



MAX PLANCK INSTITUTE

FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW

MPIL RESEARCH PAPER SERIES | No. 2020-11

EL ROL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR LATINOAMERICANO

Jorge Ernesto Roa Roa



MAX PLANCK INSTITUTE

FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW

MPIL RESEARCH PAPER SERIES

No. 2020-11

EL ROL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR LATINOAMERICANO

AUTHOR

Jorge Ernesto Roa Roa

EDITORIAL DIRECTORS

Armin von Bogdandy, Anne Peters

EDITOR-IN-CHIEF

Raffaella Kunz

TECHNICAL ASSISTANCE

Verena Schaller-Soltau

Angelika Schmidt

ABSTRACT

The Role of Constitutional Courts in Latin American Transformative Constitutionalism

This article argues that the transformative constitutionalism model has a vision about the type, role and design of judicial systems. First, the judiciary must adopt a strong but dialogical form of judicial review. Second, judges must promote social transformation when the other powers of the State do so. On the other hand, judges must defend social changes when the other branches have a regressive agenda. Third, the design of judicial systems must include mechanisms to extend the standing before the courts in order for the judges to appear closer to the citizens' social claims. The objective is to have a judiciary that is able to face, within its limits, the challenges posed by the different social, political and economic problems of Latin America through advances in the construction of the welfare state.

Este artículo sostiene que el modelo de constitucionalismo transformador tiene una visión sobre el tipo, rol y diseño de los sistemas de justicia. En primer lugar, el poder judicial debe ser del tipo fuerte pero dialógico. En segundo lugar, los jueces deben, por una parte, promover las transformaciones sociales cuando también lo hacen los demás poderes del Estado. Por otra parte, los jueces deben defender los cambios sociales cuando las otras ramas del poder tienen una agenda regresiva. En tercer lugar, el diseño de los sistemas de justicia debe ser el más abierto y cercano a los ciudadanos. El objetivo es contar con un poder judicial que enfrente, dentro de sus límites, los desafíos que representan los diferentes problemas sociales, políticos y económicos de América Latina mediante avances en la construcción del Estado de bienestar.

KEYWORDS:

transformative constitutionalism, welfare state, social change, social democracy, equality

constitucionalismo transformador, Estado de bienestar, cambio social, democracia social, igualdad

El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano¹

Jorge Ernesto Roa Roa²

Los dramas políticos, económicos, sociales y ambientales de América Latina exigen de todos los actores una vocación transformadora. Es moralmente inaceptable adoptar la perspectiva del observador cuando se enfrenta la realidad latinoamericana. En relación con los jueces, las exigencias y la esperanza de cambio social conducen a pensar que es necesario contar con tribunales fuertes que impulsen transformaciones sociales, actúen dialógicamente, respeten la división de poderes, sean independientes, preserven su propia legitimidad democrática y social, fomenten la deliberación, respeten los derechos y cooperen con los demás poderes del Estado y con la sociedad civil. Como si esto fuera poco, se exige a los tribunales que sean innovadores, transparentes, abiertos a los ciudadanos y progresistas. Por último, es deseable que las decisiones judiciales no solo sean cumplidas bajo especiales procesos de seguimiento, sino que también se espera que las sentencias tengan un alto impacto con efectos no solo directos sino indirectos y simbólicos. Paradójicamente, todo esto parece, al mismo tiempo, excesivamente demandante y altamente insatisfactorio.

En ese contexto, el objetivo de este artículo es precisar la relación entre el modelo de constitucionalismo transformador y la justicia constitucional. En concreto, en el texto se demostrará que el constitucionalismo transformador propone una visión sobre el tipo, el rol y el diseño que debe asumir la justicia constitucional para responder a la necesidad de impulsar y lograr transformaciones sociales en América Latina que avancen en la construcción de Estados igualitarios y con niveles aceptables de satisfacción de las promesas sociales que incorporan las Constitucionales de los países de la región.

El texto está organizado en tres partes. En la primera se argumenta a favor de una conexión entre el constitucionalismo transformador y los sistemas fuertes de justicia

¹ El autor agradece al Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht por permitirle discutir las ideas de este trabajo (aún en construcción) durante las sesiones de los diferentes coloquios iberoamericanos realizados en el invierno de los años 2016, 2017, 2018 y 2019 y en la primavera del año 2019. Desde luego, el agradecimiento es para todas las asistentes a esas deliberaciones, a la profesora Mariela Morales Antoniazzi y al profesor Armin von Bogdandy.

² Doctor en Derecho (summa cum laude) de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Magister en Ciencias Jurídicas Avanzadas de la UPF de Barcelona y Magister en Gobernanza y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Madrid. Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Comparado de la Universidad Externado de Colombia. ORCID: 0000-0003-1117-2302. Contacto: jorge.roa@uexternado.edu.co

constitucional. En la segunda sección se propone un rol activo pero dialógico de la judicatura con el fin de avanzar e impulsar cambios sociales. Finalmente, en la tercera parte se indica que el diseño de la justicia constitucional transformadora debe incorporar mecanismos de acceso directo de los ciudadanos a los tribunales cuando estos constituyen escenarios de deliberación y representación meritocrática.

1. El constitucionalismo transformador y los modelos de constitucionalismo débil y fuerte

La tipología clásica de la justicia constitucional establece la existencia de dos grandes modelos: el sistema difuso o norteamericano y el sistema concentrado o europeo de control de constitucionalidad³. Adicionalmente, se incluye un *tertium* que resulta de la convergencia de estos dos grandes esquemas en los denominados modelos mixtos de control judicial de la ley. Estos últimos han proliferado en América Latina y en otras latitudes. Sin embargo, las investigaciones más recientes plantean el surgimiento de nuevas categorías para clasificar la interacción entre los jueces constitucionales y el legislador.

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar la existencia de sistemas de justicia constitucional que responden a las fórmulas del constitucionalismo débil o del constitucionalismo fuerte. Al primer grupo (débil) pertenecen aquellos diseños institucionales en los cuales existe algún sistema de control de constitucionalidad, limitado por la imposibilidad de convertir las decisiones judiciales sobre la incompatibilidad de las leyes con la Constitución –o con una ley que funge como parámetro de control- en la última palabra dentro de la democracia⁴.

A contrario sensu, los sistemas fuertes de revisión judicial de la ley son aquellos en los cuales la decisión sobre la invalidez o inaplicación de un acto del legislador es adoptada por los jueces, con carácter definitivo y con el potencial de eliminar el acto normativo del ordenamiento jurídico o, al menos, de garantizar su inaplicación definitiva. En estos diseños institucionales, la decisión judicial es la última palabra sobre la interpretación de la Constitución dentro del sistema democrático⁵.

Uno de los aspectos más interesantes de estas nuevas formas de aproximación a los sistemas de control de constitucionalidad consiste en la posibilidad de analizar sus problemas clásicos de fundamentación democrática, al margen de su pertenencia a una de

³ TUSHNET, MARK. *Weak Courts, Strong Rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton University Press, New Jersey, 2008.

⁴ BELLAMY, RICHARD. "Political constitutionalism and the Human Rights Act". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n° 1, 2011, pp. 86-111.

⁵ GARDBAUM, STEPHEN. "Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies?". *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 53, 2015, pp. 285–320.

las tres categorías clásicas mencionadas. En ese marco, la pregunta que marca esta sección es la siguiente ¿tiene alguna relación el constitucionalismo transformador con la clasificación entre modelos débiles y fuertes de justicia constitucional? o, de otra manera, ¿con cuál de los dos modelos de constitucionalismo se puede identificar al constitucionalismo transformador?

En efecto, el constitucionalismo transformador tiene una relación con los modelos de constitucionalismo débil y fuerte. En concreto, esa relación consiste en un respaldo prevalente de parte del constitucionalismo transformador a la implementación de modelos fuertes de justicia constitucional en América Latina. La preferencia del constitucionalismo transformador por los modelos fuertes de justicia constitucional en América Latina es coherente con los principales elementos de un constitucionalismo que propende por las transformaciones sociales que permitan materializar los pilares básicos del Estado social.

En concreto, el constitucionalismo transformador se basa el principio de inclusión como uno de sus conceptos centrales. Sin embargo, el respaldo del constitucionalismo transformador a modelos fuertes de control de justicia constitucional en la región no es absoluto porque estos también pueden entrar en conflicto con un elemento central del constitucionalismo transformador que consiste en la idea de diálogo. En virtud de esa última paradoja, el constitucionalismo transformador puede ser un gran promotor del diálogo entre autoridades judiciales nacionales e internacionales mientras que puede cerrar la puerta al diálogo entre autoridades nacionales.

1.1. El constitucionalismo transformador fuerte: la representación deliberativa y la idea de activismo judicial en contextos de desigualdad e hiperpresidencialismo

En primer lugar, el constitucionalismo transformador requiere la prevalencia del constitucionalismo fuerte sobre el débil porque existe un alto nivel de centralidad de la función judicial en el marco del constitucionalismo transformador. Esta prevalencia llega al punto de que el constitucionalismo transformador actualiza el significado y el contenido de la expresión activismo judicial para excluir cierto tipo de decisiones judiciales que una teoría estándar consideraría activistas. Al mismo tiempo, el constitucionalismo transformador defiende que la función judicial ordinaria debe tener un contenido activista en un contexto marcado por la exclusión y la desigualdad como el que existe en América Latina.

Del mismo modo, el constitucionalismo transformador suscribe la tesis de Robert Alexy según la cual los jueces son considerados como unos representantes argumentativos de las personas o grupos excluidos que acuden a los tribunales para obtener la protección de sus derechos⁶.

⁶ ALEXY, ROBERT. "Balancing, constitutional review, and representation". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, nº 4, 2005, pp. 572-581 y BARROSO, LUÍS ROBERTO. "Reason Without Vote: The Representative and Majoritarian Function of Constitutional Courts". En: BUSTAMANTE,

Como correlativa a la tesis anterior, el constitucionalismo transformador impone unos límites a la difusión del constitucionalismo débil en América Latina. En especial, bajo el constitucionalismo transformador se propone optimizar el principio de igualdad y hacer realidad las promesas sociales de la Constitución. Por eso, el constitucionalismo transformador rechaza la imposición de límites a la función judicial que pretendan evitar o mitigar la intervención judicial para proteger los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Asimismo, el constitucionalismo transformador rechaza expresamente las reacciones tecnocráticas a las decisiones judiciales que propone el constitucionalismo débil porque considera que estas afectan las competencias de los tribunales para proteger los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y confieren prevalencia a la perspectiva económica o de sostenibilidad fiscal. En ese sentido, el constitucionalismo transformador se opondría a instrumentos, como el Incidente de Impacto Fiscal aprobado en Colombia, y apoyaría la decisión de la Corte Constitucional de ese país de excluir la aplicación de ese Incidente a procesos de amparo en los que se discute la protección de derechos fundamentales⁷.

Además, el paradigma del constitucionalismo transformador se opone a la aplicación de mecanismos del constitucionalismo débil que puedan vaciar de contenido las competencias judiciales que permiten a los tribunales nacionales dialogar con los tribunales internacionales y, en concreto, con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (e.g. control de convencionalidad) porque algunas de esas competencias que facilitan el diálogo solo son efectivas si los tribunales internos tienen la última palabra⁸.

THOMAS y GONÇALVES FERNANDES, BERNARDO. *Democratizing Constitutional Law. Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Springer, Suiza, 2016, pp. 71-90.

⁷ ROA ROA, JORGE ERNESTO. "El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales". Serie Documentos de Trabajo-Departamento de Derecho Constitucional, n° 26, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

⁸ La literatura más relevante sobre el control de convencionalidad se puede consultar en: SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO. *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*. Porrúa-UNAM, México, 2012; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano". *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 9, n° 2, 2011, pp. 531-622 y "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. UNAM, vol. XLIV, n° 131, mayo-agosto, 2011, pp. 917-967; GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. "El control judicial interno de convencionalidad". En: BOGDANDY, ARMIN VON; PIOVESAN, FLÁVIA y MORALES ANTONIAZZI, MARIELA (Coords.). *Estudos avançados de Direitos Humanos. Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*. Elsevier-Campus Jurídico, 2013, pp. 557-589; IBÁÑEZ RIVAS, JUANA MARÍA. "El control de convencionalidad y la consolidación del *Ius Commune* interamericano". En: BOGDANDY, ARMIN VON; MORALES ANTONIAZZI, MARIELA y FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO. *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, pp. 385-413; NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. "Los

Desde luego, el constitucionalismo transformador apoya la función de los tribunales para restablecer el equilibrio de poderes en contextos de presidencialismo exacerbado o hiperpresidencialismo. Por tal razón, el constitucionalismo transformador rechaza el postulado principal de dejar la última palabra en la interpretación de la Constitución a un ejecutivo extremadamente poderoso o a un legislador poco independiente del ejecutivo⁹.

Del mismo modo, el constitucionalismo transformador considera que algunos mecanismos del constitucionalismo débil (e.g. exhortos) no son suficientes para proteger a las minorías, incluir la perspectiva de género o reconocer la desigualdad económica. Para el constitucionalismo transformador, esos mecanismos constituyen un ideal propio de un modelo deliberativo de democracia que no es suficientemente sensible a la discriminación y, por tal razón, no es aplicable en América Latina. En cambio, el constitucionalismo transformador opta por un modelo de democracia social en el que los jueces tengan la posibilidad de responder a reclamos ciudadanos básicos en contextos de sociedades poco ordenadas¹⁰.

1.2. Constitucionalismo transformador e independencia judicial

Ahora bien, si todo lo anterior es verdad, ¿por qué se afirma que el constitucionalismo transformador no apoya de manera absoluta el constitucionalismo débil y excluye plenamente el constitucionalismo fuerte? La respuesta es que el constitucionalismo transformador reconoce que existen riesgos asociados a la centralidad de los jueces dentro

desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. UNAM, vol. XLV, nº 135, septiembre-diciembre, 2012, pp. 1167-1220 y “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en periodo 2006–2011”. *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 10, nº 2, 2012, pp. 57-140; HITTERS, JUAN CARLOS. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad”. *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 7, nº 2, 2009, pp. 109-128 y “El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana (supervisión supranacional, cláusula federal)”. *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 10, nº 2, 2012, pp. 535-573; SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO. “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 8, nº 1, 2010, pp. 117-135.

⁹ FIX-FIERRO, HÉCTOR y SALAZAR UGARTE, PEDRO. “Presidentialism”. En: ROSENFELD, MICHEL y SAJÓ, ANDRÁS (eds). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 628-649; CHEIBUB, JOSE ANTONIO; ELKINS, ZACHARY y GINSBURG, TOM. “Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective”. *Texas Law Review*, vol. 89, nº 7, 2011, pp. 1707-1739 y LINZ, JUAN J. “The Perils of Presidentialism”. *Journal of Democracy*, vol. 1, nº 1, 1990, pp. 51-69.

¹⁰ ARANGO, RODOLFO. “Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional”. En: BOGDANDY, ARMIN VON; FIX-FIERRO, HÉCTOR y MORALES ANTONIAZZI, MARIELA. *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Rasgos, potencialidades y desafíos. UNAM, México, 2014, pp. 25-36.

del proyecto. En concreto, esos riesgos se refieren a la amenaza constante a la independencia judicial en los países de la región y a la instrumentalización hegemónica de la judicatura. Si los jueces pierden su independencia para ponerse al servicio de la revolución, como ha ocurrido en Bolivia, Honduras, Nicaragua o Venezuela, el constitucionalismo transformador acepta límites o controles propios del constitucionalismo débil para evitar que una judicatura cooptada ponga en peligro el elemento esencial del constitucionalismo transformador que es la mayor protección de los derechos humanos.

Este respaldo limitado del constitucionalismo transformador al constitucionalismo fuerte con el consecuente rechazo del constitucionalismo débil involucra una paradoja y una potencial contradicción al interior del constitucionalismo transformador sobre la cual este proyecto debe deliberar y a la que debe proporcionar una respuesta.

Se trata de una paradoja o potencial contradicción porque el constitucionalismo transformador potencia el diálogo entre las autoridades judiciales nacionales e internacionales mientras que apoya el constitucionalismo fuerte que niega o cierra el diálogo entre los jueces y otras autoridades a nivel nacional. El constitucionalismo político señala que los instrumentos internacionales de derechos humanos y sus tribunales solo son legítimos democráticamente si están diseñados de manera que puedan ser controlados democráticamente y si son compatibles con modelos internos de revisión de constitucionalidad de tipo débil¹¹. Para los constitucionalistas políticos, existe una conexión directa entre el diseño nacional del control de constitucionalidad y la legitimidad democrática, tanto de los tribunales nacionales como de los tribunales internacionales. El constitucionalismo transformador debe explicar de qué manera su compromiso con modelos fuertes de justicia constitucional a nivel interno se conecta con una teoría de la legitimidad de los tribunales internacionales que sea compatible con el diseño fuerte de la justicia constitucional a nivel interno.

2. El rol de los jueces constitucionales en el constitucionalismo transformador: activismo dialógico y cooperativo

Uno de los grandes debates del constitucionalismo latinoamericano contemporáneo gira en torno a la potencial existencia de un constitucionalismo transformador, los rasgos esenciales de ese (¿nuevo?) constitucionalismo y sus consecuencias concretas sobre la organización del poder público y los derechos de los ciudadanos. Una de las ideas centrales que respalda la existencia de un constitucionalismo transformador es el diseño de instituciones y procedimientos para aplicar efectivamente las promesas sociales de las

¹¹ BELLAMY, RICHARD. "The Democratic Legitimacy of International Human Rights Conventions: Political Constitutionalism and the Hirst Case". En: FØLLESDAL, ANDREAS; SCHAFER, KARLSSON y ULFSTEIN, GEIR. *The Legitimacy of International Human Rights Regimes. Legal, Political and Philosophical Perspectives*. Cambridge University Press, Cambridge 2013, pp. 243-271.

Constituciones y desarrollar las transformaciones necesarias para construir un Estado de bienestar.

En el marco del constitucionalismo transformador, una de las principales cuestiones por resolver es el papel de la judicatura constitucional dentro del proceso de cambio social. Afortunadamente, sobre este aspecto existen múltiples casos en el constitucionalismo comparado que permiten analizar el papel que juegan los tribunales durante estos complejos periodos sociales. Con base en la experiencia de Sudáfrica, por ejemplo, ROSALIND DIXON y THEUNIS ROUX han señalado que los tribunales constitucionales pueden jugar un rol de impulso (transformador) o un rol de conservación (conservador) en los procesos de cambio social¹². Desde luego, también existe la posibilidad de que la judicatura se ubique en una posición intermedia y gradúe la velocidad de la transformación para conseguir el equilibrio entre los viejos y nuevos proyectos políticos y sociales.

2.1. El papel coadyuvante de los jueces en transformación social: deferencia con la agenda transformadora del gobierno y del parlamento

Una de las principales lecciones de los estudios comparados es que, si los tribunales constitucionales apuestan por un papel transformador y de impulso, es importante que cuenten con aliados institucionales y sociales para avanzar esas transformaciones. Los aliados pueden ser los demás poderes del Estado (Gobierno y Congreso), las organizaciones sociales y la ciudadanía en general. Además, es deseable que los jueces desarrollen construcciones jurisprudenciales sólidas que permitan el avance colectivo de la construcción del Estado de bienestar. Por ejemplo, es importante contar con una serie de precedentes sobre la deferencia razonable que los tribunales deben tener con el legislador. Este es un buen mecanismo para realizar el control de constitucionalidad efectivo sobre las normas de transformación y, al mismo tiempo, avanzar en alianza con las demás instituciones del Estado.

Desde luego, el hecho de que los jueces asuman la función de impulsar los cambios sociales no resuelve todos los problemas, no soluciona todos los dilemas, ni materializa todas las transformaciones que este requiere. Sin embargo, es importante que los tribunales comprendan que, si no impulsan la transformación de manera conjunta con el Congreso o el Gobierno -vale decir, no son deferentes con las reformas aprobadas por el Congreso- la carga posterior de proteger los cambios sociales y lograr otros avances será responsabilidad casi exclusiva de los propios tribunales. El anterior riesgo es todavía más acuciante cuando existe una alta probabilidad de que cambien las condiciones políticas y de que las

¹² DIXON, ROSALIND y ROUX, THEUNIS. "Marking Constitutional Transitions: The Law and Politics of Constitutional Implementation in South Africa", UNSW Law Research Paper, n°. 18-64, pp. 1-19.

instituciones favorables al cambio social pasen a ser ocupadas por movimientos adversos a esta transformación.

Por esa razón, es deseable potenciar el momento cooperativo y dialógico para avanzar en la transición con el fin de crear los precedentes adecuados para impulsar el cambio, reaccionar frente a los problemas emergentes y enfrentar futuros retrocesos. Entre otras cosas, eso implica un cambio en la forma de construir la jurisprudencia, de manera que, al mismo tiempo, se piense a largo plazo y se mantenga la sensibilidad por el periodo político actual. También es un momento adecuado para reconocer que algunas herramientas deben mutar o evolucionar. Por ejemplo, las decisiones estructurales no son un mecanismo acabado, ni tampoco el fundamento de su implementación; mucho menos los casos en los que proceden o el tipo de remedios que se deben aplicar en los juicios estructurales.

Desde luego, el reto de una judicatura que apueste por impulsar el cambio social es hacer un esfuerzo por mantenerse como un actor jurídico, superar las tradiciones jurídicas formalistas consolidadas antes de la transformación, evitar las interpretaciones originalistas de la Constitución y habilitar la evolución del sistema constitucional. El objetivo final es la construcción de fundamentos jurídicos sólidos para las decisiones e intervenciones que debe realizar modelo de judicatura del constitucionalismo transformador.

Ahora bien, además de su rol transformador, los jueces también pueden jugar un rol conservador y un rol de equilibrio entre lo viejo y lo nuevo. ¿De qué depende que puedan jugar uno de estos tres roles? El factor esencial es, de nuevo, la existencia y el comportamiento de los aliados. Los jueces no pueden, no deben y no es deseable que lo hagan, impulsar transformaciones sociales en solitario. Como ya se ha dicho, si otros actores sociales o poderes del Estado impulsan el cambio social, los jueces deben ser deferentes con el impulso transformador externo. Cuanto más impulsen el cambio social en estos momentos, más fácil será defender y conservar esos avances.

2.2. El rol protector de los jueces frente a la agenda regresiva: detectar puntos ciegos, desatar cargas de inercia y conservar los avances

El gran dilema ocurre cuando los demás poderes del Estado no comparten el impulso transformador. En ese caso, habrá que distinguir si lo que ocurre es que los demás poderes del Estado tienen una agenda conservadora o si lo que ocurre es que impulsan contra-reformas (backlash). Si la agenda es conservadora, como se dirá más adelante, los jueces se deben limitar a promover el cambio, identificar cargas de inercia y puntos ciegos. Por el contrario, si la agenda es regresiva, la función de los jueces es conservadora y defensiva de los avances obtenidos en momentos de progreso social.

En efecto, si la agenda de los demás poderes del Estado es conservadora, los jueces deben enfrentar las limitaciones epistémicas de la democracia que se concretan en puntos ciegos y

cargas de inercia del legislador y del Gobierno. Como indica ROSALIND DIXON, incluso las democracias que funcionan de manera adecuada tienen un alto riesgo de aprobar políticas públicas contrarias a los valores públicos de la Constitución. Esto sucede porque existen puntos ciegos de la democracia o del sistema deliberativo.

La tesis de DIXON es que los puntos ciegos pueden ser de aplicación, de perspectiva y de acomodamiento. Estos ocurren, respectivamente, cuando: i) los límites de racionalidad del legislador le impiden prever que una ley que parece conforme con la Constitución desde un punto de vista abstracto puede ser aplicada de manera o con efectos contrarios a los derechos constitucionales; ii) no se aprecia el impacto de una ley en los distintos grupos que existen dentro de la sociedad y iii) se aprueba un acto normativo que responde a un objetivo legislativo claro pero deja por fuera otros objetivos igualmente valiosos desde el punto de vista constitucional¹³.

Además, DIXON también se refiere a los problemas o cargas de inercia del legislador que afectan a los derechos constitucionales. En especial, se preocupa por la inercia legislativa que es consecuencia de la prevalencia de los intereses electorales de los grupos políticos sobre la protección de los derechos o de la intención de mantener la unidad de un partido político cuando existen diferentes opiniones dentro de ese partido sobre el contenido de un derecho¹⁴. La autora también señala que una democracia puede combinar la inercia del legislador con la inercia de la administración con resultados perjudiciales para la garantía efectiva de los derechos¹⁵.

Frente a los puntos ciegos y la inercia del legislador, DIXON propone un enfoque dialógico de la justicia constitucional en el que los tribunales deben adoptar medidas para evitar la prolongación de los efectos de los puntos ciegos o resolver los problemas que generan los bloqueos legislativos¹⁶. No se trata solamente de que el poder judicial le indique al legislador que ha fallado y se quede a la espera de que este se desbloquee o abandone la posición de inercia o de que los jueces adopten remedios individuales en casos concretos por la vía de los mecanismos de tutela o amparo. El poder judicial debe contribuir directamente a remediar la inercia o superar el bloqueo institucional¹⁷.

¹³ DIXON, ROSALIND. "Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, n° 3, 2007, p. 402.

¹⁴ En los Estados Unidos existen muchos ejemplos de desacuerdos dentro de la sociedad que dividieron a los partidos y sobre los cuales el Congreso se abstuvo de decidir para que fuera la Corte Suprema el órgano encargado de tomar una decisión sobre la materia. Se citan como casos paradigmáticos los problemas relacionados con la abolición de la esclavitud (*Dred Scott v. Sandford*, 1856) o la interrupción voluntaria del embarazo (*Roe v. Wade*, 1973). Vid. TUSHNET, MARK. "Alternative Forms of Judicial Review". *Michigan Law Review*, vol. 101, 2002, p. 2788.

¹⁵ DIXON, ROSALIND. "Creating dialogue about". *op. cit.*, p. 403.

¹⁶ DIXON, ROSALIND. "Creating dialogue about". *op. cit.*, p. 406.

¹⁷ DIXON, ROSALIND. "Creating dialogue about". *op. cit.*, pp. 404 y 405.

El aporte de DIXON en relación con los puntos ciegos del sistema democrático y su preferencia por un sistema en el que los jueces tienen un rol central para la superación de los efectos negativos que esos puntos ciegos conllevan para los derechos constitucionales, permiten defender, como se hará en la tercera parte de este artículo, un sistema en el cual los propios ciudadanos activan la intervención judicial con el fin de remediar las consecuencias negativas de los límites epistémicos del legislador.

Todavía más, desde la perspectiva de DIXON, el control de constitucionalidad -suscitado por una demanda ciudadana- contribuye a superar situaciones de bloqueo institucional mediante órdenes directas. La reticencia legislativa para cumplir con sus funciones impide que el legislador reclame a la judicatura por ocupar un espacio que el propio legislador ha dejado vacío; los jueces no desplazan al legislador cuando este mismo declina en el ejercicio de sus funciones. En estos casos, los tribunales pueden señalarle al legislador que los propios ciudadanos han solicitado la intervención judicial frente a la defraudación de las expectativas sobre el rol que corresponde al poder legislativo dentro de la organización social.

La tercera opción es que en sociedades cuyo Estado de bienestar se encuentra en construcción, los jueces contribuyan a la consolidación y a la contención de los posibles retrocesos. En estos casos, es imprescindible un mecanismo de fácil acceso al control de constitucionalidad que, sobre todo, pueda ser activado por actores diferentes a quienes son responsables del retroceso o quienes se benefician del mismo. En estos escenarios de agenda regresiva, lo poco que pueden hacer los jueces es defender (conservar) lo obtenido en momentos de impulso social. Además, en estos casos los jueces deben preocuparse por mantener su independencia y protegerse de incursiones propias de escenarios de constitucionalismo abusivo o autoritario.

3. El diseño de la justicia constitucional y el compromiso del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina con el acceso directo de los ciudadanos a la representación deliberativa y meritocrática

El *Ius Constitutionale Commune* en América Latina es una lectura del constitucionalismo latinoamericano que se basa en la interacción entre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y las autoridades judiciales nacionales. El *Ius Constitutionale Commune* afirma que en la región se ha desarrollado un constitucionalismo transformador basado en la mayor protección de los derechos humanos establecidos en las Constituciones nacionales y en los instrumentos internacionales que conforman el *corpus iuris interamericano*¹⁸. Los dos elementos que componen el denominador constitucional común latinoamericano son: por una parte, la apertura de los ordenamientos jurídicos

¹⁸ BOGDANDY, ARMIN VON. "Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador". *Revista Derecho Del Estado*, n° 34, 2015, p. 11.

nacionales al derecho internacional de los derechos humanos, en especial, a la Convención Americana; por otra parte, el aumento del estudio y aplicación del derecho comparado¹⁹.

Como señala ARMIN VON BOGDANDY, uno de los pilares centrales del *Ius Constitutionale Commune* es que este reconoce que la sociedad civil, las Organizaciones No Gubernamentales y los individuos juegan un papel central en la protección de los derechos humanos. Precisamente por esa razón, uno de los principios fundamentales del *Ius Constitutionale Commune* es la inclusión. De acuerdo con este principio, es necesario procurar el mayor acceso de los ciudadanos a los sistemas de justicia nacional e internacional.

En efecto, en virtud de que los tribunales son considerados como agentes de transformaciones sociales y ostentan un rol insustituible en la protección de los derechos, la idea del *Ius Constitutionale Commune* es que se debe garantizar el mayor acceso de los individuos tanto a los sistemas de justicia nacional como a los tribunales internacionales. Por esta razón, el *Ius Constitutionale Commune* es favorable a mecanismos, como la acción pública de constitucionalidad, y a la extensión de este grado de apertura a todos los sistemas constitucionales de la región.

Una prueba de lo anterior es que bajo el *Ius Constitutionale Commune* existe una idea definida sobre el diseño institucional de la justicia constitucional. RODOLFO ARANGO, por ejemplo, señala que el *Ius Constitutionale Commune* propende por una justicia constitucional dialógica y participativa en la cual “todas las voces, por diferentes o extrañas que sean, tengan cabida en la comunidad y puedan ser cobijadas por la protección constitucional”²⁰.

Bajo ese enfoque, el mayor acceso de los individuos a los tribunales no solo tiene un potencial transformador, sino que incorpora dimensiones legitimadoras de las propias instituciones judiciales. Esto ocurre especialmente en una región, en la cual, la mayor parte de las instituciones públicas son percibidas como lejanas e ineficaces. Así lo ha destacado la propia Corte Interamericana:

“(…) en la región existe una profunda crisis en relación con los partidos políticos, los poderes legislativos y con quienes dirigen los asuntos públicos, por lo que resulta imperioso un profundo y reflexivo debate sobre la participación y la representación política, la transparencia y el acercamiento de las instituciones a las personas, en definitiva, sobre el fortalecimiento y la profundización de la democracia. La sociedad civil y el Estado tienen la responsabilidad, fundamental e

¹⁹ BOGDANDY, ARMIN VON. “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Aclaración conceptual”. En: BOGDANDY, ARMIN VON; MORALES ANTONIAZZI, MARIELA y FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO. *Ius Constitutionale Commune*. op. cit., pp. 141-143.

²⁰ ARANGO, RODOLFO. “Fundamentos del *ius constitutionale commune* en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional”. En: BOGDANDY, ARMIN VON; FIX-FIERRO, HÉCTOR y MORALES ANTONIAZZI, MARIELA. *Ius Constitutionale Commune* op. cit., p. 35.

inexcusable de llevar a cabo esta reflexión y realizar propuestas para revertir esta situación”²¹.

La amplia legitimación y el potencial transformador son los dos argumentos centrales que, desde la perspectiva del *Ius Constitutionale Commune*, animan la apertura de la justicia constitucional a los individuos mediante mecanismos como la acción pública de constitucionalidad. Se trata de un enfoque teórico todavía en construcción pero que ya refleja una clara orientación hacia un mayor acceso de los individuos a los sistemas judiciales nacionales y hacia la eliminación de las barreras que dificultan el acceso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En definitiva, uno de los elementos centrales del constitucionalismo transformador es la ampliación del acceso para los movimientos sociales y para los ciudadanos a la justicia nacional e internacional. Por esa razón, el constitucionalismo transformador destaca las sesiones itinerantes de la Corte IDH, las audiencias públicas y seguramente la agenda del futuro por la existencia de un tribunal permanente que pueda atender demandas de justicia de toda la región. Internamente, el *Ius Constitutionale Commune* se compromete con modelos de justicia que sean abiertos para los ciudadanos de manera que se puedan implementar los estándares internacionales sobre derechos humanos por parte de los tribunales nacionales.

Se trata de pensar los cambios en el *standing* no solamente como cambios procesales o de legitimación activa. Como indica Owen Fiss, el *standing* incide en la agenda de los tribunales, en la relación de la justicia con los ciudadanos y puede influir en la actitud de los jueces frente a los problemas sociales²². Por eso, el acceso amplio de los ciudadanos a los tribunales aproxima a los jueces a los problemas ciudadanos, permite el control ciudadano de la agenda judicial y acerca a las instituciones orgánicas con las promesas constitucionales. Esta incursión moderada en el diseño de la judicatura es un pilar del constitucionalismo transformador²³. Se trata de un elemento esencial que ha permitido verdaderos cambios en el constitucionalismo latinoamericano y, aún más importante, en la vida de quienes habitan la región.

Conclusiones

Los cambios sociales son el resultado de procesos largos, complejos y lentos en los que intervienen diversos actores y factores²⁴. Es por lo menos ingenuo pensar que los tribunales pueden realizar completamente una transformación social. Además, las normas y los jueces

²¹ Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. op. cit., párr. 204.

²² FISS, OWEN. “The Forms of Justice”. *Harvard Law Review*, vol. 93, nº 1, 1979, pp. 1-58.

²³ ROA ROA, JORGE ERNESTO. *Control de Constitucionalidad Deliberativo*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.

²⁴ SUNSTEIN, CASS. *How Change Happens*. The MIT Press, Massachusetts, 2019.

pueden silenciar las voces que piden el cambio y retrasar por mucho tiempo la construcción, por ejemplo, de estructuras sociales igualitarias.

Sin embargo, esas normas pueden ser cambiadas y, desde luego, los tribunales también pueden ser escenarios de visibilización que ofrezcan un espacio de expresión y deliberación a quienes son tradicionalmente silenciados. La tesis central de este texto es que, en contextos como el de América Latina, el poder judicial debe realizar un esfuerzo para canalizar los cambios que son necesarios para avanzar en el cumplimiento efectivo de las promesas sociales de las Constituciones de la región.

Para satisfacer ese rol es necesario pensar en la idea de un constitucionalismo transformador. Esta visión del potencial expresivo del derecho tiene, al mismo tiempo, una fórmula que se refiere al tipo, al rol y al diseño de la justicia constitucional. El objetivo es que las judicaturas sean espacios de deliberación (adicionales) en los que se piense colectivamente sobre la mejor manera de distribuir recursos escasos, construir el Estado de bienestar y resolver desacuerdos sociales complejos en torno a la forma de enfrentar fenómenos como la pobreza, la exclusión o la desigualdad.

Desde luego, no se trata de sustituir otras formas o escenarios de deliberación. Tampoco se pretende que un proceso judicial deliberativamente cualificado o una decisión judicial ponga fin a uno solo de los dramas sociales de América Latina. De lo que sí se trata es de pensar como los jueces usan el potencial transformador del Derecho para centrarse en la protección de aquellos que más sufren la defraudación de las expectativas que les han generado las caras promesas sociales, económicas y políticas incluidas en las Constituciones.

Bibliografía

ALEXY, ROBERT. "Balancing, constitutional review, and representation". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, nº 4, 2005, pp. 572-581.

ARANGO, RODOLFO. "Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional". En: BOGDANDY, ARMIN VON; FIX-FIERRO, HÉCTOR y MORALES ANTONIAZZI, MARIELA. *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. UNAM, México, 2014, pp. 25-36.

BARROSO, LUÍS ROBERTO. "Reason Without Vote: The Representative and Majoritarian Function of Constitutional Courts". En: BUSTAMANTE, THOMAS y GONÇALVES FERNANDES, BERNARDO. *Democratizing Constitutional Law. Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Springer, Suiza, 2016, pp. 71-90.

BELLAMY, RICHARD. "The Democratic Legitimacy of International Human Rights Conventions: Political Constitutionalism and the Hirst Case". En: FØLLESDAL, ANDREAS; SCHAFER, KARLSSON y ULFSTEIN, GEIR. *The Legitimacy of International Human Rights Regimes. Legal, Political and Philosophical Perspectives*. Cambridge University Press, Cambridge 2013, pp. 243-271.

----- "Political constitutionalism and the Human Rights Act". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, nº 1, 2011, pp. 86-111.

BOGDANDY, ARMIN VON. "*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador". *Revista Derecho Del Estado*, nº 34, 2015.

CHEIBUB, JOSE ANTONIO; ELKINS, ZACHARY y GINSBURG, TOM. "Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective". *Texas Law Review*, vol. 89, nº 7, 2011, pp. 1707-1739.

DIXON, ROSALIND. "Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, nº 3, 2007, p. 402.

DIXON, ROSALIND y ROUX, THEUNIS. "Marking Constitutional Transitions: The Law and Politics of Constitutional Implementation in South Africa", *UNSW Law Research Paper*, nº. 18-64, pp. 1-19.

FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano". *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 9, nº 2, 2011, pp. 531-622.

----- "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. UNAM, vol. XLIV, nº 131, mayo-agosto, 2011, pp. 917-967.

FISS, OWEN. "The Forms of Justice". *Harvard Law Review*, vol. 93, nº 1, 1979, pp. 1-58.

FIX-FIERRO, HÉCTOR y SALAZAR UGARTE, PEDRO. "Presidentialism". En: ROSENFELD, MICHEL y SAJÓ, ANDRÁS (eds). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 628-649.

GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. "El control judicial interno de convencionalidad". En: BOGDANDY, ARMIN VON; PIOVESAN, FLÁVIA y MORALES ANTONIAZZI, MARIELA (Coords.). *Estudos avançados de Direitos Humanos. Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*. Elsevier-Campus Jurídico, 2013, pp. 557-589.

GARDBAUM, STEPHEN. "Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies?". *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 53, 2015, pp. 285-320.

HITTERS, JUAN CARLOS. "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad". *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 7, nº 2, 2009, pp. 109-128.

----- "El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana (supervisión supranacional, cláusula federal)". *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 10, nº 2, 2012, pp. 535-573

IBÁÑEZ RIVAS, JUANA MARÍA. "El control de convencionalidad y la consolidación del *Ius Commune* interamericano". En: BOGDANDY, ARMIN VON; MORALES ANTONIAZZI, MARIELA y FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO. *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Textos básicos para su comprensión. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, pp. 385-413.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. "Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. UNAM, vol. XLV, nº 135, septiembre-diciembre, 2012, pp. 1167-1220.

----- "Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en periodo 2006-2011". *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 10, nº 2, 2012, pp. 57-140.

LINZ, JUAN J. "The Perils of Presidentialism". *Journal of Democracy*, vol. 1, nº 1, 1990, pp. 51-69.

ROA ROA, JORGE ERNESTO. *Control de Constitucionalidad Deliberativo*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.

----- "El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales". *Serie Documentos de Trabajo-Departamento de Derecho Constitucional*, nº 26, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO. *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*. Porrúa-UNAM, México, 2012.

SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO. "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad". Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 8, nº 1, 2010, pp. 117-135.

SUNSTEIN, CASS. *How Change Happens*. The MIT Press, Massachusetts, 2019.

TUSHNET, MARK. "Alternative Forms of Judicial Review". *Michigan Law Review*, vol. 101, 2002.

----- Weak Courts, Strong Rights. *Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton University Press, New Jersey, 2008.

Cover: Imbalanced World, 1996, Veronika Dell'Olio (photo: Miriam Aziz)

“Essential to our concept was the establishment of a connection to the work and objectives of the institute. In view of the diversity of the research tasks concerned, we have attempted to highlight an overarching idea that can be understood as the institute’s mission. We see this as the ideal of peaceful relations between peoples on the basis of an internationally validated notion of justice.... The depicted sculpture...[symbolizes] an imbalanced world in which some peoples are oppressed while others lay claim to dominance and power. The honeycomb form of the circular disks denotes the [international] state structure. Glass parts ... [represent] the individual states [The division] of the figure ... into two parts [can] be interpreted as the separation of the earth into two unequal worlds. The scissors-shaped base, on the one hand, makes the gap between them clear, on the other hand, a converging movement of the disks is conceivable.... The sculpture [aims] at what is imagined – the possibility of the rapprochement of the two worlds.”
[transl. by S. Less]

Art in architecture, MPIL, Heidelberg



MAX PLANCK INSTITUTE

FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW

Im Neuenheimer Feld 535
D-69120 Heidelberg
Tel.: +49 (0)6221 482 - 1
Fax: +49 (0)6221 482 - 288

www.mpil.de
SSRN@mpil.de