

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