

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 yuxtaponen 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 Cfr. 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 antidemocráticos.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 varían 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 repagararan 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 período 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_america/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 "litiar 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 adokinados 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).