresa esto, aunque reconoce también que no hay una correlación necesaria entre un estilo transformador de adjudicación y metodología jurídica, y unos resultados transformadores social y políticamente. *Ibidem*, p. 170.

por ejemplo)⁸¹ y la doctrina ha evolucionado mucho, acompañando los cambios en las constituciones, sus fines y medios, y adaptándose a las necesidades del contexto. Eso no significa que la doctrina sobre división de poderes no sirva para entender los desafíos presentes. Más bien lo que se necesita es reconstruir la doctrina.⁸²

El ex presidente de la Corte Constitucional de Sudáfrica, Pius Langa, toma el desafío que el constitucionalismo transformador significa para la división de poderes y afirma que el papel de las Cortes en el constitucionalismo transformador también debe ceñirse a la interpretación de las leyes. Pero en esa interpretación, el ideal transformador requiere que jueces y juezas cambien el derecho para ponerlo en línea con los derechos y valores que sostiene la Constitución, aunque haya una delgada línea entre transformar el derecho y legislar.⁸³ Pero con esto no alcanza. La transformación, afirma el Juez, no es una responsabilidad que las cortes puedan realizar solas, es una tarea para las tres ramas del Estado en colaboración. Con sus palabras: solo cuando nuestro compromiso judicial se acopla con reformas legislativas y una acción ejecutiva apropiada, las desigualdades que siguen existiendo en Sudáfrica podrán ser erradicadas.⁸⁴

⁸¹ Kavanagh, "The constitutional Separation of Powers...", *cit.*, p. 222. En México contamos además con nueve Organismos Constitucionales Autónomos (OCAs) que modifican el entendimiento tradicional de división de poderes.

⁸² *Ibidem*, p. 229 y ss.

⁸³ Langa, Pius, *op. cit.*, pp. 357-358.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 358.

Y he ahí donde se descubre la doctrina reconstruida de la separación de poderes, que se apoya en un valor central: la coordinación del esfuerzo institucional entre las distintas ramas del Estado al servicio del buen gobierno, lo que Kavanagh llama "una empresa conjunta de gobierno".⁸⁵ En esta visión, los distintos poderes no se ven como entidades solitarias confinadas a una única función, sino como partes constitutivas de una empresa común, cada una con un papel que jugar.⁸⁶ Si bien cada rama mantiene su independencia, son interdependientes en varios sentidos. Por continuar con las funciones de legislar y adjudicar, la autora ejemplifica: cada rama debe tener en cuenta los actos y decisiones de las otras para poder sacar adelante sus propios deberes y, aunque tanto los tribunales como el legislativo creen derecho, lo hacen de distintas maneras y cada rama está sujeta a distintas restricciones e incentivos.⁸⁷ Así, la relación entre las distintas ramas se concibe como de necesaria interdependencia, interacción e interconexión.⁸⁸ El mérito de esta concepción pasa por proponer una judicatura que sin abdicar a su papel de garante de los derechos y la constitución, no niega su papel político al intentar ser motor del cambio social, pero a la vez no busca reemplazar al poder político en la dirección de la política pública y el gobierno, sino intenta cooperar con éste.

Por supuesto que la aplicación de esta doctrina será contextual. En el caso sudafricano sabemos que tanto el papel protagónico que adoptó

⁸⁵ Kavanagh, "The constitutional Separation of Powers..." *cit.*, p. 235.

⁸⁶ Ídem.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 232.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 237.

la Corte Constitucional como sus más celebradas decisiones progresistas, fueron posibles porque estaban en línea con la posición que el gobierno tenía sobre dichas políticas públicas.⁸⁹ Como explica Fowkes, las sentencias se construyeron sobre una actividad legislativa preexistente o sobre ideas que contaban también con apoyo previo del público y del gobierno.⁹⁰ Así parece que los cambios sociales de alto alcance solo pueden darse cuando los tres poderes están alineados en sus objetivos.

(ii) En el debate constitucional mexicano, infortunadamente, esta última concepción de la división de poderes ha sido vista con recelo. La resistencia a esta aproximación proviene de quienes apoyan los modelos tradicionales que han prevalecido hasta hace poco sin disputa. O bien se asume la visión liberal, según la cual la judicatura tiene el papel de limitar al poder, ser un contrapeso, incluso un obstáculo para el gobierno, recordando sin cesar su carácter contra-mayoritario. O bien se reivindica una concepción de división estricta, donde los tribunales tienen un papel pasivo y solo "aplican la ley". No me detendré más en estas visiones que son archiconocidas por todas y todos y que ya expliqué más arriba. Es cierto que, sobre todo la liberal clásica, puede tener sustento en un peligro potencial de que el Poder Ejecutivo abuse de sus facultades, sobre todo cuando cuenta con un legislativo afín. Así la Corte, guardiana última del orden constitucional, tendría que resistir

⁸⁹ Fowkes, James, "Relationship with Power: Re-imagining judicial roles in Africa", en Fombad, Charles (ed.), *Stellenbosch Handbooks in African Constitutional Law*, vol. 1, Oxford University Press, 2016, p. 22, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2847554.

⁹⁰ Ídem.

los intentos del poder político de subordinarla, en una lógica de confrontación, o incluso de supervivencia.⁹¹ Pero esta lógica de "suma cero" no necesariamente debe darse. Puede suceder que haya una relación más armónica entre poderes, una "alianza virtuosa", cuando las instituciones van en la misma dirección, y no pierden su independencia.⁹² Claro está que esto no implica dejar de preocuparse por la posibilidad de abuso de poder y dejar de ejercer los controles constitucionalmente dispuestos hacia los otros poderes. Solo nos pide que la actitud de desconfianza no sea la actitud que prime por *default* y que cancela la posibilidad de un poder político con fines loables. Tampoco nos dice que, si no se dan las condiciones para una "alianza virtuosa", las Cortes y el resto de la sociedad no hagan lo mejor que puedan hacer dentro de su competencia para defender los derechos e instituciones constitucionales.⁹³

V. A modo de conclusión

En estas páginas quise reflexionar sobre el momento constitucional que estamos viviendo y presentar algunas claves teóricas para su mejor comprensión. Tras un cambio drástico en las élites políticas que gobiernan México, el debate sobre qué papel tiene que jugar el Poder Judicial, y en especial, la Suprema Corte de Justicia se ha abierto con fuerza. Viejas prácticas y nuevos discursos se disputan la visión que

⁹¹ Sobre los distintos papeles que puede tomar la Corte en relación con el Poder Ejecutivo, véase Fowkes, James, "Relationship with Power: Re-imagining judicial roles in Africa" *cit.*

⁹² Y esa dirección, por supuesto, es constitucionalmente deseable. *Ibidem*, p. 4, 17 y ss.

⁹³ *Ibidem*, p. 25.

debe primar. Pero claramente cualquiera que ésta sea, estará informada por un modelo de división de poderes y una teoría política subyacente. Cada alternativa tiene sus pros y sus contras, quizá algunas sean más realizables que otras, según los fines a los que sirven. La pregunta permanece abierta: ¿cuál es el modelo que mejor se adapta a nuestra constitución y a nuestros compromisos socio-políticos?

Después de realizar un repaso por las distintas alternativas teóricas, basadas en los desacuerdos que presentan en torno al valor que subyace a la división de poderes: sea este evitar el abuso de poder restringiendo la concentración de funciones, sea salvaguardar la libertad o, por último, lograr un gobierno eficiente; he avanzado en una propuesta propia del constitucionalismo transformador. Tanto por sus orígenes como por sus metas, me parece que es el modelo que podría inspirar una transformación real para México en una dirección democrática, participativa e igualitaria, conforme a los designios transformadores de la Constitución de 1917 y al discurso del poder político actual. Por supuesto todo esto dependerá de la voluntad política de avanzar en esa dirección por parte de los tres poderes del Estado, del fortalecimiento de una cultura constitucional que acompañe y de una doctrina jurídica que legitime, en un marco de transparencia y honestidad. Veremos qué sucede en adelante.

Bibliografía

Ackerman, Bruce, *We the People: Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.

Alterio, Ana Micaela, *Un crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales*, Tesis de Doctorado Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

———, "La relación entre rigidez y supremacía constitucional: Un análisis a la luz de las reformas constitucionales en México", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 4, enero-junio (2017), pp. 209-231.

———, "Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate," *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 8, enero-diciembre (2014), pp. 227-306.

——— y Niembro Ortega, Roberto, "Constitutional Culture and Democracy in Mexico: A Critical View of the 100-Year-Old Mexican Constitution" en Graber, Mark A., Levinson, Sanford y Tushnet,

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

Barber, N.W., "Prelude to the Separation of Powers", *Cambridge Law Journal*, vol. 60, núm. 1, marzo (2001), pp. 59-88.

Barendt, Eric, "Separation of powers and constitutional government", *Public Law*, núm. 4, 1995, pp. 599-619.

Bassok, Or "The Schmitelsen Court: The Question of Legitimacy", *German Law Journal* [forthcoming, 2019].

Bickel Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.

Cámara de Diputados (Comunicación Social), "Aprueban en comisión reformas constitucionales en materia de remuneraciones de los servidores públicos," Boletín núm. 2394, 9 de octubre de 2019, <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Boletines/2019/Octubre/09/2394-Aprueban-en-comision-reformas-constitucionales-en-materia-de-remuneraciones-de-los-servidores-publicos>.

Camarena, Rodrigo, "La Revocación del precedente constitucional en la Suprema Corte" [artículo en proceso de publicación facilitado por el autor].

Carrió Sampedro, Alberto, "La aporía del soberano encadenado. Análisis crítico de 'las limitaciones jurídicas al soberano' del profesor Ernesto Garzón Valdés", *Doxa*, núm. 30, 2007, pp. 73-77.

Davis, Dennis, "Transformation and the Democratic case for Judicial Review: The South African Experience", *Loyola University Chicago International Law Review*, vol. 5, núm. 1, 2007, pp. 45-57.

De Cabo Martín, Carlos, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

Fowkes, James, "Transformative Constitutionalism and the Global South" en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, 2017.

_____, "Relationship with Power: Re-imagining judicial roles in Africa" en Fombad, Charles (ed.), *Stellenbosch Handbooks in African Constitutional Law*, vol. 1, Oxford University Press, 2016.

Gardbaum, Stephen, "Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 53, 2015, pp. 285-320.

Gargarella, Roberto, *Latin American Constitutionalism, 1801-2010: The Engine Room of the Constitution*, Oxford University Press, 2013.

_____, "Una maquinaria exhausta. Constitucionalismo y alienación legal en América", *Isonomía*, núm. 33, octubre 2010, pp. 7-34.

Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

Isiksel, Turkuler "Between text and context: Turkey's tradition of authoritarian constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 3, julio 2013, pp. 702-726.

Kavanagh, Aileen "The Constitutional Separation of Powers" en Dyzenhaus, David y Thorburn, Malcolm, *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

———, "Recasting the Political Constitution: From Rivals to Relationships", *King's Law Journal*, vol. 30, núm. 1, 2019, pp. 43-73.

Klare, Karl E., "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, núm. 1, 1998.

Langa, Pius, Chief Justice of the Republic of South Africa, "Transformative Constitutionalism", *Stellenbosch Law Review*, vol. 17, 2006, pp. 351-360.

Laporta, Francisco, *El Imperio de la Ley. Una visión actual*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.

Magaloni, Beatriz, "Enforcing the Autocratic Political Order and the Role of Courts: The Case of México" en Ginsburg, Tom y Moustafa, Tamir (eds.), *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Vile, M.J.C., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Indianápolis, Liberty Fund, 1998.

Möllers, Christoph, *The Three Branches. A comparative Model of Separation of Powers*, Oxford University Press, 2015.

Mureinik, Etienne, "A bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights", *South African Journal of Human Rights*, vol. 10, núm. 1, 1994, pp. 31-48.

Niembro Ortega, Roberto, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

Polibio, *Historias*, Libro VI.

Pou, Francisca, "Constitutional Change and the Supreme Court Institutional Architecture" en Castagnola, Andrea y López Noriega, Saúl, *Judicial Politics in Mexico*, Nueva York, Routledge, 2017.

_____, "Constitucionalismo viejo, nuevo y desatado: el caso de México", en Bonilla Maldonado, Daniel (coord.), *El constitucionalismo en el continente americano*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2016.

Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2013.

Ríos Figueroa, Julio, "La renuncia de Medina Mora y los riesgos de la intervención", *Letras Libres*, 4 de octubre de 2019, <https://www.letraslibres.com/mexico/politica/la-renuncia-medina-mora-y->

los-riesgos-la-intervencion?fbclid=IwAR2RwmMs24Kya7L43KH
zgZ8BSVSPYL1iG_9O-mkvEgte4Qdusgxhb73UyVU

_____ y Pozas Loyo, Andrea, "The transformation of the role of the Mexican Supreme Court" en Castagnola, Andrea y López Noriega, Saúl, *Judicial Politics in México. The Supreme Court and the Transition to Democracy*, Nueva York, Routledge, 2017.

Rollnert Liern, Göran, "La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101, mayo-agosto (2014), pp. 125-155.

Ruiz Miguel, Alfonso, "El principio de jerarquía normativa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, septiembre-diciembre (1988), pp. 135-154.

S.a., "Si ésta es la cuarta ¿cuáles son las otras 3 transformaciones?", *Milenio*, Ciudad de México, 23 de noviembre de 2018, <https://www.milenio.com/politica/si-esta-es-la-cuarta-cuales-son-las-otras-3-transformaciones>.

Uprimny, Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*, Dejusticia, diciembre 2005.

Waldron, Jeremy, "The Core of the Case Against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 6, 2006, pp. 1346-1406.

Zaldívar, Arturo, "Constitucionalismo social inacabado", *Milenio*, 5 de febrero de 2019, <https://www.milenio.com/opinion/arturo-zaldivar/los-derechos-hoy/constitucionalismo-social-inacabado>.

Jurisprudencia y legislación

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141 de 2010, 26 de febrero de 2010, Magistrado Sustanciador Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Sudáfrica, *S. v. Makwanyane & Others case*, 1995 (3) SA 391.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 2996/1996 (Camacho) del 3 de febrero de 1997.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Controversia Constitucional 82/2001 (Reforma indígena) del 6 de septiembre de 2002.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 186/2008 (Amparo intelectuales) del 29 de septiembre de 2008.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 2021/2009 del 28 de marzo de 2011.

Kate O'Regan*

La promesa de las Constituciones:
una reflexión desde Sudáfrica

- * Directora, Instituto Bonavero de Derechos Humanos. Universidad de Oxford. (Jueza de la Corte Constitucional de Sudáfrica, 1994-2009)
Agradezco la asistencia de Robert Freeman en la preparación de este capítulo.
Traducción: Joy Monserrat Ochoa Martínez.

Introducción

Las Constituciones son prometedoras. Son prometedoras por al menos dos razones. La primera, porque ofrecen la posibilidad de regular a las comunidades políticas en las que vivimos de una manera que refleje los valores de una colectividad y que persiga sus objetivos comunes. Estos valores y objetivos a menudo están cimentados en procesos, cómo queremos que el poder se ejerza y se regule, pero en las constituciones más contemporáneas frecuentemente son sustanciales, abordando cuestiones de justicia distributiva.¹ Puede pensarse que esa promesa se fortalece por lo que aparenta ser una positiva, si no es que invariable, correlación entre la longevidad constitucional y la probabilidad de que una sociedad sea una democracia estable basada en el Estado de Derecho, la protección a los derechos humanos e, inclusive en algunos casos, en el bienestar individual; aunque no podemos tener certeza de la razón o las razones de esa correlación positiva. La correlación se observa, por supuesto, en algunas de las democracias establecidas del Norte global, pero puede apreciarse también en el

¹ Véase el análisis de las diferentes categorías de constituciones en Ghai, Yash, "A Journey around Constitutions: Reflections on Contemporary Constitutions," *South African Law Journal*, Beinart Memorial Lecture, vol. 122, núm. 4, 2005, pp. 804-831.

África meridional y oriental donde los estados con las constituciones más antiguas, Botsuana y Mauricio, cuyas constituciones superan los cincuenta años, son de las regiones más estables y prósperas.²

Las constituciones son prometedoras también por una razón diferente. El proceso de elaboración de una constitución, particularmente cuando es inclusivo y abierto, puede engendrar conversaciones democráticas importantes que son valiosas en sí mismas —como Jeff King argumentó recientemente en su conferencia profesoral inaugural en el University College de Londres.³ Enfocarnos en el valor democrático y procesal de la elaboración de las constituciones cobra mayor sentido si vemos su elaboración como un proceso en lugar de un suceso.⁴

Dada la promesa de las constituciones, no es sorprendente quizás que en las últimas dos décadas en el África Meridional y Oriental se ha propiciado en gran medida la elaboración de constituciones. 13 de 25 países en estas dos regiones han adoptado una nueva constitución desde el año 2000⁵ y nueve países más adoptaron constituciones nuevas en la década previa, es decir, en los años noventa.⁶ El promedio general de edad de las constituciones de los 25 países en ambas regiones en

² Constitución de Botsuana, 1966; Constitución de la República de Mauricio, 1968.

³ King, Jeff, "The Democratic Case for a Written Constitution," *Current Legal Problems*, vol. 3, 2018.

⁴ Véase la esclarecedora discusión en: Hart, Vivien, "Constitution-making and the Transformation of Conflict," *Peace and Change*, vol. 26, núm. 2, abril 2001, pp. 153-176.

⁵ Angola (2010), Burundi (2005), Comoras (2001), República Democrática del Congo (2006), Kenia (2010), Madagascar (2010), Mozambique (2004), Ruanda (2003), Somalia (2012), Sudan del Sur (2011), Suazilandia o Eswatini (2005), Zambia (2016) y Zimbabue (2013).

⁶ Djibouti (1992), Etiopía (1995), Eritrea (1997), Lesoto (1993), Malawi (1994), Namibia (1990), Seychelles (1993), Sudáfrica (1996) y Uganda (1995).

conjunto es de apenas 20 años, teniendo las constituciones en el África Oriental una edad promedio de 17 años, mientras que aquellas del África Meridional promedian los 23.

No he calculado la edad mediana de las constituciones en las regiones (la edad en la que se esperaría que éstas fracasaran), pero Zachary Elkins, Tom Ginsburg y James Melton han calculado que la edad mediana de todas las constituciones en los últimos dos siglos es de 19 años.⁷ Ellos han observado que la edad mediana puede servir como un indicador razonable de expectativa de vida. Es interesante que la edad mediana calculada por Elkins, Ginsburg y Melton coincide exactamente con el planteamiento de Thomas Jefferson de que una constitución efectivamente debe ser reescrita cada 19 años⁸ por una nueva generación. De los diez países de África Oriental, tres constituciones tienen menos de diez años de edad, y en África Meridional, cuatro son menores a los diez años de edad.

La propuesta de que las constituciones deben tener el amplio respaldo de los miembros de las comunidades políticas que regulan y que ese respaldo debe procurarse regularmente, quizás en términos generacionales, parece intuitivamente atractivo, inclusive a pesar de que sigue siendo uno de los más grandes retos para los diseñadores constitucionales determinar exactamente cómo se evalúa ese respaldo. Hay una

⁷ Elkins, Zachary, Ginsburg, Tom y Melton, James, *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge, 2009, p. 129.

⁸ Carta de Thomas Jefferson a Samuel Kercheval de fecha 12 de julio de 1816, citada en *Ibid.*, p. 1.

tensión entre fomentar la legitimidad democrática y comprometerse con las reglas básicas de un sistema de gobierno y el riesgo de atizar la inestabilidad, como afirmó Madison en su refutación a Jefferson cuando escribió que "Llamamientos frecuentes al pueblo en gran medida privarían al gobierno de la veneración que el tiempo confiere a todo, y sin la cual quizás los gobiernos más libres y sabios no poseerían el requisito de estabilidad."⁹

Aun así, es debatible que la renovación constitucional generacional es precisamente lo que muchos países del África Oriental y Meridional han hecho en dos o quizás tres generaciones desde que se volvieron independientes en la década de 1960.

No obstante, por interesantes que sean los análisis cuantitativos de la longevidad constitucional, al menos para politólogos y abogados constitucionales si es que para nadie más, los análisis nos dicen poco acerca de la calidad real de las constituciones cuyo tiempo de vida miden o sobre las sociedades que dichas constituciones gobiernan. Para realmente entender la promesa de las constituciones, y de manera importante entender si una constitución en particular cumple con su promesa, es necesario hacer un análisis más profundo de la constitución, un análisis que en general necesita una metodología distinta.

Dado que han transcurrido 25 años desde la transición a la democracia constitucional en Sudáfrica, puede ser apropiado considerar la cuestión

⁹ James Madison *Federalist 49* (1788), citado en *Ibid.*, p. 17.

de la promesa de las constituciones a la luz de la Constitución de Sudáfrica. Anteriormente señalé que las constituciones son prometedoras por dos razones: la primera es que las constituciones contemporáneas nos permiten construir democracias basadas en valores comunes así como encaminadas a la consecución de metas conjuntas, la segunda es que el proceso de elaboración de constituciones en sí mismo es un bien democrático con valor intrínseco, así como con valor instrumental ya que produce una base sólida para la gobernanza de un estado. Mis observaciones holgadamente explorarán la experiencia Sudafricana de los últimos 25 años a la luz de estos dos aspectos de la promesa constitucional. Empezaré con el segundo aspecto de la promesa constitucional —el valor del proceso de elaboración de constituciones en Sudáfrica, el cual parece cronológica y lógicamente anterior al otro aspecto— la medida en la que la Constitución Sudafricana ha identificado valores y objetivos comunes y cómo los ha perseguido exitosamente.

Terminología

Primero haré una nota sobre la terminología. Cuando me refiero a la Constitución Sudafricana, me estoy refiriendo al texto de su constitución escrita. Por supuesto, podría definir la constitución de manera más amplia para incluir todas las reglas, normas y prácticas que regulan la manera en la que Sudáfrica es gobernada. Las definiciones amplias de este tipo son comunes en el Reino Unido porque no tiene un solo texto fundacional, y como buenos abogados comparatistas, deberíamos empezar por notar que cuando cada uno de nosotros utiliza la palabra

"constitución", necesitamos ser cuidadosos de no tener fines contrapuestos.

Hay buenas razones para adoptar un amplio entendimiento del término constitución. Los entendimientos amplios usualmente determinan qué forma parte de la constitución al emplear un análisis funcional basado en una comprensión de lo que una constitución en realidad hace. Quienes provenimos de sistemas constitucionales escritos aprendemos rápido que hay reglas y normas del marco constitucional que no están expresamente reguladas en el texto constitucional.

Entonces, una definición amplia nos recuerda que una constitución escrita, no importa qué tan completa sea, probablemente nunca capturará cada regla y práctica que regula la manera en la que se ejerce el poder público. Inclusive una constitución detallada probablemente muy rápido procedería a reconocer —a través de la práctica y la interpretación— reglas o normas adicionales que regulen el ejercicio del poder público. Asimismo, resulta igualmente importante en sí misma la cuestión de si las reglas expresas de la Constitución pueden en realidad predecir la forma en la que las cosas se hacen en un sistema de gobierno particular.

A pesar de la importancia de estas apreciaciones, en sistemas de gobierno con constituciones supremas escritas como Kenia y Sudáfrica, donde el texto generalmente afirma ser "la constitución", tiene sentido y fomentará la comprensión mutua usar la palabra "constitución" para referirse al texto escrito, y así es como procederé. Sin embargo, acepto que el marco constitucional sudafricano tiene normas y prácticas que

sustentan y se suman a la constitución escrita en la práctica y entender eso es una parte importante de cualquier análisis de la Constitución Sudafricana.

La promesa de las constituciones I: el proceso de elaboración constitucional sudafricano

La Constitución de Sudáfrica fue redactada, efectivamente, a lo largo de un periodo de casi siete años entre 1990 y 1996 en dos grandes etapas.¹⁰ La primera etapa de redacción constitucional tuvo lugar en los últimos días del *apartheid* antes de que se celebraran las primeras elecciones democráticas entre 1990 y 1993. La redacción propiamente tuvo lugar en lo que se llamó el Proceso de Negociación Multipartidista, celebrado algo desfavorablemente en el suburbio aeroportuario de Kempton Park, al este de Johannesburgo. Los concurrentes principales a Kempton Park fueron por supuesto el gobierno del Partido Nacional y el

¹⁰ Hay una creciente literatura acerca del proceso de redacción constitucional. Véase Andrews, Penelope y Ellman, Stephen (eds.), *The Post-Apartheid Constitutions: Perspectives on South Africa's Basic Law*, University of the Witwatersrand, 2001; Klug, Heinz, "Constitution-making, Democracy and the 'Civilising' of Irreconcilable conflict: what might we learn from the South African miracle?" *Wisconsin International Law Journal*, vol. 25, núm. 2, pp 269-299; Ebrahim, Hassen, *The Soul of a Nation: Constitution-making in South Africa*, Oxford, 1999; Murray, Christina, "A constitutional beginning: making South Africa's final constitution," *University of Arkansas at Little Rock Law Review*, vol. 12, 2000, pp. 809-838; Klug, Heinz, *The Constitution of South Africa: a contextual analysis*, Hart, 2010; Friedman, Steven y Atkinson, Doreen (eds.), *The Small Miracle: South Africa's Negotiated Transition*, Raven, 1994; Brooks, Heidi, "Merging Radical and Liberal Traditions: The Constitution Committee and the Development of Democratic Thought in the African National Congress, 1986-1990," *Journal of Southern African Studies*, vol. 44, núm. 1, 2018; Botha, Henk, "Instituting Public Freedom or Extinguishing Constituent Power? Reflections on South Africa's Constitution-making Experiment," *South African Journal on Human Rights*, vol. 26, núm. 1, 2010, pp. 66-84.

Congreso Nacional Africano (CNA), pero adicionalmente había muchos otros partidos más pequeños cubriendo un espectro amplio de políticas sudafricanas. El proceso estableció una serie de comités, incluyendo a políticos y expertos, sobre distintos elementos de la Constitución: la Carta de Derechos, la estructura del gobierno, los poderes y el rol de las provincias, el sistema electoral, etc.

Pero enfocarse únicamente en la discusión y redacción que tuvo lugar en Kempton Park sería pasar por alto el hecho de que la primera etapa del proceso de elaboración constitucional fue de amplio alcance que implicó conversaciones entre muchos actores distintos. Antes de 1990 el CNA, aún en exilio, celebró una serie de discusiones y reuniones internas para considerar cuál sería su posición acerca de lo que debería abarcar un marco constitucional y también sostuvo una serie de reuniones con políticos, empresarios, sindicalistas, activistas de la sociedad civil y abogados de Sudáfrica para discutir una visión del Sudáfrica post-*apartheid*. También dentro de Sudáfrica hubo una serie de conversaciones sobre cómo podría verse el país en el futuro. Hago este comentario para enfatizar cuán importante fue la inclusión de casi todos los jugadores políticos clave en las conversaciones que llevaron a la Constitución provisional para la primera etapa del proceso sudafricano. Las discusiones se descomponían de vez en cuando, y a menudo eran controvertidas y acaloradas, pero a lo largo de un periodo considerable, la óptica de cómo podría verse una constitución post-*apartheid* empezó a vislumbrarse.

Una de las cuestiones más polémicas, y que en efecto amenazó con descarrilar el proyecto por completo, fue la pregunta de si la constitu-

ción que se estaba redactando antes de las primeras elecciones democráticas sería temporal y que tendría como propósito únicamente el establecimiento de un gobierno electo democráticamente que después podría llevar el proyecto constitucional más lejos o si debería ser una constitución plenamente desarrollada para el futuro indefinido. El CNA quería una constitución temporal y enmarcada estrechamente que durara únicamente hasta que un Parlamento democráticamente electo pudiera convocar a la redacción de una constitución plena, mientras que por su parte el gobierno del *apartheid*, ansioso de que su poder menguaría una vez que se celebraran elecciones democráticas, aspiraba a que las negociaciones produjeran una constitución plenamente desarrollada. Parecía no haber salida de este estancamiento. Sin embargo, dicha problemática fue resuelta por la propuesta de que el proceso de elaboración constitucional se realizaría en dos etapas.

La primera etapa preelectoral no produciría una constitución para el largo plazo sino únicamente una temporal y una constitución plenamente desarrollada se redactaría por el nuevo Parlamento democrático sesionando como una asamblea constitucional. Sin embargo, la constitución provisional o temporal contendría una serie de principios de alto nivel, mismos con los que la constitución que se redactara después de las elecciones debía cumplir. La pregunta surgió entonces acerca de quién debería determinar si la constitución plenamente desarrollada efectivamente cumplía con los principios establecidos en la constitución temporal. Este acertijo encontró su respuesta en el establecimiento de una nueva corte, la Corte Constitucional, que tendría como una de sus tareas la determinación de si la constitución plena armonizaba con los principios consagrados en la constitución temporal. Y así sucedió.

Pauso para tomar nota de que el proyecto de una nueva constitución fue políticamente retador, por supuesto, porque marcó la transición del *apartheid* a la democracia, pero es menos conocido qué tan sobrecogedor fue en términos de gobernanza burocrática. Para darles una idea, cuando la Constitución provisional entró en vigor el 27 de abril de 1994, 14 estructuras gubernamentales dejaron de existir: cuatro gobiernos provinciales, seis gobiernos de los llamados territorios autónomos y cuatro "estados independientes" —los antiguos bantustanes de Transkei, Bophuthatswana, Ciskei y Venda, dos de los cuales habían sido controlados por regímenes militares y dos que habían sido administrados por regentes designados por Sudáfrica. Cada una de estas estructuras gubernamentales había tenido poderes distintos y leyes aplicables diferentes para cada uno de ellos. El texto provisional redistribuyó los poderes y el personal entre ellos en un modo complejo, lo que dio pie a varios, largos y disputados brotes de litigio.¹¹

Planteo esta historia para enfatizar el largo periodo durante el cual se redactó la Constitución provisional, que resultó en un involucramiento de muchos actores diferentes. La consecuencia del proceso y el tiempo que éste llevó fue que el proceso de elaboración constitucional fue notablemente inclusivo. Estuvo por supuesto dominado por dos grandes actores políticos, el CNA y el gobierno del Partido Nacional. Sin embargo, en muchos temas específicos hubo consultas y negociaciones con un rango de actores que me parece que fueron significativas.

¹¹ Véase el recuento dado de ello en: Corte Constitucional de Sudáfrica, *Executive Council, Western Cape Legislature and Others v President of the Republic of South Africa and Others*, 1995 (4) SA 877 (CC); 1995 (10) BCLR 1289 (CC), párr. 7.

La segunda etapa de la elaboración constitucional tuvo lugar en la Asamblea Constitucional. Asimismo, ésta duró mucho tiempo, poco menos de dos años. Durante sus deliberaciones, la Asamblea Constitucional asumió un amplio proyecto de consulta recibiendo más de un millón de escritos y celebró miles de reuniones a lo largo del país. En mayo de 1996, envió el texto de la constitución redactada y luego la refirió a la Corte Constitucional para su certificación. La Corte sostuvo que el texto no armonizaba con los principios constitucionales anexados a la constitución provisional en algunos aspectos significativos (con mayor notoriedad, en lo referente al tema contencioso de los poderes provinciales). Sin embargo, la Asamblea realizó las enmiendas necesarias y en un segundo intento, la Corte sí certificó el texto. Éste fue firmado por el Presidente Mandela y entró en vigor el 4 de febrero de 1997.

La inclusividad y el tiempo que llevó redactar la Constitución en una serie de *lekgotlas*, *imbizos* y *bosberades* muy sudafricanas (todas éstas son palabras para discusiones y reuniones en distintas lenguas sudafricanas) ocasionó por momentos desacuerdos volubles, lo que significó que para cuando la Constitución finalmente se adoptó hubo, con una o dos excepciones únicamente, aceptación por parte del espectro político de que la Constitución era el camino para avanzar y que los actores políticos (y la Corte Constitucional) habían prestado cuidadosa atención a su texto y a sus reglas. Así, la Constitución se cultivó por un amplio rango de actores con distintos niveles de poder dentro del sistema. Es verdad que el proceso que tuvo lugar fue laborioso y prolongado y que por supuesto implicó que se buscara acuerdo entre actores políticos, incluyendo diputados del Partido Nacional,

el VryheidsFront y otras organizaciones políticas que habían estado estrechamente involucradas en el diseño e implementación del *apartheid*. Fue un proceso de construcción de la paz mediante el establecimiento de un sistema de gobierno democrático que todos podrían aceptar.

La legitimidad de ese proceso ahora es cuestionada por una nueva generación, como, por supuesto, las nuevas generaciones suelen y tienen derecho a hacer, pero en ese momento el prospecto de una transición pacífica a una nueva Sudáfrica democrática habría sido más débil si un proceso discursivo menos inclusivo hubiese sido adoptado. En una conferencia en el Instituto Bonavero en Oxford, el distinguido abogado de derecho constitucional comparado Jon Elster argumentó (tal como lo ha escrito)¹² que un modelo de proceso de elaboración constitucional debe comenzar con una elección democrática de los miembros de una asamblea constitucional o convención, quienes a su vez deben resguardarse para redactar una constitución, y que el texto que resulte cuando ellos emerjan de su claustro debe ser sometido a un referéndum democrático. Es difícil pensar en un proceso así para el proceso de elaboración constitucional de Sudáfrica y tampoco creo que esta clase de proceso hubiese funcionado en el país. Una de las cosas acerca de los procesos inclusivos que involucran a muchas personas es que cuando funcionan bien, el proceso mismo se vuelve una travesía en la cual todos los participantes aprenden más el uno del otro

¹² Véase Elster, Jon, "Clearing and Strengthening the Channels of Constitution-making" en Ginsburg, Tom (ed), *Comparative Constitutional Design*, Cambridge, 2012; Elster, Jon, "Forces and mechanisms in the constitution-making process," *Duke Law Journal*, vol. 45, núm. 2, 1995, pp. 364-396; Elster, Jon, "Arguing and Bargaining in two Constituent Assemblies," *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 2, núm. 2, 2000, pp. 345-421.

y en el que todos encuentran maneras de acordar un texto sobre el cual finalmente todos se comprometen. Creo que hasta cierto punto esto fue lo que ocurrió en Sudáfrica. Sin embargo, también me parece que es probablemente insensato tener certeza acerca de si fue un buen proceso de elaboración constitucional independientemente de cómo se vería en determinado contexto o momento histórico, porque cada proceso será producto de una historia particular. Asimismo, cada proceso necesita ser diseñado para responder a ese momento y a esa historia.

Con todo, la pregunta sobre un nuevo compromiso generacional aún persiste y en Sudáfrica la Constitución está siendo cuestionada. Sabiamente, en mi opinión, en Sudáfrica la constitución prevé enmiendas que permiten que aspectos suyos puedan ser modificados. La mayoría de las enmiendas necesitan el apoyo de dos terceras partes de la Asamblea Nacional y seis de nueve provincias en la Cámara Alta del Parlamento y el Consejo Nacional de Provincias.

A la fecha, han existido diecisiete enmiendas, ninguna de las cuales ha tenido grandes consecuencias. Sin embargo, en estos momentos está en marcha un proceso para que el Parlamento enmiende la cláusula de propiedad en la sección 25 de la Constitución Sudafricana. En su congreso electoral en 2017, el Congreso Nacional Africano (CNA), el partido gobernante de Sudáfrica, se comprometió a un proceso de enmienda constitucional que resultaría en la eliminación de la garantía constitucional del pago de una compensación al dueño de una propiedad cuando ésta sea expropiada por el estado. Esta propuesta debe entenderse a la luz del hecho de que "la geografía del *apartheid* permanece

sin cambios palpables para los sudafricanos más pobres y vulnerables"¹³ y en el hecho de que el sector agrícola comercial sigue siendo dominado por granjeros blancos 25 años después de que finalizó el *apartheid*.

Es interesante notar que sólo un mes después de que el CNA accedió en su conferencia sobre políticas a avanzar una enmienda a la Constitución, se publicó un reporte del Panel de Alto Nivel designado por el Foro de Voceros parlamentario y presidido por el expresidente sudafricano Kgalema Motlanthe. El reporte se preparó después de la celebración de audiencias a lo largo del país y de que se recabase extensiva evidencia de expertos para investigar qué ajustes legislativos eran necesarios para impulsar cambios fundamentales, con particular énfasis en la atención a la pobreza. En el reporte, el Panel advirtió los llamamientos para que la Constitución fuera enmendada para permitir la expropiación sin derecho a compensación. Sin embargo, también notó que en el 2017 sólo un 0.5% del presupuesto nacional había sido apartado para la reforma y redistribución agraria.¹⁴

El reporte concluyó que "el gobierno no ha utilizado efectivamente los poderes que ya tiene para expropiar tierra para fines de la reforma agraria, ni ha utilizado las provisiones en la Constitución que permiten que la compensación sea por debajo del valor del mercado en circunstancias particulares. En vez de recomendar que se cambie la Constitu-

¹³ Véase High Level Panel on the Assessment of Key Legislation and the Acceleration of Fundamental Change, *Report of the High Level Panel on the Assessment of Key Legislation and the Acceleration of Fundamental Change*, noviembre 2017, p. 444, https://www.parliament.gov.za/storage/app/media/Pages/2017/october/High_Level_Panel/HLP_Report/HLP_report.pdf

¹⁴ *Ibid.*, pp. 50-51.

ción, el Panel exhorta que el gobierno utilice sus poderes de expropiación más enérgicamente, de forma que se pruebe el significado de las provisiones de compensación establecidas en la sección 25(3), particularmente en relación con terrenos que son inutilizados o infrautilizados."¹⁵

Es claro que la decisión del CNA de enmendar la cláusula de propiedad constitucional podría ser visto contra el antecedente de un fracaso para atender el legado del *apartheid* y el colonialismo en relación no sólo con la tierra, sino más ampliamente. Sin embargo, también debe ser visto a la luz del hecho, que se evidenció en el reporte del Panel de Alto Nivel, de que la enmienda a la Constitución no resolvería los problemas de la reforma agraria o de la desigualdad.

La búsqueda de valores y objetivos en común

Un reporte reciente publicado en el Instituto Internacional para la Democracia y Asistencia Electoral (IDEA, por sus siglas en inglés) ha iniciado una conversación útil acerca de cómo evaluar el desempeño de la Constitución de Sudáfrica.¹⁶ Reconoció que pueden haber perspectivas distintas que podríamos adoptar para evaluar el desempeño constitucional: una perspectiva externa que evalúe una constitución contra estándares externos que cualquier constitución buena debe pretender cumplir y una perspectiva interna que evalúe a una constitución con sus propios fines estipulados.

¹⁵ *Ibid.* p. 51.

¹⁶ Véase. Bilchitz, David *et. al.*, *Assessing the Performance of the South African Constitution*, International IDEA, 2016.

Huq y Ginsburg han sugerido cuatro criterios externos para la evaluación del éxito constitucional: si la constitución establece instituciones legítimas, si la constitución canaliza el conflicto dentro de instituciones políticas formales, si asegura que las instituciones y aquellos al interior de ellas actúen de conformidad con el interés público y no en búsqueda del lucro individual, y si las constituciones facilitan la provisión de bienes públicos a los ciudadanos.¹⁷ Podríamos por supuesto debatir si consideramos que estos cuatro criterios son aptos y exhaustivos pero a mi entender estas cuatro medidas son relevantes para cualquier evaluación del desempeño de la Constitución de Sudáfrica.

Sin embargo, como el reporte internacional de IDEA observó, la Constitución sudafricana, como muchas otras constituciones contemporáneas, también estipula explícitamente algunas de sus propias medidas internas de éxito. Como se está volviendo más común en el diseño constitucional, el Preámbulo de la Constitución de Sudáfrica es un buen lugar para comenzar a encontrar esas medidas internas. En lo relevante, establece lo siguiente:

Entonces nosotros, a través de nuestros representantes electos libremente, adoptamos esta Constitución como la ley suprema de la República con el fin de —

Sanar las divisiones del pasado y establecer una sociedad basada en valores democráticos, justicia social y derechos humanos fundamentales;

¹⁷ Ginsburg, Tom y Huq, Aziz, "Introduction," en Ginsburg, Tom y Huq, Aziz (eds.), *Assessing Constitutional Performance*, Chicago, 2016.

Sentar las bases para una sociedad abierta y democrática en la cual el gobierno se fundamente en la voluntad popular y que cada ciudadano sea igualmente protegido por la ley;

Mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos y liberar el potencial de cada persona; y

Construir una Sudáfrica unida y democrática que sea capaz de tomar su lugar legítimo como Estado soberano en la familia de naciones.

Otros ojos podrían analizar esto de manera diferente (inclusive el reporte de IDEA lo hace),¹⁸ pero creo que hay más de cuatro objetivos constitucionales consagrados en el Preámbulo: el saneamiento de divisiones pasadas, el establecimiento de una sociedad democrática con la protección de derechos humanos, el mejoramiento de la calidad de vida de todos los sudafricanos y un compromiso de cara al exterior de que Sudáfrica ocupe su lugar en "la familia de naciones". Uno puede apreciar la correlación entre estos objetivos y algunos que Ginsburg y Huq

¹⁸ Véase Bilchitz, David *et. al.*, *op. cit.*, p. 9. Los autores del Reporte de IDEA identificaron dos amplios fines internos: la aversión de una Guerra civil y el establecimiento de un sistema de gobierno unificado; y la transformación de una sociedad sudafricana que podría atender los daños del pasado y desarrollar una sociedad cimentada en la justicia social. En torno al segundo objetivo se divide en cuatro sub-fines: que el cambio se lleve a cabo mediante procesos legales, que el sistema político fuera revisado en su totalidad para establecer un sistema democrático funcional, que un Estado unificado fuera establecido y que se delineara una visión de justicia social para avanzar el bienestar económico de todos los que viven en Sudáfrica.

han identificado. Combinando los dos conjuntos de objetivos, pueden identificarse seis objetivos o medidas de evaluación:

- Si la Constitución ha contribuido a canalizar el conflicto dentro de instituciones políticas formales;
- Si ha contribuido al establecimiento de una sociedad democrática con instituciones legítimas fundamentadas en el estado de derecho y comprometidas en la protección de los derechos humanos;
- Si ha contribuido al aseguramiento de que las instituciones y aquellos dentro de ellas actúen de conformidad con el interés público y no en la búsqueda de lucro personal;
- Si ha contribuido a que Sudáfrica adopte un compromiso de cara al exterior sobre su rol en la "familia de naciones";
- Si ha contribuido a sanar divisiones pasadas; y
- Si ha contribuido al mejoramiento de la calidad de vida de todos los sudafricanos, en parte facilitando la provisión de bienes públicos a los ciudadanos.

Estos seis objetivos holgadamente se dividen en quizás tres categorías que se superponen. Primero, las medidas relativas a la gobernanza, siendo la canalización del conflicto dentro del proceso político, estableciendo una democracia, el estado del derecho e instituciones legítimas que protejan derechos humanos, asegurando que las instituciones y sus oficiales actúen de conformidad con el interés público y no para lucrar de manera individual, y el rol de Sudáfrica en la esfera internacional. Segundo, las medidas que atiendan y sanen las divisiones pasadas. Tercero, las medidas referentes a la justicia social y al bienestar individual.

Como he dicho, uno puede razonablemente discrepar sobre estas medidas, pero en mi opinión proveen una base de trabajo sólida para la evaluación del desempeño constitucional, inclusive si la tarea empírica de evaluar el desempeño real puede ser difícil y abierta a desacuerdo metodológico.

El espacio no permite siquiera un recuento somero de cómo se ha desempeñado la Constitución en todas las seis medidas que señalé. En su lugar quiero brevemente delinear cuál considero que es el más grande problema social y discutiblemente el más grande problema político o de gobernanza que enfrenta el Estado sudafricano. El más grande problema social en Sudáfrica es el profundamente arraigado tema de la pobreza. Más de la mitad de los sudafricanos viven en la pobreza,¹⁹ y una cuarta parte vive en extrema pobreza. Ha habido una mejora pequeña desde 1993, gracias a una aproximación multidimensional de la pobreza, pero no ha habido un cambio importante.²⁰ Entonces, el

¹⁹ Medir la pobreza es difícil y disputado. El Panel de Alto Nivel, citado con anterioridad en *supra* 13, utilizó tres medidas de pobreza el "Límite Superior de la línea de pobreza" (UBPL, por sus siglas en inglés), Límite Inferior de la línea de pobreza (LBPL, por sus siglas en inglés) y la línea de pobreza alimentaria (FPL, por sus siglas en inglés)". De acuerdo con el reporte, el FPL es el valor Rand por debajo del cual los individuos son incapaces de comprar o consumir suficiente comida para proveerlos de la energía per cápita mínima por día necesaria para una salud adecuada. El LBPL y el UBPL se derivan utilizando el FPL como base, pero también incluyen un componente no alimentario. Las personas en el LBPL no tienen control sobre los recursos suficientes para comprar tanto comida como productos no alimentarios. Por otro lado, el UBPL considera que los individuos pueden comprar tanto comida como productos no alimentarios. En el 2015, 55.5% de todos los sudafricanos se ubicaron por debajo del UBPL, 40% por debajo del LBPL y 25% debajo del FPL. High Level Panel on the Assessment of Key Legislation and the Acceleration of Fundamental Change, *op. cit.*, p. 93 (tabla 2).

²⁰ En 1993, de acuerdo con el Reporte del Panel de Alto Nivel citado con anterioridad en *supra* 13, había 33% de personas por debajo del FPL, 45% por debajo del LBPL, y 57% por debajo del UBPL. *Ibid.*, p. 93.

número de familias que vivían en casas informales, moradas tradicionales o chozas se redujo de 30% a 22% entre el 2001 y el 2011, y el número de familias sin acceso a agua corriente bajó de 38% a 27%.²¹

Una de las principales razones para el alto nivel de pobreza es el alto nivel de desempleo. El Estudio Cuatrimestral de la Fuerza Laboral de Sudáfrica de noviembre de 2018 elaborado por la agencia central de estadísticas mostró que el desempleo se mantenía al 27.1% en la definición estrecha.²² Una de las razones para la alta tasa de desempleo es la caída en la cuota de la industria manufacturera en el producto interno bruto (PIB). Su cuota se redujo a la mitad entre 1990 y el 2015, y ahora se mantiene sólo al 13% del PIB.²³ Estas figuras se posicionan en marcado contraste con el Preámbulo de la Constitución que busca "mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos y liberar el potencial de cada persona." Además de los altos niveles de pobreza, Sudáfrica también es aquejada por altos niveles de desigualdad y la desigualdad se atraviesa en gran medida por cuestiones de raza. Esto puede ser quizás ilustrado si se recalca que en el 2010/2011 la relación de ingresos del decil más rico de la población al decil más pobre fue de 121:1.²⁴ El carácter racial de esta desigualdad puede ser ilustrado por el hecho de que en 2010, el ingreso promedio de una persona blanca fue siete

²¹ *Ibid.*, p. 95.

²² Véase StatsSA *Quarterly Labour Force Survey*, febrero 2019, <http://www.statssa.gov.za/publications/P0211/P02114thQuarter2018.pdf>.

²³ Véase High Level Panel on the Assessment of Key Legislation and the Acceleration of Fundamental Change, *op. cit.*, p. 95.

²⁴ *Ibid.*, p. 103. El promedio de ingreso anual de los 10% hogares más ricos es de R605 000, comparado con R5 000 de los más pobres.

veces más alto que el de una persona de color.²⁵ Otra vez, esta relación no ha cambiado significativamente desde 1995. Entonces, Sudáfrica es uno de los países más desiguales en el mundo en relación con el ingreso con un coeficiente GINI de aproximadamente 0.62,²⁶ y la desigualdad aún tiene un carácter racial.

Sin lugar a duda, estas cifras ilustran la más grande falla de la democracia constitucional post-*apartheid*. Es una pregunta abierta si la Constitución ha sido una causa importante de este fracaso. Yo lo dudo, pero inevitablemente el fracaso formula preguntas profundas acerca del proyecto constitucional, el cual, yo considero, explica el debate acerca de la enmienda a la cláusula de la propiedad que ya he mencionado.

Abordaré el último aspecto de la Constitución que deseo discutir, la pregunta acerca de si la Constitución previene adecuadamente el uso de la función pública para evitar el lucro personal. En mayo de 2017, en una forma sin precedentes, un grupo de académicos altamente respetados de varias universidades sudafricanas publicaron un reporte titulado "Traición a la Promesa: Cómo Está Siendo Robada Sudáfrica".²⁷

²⁵ *Ibid.*, p. 104.

²⁶ Ídem.

²⁷ Bhorat, Haroon *et al.*, *Betrayal of the Promise: How South Africa is being Stolen*, mayo 2019, <https://pari.org.za/wp-content/uploads/2017/05/Betrayal-of-the-Promise-25052017.pdf>. Los académicos que escribieron el reporte fueron el Profesor Haroon Bhorat (Unidad de Investigación de Políticas de Desarrollo de la Universidad de Ciudad del Cabo), Dr. Mbongiseni Buthelezi (Instituto de Investigación de Asuntos Públicos(PARI, por sus siglas en inglés), de la Universidad de Witwatersrand), Profesor Ivor Chipkin (Instituto de Investigación de Asuntos Públicos(PARI, por sus siglas en inglés), de la Universidad de Witwatersrand), Sikhulekile Duma (Centro para los Sistemas Complejos en Transición, de la Universidad de Stellenbosch), Lumkile Mondi (Departamento de Economía, Universidad de Witwatersrand), Dr. Camaren

En el reporte, los académicos sostuvieron que era erróneo entender como una red criminal la corrupción que se había enraizado en Sudáfrica durante la presidencia de Jacob Zuma (2009-2018). Ellos argumentaron:

Este enfoque, que es desafortunadamente dominante, oscurece la existencia de un Proyecto político que se está trabajando para readaptar las instituciones estatales para encajar con una constelación de redes que buscan captación de rentas que han sido construidas y que ahora abarcan la relación simbiótica entre el estado constitucional y el de sombra. Esto es similar a un golpe silencioso.

Esta conclusión sigue a un reporte elaborado por la ex Protectora Pública (una oficial constitucionalmente designada, investida con la facultad de monitorear el uso indebido del poder público) Thuli Madonsela, en octubre de 2016, titulado "Estado de Captura", que arribó a conclusiones similares.²⁸ La Protectora Pública indicó en su reporte que ella no contaba con los recursos necesarios para investigar los alegatos de una captura estatal de manera plena y propuso como acción remedial que se designara una Comisión de Investigación por el Presidente de

Peter (Centro para los Sistemas Complejos en Transición, de la Universidad de Stellenbosch), Profesor Mzukisi Qobo (miembro del programa de investigación clave sobre Diplomacia Africana y Política Exterior de la Universidad de Johannesburgo), Professor Mark Swilling (Centro para los Sistemas Complejos en Transición, de la Universidad de Stellenbosch) y un periodista independiente no identificado.

²⁸ El reporte de la Protectora Pública está disponible en: Public Protector of the Republic of South Africa, *State of Capture*, 14 de octubre de 2016, <http://saflii.org/images/329756472-State-of-Capture.pdf>. La Captura Estatal se ha usado en Sudáfrica para referirse al proceso en el cual las instituciones públicas son "capturadas" por compañías e individuos para lucro personal.

conformidad con la Constitución.²⁹ Dado que el Presidente en esos momentos, Jacob Zuma, estaba implicado en los hallazgos, ella propuso que el Juez Presidente nominara a un juez para que presidiera la investigación.

El Presidente Jacob Zuma designó al Juez Ray Zondo, el Juez Presidente Suplente, para que encabezara una Comisión de Investigación acerca de los alegatos de captura del Estado en enero de 2018, poco antes de que dejara su cargo.³⁰ La Comisión comenzó sus audiencias en agosto de 2018 y mucha de la evidencia parece apoyar en los aspectos materiales tanto los hallazgos de la Protectora Pública como los del reporte de académicos mencionado con anterioridad.³¹

La pregunta que surge es si el hecho de que la Comisión de Investigación confirmó los hallazgos de la Protectora Pública y los académicos podría tomarse como un ejemplo de fracaso constitucional.

Probablemente es demasiado temprano para responder esa pregunta, pero puede notarse que ha habido una serie de casos que se han llevado ante las cortes a lo largo de los últimos diez años, que buscan plantear y atender asuntos relacionados con los descubrimientos emanados

²⁹ *Ibid.*, p. 353.

³⁰ Los términos de referencia de la Comisión pueden ser encontrados en: *Terms of Reference of the Judicial Commission of Inquiry to Inquire into the Allegations of State Capture, Corruption and Fraud in the Public Sector including Organs of State*, Government Gazette No. 41403, 25 de enero 2018, https://www.sastatecapture.org.za/uploads/Terms_Of_Reference.pdf.

³¹ Los procedimientos de la Comisión pueden ser encontrados en esta página web: *Commission of Inquiry into Allegations of State Capture, Home*, 2019, <https://www.sastatecapture.org.za>.

de la Comisión de Investigación. Muchos de estos casos tienen que ver con el enjuiciamiento en curso del mismo Jacob Zuma. Si bien no hay una forma rápida de darles un recuento de estos casos, a continuación daré un resumen breve:

La investigación criminal del ex Presidente Jacob Zuma empezó en 2001, mucho antes de que fuera electo como Presidente en 2009. En agosto de 2003 un ex asociado del Sr. Zuma, el Sr. Shabir Shaik fue acusado,³² con base en denuncias de que había realizado pagos corruptos al Sr. Zuma. El Sr. Shaik fue condenado y sus apelaciones tanto a la Corte Suprema de Apelaciones como a la Corte Constitucional no fueron exitosas. Subsecuentemente fue encarcelado.³³ Poco tiempo después, en junio de 2005, se presentaron cargos en contra del Sr. Zuma por primera vez pero éstos fueron removidos más adelante.

En diciembre de 2007, justo después de que el Sr. Zuma fue electo para liderar el partido hegemónico titular de Sudáfrica, una nueva acusación por cargos de corrupción y lavado de dinero se presentó en su contra. Esta decisión fue infructuosamente revisada por el equipo legal del Sr. Zuma. El 6 de abril de 2009, y contra los consejos del equipo de la fiscalía, el encargado nacional de la fiscalía decidió retirar los cargos. La decisión de retirar la acusación fue impugnada por el partido opositor más grande de Sudáfrica. En octubre de 2017, después de un extensivo

³² Véase Corte Suprema de Apelaciones de Sudáfrica, *S v Shaik and Others*, 2007 (1) SA 240 (SCA), párr. 6; y Corte Suprema de Apelaciones de Sudáfrica, *NDPP v Zuma*, 2009 (2) SA 277 (SCA), párr. 4.

³³ Véase *S v Shaik and Others*, 2007 (1) SA 240 (SCA).

proceso legal, la Corte Suprema de Apelaciones (SCA, por sus siglas en inglés) sostuvo que la decisión de retirar la acusación no fue racional, el 16 de marzo de 2018 el nuevo titular de la fiscalía anunció su decisión de reinstaurar los cargos y el Sr. Zuma compareció por primera vez ante la corte el 6 de abril de 2018. Actualmente, el Sr. Zuma está impugnando esta acusación, nuevamente por diversos motivos.

Es muy probable que el caso continúe por algún tiempo. En efecto, en la decisión de la SCA de 2017 la Corte asentó lo siguiente:

Los trámites actuales son parte de la continua saga de litigio que ha transcurrido por varios años y ha involucrado numerosos casos en la corte. Es dudoso que una decisión en este caso sea el fin de las persistentes impugnaciones relativas al enjuiciamiento del Sr. Zuma. Tras unos minutos de que se expusiera el argumento ante nosotros, los asesores tanto del Sr. Zuma como del NPA concedieron que la decisión para discontinuar la acusación fue deficiente. El Asesor del Sr. Zuma, habiendo hecho dicha concesión, con la plena realización de que la consecuencia sería que la acusación en contra de su cliente podría revivir, dio aviso de que el Sr. Zuma tenía toda la intención de que en el futuro continuaría utilizando los procesos a su alcance para repeler su enjuiciamiento.³⁴

Estos no han sido los únicos procedimientos ante la corte que han tenido que ver con controlar el uso del poder público para lucro individual.

³⁴ Véase Corte Suprema de Apelaciones de Sudáfrica, *Zuma v Democratic Alliance and Others*, 2018 (1) SA 200 (SCA), párr. 3, <http://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2017/146.pdf>.

En 2010, la clausura de una agencia especialista independiente establecida con poderes de investigación y acusación, la Dirección de Operaciones Especiales o "Escorpiones" como se les conocía coloquialmente, fue impugnada ante la Corte Constitucional. En un fallo importante, *Glenister v President of the RSA and Others*, una mayoría de la Corte sostuvo que la unidad que habría de reemplazar a los Escorpiones, la Dirección de Investigación de Crímenes Prioritarios (DPCI, por sus siglas en inglés), localizada como lo estaba en el Servicio Policial Sudafricano (SAPS), no proveía un "grado adecuado de independencia" y declaró las medidas legales que establecieron que el DPCI era inconsistente con la Constitución y por ende inválido.³⁵ En el 2016, nuevamente en un fallo importante, la Corte Constitucional sostuvo un reto para la manera en la que tanto el Presidente como el Parlamento habían respondido al reporte de la Protectora Pública referente a las mejoras costosas que el Presidente Zuma había hecho a su hogar a expensas del Estado.³⁶ La Corte señaló que tanto el Parlamento como el Presidente habían incumplido sus obligaciones estatales al responder a la acción remedial vinculante que había sido llevada a cabo por la Protectora Pública como si ésta no tuviera fuerza o efecto alguno y sin acercarse a un tribunal para hacerla a un lado.³⁷

Estos han sido tiempos dramáticos y las decisiones de la Corte Constitucional han atraído en gran medida el interés público. Entre los

³⁵ Véase Corte Constitucional de Sudáfrica, *Glenister v President of the RSA and Others*, 2011 ZACC 6, 2011 (3) SA 347 (CC), párr. 248.

³⁶ Véase Corte Constitucional de Sudáfrica, *Economic Freedom Fighters v Speaker of the National Assembly and Others*, 2016 ZACC 11, 2016 (3) SA 580 (CC).

³⁷ *Ibid.*, párr. 99.

abogados aún existe el debate acerca de la contundencia del razonamiento legal adoptado por la Corte particularmente en la sentencia de *Glenister*, en la cual el ex Juez Presidente, Sandile Ngcobo, emitió una opinión disidente enérgica y quizás en menor grado, en la sentencia de *Nkandla*, la cual se votó de manera unánime. Lo que es claro es que la Corte Constitucional ha adoptado una visión firme de que la Constitución no tolera la corrupción y que la corrupción es "incompatible con los valores fundacionales de nuestro orden constitucional."³⁸

Conclusión

Las Constituciones sí ofrecen una promesa, pero que lleguen a mantener esa promesa puede ser más un asunto de cultura política y activismo cívico que de diseño constitucional. En relación con la justicia social, la Constitución de Sudáfrica ciertamente ha prometido más de lo que el gobierno ha proporcionado y ese fracaso pone en peligro el proyecto constitucional. Continuará haciéndolo en los años venideros si esa falla no es atendida. Sin embargo, en relación con los asuntos de corrupción, quizás las cortes han hecho más de lo que la Constitución prometió y ciertamente por el momento, ha profundizado la legitimidad del proyecto constitucional a los ojos de muchos sudafricanos. Por supuesto, la falta de atención a la tarea de la justicia social puede estar cercanamente relacionada con el nivel de corrupción, un contra-factual que puede ser difícil de probar, pero que ciertamente tiene plausibilidad como hipótesis. No obstante, sin duda alguna, tanto la necesidad de

³⁸ Véase Corte Constitucional de Sudáfrica, *S v Shaik and Others*, 2008 (5) SA 354 (CC); 2008 (8) BCLR 834 (CC), párr. 72.

mejorar la calidad de vida de todos los sudafricanos y la necesidad de frenar la corrupción, siguen siendo tareas cruciales para el sistema de gobierno de Sudáfrica, tareas que si no son atendidas pueden comprometer su estabilidad y prosperidad futuras.

Bibliografía

ANDREWS, Penelope y Ellman, Stephen (eds.), *The Post-Apartheid Constitutions: Perspectives on South Africa's Basic Law*, University of the Witwatersrand, 2001.

BHORAT, Haroon *et al.*, *Betrayal of the Promise: How South Africa is being Stolen*, mayo 2019, <https://pari.org.za/wp-content/uploads/2017/05/Betrayal-of-the-Promise-25052017.pdf>.

BILCHITZ, David *et al.*, *Assessing the Performance of the South African Constitution*, International IDEA, 2016.

BOTHA, Henk, "Instituting Public Freedom or Extinguishing Constituent Power? Reflections on South Africa's Constitution-making Experiment," *South African Journal on Human Rights*, vol. 26, núm. 1, 2010, pp. 66-84.

BROOKS, Heidi, "Merging Radical and Liberal Traditions: The Constitution Committee and the Development of Democratic Thought in the African National Congress, 1986-1999," *Journal of South African Studies*, vol. 44, núm. 1, 2018.

COMMISSION OF INQUIRY INTO ALLEGATIONS OF STATE CAPTURE,
Home, 2019, <https://www.sastatecapture.org.za>.

EBRAHIM, Hassen, *The Soul of a Nation: Constitution-making in South Africa*, Oxford, 1999.

ELKINS, Zachary, Ginsburg, Tom y Melton, James, *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge, 2009.

ELSTER, Jon, "Forces and mechanisms in the constitution-making process," *Duke Law Journal*, vol. 45, núm. 2, 1995, pp. 364-396.

———, "Arguing and Bargaining in two Constituent Assemblies," *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 2, núm. 2, 2000, pp. 345-421.

———, "Clearing and Strengthening the Channels of Constitution-making," en Ginsburg, Tom (ed.), *Comparative Constitutional Design*, Cambridge, 2012.

FRIEDMAN, Steven y Atkinson, Doreen (eds.), *The Small Miracle: South Africa's Negotiated Transition*, Raven, 1994.

GHAI, Yash, "A Journey around Constitutions: Reflections on Contemporary Constitutions," *South African Law Journal*, Beinart Memorial Lecture, vol. 122, núm. 4, 2005, pp. 804-831.

GINSBURG, Tom y HUQ, Aziz, "Introduction" en GINSBURG, Tom y HUQ, Aziz (eds.), *Assessing Constitutional Performance*, Chicago, 2016.

HART, Vivien, "Constitution-Making and the Transformation of Conflict," *Peace and Change*, vol. 26, núm. 2, abril 2001, pp. 153-176.

HIGH LEVEL PANEL ON THE ASSESSMENT OF KEY LEGISLATION AND THE ACCELERATION OF FUNDAMENTAL CHANGE, *Report of the High Level Panel on the Assessment of Key Legislation and the Acceleration of Fundamental Change*, noviembre 2017, https://www.parliament.gov.za/storage/app/media/Pages/2017/october/High_Level_Panel/HLP_Report/HLP_report.pdf

KING, Jeff, "The Democratic Case for a Written Constitution," *Current Legal Problems*, vol. 3, 2018.

KLUG, Heinz, "Constitution-making, Democracy and the 'Civilising' of Irreconcilable Conflict: what might we learn from the South African miracle?" *Wisconsin International Law Journal*, vol. 25, núm. 2, pp. 269-299.

_____, *The Constitution of South Africa: a contextual analysis*, Hart, 2010.

MURRAY, Christina, "A constitutional beginning: making South Africa's final constitution," *University of Arkansas Little Rock Law Review*, vol. 12, 2000.

PUBLIC PROTECTOR OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA, *State of Capture*, 14 de octubre de 2016, <http://saflii.org/images/329756472-State-of-Capture.pdf>.

STATSSA, *Quarterly Labour Force Survey*, febrero 2019, <http://www.statssa.gov.za/publications/P0211/P02114thQuarter2018.pdf>.

Terms of Reference of the Judicial Commission of Inquiry to Inquire into the Allegations of State Capture, Corruption and Fraud in the Public Sector including Organs of State, Government Gazette No. 41403, 25 de enero 2018, https://www.sastatecapture.org.za/uploads/Terms_Of_Reference.pdf.

Sentencias

Corte Constitucional de Sudáfrica, *Executive Council, Western Cape Legislature and Others v President of the Republic of South Africa and Others*, 1995 (4) SA 877 (CC); 1995 (10) BCLR 1289 (CC).

_____, *Glenister v President of the RSA and Others*, 2011 ZACC 6, 2011 (3) SA 347 (CC).

_____, *Economic Freedom Fighters v Speaker of the National Assembly and Others*, 2016 ZACC 11; 2016 (3) SA 580 (CC).

_____, *S v Shaik and Others*, 2008 (5) SA 354 (CC); 2008 (8) BCLR 834 (CC).

Corte Suprema de Apelaciones de Sudáfrica, *S v Shaik and Others*, 2007 (1) SA 240 (SCA).

_____, *NDPP v Zuma*, 2009 (2) SA 277 (SCA).

_____, *Zuma v Democratic Alliance and Others*, 2018 (1) SA 200 (SCA), párr. 3, <http://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2017/146.pdf>.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos Myriad Pro de 8, 10, 11, 12, 21 y 37 puntos. Noviembre de 2019.

