

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINOAMERICANO Y PROMESAS FALLIDAS

LATIN AMERICAN *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* AND FAILED PROMISES

Sergio Verdugo*

RESUMEN: Promovido por un grupo de académicos y jueces, el *ius constitutionale commune* en Latinoamérica (ICCLA) busca identificar y estimular una versión del constitucionalismo que enfatiza la protección de los derechos humanos entendidos desde una perspectiva igualitaria, ofreciendo un proyecto regional transformador que acentúa la autoridad (final) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Críticos del ICCLA han cuestionado las posibilidades de este proyecto normativo y su inspiración europea liberal, contrargumentado que el mismo promueve la judicialización de la política mientras debilita mejores aproximaciones a la idea de democracia, menoscabando las posibilidades de proyectos políticos alternativos basados en la idea de pluralismo constitucional. Este ensayo argumenta que el ICCLA establece un mecanismo (la judicialización de los derechos humanos) poco adecuado para satisfacer completamente sus objetivos igualitarios. Si bien algunos defensores del ICCLA están conscientes de esta limitación, han hecho poco para corregirla. Incluso, algunas de las ideas propuestas pueden promover la adopción de arreglos institucionales lesivos para el objetivo de diseñar un proceso político que pueda responder a las demandas sociales de manera más eficaz.

* Profesor de Derecho, Escuela de Derecho, IE University, España. Profesor visitante, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Investigador asociado del Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo. Doctor en Derecho, Universidad de Nueva York. Máster en Derecho, Universidad de California, Berkeley. Magíster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: sverdugor@udd.cl

Este ensayo es una versión actualizada, revisada y traducida del artículo titulado "Can the idea of a Latin American *Ius Constitutionale Commune* Become a Failed Promise?". Dicho artículo será publicado en inglés en el *European Yearbook of Constitutional Law*. Agradecemos los comentarios de Marcela Prieto, Jorge Contesse y James Fowkes.

PALABRAS CLAVE: Convención Americana de Derechos Humanos, Latinoamérica, *Ius Constitutionale Commune*.

ABSTRACT: Promoted by a group of scholars and judges, the *ius constitutionale commune* (ICCLA) seeks to identify and encourage a version of constitutionalism that emphasizes the protection of human rights understood from an egalitarian perspective, offering a transformative regional project that accentuates the (final) authority of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR). Critics have questioned the possibilities of this normative project, challenged its liberal European-centered inspiration, objected that it promotes the judicialization of politics while weakening more compelling versions of democracy, and claimed that it could undermine alternative projects rooted in the idea of constitutional pluralism. This essay argues that the ICCLA provides a means (the judicialization of human rights issues) poorly suited to advance its egalitarian goals fully. Even though some proponents of the ICCLA are aware of this limitation, they have done little to correct it. Some of their ideas can even deepen the problem by distracting from the real causes that prevent social rights expansions and promoting constitutional arrangements that undermine the goal of producing a more responsive political process.

KEYWORDS: American Convention on Human Rights Latin America, *Ius Constitutionale Commune*.

INTRODUCCIÓN

Latinoamérica es una región diversa donde han abundado intentos de proyectos políticos regionales. Ideas estadounidenses y europeas, como la soberanía popular, el reconocimiento constitucional de derechos individuales, el Estado de derecho, la existencia de una Constitución escrita y el régimen de gobierno, entre varias otras, han influido los marcos políticos domésticos que se observan en los países latinoamericanos. Estas ideas han acompañado e inspirado a intelectuales y políticos que han escrito y dictado documentos constitucionales de distinto tipo, incluyendo la Constitución revolucionaria de México en 1917 y las constituciones colombianas y venezolanas del siglo XIX, que experimentaron con formas de control constitucional avanzadas para su época¹. El pensamiento constitucional contemporáneo ha sido influido por las ideas políticas

¹ COLÓN-RÍOS (2014).

de intelectuales como Hans Kelsen y Carl Schmitt, el académico nazi². Incluso, movimientos actuales escépticos de la herencia europea y estadounidense han intentado resistir las mismas y desarrollar planes políticos asociados al decolonialismo que siguen utilizando algún elemento foráneo, como el control constitucional, la supremacía de la Constitución y el establecimiento de un catálogo de derechos³.

Una idea constitucional influyente estos últimos años, compartida por un numeroso grupo de académicos y magistrados, es el ICCLA⁴. Parcialmente inspirada en doctrinas como el bloque de constitucionalidad y el *Ius Publicum Europaeum*, el ICCLA se suele presentar como una idea constitucional progresista que promueve un proyecto regional transformador que enfatiza la protección de los derechos humanos, percibe a los derechos como principios justiciables, y estimula la existencia del litigio estratégico como mecanismo para influir en el desarrollo del sistema interamericano⁵. El ICCLA le entrega un papel central a la CorteIDH. A través de ella, busca identificar un derecho regional que le permita dejar atrás la historia de violencia y desigualdad que ha existido en Latinoamérica⁶. Los defensores del ICCLA han sido criticados por ser selectivos en el modo como muestran la convergencia jurídica latinoamericana, eligiendo ejemplos que les permiten identificar el derecho común mientras omiten explicar diferencias jurídicas relevantes⁷. Los críticos del ICCLA también pueden ser acusados de utilizar una estrategia argumentativa selectiva, en tanto suelen enfatizar los ejemplos de divergencia jurídica mientras omiten los casos de convergencia legal relevante. Enfrentando este tipo de críticas, normalmente los defensores del ICCLA argumentan que la idea no es la identificación presente de una convergencia absoluta. Por el contrario, agregan, lo relevante sería identificar un *potencial* para que el derecho común pueda desarrollarse. Encontrar cláusulas de apertura al derecho internacional en los marcos constitucionales domésticos puede ser utilizado como evidencia de ese potencial⁸. Frente a ellos, los críticos del ICCLA podrían argumen-

² Véase, por ejemplo, RAMÍREZ (2024); COLÓN-RÍOS (2011).

³ Véase, por ejemplo, SOUSA (2014).

⁴ Véase VON BOGDANDY (2015b); VON BOGDANDY (2015a); VON BOGDANDY, FERRER, MORALES & PIOVESAN (2017); VON BOGDANDY (2017); FERRER (2017); MORALES & SAAVEDRA (2017); PIOVESAN (2017); HERRERA (2021).

⁵ VON BOGDANDY (2015a) p. 110; GARCÍA (2017) p. 313. También, véase SOLEY (2017) pp. 352-353.

⁶ VON BOGDANDY (2015a) p. 110. También, VON BOGDANDY (2015b) pp. 9-10.

⁷ WERNECK (2019) p. 372.

⁸ VON BOGDANDY (2015b) p. 11; MORALES & SAAVEDRA (2017) pp. 258-260; PIOVESAN (2017) pp. 62-63; GÓNGORA-MERA (2017) pp. 237-238; GARCÍA (2017) pp. 316-318; GÓNGORA-MERA (2017) pp. 237-238; HERRERA (2021) p. 1402.

tar exactamente lo contrario: si existe un potencial para las diferencias –y no las convergencias– entonces la existencia de dichas cláusulas de apertura sería irrelevante.

A diferencia del modelo europeo, el ICCLA no busca una integración económica, y la integración política que persigue es más limitada –en tanto la misma se refiere a los derechos humanos–⁹. Para encontrar soluciones a los problemas de violencia y desigualdad, el ICCLA parece particularmente interesado en la protección judicial de los derechos sociales¹⁰ y en la defensa de la autoridad de la CorteIDH. Esta Corte se ha mostrado abierta a estas ideas de manera gradual, resolviendo casos de derechos sociales pese al lenguaje modesto con que los mismos aparecen protegidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la “Convención”)¹¹. Las recomendaciones provenientes de los defensores del ICCLA frecuentemente se alinean con las perspectivas adoptadas por la CorteIDH. Ambos, por ejemplo, argumentan que los jueces domésticos deben ser considerados como autoridades judiciales interamericanas¹². Las ambiciones del ICCLA son graduales¹³, pero fuertes. Ellas obedecen a una concepción de los derechos y del poder judicial que encaja con una variación del constitucionalismo liberal que Mark Tushnet califica como “maximalista”¹⁴. Como toda definición maximalista del constitucionalismo, el ICCLA no pretende reflejar exactamente la realidad jurídica presente¹⁵. Por el contrario, ella ofrece un proyecto normativo.

Pese a su naturaleza normativa, es útil distinguir una dimensión descriptiva e interpretativa del ICCLA. Primero, desde una perspectiva descriptiva, el ICCLA argumenta que existe un marco jurídico común que los sistemas legales domésticos están descubriendo o desarrollando. Cuando los estándares comunes de derechos humanos son alcanzados, ellos formarán parte del derecho regional común. Segundo, desde una perspectiva normativa, el ICCLA acepta valores progresistas asociados a la Convención. Adhiere a una versión (controvertida) de democracia que pone el acento en el papel (fuerte) de los jueces, rechaza los regímenes autoritarios y no acepta interpretaciones conservadoras sobre los derechos humanos. Desconfía de las instituciones representativas locales, es escéptica del pluralismo constitucional y promueve la convergencia ideológica en materia de derechos humanos. Tercero, desde una

⁹ VON BOGDANDY (2015b) p. 15; VON BOGDANDY (2015a) p. 112.

¹⁰ Véase, por ejemplo, VON BOGDANDY (2015a) p. 111.

¹¹ PIOVESAN (2017) pp. 58-60; BURGORGUE-LARSEN (2017) pp. 384-385.

¹² DULITZKY (2015a) p. 103.

¹³ VON BOGDANDY (2015b) p. 20.

¹⁴ TUSHNET (2020) p. 101.

¹⁵ *Op. cit.* p. 106.

aproximación interpretativa, el ICCLA busca reconstruir aquellas prácticas judiciales que considera deseables, entenderlas a la luz de principios comunes y coherentes, y usarlas como modelo para la región. La jurisprudencia de algunas Cortes, como la CorteIDH y la Corte Constitucional colombiana, se han vuelto ejemplos centrales para comprender la dimensión interpretativa¹⁶. En ocasiones, es difícil distinguir las críticas contra la CorteIDH de las críticas realizadas contra el ICCLA.

Como lo explicaré en las secciones siguientes, pese a la influencia creciente del ICCLA en Latinoamérica, varios académicos han formulado críticas relevantes¹⁷. En el ámbito político, la resistencia de algunos países contra sentencias de la CorteIDH, incluyendo denuncias y amenazas con denunciar la Convención¹⁸, poseen el potencial de debilitar la agenda del ICCLA. En este ensayo, argumentaré que el ICCLA ofrece un método (la judicialización regional y doméstica de los derechos humanos) inadecuada para avanzar en sus objetivos. Como lo mostraremos, aunque varios defensores del ICCLA están conscientes de este problema, no han hecho lo suficiente para corregirlo. Por el contrario, han continuado promoviendo soluciones que le quitan atención a la discusión sobre los caminos alternativos más promisorios para avanzar en sus objetivos.

La sección I sintetiza el origen del ICCLA e intenta situarlo dentro de los debates del constitucionalismo latinoamericano. La sección II desarrolla las principales críticas existentes contra el ICCLA, identifica sus posibles respuestas y analiza su plausibilidad. La sección III explica el modo como el ICCLA ha defendido instrumentos que lo alejan de los objetivos igualitarios que dice perseguir.

I. EL SURGIMIENTO DEL ICCLA

Latinoamérica posee una rica y diversa tradición constitucionalista, incluyendo corrientes radicales, liberales y conservadoras¹⁹. Variantes autoritarias incluyen la tradición militarista de la segunda mitad del siglo XX²⁰ y el denominado Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano que parte de la izquierda regional ha promovido²¹. En este contexto, las constituciones de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009) incorporaron formas plebiscitarias de hiperpresidencia-

¹⁶ VON BOGDANDY (2015a) p. 111; VON BOGDANDY (2017) p. 37; GÓNGORA-MERA (2017) pp. 246-247, 251.

¹⁷ Véase, por ejemplo, RODILES (2018); ALTERIO (2018).

¹⁸ Véase HUNEEUS (2011); CONTESSE (2019).

¹⁹ GARGARELLA (2010). Véase un mapa intelectual del constitucionalismo latinoamericano en CODDOU (2021).

²⁰ Véase, por ejemplo, KATZ (2023); BARROS (2002).

²¹ Véase, por ejemplo, KING (2013); COUSO (2014).

lismo²² que, combinando elementos del constitucionalismo radical, ofrecieron una forma no liberal para el socialismo latinoamericano²³. Estas formas de constitucionalismo combinaron el constitucionalismo abusivo²⁴ con formas de representación política funcionales a la concentración del poder²⁵.

Asimismo, Latinoamérica también ha ofrecido un experimento para el denominado “constitucionalismo transformador”. Ejemplos de democracias relativamente competitivas que han adherido a variantes del constitucionalismo transformador son los sistemas constitucionales de Colombia (1991) y Brasil (1988)²⁶. Pese a episodios de erosión democrática²⁷, ambos casos muestran ejemplos de cómo es posible asegurar judicialmente los derechos sociales sin sacrificar la competencia política²⁸. De ello no se sigue, por supuesto, que los resultados en términos de derechos sociales sean satisfactorios, o que los modelos colombianos y brasileños estén exentos de riesgos y problemas.

Acompañando los procesos políticos descritos más atrás, Latinoamérica también ha sido influida por la corriente “neoconstitucionalista”. El neoconstitucionalismo rechaza el textualismo y la comprensión del derecho constitucional como un conjunto de reglas. Por el contrario, considera que los derechos deben ser interpretados como *principios*, y promueven el uso de metodologías como la ponderación y el test de proporcionalidad para enfrentar los conflictos de derechos fundamentales. El neoconstitucionalismo termina promoviendo formas de activismo judicial que justifica la existencia de interpretaciones creativas que, incluso, puedan llegar a modificar el sentido de las normas. Las cortes mexicanas y colombianas ofrecen buenos ejemplos del modo como las justificaciones neoconstitucionalistas han acompañado la expansión del poder de los jueces²⁹. Por supuesto, se trata de una teoría controvertida³⁰. Muchos académicos rechazan el activismo judicial³¹ y critican el neoconstitucionalismo³² con argumentos inspirados en formas deliberativas, mayoritarias o procedimentales de la democracia.

Muchos han recibido favorablemente las ideas del ICCLA. Después de todo, el mismo ha intentado llenar el espacio dejado por la izquierda latinoamericana autoritaria. Progresistas comprometidos con la democracia liberal y los pro-

²² Este problema no es exclusivo de estos países, por supuesto. Véase O'DONNELL (1994).

²³ Véase, por ejemplo, PISARELLO (2014).

²⁴ LANDAU (2018).

²⁵ Compárese HUGHES (2019); VERDUGO (2023).

²⁶ Véase, por ejemplo, KATZ (2020); BARROSO (2016).

²⁷ Véase, por ejemplo, BERNAL (2013); MEYER (2021).

²⁸ Véase, por ejemplo, NUNES (2010); CARDOSO (2021).

²⁹ Véase, por ejemplo, ALTERIO (2019); LANDAU (2012); LANDAU (2014).

³⁰ Véase, por ejemplo, ALDUNATE (2010); NÚÑEZ (2010); ALTERIO (2018) p. 10.

³¹ Véase, por ejemplo, GARCÍA y VERDUGO (2013).

³² Véase, por ejemplo, ATRIA (2016).

yectos transformadores tenían pocas posibilidades de verse identificados con los proyectos liberales clásicos, el constitucionalismo conservador o el autoritarismo del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. El ICCLA les ha ofrecido un espacio para poder desarrollar sus programas de un modo casi natural. Si a ello se suma la existencia de redes bien financiadas e instituciones relacionadas que las respaldan y ayudan a darle legitimidad académica, entonces no es difícil comprender su rápido crecimiento. No es de extrañar que el grupo de académicos patrocinados por el instituto Max Planck (Heidelberg), haya logrado atraer a un significativo número de investigadores y jueces latinoamericanos³³.

Si bien el ICCLA está lejos de conseguir un apoyo unánime en la región, el mismo es mayoritario en varios círculos, lo que ha servido para darle respaldo académico y político al programa transformador y regional que ellos promueven³⁴. No se trata, por supuesto, de una versión procedimentalista del constitucionalismo transformador³⁵, sino que sustantiva de la democracia y los derechos, especialmente de los derechos asociados a la igualdad³⁶.

A diferencia del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, el ICCLA dice estar comprometido con la democracia liberal, es escéptico de las formas plebiscitarias de presidencialismo, y ofrece una agenda de implementación gradual³⁷, que rechaza formas de “democracia instantánea”³⁸. El neoconstitucionalismo que influye en la región ha contribuido al ICCLA mediante la idea del poder judicial robusto y de la comprensión de los derechos como principios³⁹. El ICCLA agrega elementos de derecho comparado, la apertura al derecho internacional y la comprensión del derecho común como un bloque que incorpora al derecho constitucional doméstico con el derecho interamericano de los derechos humanos⁴⁰. En este proyecto, las ideas de democracia, derechos humanos y Estado de derecho, entendidos del modo como los comprende la Corte IDH, pasan a imponerse en la región, con especial énfasis en los derechos humanos⁴¹.

³³ Véase VON BOGDANDY (2015b) pp. 5-6; RODILES (2018); HERRERA (2021) pp. 1387-1388; CONTESSE (2022) p. 316; GARCÍA-HUIDOBRO & GUIDI (2021) pp. 1298-1302; CODDOU (2021) pp. 7-8.

³⁴ Véase BONILLA (2013); VILHENA, BAXI, y VILJOEN (2013); VON BOGDANDY, FERRER, MORALES & PIOVESAN (2017).

³⁵ Véase un excelente ejemplo de esta posición en FOWKES (2024).

³⁶ PIOVESAN (2017) pp. 50-51; SOLEY (2017) pp. 348-350.

³⁷ HERRERA (2021) p. 1402.

³⁸ Sobre esta idea, véase KUO (2019).

³⁹ VON BOGDANDY (2015a) p. 109; VON BOGDANDY (2015b) pp. 6-7.

⁴⁰ VON BOGDANDY (2015a) p. 113; GÓNGORA-MERA (2017). La idea no está exenta de polémica. Compárese SAGÜES (2010) p. 120; FUENTES y PÉREZ (2018) pp. 130-131. También MORALES y SAAVEDRA (2017).

⁴¹ VON BOGDANDY (2015b) pp. 16-17.

Uno de los elementos que más ha contribuido al ICCLA, es el control de convencionalidad, anunciado originalmente en el caso *Almonacid*⁴². El control de convencionalidad establece que las sentencias de la Corte IDH poseen autoridad final en la región en lo concerniente a la interpretación de la Convención Americana, lo que incluye, también, sus opiniones consultivas⁴³. De acuerdo con esta doctrina, todos los Estados y jueces domésticos deben actuar de forma consistente con las interpretaciones de la Corte IDH, incluso en aquellos casos donde los Estados no han sido parte⁴⁴. La doctrina tiene lugar de oficio⁴⁵, incluso si los jueces locales no han recibido instrucciones o solicitudes específicas para aplicarla⁴⁶. Hay quienes han extendido la obligación emanada de esta doctrina a funcionarios administrativos⁴⁷ y, también, sostenido que los jueces domésticos estarían facultados para invocar la doctrina de modo que permita una revisión de la legislación local⁴⁸. Lo anterior debiera conducir a una suerte de diálogo vertical entre la Corte IDH y las judicaturas locales de la región⁴⁹.

El ICCLA ha encontrado un campo fértil para desarrollarse, en parte, gracias a las ideas del bloque de constitucionalidad, el control de convencionalidad y el neconstitucionalismo. La existencia de una red judicial y académica le ha dado todavía más plausibilidad al proyecto, lo que ha llevado a algunos académicos a sostener (sin necesidad de adherir a dicha idea) que la Corte IDH se ha convertido en una Corte constitucional regional⁵⁰.

II. LAS OBJECIONES CONTRA EL ICCLA

1. Perspectivas democráticas contra el proyecto del ICCLA

El ICCLA es un tipo de constitucionalismo liberal que reconoce algunos elementos básicos como el control de la ley, el reconocimiento explícito de los

⁴² CORTE IDH (2006) (ser. C) No 154, *Almonacid-Arellano v. Chile* (26 de septiembre, 2006).

⁴³ SAGÜES (2010) p. 125; FERRER (2015) p. 98; GARCÍA (2017) p. 307.

⁴⁴ SAGÜES (2010) p. 125. De acuerdo con la sentencia de *Barrios Altos*, los jueces locales no deben aplicar leyes inconsistentes con la Convención Americana. CORTE IDH (2001b) (ser. C) No 75, *Barrios Altos v. Perú* (14 de marzo, 2001). También CORTE IDH (2001c). (ser. C) No 83, *Barrios Altos v. Perú* (3 de septiembre de 2001).

⁴⁵ FERRER (2015) p. 95; DULITZKY (2015a) p. 102.

⁴⁶ Compárese SAGÜES (2010) pp. 121-122; FERRER (2015) p. 95; CAROZZA & GONZÁLEZ (2017) p. 439.

⁴⁷ Véase GARCÍA-HUIDOBRO & GUIDI (2021) p. 1300.

⁴⁸ Véase, por ejemplo, GARCÍA (2017) pp. 319-320.

⁴⁹ FERRER (2015) p. 99.

⁵⁰ Véase, por ejemplo, DULITZKY (2015b); CONTESSE (2022) pp. 315-316.

derechos fundamentales, el establecimiento de límites al ejercicio del poder, la separación de poderes y el rechazo a formas extremas de centralización del poder. A dichos elementos, el ICCLA adiciona el enfoque regional con un énfasis en los derechos humanos. Si el constitucionalismo liberal es superior a otras formas de organización política, en gran medida dependerá del modo como valoremos las alternativas⁵¹. Dentro de las alternativas, el ICCLA se asocia con el constitucionalismo judicialista o legalista. Otras formas de constitucionalismo reducen las posibilidades de encontrar un derecho común en la región⁵². Dentro de las concepciones alternativas, existe controversia respecto de cómo las democracias deben concebirse, y las mismas ideas liberales que se invocan podrían ignorar importantes perspectivas comunitarias y, en ciertos casos, asociadas a cosmovisiones indígenas, debido a que estas aproximaciones alternativas no ofrecen el mismo compromiso con los derechos *individuales* que el ICCLA dice defender⁵³.

Este debate sobre las diferentes concepciones de la democracia ayuda a explicar el motivo por el cual académicos como Roberto Gargarella y Ana Micaela Alterio han criticado algunas conclusiones del ICCLA. Mientras Roberto Gargarella enfatiza un enfoque procedimental que pueda encajar con su ideal regulatorio basado en lo que denomina como “conversación entre iguales”⁵⁴, Ana Alterio promueve una versión popular del constitucionalismo, que es escéptica de la supremacía judicial⁵⁵. Para Alterio, el ICCLA requiere una indeseable judicialización de la política. Conectado con lo anterior, el ICCLA ofrece un enfoque centrado en los jueces como parte de un tipo de constitucionalismo legal que ignora los medios *políticos* que pueden utilizarse para asegurar transformaciones sociales genuinas⁵⁶. Al no observar las posibles tensiones entre su forma de constitucionalismo legalista y la necesidad de establecer procesos políticos sensibles a las demandas sociales, el ICCLA arriesga, como veremos, hacer menos probable el cumplimiento de sus objetivos.

Al promover el control de convencionalidad, el ICCLA rechaza versiones democráticas que valoren especialmente la regla de mayoría, la deliberación política, la participación ciudadana, la existencia de un control judicial

⁵¹ TUSHNET (2016).

⁵² CODDOU (2021).

⁵³ Sobre las tensiones del ICCLA, véase ALTERIO (2018) pp. 6-7; ALTERIO & POU (2018) pp. 119-120. También, véanse algunos ejemplos de tensiones entre la autonomía de los pueblos indígenas y principios liberales en AGUILAR (2013).

⁵⁴ GARGARELLA (2021); GARGARELLA (2022b).

⁵⁵ ALTERIO (2018).

⁵⁶ ALTERIO & POU (2018) pp. 118-119. Véase una defensa del enfoque que pone a las Cortes en el centro, en HERRERA (2021) pp. 1407-1409.

débil⁵⁷, el modelo *Commonwealth* de justicia constitucional⁵⁸, la idea de constitucionalismo político⁵⁹, el modelo constitucional que existe en los países nórdicos europeos⁶⁰, la idea de constitucionalismo popular⁶¹ y el modelo procedimental basado en las ideas de John Hart Ely⁶². Es posible, por supuesto, que los defensores del ICCLA aleguen que estas formas de constitucionalismo puedan promoverse en el ámbito doméstico. No obstante, el reconocimiento de formas judiciales robustas para identificar e imponer el derecho común de la región en el área de derechos humanos, deja a esas formas alternativas de constitucionalismo en un orden secundario.

Los defensores del ICCLA también podrían responder sosteniendo un argumento pragmático. Por ejemplo, podrían decir que el constitucionalismo político es ideal, pero que, como Jeremy Waldron ha reconocido en su crítica contra el control judicial robusto, desafiar el poder de revisar los actos del legislador basado en la idea de supremacía judicial supone la existencia de niveles razonables de respeto por los derechos fundamentales, además de instituciones democráticas funcionando de forma razonablemente bien⁶³. Si dichas condiciones no se cumplen⁶⁴, podrían agregar los defensores del ICCLA, entonces, podría invitarse a aceptar el ICCLA de manera temporal e instrumental. El ICCLA, en consecuencia, debería abandonarse una vez que las condiciones de Jeremy Waldron tengan lugar. Este argumento podría tener algún sentido si se considera que Latinoamérica contiene muchas democracias defectuosas con instituciones vulnerables y sistemas democráticos frágiles. Visto así, el ICCLA podría ser considerado como un modo de hacer más probable que los sistemas políticos latinoamericanos consoliden su institucionalidad democrática⁶⁵.

Este tipo de respuesta parece más persuasiva en casos de jurisdicciones gobernadas por regímenes autoritarios o que están viviendo riesgosos procesos de transición democrática. Mientras mejores sean las condiciones democráticas de los países de la región, entonces más débiles serán las razones para promover el ICCLA. Uno de los problemas de este argumento se asocia a la dificultad de alcanzar las condiciones de Jeremy Waldron. Esta dificultad no es

⁵⁷ TUSHNET (2008); TUSHNET (2011).

⁵⁸ GARDBAUM (2013); GARDBAUM (2011); CHOUDHRY (2013).

⁵⁹ BELLAMY (2008); BELLAMY (2011).

⁶⁰ LARSEN (2021) pp. 488-494.

⁶¹ KRAMER (2004); POST & SIEGEL (2004); TUSHNET (2006). Para una aproximación latinoamericana a la idea de constitucionalismo popular, véase ALTERIO y NIEMBRO (2013).

⁶² GARDBAUM (2020). Para una discusión latinoamericana, véase VERDUGO (2021).

⁶³ WALDRON (2006).

⁶⁴ Véase, por ejemplo, SOLEY (2017) p. 349.

⁶⁵ Véase, también, GONZÁLEZ (2011); ROA (2019).

un problema propiamente latinoamericano. Es, más bien, un problema de escala global, y asume que las condiciones democráticas están presentes en países que han aceptado formas de constitucionalismo político. No obstante, esta es una posición ingenua que parece idealizar el estatus de la democracia en países como el Reino Unido, pese a la existencia de procesos políticos defectuosos⁶⁶ y problemas importantes de derechos humanos⁶⁷. Otro de los problemas de dicho argumento, es que sobreestima las similitudes que existen dentro de la región e, incluso, arriesga a asumir que existe un modo único de democracia. ¿Por qué necesitamos un proyecto regional común si algunos países son más democráticos que otros? Por último, el ICCLA ignora o rechaza otras teorías justificativas del papel de los jueces, que limitan sus poderes de revisión judicial a la defensa de principios procedimentales de la democracia⁶⁸.

2. Las debilidades del diálogo interamericano

Algunos defensores del ICCLA han argumentado que el mismo permite establecer un diálogo regional donde participan jueces domésticos y de la Corte IDH. Este diálogo sería *vertical* y *horizontal*⁶⁹. El diálogo *vertical* consiste en un desarrollo jurisprudencial nacional que cita o sigue las sentencias de la Corte IDH. El diálogo *horizontal* se refiere a casos en que la Corte IDH utiliza sentencias de jueces domésticos para justificar sus propias decisiones judiciales. Para darle plausibilidad a la existencia de ambos tipos de diálogo, los defensores del ICCLA han citado numerosos ejemplos en que jueces de distinto tipo apoyan la narrativa dialógica. Han enfatizado, por ejemplo, que la Corte IDH sesiona en distintas partes de Latinoamérica⁷⁰, organiza conferencias, cita sentencias de tribunales locales y tribunales locales también citan sentencias de la propia Corte IDH⁷¹.

El diálogo, si es que existe, solamente operaría en el ámbito judicial, esto es, a escala de instituciones que no han sido electas ni poseen *accountability*. Las elecciones populares de los jueces existen, pero son raras, y su naturaleza democrática es controvertida⁷². Aunque es posible sostener, como algunos lo han hecho, que los procesos judiciales pueden ofrecer etapas más democráticas y participativas (los jueces pueden convocar audiencias públicas y organizar

⁶⁶ Véase, por ejemplo, las críticas contra el Brexit en WEALE (2018).

⁶⁷ Véase, por ejemplo, las conocidas (aunque ya viejas) críticas de DWORKIN (1990).

⁶⁸ GARDBAUM (2020).

⁶⁹ Véase un ejemplo importante en FERRER (2017) pp. 322-327.

⁷⁰ VON BOGDANDY (2015b) p. 31.

⁷¹ MAJES *et al.* (2021).

⁷² Véase DRISCOLL & NELSON (2012); DRISCOLL & NELSON (2015); VERDUGO (2019).

mesas redondas entre los actores involucrados, por ejemplo⁷³) los mecanismos participativos existentes se asocian a procesos que poseen sesgos de selección. En ellos suelen participar las partes y aquellas organizaciones sociales con preferencias más intensas respecto de los problemas que se discuten (no son representativas del votante mediano). Ellas no representan un ejercicio genuino de la igualdad política ni es un esfuerzo espontáneo que pueda materializar la libertad política. Además, es difícil medir el impacto de dichos mecanismos. Las respuestas judiciales no pueden reemplazar con igual eficacia al proceso político.

El problema no estaría únicamente relacionado con la posible inexistencia de diálogo, sino, también, con el hecho de que el diálogo posee pobres justificaciones democráticas al no basarse en una actitud respetuosa hacia los procesos político-representativos. Por supuesto, existen formas en que las justificaciones democráticas se vinculen a las virtudes epistémicas y deliberativas que ofrecen los procesos judiciales. No obstante, estas formas son más limitadas que lo que los defensores del diálogo judicial interamericano sugieren.

Otro problema asociado a la defensa del diálogo judicial interamericano consiste en asumir que el mismo posee una dimensión horizontal. La conversación entre los jueces no consiste en un proyecto colectivo donde los jueces domésticos intentan identificar el derecho común de manera espontánea (de abajo hacia arriba), el que después es reconocido por la Corte IDH (la que los considera como iguales, socios de un proyecto común). Por supuesto, es posible argumentar que el diálogo horizontal puede ser valioso en el contexto de la interpretación de derechos humanos porque las interpretaciones alternativas son plausibles⁷⁴. En un contexto de pluralismo constitucional donde se reconoce la legitimidad de más de una respuesta correcta a problemas similares con la justificación de que los derechos humanos deben considerar sensibilidades culturales locales, un diálogo horizontal puede ser relevante. No obstante, este no es el tipo de diálogo que los partidarios del ICCLA defienden, ni el que aparece de los ejemplos que citan. Para que ello fuera posible, la Corte IDH tendría que reconocer las prácticas judiciales locales (incluyendo aquellas que le resultan poco atractivas), ser deferentes con ellas, desarrollar una doctrina o test que permita distinguir espacios de deferencia e, incluso, decidir en ciertos casos que la jurisprudencia local puede prevalecer sobre sentencias previas de la propia Corte IDH. La Corte debería, entonces, adaptar sus propios estándares de derechos humanos y estar abierta a revisar los mismos cuando prácticas locales la invitan a ello⁷⁵. El intercambio entre los jueces debe ser hecho de bue-

⁷³ Véase un ejemplo asociado a Colombia en ROA (2020).

⁷⁴ Véase CELIS (2023).

⁷⁵ Compárese DULITZKY (2015a); CONTESSE (2017a); CAROZZA & GONZÁLEZ (2017).

na fe, basado en principios y no en una competencia por quién posee la autoridad final. El principal problema es que esta aproximación idealizada no es correcta ni viable⁷⁶.

El diálogo que se observa es vertical y tiene lugar de “arriba hacia abajo”. No es horizontal ni de “abajo hacia arriba”⁷⁷. Es cierto que la Corte IDH a veces cita doctrinas judiciales elaboradas por Cortes domésticas. Sin embargo, lo hace de manera selectiva⁷⁸, frecuentemente para confirmar o entregar razones adicionales para justificar interpretaciones que la propia Corte IDH ha estimado correcta en el pasado⁷⁹, o con el fin de educar a la región sobre las prácticas que la propia Corte estima correctas. Las sentencias locales no son *ratio decidendi*. Las decisiones judiciales no producen un impacto significativo en las doctrinas de la Corte IDH⁸⁰. Si ellas no existieran, los argumentos dados por la propia Corte para justificar sus decisiones permanecerían.

Es posible, por supuesto, que los defensores del ICCLA respondan sugiriendo que su proyecto se alinea mejor con la idea de diálogo horizontal de abajo hacia arriba, pero ello sería contradictorio con postulados básicos del propio ICCLA. La doctrina del control de convencionalidad, frecuentemente destacada por los defensores del ICCLA, ha ayudado a la Corte IDH a construir una narrativa donde la supremacía judicial se centraliza en la propia Corte. Los jueces domésticos son, para ella, jueces interamericanos subordinados a las interpretaciones judiciales entregadas por la propia Corte IDH y no verdaderos socios avanzando un proyecto común.

Otra razón que debilita la idea de diálogo judicial interamericano consiste en que la Corte IDH ha mostrado poca deferencia respecto de procesos políticos que reúnan características democráticas. La ausencia de críticas a la Corte IDH por parte de los defensores del ICCLA, y la justificación que varios de ellos han ofrecido respecto de dichas sentencias, hace que la jurisprudencia de la propia Corte hoy pueda formar parte del bloque defendido por el ICCLA. El ejemplo de Gelman puede ser útil para ilustrar este punto. En Gelman, la Corte IDH condenó a Uruguay por violar derechos humanos durante la dictadura y declaró que la ley de amnistía que estaba encaminada a impedir la persecución de los delitos asociados, violaba la Convención⁸¹. Aunque la decisión parece, a primera vista, consistente con la jurisprudencia de la Corte IDH en casos de amnistía, el caso de Uruguay podría haber sido considerado diferente porque

⁷⁶ Compárese HERRERA (2021) pp. 1412-1413; CODDOU (2021) p. 8.

⁷⁷ RODILES (2018).

⁷⁸ DULITZKY (2015a) p. 103.

⁷⁹ Véase DULITZKY (2015b).

⁸⁰ Véase una discusión de la evidencia en GONZALEZ-OCANTOS & SANDHOLTZ (2021).

⁸¹ CORTE IDH (2011) (ser. C) No 221, Gelman v. Uruguay (24 de febrero de 2011).

la ley de amnistía de dicho país gozaba de una legitimidad democrática que no existía en otras jurisdicciones. El argumento de la Corte IDH en el caso de Uruguay implica entender que no existen diferencias significativas entre la ley uruguaya y otras leyes de amnistía que fueron dictadas por aquellos a quienes beneficiaba⁸². La autoamnistía y la amnistía poseen una naturaleza diferente. Mientras la primera puede ser entendida como un condicionamiento unilateral que dictadores han establecido para preservar sus propios intereses en escenarios adversos, la segunda puede, si ella es ampliamente aceptada, ser el resultado de una deliberación robusta encaminada a buscar la reconciliación u otros valores valiosos. En Uruguay, la ley de amnistía fue dictada en un contexto en que las libertades civiles y políticas se ejercían a plenitud, existiendo dos votos populares confirmando dicha ley⁸³. La Corte IDH no solo ignoró estas diferencias, sino que, además, las rechazó argumentando que se trataba de materias formales poco relacionadas con la validez sustantiva de la ley⁸⁴.

Es posible, como ocurre con los argumentos entregados más atrás, que los defensores del ICCLA argumenten que ellos no tienen obligación de estar de acuerdo con la Corte IDH en el caso Gelman. Sin embargo, varios han usado el caso Gelman como evidencia de una convergencia regional en casos de amnistía⁸⁵, mostrando el modo como la Corte IDH puede remover obstáculos a la memoria⁸⁶ o, incluso, como evidencia de que ha existido un diálogo entre la propia Corte y la Corte Suprema de Uruguay⁸⁷. Se trataría, desde luego, no de un diálogo entre iguales, sino que de una conversación más bien vertical. Y esto tiene sentido si volvemos a revisar las bases conceptuales del ICCLA. El ICCLA no es, ni puede ser, un proyecto colectivo que intenta establecer una conversación genuina entre jueces que buscan identificar los estándares comunes en materia de derechos humanos. El ICCLA tampoco puede ser un proyecto que incorpore de manera persuasiva las concepciones procedimentales o deliberativas de la democracia.

3. *El pluralismo constitucional y el margen de apreciación*

Como es sabido, y a diferencia de su par europeo, la Corte IDH no acepta ni ha desarrollado una doctrina del margen de apreciación⁸⁸. Aunque algunos defen-

⁸² Véase, por ejemplo, GARGARELLA (2015).

⁸³ *Op. cit.* p. 117.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ FERRER (2014); VON BOGDANDY (2017) pp. 33, 46; MORALES & SAAVEDRA (2017) p. 266.

⁸⁶ GARCÍA (2017) p. 310.

⁸⁷ PARRA (2017) pp. 370-372.

⁸⁸ BURGORGUE-LARSEN (2017) pp. 406-407; FOLLESDAL (2017) p. 362.

sores del ICCLA han reconocido el valor de tener un estándar de deferencia⁸⁹ e, incluso, algunos han identificado casos específicos donde puede haber habido algún nivel de deferencia⁹⁰, la Corte IDH solo utiliza los mismos de manera excepcional⁹¹ o con el objetivo de confirmar posiciones que la propia Corte IDH ha defendido. Esta posición de la Corte es controvertida en la literatura⁹².

Normalmente, los defensores de la Corte IDH argumentan que la situación de Latinoamérica es diferente a la del Consejo de Europa. En el contexto latinoamericano, la Corte se ha tenido que enfrentar a casos de violaciones sistemáticas a los derechos humanos cometidos por brutales dictaduras. En esos casos, sigue el argumento, la deferencia hacia las autoridades políticas y judiciales se debiera reducir porque no se trata de sistemas políticos funcionando relativamente bien ni justificando sus propias decisiones en procesos democráticos. Tendría sentido, entonces, que algunas sentencias de la Corte no fueran deferentes con gobiernos como los de Alberto Fujimori o Hugo Chávez, por nombrar un par de ejemplos. El problema, es que la Corte no hace la distinción cuando se trata de casos (como el de Gelman) en que ya no es necesario actuar de manera tan asertiva. Una parte de la región ya no está gobernada por dictaduras⁹³, pero eso parece no ser relevante para las doctrinas jurídicas de la Corte IDH.

Un buen número de países latinoamericanos posee indicadores democráticos decentes comparados con los países del Consejo de Europa⁹⁴, y celebran elecciones competitivas bajo procesos electorales razonablemente imparciales en un contexto de incerteza electoral. Hoy, la Corte IDH posee una agenda donde abundan problemas morales comunes en democracias maduras a institucionalizadas, como ocurre con los derechos reproductivos de la mujer, el acceso a los medicamentos y la discriminación contra las minorías de género. No es claro que en Latinoamérica exista una suerte de consenso emergente en este tipo de materias, y la rotación frecuente de presidentes con respuestas diversas a dichas preguntas, sugiere que, al menos en el ámbito político, es difícil establecer una tendencia clara en muchas materias relacionadas con los derechos humanos. Sin perjuicio de ello, la Corte IDH no ha abandonado sus posiciones más robustas y asertivas, frecuentemente dictando sentencias con estándares que pretenden dar una solución definitiva a los problemas citados. La expectativa es que los jueces domésticos sigan dicha jurisprudencia para

⁸⁹ HERRERA (2021) p. 1409.

⁹⁰ CONTRERAS (2014); CONTRERAS (2012).

⁹¹ Véase MORALES & SAAVEDRA (2017) p. 261.

⁹² FOLLESDAL (2017); BERTELSEN (2021).

⁹³ ALTERIO (2018) p. 12.

⁹⁴ FOLLESDAL (2017) p. 369.

consolidar lo que los jueces interamericanos estiman debe ser el derecho regional. En este contexto, el ICCLA no es favorable al pluralismo constitucional.

El ejemplo de los derechos reproductivos de la mujer puede ser útil. Aunque el artículo 4.1 de la Convención protege la vida del no nacido sin resolver con claridad la pregunta sobre cuándo comienza la vida protegida (“[...] en general, a partir del momento de la concepción”), el texto fue escrito de manera cuidadosa para acomodar las posiciones de diferentes Estados que, al momento de ratificar la Convención, poseían desacuerdos significativos en torno a cómo interpretar la misma⁹⁵. Varias posiciones conservadoras que existían en ese momento, hoy siguen siendo políticamente relevantes en varios países de la región. Sin perjuicio de ello, la Corte IDH no perdió oportunidad para resolver la pregunta de manera más contundente en *Artavia-Murillo v. Costa Rica*. En dicha sentencia, la Corte IDH ofreció una perspectiva progresista que es incompatible con varias posiciones provistas⁹⁶, y que es evidencia de la “actitud de arriba hacia abajo” que la Corte IDH tiene en sus relaciones con los Estados que han aceptado su jurisdicción⁹⁷.

En su momento, Costa Rica argumentó que no existía consenso regional en la materia objeto del caso, pero la Corte decidió aproximarse al problema con metodologías asertivas que implicaban un requerimiento similar al de un verdadero test de proporcionalidad⁹⁸ unido a una interpretación evolutiva de la Convención⁹⁹, en circunstancias de que existían diversas opciones interpretativas plausibles¹⁰⁰. Es posible, por supuesto, que partidarios de la sentencia en *Artavia* argumenten que el punto de los derechos humanos es que la protección de estos no debe condicionarse a la voluntad de mayorías contingentes y variables. Esa posición es, por supuesto, atendible, pero ella obedece a una visión filosófica sobre un papel judicial robusto que ha sido ampliamente criticado en la literatura.

Si la doctrina del control de convencionalidad es tomada en serio, el problema se profundiza. En ese caso, la interpretación de la Corte IDH debe ser impuesta no solamente a aquellos Estados que han sido parte del proceso (*i.e.*, Costa Rica), sino que a todos. Es más, los jueces domésticos y los oficiales administrativos de todos los Estados debieran, dentro de su esfera de compe-

⁹⁵ Véase PAÚL (2012).

⁹⁶ CORTE IDH (2012) (ser. C) No 257, *Artavia Murillo et al v. Costa Rica* (28 de noviembre de 2012).

⁹⁷ CAROZZA & GONZÁLEZ (2017) p. 441.

⁹⁸ FOLLESDAL (2017) p. 369.

⁹⁹ PIOVESAN (2017) p. 61.

¹⁰⁰ Compárese PAÚL (2013); BRENA (2014).

tencia, aceptar la posición de la propia Corte IDH. No sería, entonces, relevante si un Estado aprueba una ley con altas condiciones deliberativas, representativas y democráticas. En ese caso, dicha ley sería incompatible con la Convención, sin importar su legitimidad.

Un buen ejemplo del modo como lo anterior podría operar se relaciona con el marco constitucional chileno. Chile ha sido históricamente hostil al reconocimiento del aborto, el que no es considerado un derecho fundamental. La expresidenta Michelle Bachelet propuso y logró aprobar una ley hace pocos años, donde se permite el aborto en tres circunstancias acotadas. Comparada con las legislaciones de otros países, dicha ley puede ser considerada como conservadora, pero, desde la perspectiva feminista, la misma fue considerada un avance significativo en el contexto chileno. Hace no pocos años antes, el Tribunal Constitucional había declarado la inconstitucionalidad de la “píldora del día después” en un caso que no estuvo exento de controversias, y que se inscribía en un contexto donde el litigio estratégico ya formaba parte de los métodos disponibles para los movimientos sociales relacionados¹⁰¹. El mismo Tribunal Constitucional decidió no declarar la inconstitucionalidad del proyecto de ley presentado por la expresidenta Michelle Bachelet¹⁰², luego de escuchar argumentos de todas las partes, de un extenso debate legislativo, y de celebrar audiencias públicas donde se escuchó a un número importante de líderes sociales y representantes de movimientos relacionados. La propia expresidenta había argumentado a favor de la ley que había promovido durante su campaña presidencial antes de ser electa para servir como Jefe de Estado en una segunda oportunidad, y hoy parece difícil que la derecha intente deshacer el cambio introducido por dicha ley¹⁰³. Sin perjuicio de lo anterior, si uno puede mostrar que los argumentos de Artavia debieran llevar a un reconocimiento más expansivo del derecho a abortar, la ley de Michelle Bachelet podría ser considerada como incompatible con la Convención. Esta interpretación sería, desde luego, controvertida (el caso Artavia se limitaba a la discusión sobre los embriones), pero es plausible si se consideran las razones que la Corte IDH entregó relativas al estatus del no nacido y a los derechos de la mujer. Algún juez doméstico en Chile que acepte dicha interpretación de Artavia, podría declarar que la ley de Michelle Bachelet es contraria a la Convención o, al menos, requerir de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional para que pueda declarar que la ley de Michelle Bachelet no debiera aplicarse en casos

¹⁰¹ MUÑOZ (2014).

¹⁰² La polémica se centró en el modo cómo el tribunal expandió la objeción de conciencia del cuerpo médico hacia las instituciones respectivas. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2017), 3729-2007, 28 de agosto de 2017.

¹⁰³ On the politics of the approval process of the bill, véase ESCOFFIER & VIVALDI (2023).

concretos. Si se sigue la doctrina de la Corte IDH, esta forma de aproximarse al problema no sería problemática y el estatus democrático de la ley Bachelet sería irrelevante para el resultado final del caso. Es más, bajo ciertas concepciones, el juez podría actuar de oficio e, incluso, tener la obligación de actuar.

Otro ejemplo que podría citarse es la opinión consultiva que la Corte IDH emitió relativa a la pregunta sobre el matrimonio igualitario. Para la Corte, los Estados deben reconocer el matrimonio para las personas del mismo sexo¹⁰⁴. Esta sentencia es más asertiva que la decisión reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que estableció en *Fedotova* la obligación de los Estados del Consejo de Europa de reconocer un sistema de reconocimiento legal para las parejas del mismo sexo, defiriendo a los Estados si establecen un sistema basado en el matrimonio, uno basado en las uniones civiles, u otro¹⁰⁵. En el caso de la opinión consultiva de la Corte IDH, Eduardo Vio redactó un voto disidente donde explicó que el voto de mayoría reconoció que seis de los veintitrés Estados ha aprobado el matrimonio igualitario, pero que no lo consideró relevante para el estándar interamericano que la opinión aspiraba a fijar¹⁰⁶. Si el caso *Fedotova* ha generado preocupaciones sobre la legitimidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰⁷, en circunstancias que posee un estándar más bajo que el interamericano, es de esperar que preocupaciones similares puedan ser más agudas tratándose de la legitimidad de la Corte IDH.

La Corte IDH habita en una región donde el pluralismo que se observa en los distintos Estados parece inconsistente con la narrativa del ICCLA de aspirar a avanzar en un consenso regional. Los defensores del ICCLA debieran rechazar el pluralismo constitucional si su agenda es genuina. La búsqueda del consentimiento de los Estados ha sido frecuentemente ignorada en favor de la búsqueda de una homogeneidad regional¹⁰⁸, un hecho que ha sido reconocido por defensores del ICCLA¹⁰⁹.

4. *¿Una divergencia inevitable?*

Si bien la Corte IDH ha intervenido en muchos casos para intentar establecer un estándar regional, la implementación de dichos estándares puede tener lugar

¹⁰⁴ CORTE IDH (2018) (ser A) Opinión consultiva 24/17 (9 de enero de 2018).

¹⁰⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (GRAND CHAMBER) (2023), *Fedotova and others v. Russia*, app. No 40792/10, 30538/14, 43439/14

¹⁰⁶ CONTESSE (2021) p. 1256. Ello es sin perjuicio, por supuesto, de que luego algunos Estados anunciaran la implementación de la opinión consultiva en sus respectivos sistemas jurídico. Véase CONTESSE (2024).

¹⁰⁷ PALAZZO (2023).

¹⁰⁸ RODILES (2018). Los argumentos siguen parcialmente las razones de FRISHMAN & BENVENISTI (2016).

¹⁰⁹ Véase, por ejemplo, SAGÜÉS (2010) p. 119.

de diversos modos, el mismo puede ser desobedecido, ignorado o contrastado con aplicaciones contradictorias. Frente a estas limitaciones, los partidarios del ICCLA podrían argumentar que las diferencias interpretativas de las normas comunes no son un obstáculo al desarrollo del *ius commune*. Sin embargo, en ocasiones la pregunta no será sobre la diversa aplicación de estándares, sino sobre la existencia misma de una posibilidad de aplicación unitaria. Como sucede frecuentemente con la implementación de derechos sociales, el cumplimiento de los derechos requiere de la adopción de regulaciones, presupuesto e infraestructura, en circunstancias que los jueces interamericanos y locales pueden no poseer las herramientas y autoridad necesarias para evaluar dichas regulaciones de manera apropiada. A veces, tampoco tendrán la oportunidad de evaluarlas, o su evaluación estará condicionada a circunstancias locales.

Un buen ejemplo es el caso Baena Ricardo, el que es citado por defensores del ICCLA como ilustración de la protección judicial de derechos sociales¹¹⁰ o como evidencia de la obediencia y cooperación de los Estados respecto de los estándares fijados por la Corte IDH¹¹¹. Se trata de un caso evaluado positivamente por los defensores del ICCLA. En dicho caso, la asamblea legislativa de Panamá había dictado una ley para remover a funcionarios públicos luego de protestas contra el gobierno y la existencia de un golpe fallido. Muchos funcionarios habían sido acusados de participar en dichas actividades. La ley le daba al Poder Ejecutivo la facultad de determinar los tipos de acciones antidemocráticas que merecían tal castigo. La Corte IDH estableció que la ley violaba los principios de legalidad y debido proceso, y creó un estándar relevante para el derecho laboral y administrativo: es posible remover a un funcionario público como forma de sanción, siempre y cuando el proceso siga los requerimientos del Estado de derecho y que al funcionario se le garantice el debido proceso y las garantías apropiadas¹¹². Años después de la sentencia del caso Baena Ricardo, Luis Eugenio García-Huidobro y Sebastián Guidi revisaron el modo cómo la misma fue implementada en México, Argentina y Chile. Mostraron que, luego de veinte años, la sentencia había fracasado, en parte, debido a que los objetivos transformadores de la misma se habían visto afectados por respuestas institucionales adversas que ignoraron el estándar o lo aplicaron de manera controvertida¹¹³. El problema no estaba necesariamente asociado a la judicatura local, en tanto los casos requerían de regulaciones administrativas y legislativas. En Argentina, el problema se asoció a la ausencia de inten-

¹¹⁰ PIOVESAN (2017) p. 60.

¹¹¹ BURGORGUE-LARSEN (2017) p. 396.

¹¹² CORTE IDH (2001a) (ser. C) No. 72, Baena Ricardo *et al.* v. Panamá (2 de febrero de 2001).

¹¹³ GARCÍA-HUIDOBRO & GUIDI (2021).

tos serios por implementar regulaciones nuevas¹¹⁴. En Chile, la Corte Suprema resistió el estándar de Baena Ricardo y los funcionarios públicos continúan sometidos a un sistema laboral precario¹¹⁵. En México, los funcionarios públicos han permanecido vulnerables frente a las políticas populistas de la administración de Andrés Manuel López Obrador¹¹⁶.

Incluso, si algunos jueces domésticos en dichos países intentaran garantizar el estándar de Baena Ricardo, la ausencia de regulaciones apropiadas haría difícil (sino imposible) que la interpretación de la Corte IDH fuera compartida y aplicada de un modo generalizado. Este no es un problema menor para el ICCLA debido a que los derechos de los trabajadores y otros derechos sociales se encuentran en el centro de las demandas igualitarias que los defensores del ICCLA pretenden elevar al estatus de derecho común. Afectar la *potencialidad* del ICCLA en esta materia puede ser un golpe importante a los objetivos del mismo.

Es posible que los defensores del ICCLA argumenten que es necesario que los jueces se empoderen todavía más, no siendo suficientes las doctrinas defendidas. Ello implicaría, sin embargo, agudizar el costo democrático de la judicialización de la política. También es posible que los defensores del ICCLA concedan el punto, pero argumenten que Baena Ricardo es una excepción. Podrían sostener que se trata de un caso negativo que no alcanza a demostrar en contrariolahipótesis general del ICCLA en lo relativo a la *potencia* de los sistemas jurídicos domésticos de sumarse al proyecto de construir un derecho interamericano común. No obstante, aunque un punto metodológico como este puede tener cierto asidero, y como quedará claro en las secciones siguientes, el número de casos asociados a derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte IDH es demasiado pequeño, su contenido demasiado controvertido, y sus decisiones muy recientes como para ofrecer un diagnóstico completo sobre la protección judicial de los derechos sociales de la Convención. Esta limitación metodológica puede afectar los argumentos de los defensores y de los críticos del ICCLA.

III. ¿HACIA UNA IDEA DE CONSTITUCIONALISMO ALTERNATIVA?

Respondiendo a las objeciones explicadas en las secciones precedentes, los defensores del ICCLA podrían sostener que su proyecto no es sobre la exis-

¹¹⁴ GARCÍA-HUIDOBRO & GUIDI (2021) p. 1308.

¹¹⁵ *Op. cit.* pp. 1310-1312.

¹¹⁶ *Op. cit.* pp. 1314-1315.

tencia presente de estándares comunes, sino que sobre el potencial que la región posee para alcanzarlos¹¹⁷. Incluso, si después de veinte años no existe un camino claro para la implementación de sentencias regionales como la asociada al caso de Baena Ricardo, la plausibilidad del ICCLA podría salvarse argumentando que hay múltiples oportunidades para que el litigio estratégico pueda estimular la adopción (y judicialización) de las reformas apropiadas para proteger los derechos de la Convención en el ámbito doméstico.

No obstante, el ICCLA promueve las medidas equivocadas. La apertura formal de los marcos constitucionales locales podría volverse irrelevante si el foco en los derechos ignora la pregunta institucional necesaria para avanzar en el desarrollo de políticas públicas locales. Cualquier idea de constitucionalismo que aspire a desarrollar reformas sociales debería reconocer un papel modesto para las Cortes. El foco fuera del sistema judicial y regional se vuelve necesario.

Para enfrentar este problema, los defensores del ICCLA deben resolver un difícil dilema. Si aceptan el desafío y comienzan a promover un enfoque centrado en las políticas públicas y los incentivos institucionales, la Corte IDH y otros órganos regionales podrían volverse irrelevantes o intervenir los procesos políticos de manera demasiado agresiva. Esta última alternativa haría crecer la objeción democrática contra el sistema interamericano de derechos humanos. Por el contrario, si los defensores del ICCLA deciden continuar con lo que han promovido hasta ahora, entonces se encontrarían con la dificultad de alcanzar sus objetivos. Tal vez es mejor que moderen sus concepciones acerca de la justicia constitucional y reduzcan la ambición de su programa, incluso al punto de desarrollar una teoría de la deferencia consistente con la doctrina del margen de apreciación.

En las secciones siguientes, mostraré que los problemas del ICCLA no finalizan acá. Al evitar entrar a discutir el fondo de las preguntas institucionales, democráticas y de capacidad estatal presentes en casos como Baena Ricardo y Gelman, el ICCLA también amenaza con debilitar sus propósitos igualitarios al desincentivar y quitarle visibilidad al desarrollo de concepciones rivales que puedan dar una respuesta política más efectiva a dichos objetivos.

1. ¿Cómo puede el ICCLA debilitar sus propios objetivos?

Los defensores del ICCLA han rechazado los proyectos autoritarios de la región y los sistemas hiperpresidenciales que abundan en ella. Al mismo tiempo, han argumentado que las acciones judiciales deben ir acompañadas de

¹¹⁷ Véase *supra* nota 9.

políticas públicas adecuadas y que las instituciones independientes representan un papel valioso en un sistema basado en la separación de poderes. Por ejemplo, uno de sus líderes intelectuales ilustra estas ideas enfatizando la importancia de las instituciones electorales independientes¹¹⁸. La Corte IDH también ha abordado algunos problemas relacionados, aunque ellos no representan la mayoría de sus casos. Un ejemplo importante es la opinión consultiva relativa a la regulación de la reelección presidencial¹¹⁹. Este problema es relevante porque varios populistas en la región han manipulado las reglas a su favor. Ejemplos incluyen a Nayib Bukele en El Salvador, Hugo Chávez en Venezuela, Rafael Correa en Ecuador y Evo Morales en Bolivia. En sistemas hiperpresidenciales, el problema de la reelección presidencial puede terminar erosionando la competitividad del sistema democrático y acercar el sistema político a un régimen de partido dominante o autoritario. Los defensores del ICCLA hacen bien en celebrar este tipo de decisiones y reclamar para sí la idea de un derecho común en torno a las reglas de reelección presidencial¹²⁰.

No obstante, las preguntas sobre derechos humanos que la Corte IDH conoce, no suelen responder de manera tan directa las preguntas del diseño del sistema democrático. La agenda de la Corte, altamente condicionada por el papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, está más dominada por cuestiones sobre reparaciones frente a violaciones de derechos humanos, leyes de amnistía, libertad de expresión, derechos indígenas, cambio climático y derechos de las mujeres. Esto no debiera sorprendernos. Parece natural que jueces especializados en *derechos humanos* conozcan casos como esos, en que las preguntas sustantivas sobre los resultados de los procesos políticos se vuelvan más importantes que las preguntas procedimentales asociadas. Como ocurrió en Gelman, lo relevante era la similitud que los efectos de la ley de amnistía en Uruguay tenían en relación con otras leyes como la peruana. Las consideraciones sobre la profundidad e inclusividad de los debates, la calidad de la deliberación, la existencia de procesos electorales y representativos que respondieran a las preferencias de votantes libres e informados, pasaban todas a un segundo orden de consideraciones. No importaba, entonces, que la amnistía en Perú haya sido autoimpuesta y que la amnistía en Uruguay fuera el resultado de un proceso que merecía más análisis. Todo ello era secundario frente a las consideraciones sustantivas sobre el resultado del proceso político.

En las siguientes secciones, desarrollaremos dos ejemplos que ilustran el modo cómo influyentes defensores del ICCLA han desarrollado argumentos que quitan atención a las preguntas relativas a los estándares democráticos

¹¹⁸ VON BOGDANDY (2015b) p. 22; VON BOGDANDY (2015a) p. 112.

¹¹⁹ CORTE IDH (2021): Opinión consultiva OC-28/21, 7 de junio de 2021.

¹²⁰ Véase, por ejemplo, BINDER & MORALES (2021).

para enfocarse en sus propias agendas progresistas, ignorando e, incluso, debilitando preguntas importantes sobre la eficacia de los procesos políticos para satisfacer los derechos sociales.

Alguien podría contraargumentar que esta dimensión del problema es menos relevante de lo que debiera ser, en tanto la Convención solo establece una protección modesta (al menos en el texto) de los derechos sociales. Aunque esta posible crítica es razonable (el texto es, efectivamente, modesto), una refutación de este tipo sería contradictoria con los objetivos perseguidos por los defensores del ICCLA.

2. *Un problema de sesgo en la selección*

Uno de los líderes intelectuales del ICCLA ha propuesto utilizar las constituciones de Ecuador y Bolivia como ejemplos de países que han establecido cláusulas de apertura constitucional¹²¹. En dichas Constituciones, la idea es que el derecho regional de los derechos humanos pueda tener un estatus especial dentro de los marcos jurídicos domésticos, pese a que ambas Constituciones formaron parte de los proyectos de erosión democrática, plebiscitarios e hiperpresidencialistas que el ICCLA explícitamente rechaza¹²². Los proyectos constitucionales de Bolivia y Ecuador han debilitado la independencia judicial y de instituciones del cuarto poder¹²³, e intentando establecer un régimen de partido dominante¹²⁴. En el caso de Ecuador, el reconocimiento de derechos humanos fue, en parte, el resultado de un “soborno” político por el cual el régimen de Rafael Correa reconoció derechos a cambio de consolidar un sistema institucional favorable a sus intereses¹²⁵. El objetivo no era genuinamente el respeto por los derechos fundamentales, sino que legitimar los planes populistas de Rafael Correa, al mismo tiempo que debilitaba a la oposición política¹²⁶.

El problema de la selección de ejemplos como el boliviano y el ecuatoriano son ilustrativos del modo cómo el ICCLA ha intentado ofrecer espacios de encuentro identificando un derecho común de forma selectiva. Elegir aquellas normas que, al menos en apariencia, permiten dar evidencia de una supuesta “apertura” constitucional al bloque regional de derechos humanos, implica ig-

¹²¹ VON BOGDANDY (2015b) pp. 28-29; VON BOGDANDY (2017) p. 41. Compárese con VON BOGDANDY, FERRER, MORALES, PIOVESAN & SOLEY (2017) pp. 18-20.

¹²² Compárese VON BOGDANDY (2015b) p. 20; VALADES (2017).

¹²³ VON BOGDANDY (2015b) p. 22.

¹²⁴ Véase CONAGHAN (2011); CONAGHAN (2016); MENDOZA-BOTELHO (2016); WOLFF (2012); LANDAU (2013b).

¹²⁵ DIXON (2018).

¹²⁶ Véase, por ejemplo, VENEGAS y HERNÁNDEZ (2019).

norar los aspectos institucionales que debilitan el respeto a los derechos políticos al reducir los espacios de la democracia, darles menos visibilidad a las alternativas electorales y dañar a la oposición. Ello no solamente daña la credibilidad del ICCLA como proyecto normativo, sino que, también, debilita sus aspiraciones liberales. Focalizarse en los derechos a expensas de discutir los modelos de instituciones independientes o de representantes políticos, tiene el riesgo de dejar de observar los aspectos más esenciales para la materialización de reformas sociales efectivas.

En el caso de Bolivia, la Constitución fue dictada durante un proceso violento y complejo que buscaba perpetuar el proyecto político de Evo Morales luego de haber dismantelado el sistema constitucional previo, incluyendo ataques contra los jueces constitucionales de la época¹²⁷. El nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional ha tenido problemas importantes debido los procesos electorales utilizados para elegir a los jueces, su mermada independencia¹²⁸, y el desarrollo de una narrativa de derechos humanos que utilizó la Convención Americana para remover los límites a la reelección de Evo Morales¹²⁹, contrariando la voluntad mayoritaria de aquellos que rechazaron la reforma constitucional encaminada a permitir una nueva reelección. Como ocurrió con el caso de Ecuador, en el caso de Bolivia la cita selectiva de las normas de la Constitución boliviana que permitieron mostrar evidencia de la “apertura” constitucional de dicho país, ignoró la agenda de erosión democrática que la acompañaba. Por centrarse en las reglas de derechos humanos, se dejó de lado el análisis de los arreglos institucionales que debilitaban la competitividad de la democracia boliviana. De este modo, el ICCLA no logra escapar de la ya famosa crítica de Roberto Gargarella, relativa a que el constitucionalismo latinoamericano ha prestado demasiada atención a los catálogos de derechos y poca a lo que él denomina “la sala de máquinas” del constitucionalismo¹³⁰.

3. Una aproximación progresista insuficiente

Otro ejemplo se enfoca en el proceso constituyente fallido que tuvo lugar en Chile el año 2022. Una editorial reciente utiliza la propuesta de dicho año como un ejemplo de un proyecto progresista generoso en el reconocimiento de derechos, en particular, de derechos sociales. La editorial argumentó que la propuesta fue construida con la convicción de que hay que vencer las profundas inequi-

¹²⁷ Véase CASTAGNOLA & PÉREZ-LIÑÁN (2011); VERDUGO (2019).

¹²⁸ DRISCOLL & NELSON (2012); DRISCOLL & NELSON (2015).

¹²⁹ VERDUGO (2019); LANDAU & DIXON (2020).

¹³⁰ GARGARELLA (2017) p. 233.

dades, y buscando que Chile se alinee con la agenda del constitucionalismo transformador latinoamericano¹³¹.

Al hacer dicho argumento, la editorial no se refirió al modo cómo la propuesta buscaba fortalecer también el sistema presidencial de gobierno (que el ICCLA suele evaluar negativamente), ni mencionó el modo cómo el proceso constituyente fue instrumentalizado para eludir la necesidad de dar una respuesta institucional eficaz a las demandas por reformas sociales. En lugar de negociar y aprobar aquellas reformas, los partidos decidieron abrir un proceso constituyente como mecanismo para reconocer derechos sociales mientras se posponía el problema del diseño, aprobación y financiamiento de políticas públicas genuinas para el futuro¹³², acercando el proceso constituyente chileno a la controvertida idea de “utopía constitucional”¹³³. En este contexto, celebrar la propuesta constitucional chilena parece ser contraproducente con los objetivos del ICCLA.

Es posible identificar buenas razones para explicar la apertura del proceso constituyente chileno, pese a su fracaso. El mismo tal vez ayudó a evitar una crisis mayor, hizo que las demandas de las protestas de octubre de 2019 tuvieran un foro institucionalizado para el desarrollo de un debate político, y los objetivos iniciales del proceso se alejaban del constitucionalismo autoritario que ha existido en la región¹³⁴. Sin embargo, los problemas sistémicos de inercia legislativa en el proceso político chileno, los que explicaban la ausencia de reformas sociales relevantes, difícilmente se debían a defectos en el texto constitucional entonces vigente¹³⁵. El problema se asociaba más a la negativa combinación de una serie de arreglos institucionales incluyendo un régimen presidencialista, un sistema multipartidista fragmentado, un sistema electoral proporcional para elegir al Congreso, la existencia de periodos presidenciales breves sin la posibilidad de reelección, y un calendario electoral que desincentiva la formación de coaliciones de gobierno de largo plazo (en cambio, estimula los pactos electorales de corto plazo). Estas reglas, funcionando de manera simultánea, estimulaban los vetos recíprocos y generaban un serio problema de acción colectiva en el proceso político. Es cierto que algunos académicos criticaban el lenguaje constitucional relativo a los derechos constitucionales¹³⁶, sumado a la actividad del Tribunal Constitucional¹³⁷ y a las supermayorías requeridas para modificar la

¹³¹ VON BOGDANDY (2023).

¹³² CHILTON, EYZAGUIRRE & VERSTEEG (2023).

¹³³ LANDAU & DIXON (2024); LANDAU & DIXON (2023).

¹³⁴ Sobre los objetivos del proceso, véase VERDUGO & PRIETO (2021).

¹³⁵ Véase DIXON y VERDUGO (2021).

¹³⁶ Véase, por ejemplo, ARENAS (2021).

¹³⁷ ATRIA (2013); ATRIA, SALGADO y WILENMANN (2017).

Constitución. No obstante, estas explicaciones eran más bien de orden secundaria comparadas con los serios problemas que el régimen político tenía.

Desafortunadamente, la propuesta constitucional era débil en todas estas áreas. Pese a los elogios de la editorial al celebrar la supuesta inclusividad de un proceso constituyente que habría atraído “energía popular genuina” con una “legitimidad democrática sólida” que es capaz de mostrar que la “revolución de los derechos está viva”¹³⁸, lo cierto es que la fracasada propuesta constitucional del año 2022 ofrecía pocas soluciones a los problemas experimentados por la “sala de máquinas” del orden constitucional chileno. Por el contrario, ella ofreció un ambicioso catálogo de derechos, incluyó cláusulas de apertura que permitirían incorporar al marco constitucional el derecho regional de los derechos humanos, y avanzó un proyecto político apoyado por intelectuales impresionados por la naturaleza progresista de los derechos¹³⁹ y la necesidad de dejar atrás un marco constitucional que estimaban ilegítimo¹⁴⁰. La editorial solo criticó la insuficiencia de los mecanismos jurisdiccionales para hacer efectivos los derechos sociales (buscando agravar el problema). En realidad, la propuesta no ofrecía un modelo de gobernanza para el país, no aseguraba un proceso político sensible a las demandas de la ciudadanía, no incluía incentivos para la colaboración de partidos rivales, no fortalecía el sistema de partidos ni reducía su fragmentación, ni corregía el presidencialismo. En cierto modo, la propuesta agudizaba los problemas al desconfiar del legislador democrático estableciendo una Constitución más detallada que la actual, comprometida ideológicamente, y con un exceso de mandatos que reducían los espacios para la deliberación democrática.

Lo anterior presenta una paradoja aparente: si los defensores del ICCLA se enfocan en los derechos sociales de modo directo, no estarán resolviendo los problemas del proceso político que impiden la aprobación e implementación de las reformas sociales necesarias para satisfacer los derechos. Sin embargo, si la prioridad es atacar la causa del problema (los incentivos institucionales, etc.), entonces no podrán desarrollar un programa explícito de derechos humanos similar a lo que la narrativa político-judicial asociada al ICCLA ha promovido estos últimos años. Una forma de resolver esta aparente paradoja, es que los defensores del ICCLA decidan adoptar ambas estrategias. No obstante, parece poco probable que lo hagan porque, lo ilustra el ejemplo de la editorial, el pro-

¹³⁸ VON BOGDANDY (2023). Armin von Bogdandy es consciente de que excluir a la derecha de la asamblea era un error. Sin perjuicio de ello, el problema era más profundo y se relacionaba con la elusión del sistema de partidos. Por lo demás, esta circunstancia no afectó el elogio que el autor hizo de la propuesta.

¹³⁹ Véase, por ejemplo, BHATIA (2022); VON BOGDANDY (2023).

¹⁴⁰ Véase, por ejemplo, GARGARELLA (2022a).

blema principal es que poner a los derechos y a la Corte IDH en el centro del análisis hace que las dimensiones políticas del problema no reciban atención suficiente, al punto de debilitar o ignorar las maneras más efectivas de avanzar en las reformas sociales que la ciudadanía demanda.

4. Los problemas de la garantía judicial de los derechos sociales

El ICCLA ofrece un camino ambicioso e incremental que considera a los jueces de la región trabajando en un proyecto político común¹⁴¹. Las secciones precedentes han identificado y analizado las razones que nos deben llevar a oponernos al mismo o, al menos, a restringirlo o modificarlo. En esta sección, argumentaré que un foco excesivo en la judicialización de los derechos sociales puede generar un problema de legitimidad con limitadas posibilidades de éxito.

Como los ejemplos de Ecuador (derechos como sobornos) y Chile (constituciones como utopía) sugieren, el reconocimiento de los derechos sociales ha sido instrumental a agendas no necesariamente democráticas ni genuinamente preocupadas por establecer un programa serio que garantice la satisfacción de dichos derechos. Diseñar un sistema político más sensible a las demandas sociales y eficaz en el procesamiento de estas y en la creación de políticas públicas políticamente sostenibles y económicamente plausibles, debe ser prioritario. La discusión sobre el poder de los jueces puede ser útil al respecto¹⁴², pero es insuficiente. Insistir en una versión del constitucionalismo que enfatiza la existencia de obligaciones legales protegidas judicialmente ha significado prestar menos atención a los aspectos que debieran ser prioritarios. El constitucionalismo no se acaba en el estudio de las Cortes. Y tampoco debe comenzar con el mismo. En parte, lo anterior se refuerza debido a dos motivos que cuestionan la capacidad de la justicia constitucional, en general, y del sistema interamericano de derechos humanos, en particular, de avanzar en la satisfacción de los derechos sociales:

Primero, la garantía judicial de los derechos sociales ha sido controvertida en su dimensión normativa, y este debate está también presente al interior de la Corte IDH. Ello se debe, en parte, a que la interpretación del artículo 26 de la Convención es elusiva, controvertida, y poco clara. Jorge Contesse ha mostrado el modo como opiniones concurrentes de algunos magistrados reclamando contra un posible empoderamiento inapropiado de la Corte IDH, ha debi-

¹⁴¹ La idea se puede conectar con el trabajo clásico de EPP (1998).

¹⁴² Véase, por ejemplo, DIXON (2017); DIXON (2022).

litado la autoridad de la propia Corte y del sistema interamericano¹⁴³. La entrada de nuevos jueces a la Corte IDH, y algunos casos recientes, han hecho que el desarrollo futuro de la jurisprudencia asociada a los derechos sociales sea menos predecible¹⁴⁴. Para que la Corte IDH pueda operar con una relativa eficacia en la materia, necesita adoptar un nivel creciente de consenso judicial en torno a la aplicación y posibilidades del artículo 26.

Segundo, y tal vez más importante, la evidencia sugiere que la eficacia asociada a la satisfacción de los derechos sociales no está necesariamente conectada con su reconocimiento constitucional ni con su judicialización¹⁴⁵. Un ejemplo importante en Latinoamérica es el caso colombiano, que varios utilizan como modelo a seguir debido a lo asertiva que ha sido su Corte Constitucional, en especial en el modo cómo ha expandido sus poderes a través del conocimiento de las *tutelas*. Sin embargo, en Colombia la evidencia de progreso conseguida a través del litigio es mixta¹⁴⁶. Es más, es posible que la judicialización de los derechos pueda ser económicamente regresiva (en el sentido de beneficiar a aquellos que poseen más recursos), en tanto la evidencia sugiere que las clases medias y altas tienen más acceso a los canales judiciales que aquellos correspondientes a las clases económicas más vulnerables¹⁴⁷. Esto tiene sentido, en tanto el uso del sistema judicial requiere de recursos, tiempo e información que las élites están en mejores condiciones de poseer. Asimismo, las redes de contacto pueden beneficiar desproporcionadamente a las clases más poderosas. No podemos asumir que los sistemas judiciales beneficiarán a los grupos más marginados de manera espontánea. Si el objetivo es promover un acceso igualitario a los derechos sociales, y se utiliza la judicialización como herramienta para lo anterior, los partidarios de la garantía judicial de los derechos sociales tendrán motivos para sugerir reformas judiciales que estimulen y apoyen el acceso a la justicia de grupos desventajados. De este modo, algunos académicos han intentado buscar formas de reducir los costos de entrada al sistema judicial¹⁴⁸, recomendando el uso de acciones colectivas, y empoderando a las Cortes para que puedan resolver los problemas a que se enfrentan con facultades extraordinarias que pueden intervenir de manera estructural en las políticas públicas

¹⁴³ CONTESSE (2021) pp. 1257-1258. Los “vientos” contrarios a los derechos sociales judicialmente garantizados han sido explicados por RECA (2024) pp. 38-40.

¹⁴⁴ La Corte IDH parece tomar una “ruta desconocida”. RECA (2024) pp. 41-42.

¹⁴⁵ Por ejemplo, los países que reconocen el derecho a la salud y a la educación no necesariamente incrementan su gasto público en dichas áreas. BEN-BASSAT & DAHAN (2008); CHILTON & VERSTEEG (2017).

¹⁴⁶ Compárese UPRIMNY y DURÁN (2014); CHILTON & VERSTEEG (2020).

¹⁴⁷ Véase una discusión de la evidencia en Brasil en HOFFMAN & BENTES (2008); FERRAZ (2011); BRINKS & GAURI (2014).

¹⁴⁸ Véase, por ejemplo, ROA (2020).

relacionadas¹⁴⁹. En este contexto, también tiene sentido que los defensores del ICCLA estimulen formas de litigio estratégico. Aunque la mayoría de este tipo de propuestas carece de un respaldo contundente en la evidencia que pueda darle plausibilidad a la eficacia de los mecanismos propuestos (la evidencia suele venir de Colombia y Brasil, y es, en general, mixta), existen robustas razones normativas para rechazar este tipo de mecanismos. En efecto, los mismos pueden elevar las críticas democráticas contra el ICCLA y crear otros problemas de *accountability*, que reducen el impacto de los procesos electorales y afectan los derechos políticos de los ciudadanos. Sugerir el uso de mecanismos con poca evidencia y fuertes razones normativas en contra, no parece una buena forma de dirigir el debate, en especial si todavía no hemos explorado suficientemente las posibles correcciones que podrían hacerse al sistema político.

CONCLUSIONES

En Latinoamérica se pueden encontrar muchas versiones del constitucionalismo. Pese a la diversidad existente en la región, el ICCLA parece crecer en influencia entre jueces y académicos. En parte, su atractivo se vincula a una conexión con principios liberales y democráticos que suelen presentarse como moderados y razonables, al menos comparados con las versiones autoritarias del constitucionalismo que han existido en la región. Sin embargo, las críticas que el ICCLA ha recibido deben ser tomadas en serio. Si el programa del ICCLA se ejecuta, la judicialización de la política es inevitable, se reduce el espacio para el pluralismo constitucional y se rechazan o debilitan ideas alternativas persuasivas, como la versión procedimental de la democracia y del papel de los jueces en el sistema político.

En este ensayo, también he argumentado que algunos defensores del ICCLA han promovido un programa que resta atención y debilita la conversación sobre los medios más efectivos para acordar e implementar reformas sociales relevantes. Los mecanismos del ICCLA y sus énfasis en los actores judiciales también podría hacer menos probable para el ICCLA alcanzar sus propios objetivos. Elegir la judicialización de la política como mecanismo central para alcanzar objetivos igualitarios puede reducir al constitucionalismo democrático a una versión excesivamente legalista y judicialista, generando un problema de *accountability* y estableciendo costos adicionales a la búsqueda de soluciones potencialmente más efectivas para satisfacer las demandas sociales asociadas a los derechos humanos.

¹⁴⁹ Véase, por ejemplo, LANDAU (2012).

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR RIVERAT, Jose Antonio (2013): "Multiculturalism and Constitutionalism in Latin America", *Notre Dame Journal of International & Comparative Law* vol. 4: pp. 19-44.
- ALDUNATE, Eduardo (2010): "Aproximación conceptual al neoconstitucionalismo", *Revista de Derecho (Valdivia)* vol. XXIII n.º 1: pp. 79-102.
- ALTERIO, Ana Micaela (2018): "El Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum y los desafíos de la judicialización de la política", *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas* vol. 20 n.º 1.
- ALTERIO, Ana Micaela (2019): "La Suprema Corte de Justicia mexicana en la transformación social", en Niembro, Roberto y Verdugo, Sergio, *La justicia constitucional en tiempos de cambio* (Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación).
- ALTERIO, Ana Micaela & POU GIMÉNEZ, Francisca (2018): "Book Review: Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune", *Verfassung in Recht Und Übersee* vol. 51 Issue 1.
- ALTERIO, Ana Micaela y NIEMBRO ORTEGA, Roberto (eds.) (2013): *Constitucionalismo popular en Latinoamérica* (Editorial Porrúa).
- ARENAS CATALÁN, Eduardo (2021): "Chile's New Constitution: What Right to Health?", *Hague Journal on the Rule of Law* vol. 13.
- ATRIA, Fernando (2013): *La Constitución tramposa* (Santiago, LOM Ediciones).
- ATRIA, Fernando (2016): *La forma del derecho* (Santiago, Marcial Pons).
- ATRIA, Fernando; SALGADO, Constanza y WILENMANN, Javier (2017): *Constitución y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional* (Santiago, LOM Ediciones).
- BARROS, Robert (2002): *Constitutionalism and Dictatorship: Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution* (New York, Cambridge University Press, Cambridge Studies in the Theory of Democracy).
- BARROSO, Luís Roberto (2016): "Reason Without Vote: The Representative and Majoritarian Function of Constitutional Courts", in Bustamante, Thomas and Gonçalves Fernandes, Bernardo (eds.), *Democratizing Constitutional Law* (Springer International Publishing).
- BASSA MERCADO, Jaime & ASTE LEIVA, Bruno (2015): "Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile", *Revista Chilena de Derecho* vol. 42 n.º 1: pp. 215-244.
- BELLAMY, Richard (2008): "The Democratic Constitution: Why Europeans Should Avoid American Style Constitutional Judicial Review", *European Political Science* vol. 7 Issue 1.
- BELLAMY, Richard (2011): "Political Constitutionalism and the Human Rights Act", *International Journal of Constitutional Law* vol. 9 Issue 1: pp. 86-111.

- BEN-BASSAT, Avi & DAHAN, Momi (2008): "Social Rights in the Constitution and in Practice", *Journal of Comparative Economics* vol. 36 Issue 1: pp. 103-119.
- BERNAL, Carlos (2013): "Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine", *International Journal of Constitutional Law* vol. 11 Issue 2: pp. 339-357.
- BERTELSEN, Soledad (2021): "A Margin for the Margin of Appreciation: Deference in the Inter-American Court of Human Rights", *International Journal of Constitutional Law* vol. 19 Issue 3.
- BHATIA, Gautam (2022): "Chile Marks a Notch in Global Constitutionalism", *The Hindu*, July 20. Disponible en www.thehindu.com/opinion/lead/chile-marks-a-notch-in-global-constitutionalism/article65659006.ece [fecha de consulta: 19 de diciembre de 2024].
- BINDER, Christina & MORALES ANTONIAZZI, Mariela (2021): "Towards Institutional Guarantees for Democratic Rotation: The Inter-American Court's Advisory Opinion OC-28/21 on Presidential Re-Election", *VerfBlog*. Disponible en <https://doi.org/10.17176/20211007-014026-0> [fecha de consulta: 19 de diciembre de 2024].
- BONILLA MALDONADO, Daniel (ed.) (2013): *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia* (Cambridge University Press).
- BRENA SESMA, Ingrid (2014): "Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre la Protección de los Derechos Humanos, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* vol. 1 Issue 31.
- BRINKS, Daniel M. & GAURI, Varun (2014): "The Law's Majestic Equality? The Distribution Impact of Judicializing Social and Economic Rights", *Perspectives on Politics* vol. 12 Issue 2: pp. 375-393.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence (2017): "The Added Values of the Inter-American Human Rights System. Comparative Thoughts", in Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela & Piovesan, Flavia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press).
- CARDOSO, João Vitor (2021): "Judicialización de medicamentos huérfanos en Brasil: la justiciabilidad de un objeto políticamente 'no palatable'", *International Journal of Constitutional Law* vol. 19 Issue 4: pp. 1322-1350.
- CAROZZA, Paolo G., & GONZÁLEZ, Pablo (2017): "The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A Reply to Jorge Condesse", *International Journal of Constitutional Law* vol. 15 Issue 2: pp. 436-442.
- CASTAGNOLA, Andrea & PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal (2011): "Bolivia. The Rise (and Fall) of Judicial Review", in Helmke, Gretchen and Ríos-Figueroa, Julio (eds.), *Courts in Latin America* (New York, Cambridge University Press).

- CELIS VELA, Dúber Armando (2023): "El control de convencionalidad y la concurrencia de intérpretes autorizados de disposiciones constitucionales", *International Journal of Constitutional Law* vol. 21 Issue 5.
- CHILTON, Adam; EYZAGUIRRE, Cristian & VERSTEEG, Mila (2023): "Social Rights Scapegoating", *Global Constitutionalism* vol. 13 Issue 1: pp. 220-227.
- CHILTON, Adam S. & VERSTEEG, Mila (2017): "Rights Without Resources: The Impact on Constitutional Social Rights on Social Spending", *The Journal of Law and Economics* vol. 60 Number 4.
- CHILTON, Adam & VERSTEEG, Mila (2020): *How Constitutional Rights Matter* (Oxford University Press).
- CHOUDHRY, Sujit (2013): "The Commonwealth Constitutional Model or Models?", *International Journal of Constitutional Law* vol. 11 Issue 4.
- CODDOU MC MANUS, Alberto (2021): "A Critical Account of Ius Constitutionale Commune in Latin America: An Intellectual Map of Contemporary Latin American Constitutionalism", *Global Constitutionalism* vol. 11 Issue 1: pp. 1-29.
- COLÓN-RÍOS, Joel (2011): "Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia", *Constellations* vol. 18 Issue 3: pp. 365-388.
- COLÓN-RÍOS, Joel (2014): "A New Typology of Judicial Review of Legislation", *Global Constitutionalism* vol. 3 Issue 2: pp. 143-169.
- CONAGHAN, Catherine M. (2011): "Ecuador. Rafael Correa and the Citizens' Revolution", Levitsky, Steven and Roberts, Kenneth (eds), *The Resurgence of the Latin American Left* (Baltimore, The John Hopkins University Press).
- CONAGHAN, Catherine M. (2016): "Ecuador Under Correa", *Journal of Democracy* vol. 27 Issue 3.
- CONTESSE, Jorge (2017a): "The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights", *International Journal of Constitutional Law* vol. 15 Issue 2.
- CONTESSE, Jorge (2017b): "The International Authority of the Inter-American Court of Human Rights: A Critique of the Conventionality Control Doctrine", *The International Journal of Human Rights* vol. 22 Issue 9: pp. 1168-1191.
- CONTESSE, Jorge (2019): "Resisting Inter-American Human Rights Law", *Yale Journal of International Law* vol. 44.
- CONTESSE, Jorge (2021): "Autoridad y disenso en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *International Journal of Constitutional Law* vol. 19 Issue 4.
- CONTESSE, Jorge (2022): "Human Rights as Transnational Law", *AJIL Unbound* vol. 116: pp 313-317. Disponible en <https://doi.org/10.1017/aju.2022.54>
- CONTESSE, Jorge (2024): "The American Convention on Human Rights in Latin American National Courts", in O'Regan, Catherine; Bernal, Carlos & Choudhry, Sujit

- (eds.), *Research Handbook on Constitutional Interpretation*. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4733679 [fecha de consulta: 19 de diciembre de 2024].
- CONTRERAS, Pablo (2012): "National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights", *Northwestern University Journal of International Human Rights* vol. 11 Issue 1: pp. 28-82.
- CONTRERAS, Pablo (2014): "Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Ius et Praxis* vol. 20 n.º 2: pp. 235-274.
- COUSO, Javier (2014): "Radical Democracy and the 'New Latin American Constitutionalism'", Disponible en https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA13_Couso_CV_Eng_20130516.pdf [fecha de consulta: 19 de diciembre de 2024].
- DÍAZ DE VALDÉS, José M. & VERDUGO, Sergio (2019): "The ALBA Constitutional Project and Political Representation", *International Journal of Constitutional Law* vol. 17 Issue 2: pp. 479-488.
- DIXON, Rosalind (2017): "The Core Case for Weak-Form Judicial Review", *Cardozo Law Review* vol. 38: pp. 2193-2232.
- DIXON, Rosalind (2018): "Constitutional Rights as Bribes", *Connecticut Law Review* vol. 50 Issue 3: pp. 767-818.
- DIXON, Rosalind (2022): *Responsive Judicial Review. Democracy and Dysfunction in the Modern Age* (Oxford University Press).
- DIXON, Rosalind y VERDUGO, Sergio (2021): "Los derechos sociales y la reforma constitucional en Chile: hacia una implementación híbrida, legislativa y judicial", *Estudios Públicos* n.º 162: pp. 31-73.
- DRISCOLL, Amanda & NELSON, Michael J. (2012): "The 2011 Judicial Elections in Bolivia", *Electoral Studies* vol. 31: pp. 628-632.
- DRISCOLL, Amanda & NELSON, Michael J. (2015): "Judicial Selection and the Democratization of Justice: Lessons from the Bolivian Judicial Elections", *Journal of Law and Courts* vol. 3 Issue 1: pp. 115-148.
- DULITZKY, Ariel E. (2015a): "An Alternative Approach to the Conventionality Control Doctrine", *AJIL Unbound* vol. 109: pp. 100-108.
- DULITZKY, Ariel E. (2015b): "An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights", *The Texas International Law Journal* vol. 50 Issue 1: pp. 45-93.
- DWORKIN, Ronald (1990): *A Bill of Rights for Britain. Why Liberty Needs Protecting* (London, Chatto Counter Blasts).
- EPP, Charles R. (1998): *The Rights Revolution. Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective* (Chicago, The University of Chicago Press).

- ESCOFFIER, Simón & VIVALDI, Lieta (2023): "Why Anti-Abortion Movements Fail: The Case of Chile", in Payne, Leigh A.; Zulver, Julia and Escoffier, Simón (eds.), *The Rights Against Rights in Latin America* (London, British Academy).
- ESCUADERO, María Cristina (2022): "Making a Constituent Assembly in Chile: The Shifting Costs of Opposing Change", *Bulletin of Latin American Research* vol. 41 Issue 4: pp. 641-656.
- FERRAZ, Octavio Luiz Motta (2011): "Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil", *Texas Law Review* vol. 89: pp. 1643-1668.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2014): "Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un *Ius Constitutionale Commune Americanum*", en Von Bogdandy, Armin; Morales Antoniazzi, Mariela y Fix Fierro, Héctor (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos* (UNAM).
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2015): "Conventionality Control: The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights", *AJIL Unbound* vol. 109: pp. 93-99.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2017): "The Conventionality Control as a Core Mechanism of the *Ius Constitutionale Commune*", in Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela & Piovesan, Flavia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New *Ius Commune** (Oxford University Press).
- FOLLESDAL, Andreas (2017): "Exporting the Margin of Appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights", *International Journal of Constitutional Law* vol. 15 Issue 2.
- FOWKES, James (2024): "Transformative Process Theory", *Global Constitutionalism*, First View: pp. 1-21.
- FRISHMAN, Olga, & BENVENISTI, Eyal (2016): "National Courts and Interpretative Approaches to International Law: The Case Against Convergence", in Aust, Helmut Philipp and Nolte, Georg (eds.), *The Interpretation of International Law by Domestic Courts* (Oxford University Press).
- FUENTES TORRIJO, Ximena y PÉREZ FARIAS, Diego (2018): "El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno", *Revista de Derecho (Coquimbo)* vol. 25 n.º 2: pp. 119-156.
- GARCÍA, José Francisco y VERDUGO Sergio (2013): *Activismo judicial en Chile ¿Hacia el gobierno de los jueces?* (Santiago, Ediciones Libertad y Desarrollo).
- GARCÍA-HUIDOBRO, Luis Eugenio & GUIDI, Sebastián (2021): "El espejismo de Baena: Luces y sombras de un derecho administrativo comparado latinoamericano Baena's mirage: Lights and shades of comparative administrative law in Latin America", *International Journal of Constitutional Law* vol. 19 Issue 4: pp. 1291-1321.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2017): "The American Human Rights Navigation: Towards a *Ius Commune*", in Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela & Piovesan, Flavia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New *Ius Commune** (Oxford University Press).

- GARDBAUM, Stephen (2011): "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law* vol. 8 Issue 2.
- GARDBAUM, Stephen (2013): *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice* (New York, Cambridge University Press).
- GARDBAUM, Stephen (2020): "Comparative Political Process Theory", *International Journal of Constitutional Law* vol. 18 Issue 4: pp. 1429-1457.
- GARGARELLA, Roberto (2010): *The Legal Foundations of Inequality. Constitutionalism in the Americas, 1776-1860* (Cambridge University Press).
- GARGARELLA, Roberto (2013a): *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution* (Oxford University Press).
- GARGARELLA, Roberto (2013b): "Latin American Constitutionalism: Social Rights and the 'Engine Room' of the Constitution", *Notre Dame Journal of International & Comparative Law* vol. 4: pp. 9-18.
- GARGARELLA, Roberto (2015): "Democracy and Rights in Gelman v. Uruguay", *AJIL Unbound* vol. 109: pp. 115-119.
- GARGARELLA, Roberto (2017): "The 'New' Latin American Constitutionalism: Old Wine in New Skins", in Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela & Piovesan, Flavia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press).
- GARGARELLA, Roberto (2021): "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la 'conversación entre iguales'", *International Journal of Constitutional Law* vol. 19 Issue 4: pp. 1223-1228.
- GARGARELLA, Roberto (2022a): "Chile, después del plebiscito: el sí a una nueva Constitución", *Clarín*. Disponible en www.clarin.com/opinion/chile-despues-plebiscito-nueva-constitucion_0_TuM21Yiv3W.html [fecha de consulta: 19 de diciembre de 2024].
- GARGARELLA, Roberto (2022b): *The Law As a Conversation among Equals* (Cambridge University Press).
- GINSBURG, Tom & SIMPSON, Alberto (2014): *Constitutions in Authoritarian Regimes* (New York, Cambridge University Press).
- GÓNGORA-MERA, Manuel (2017): "The Block of Constitutionality as the Doctrinal Pivot of a Ius Commune", in Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela & Piovesan, Flavia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press).
- GONZÁLEZ BERTOMEU, Juan (2011): "Against the Core of the Case: Structuring the Evaluation of Judicial Review", *Legal Theory* vol. 17 Issue 2: pp. 81-118.
- GONZÁLEZ-JACOME, Jorge (2017): "From Abusive Constitutionalism to a Multilayered Understanding of Constitutionalism: Lessons from Latin America", *International Journal of Constitutional Law* vol. 15 Issue 2: pp. 447-468.

- GONZALEZ-OCANTOS, Ezequiel & SANDHOLTZ Wayne (2021): "Constructing a Regional Human Rights Legal Order: The Inter-American Court, National Courts, and Judicial Dialogue, 1988-2014", *International Journal of Constitutional Law* vol. 19 Issue 5.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (2010): "¿Activismo judicial en la obtención de cobertura adicional para enfermedades catastróficas? Análisis jurisprudencial 2006-2009", *Estudios Constitucionales* vol. 8 Issue 1.
- HERRERA, Juan C. (2021): "La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas", *International Journal of Constitutional Law* vol. 19 Issue 4: pp. 1385-1416.
- HILBINK, Lisa (2007): *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile* (Cambridge University Press).
- HOFFMAN, Florian, & BENTES, Fernando (2008): "Accountability for Social and Economic Rights in Brazil", in Gauri, Varun and Brinks, Daniel M. (eds.), *Courting Social Justice* (Cambridge University Press).
- HUGHES, Carys (2019): "The Transformative Potential of Constituent Power: A Revised Approach to the New Latin American Constitutionalism", *Latin American Perspectives* vol. 46 Issue 6.
- HUNEEUS, Alexandra (2011): "Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights", *Cornell International Law Journal* vol. 44: pp. 493-533.
- ISSACHAROFF, Samuel y VERDUGO, Sergio (2023): "Populismo constituyente, democracia y promesas incumplidas: el caso de la Convención Constitucional Chilena (2021-2022)", *International Journal of Constitutional Law* vol. 21 Issue 5: pp. 1517-1548.
- KATZ, Andrea Scoseria (2020): "Taming the Prince: Bringing Presidential Emergency Powers under Law in Colombia", *International Journal of Constitutional Law* vol. 18 Issue 4.
- KATZ, Andrea Scoseria (2023): "Ninguna ley superior: el plebiscito uruguayo de 1980 como constituyente fallido", *International Journal of Constitutional Law* vol. 21 Issue 5.
- KING, Phoebe (2013): "Neo-Bolivarian Constitutional Design", in Galligan, Denis J. and Versteeg, Mila (eds.), *Social and Political Foundations of Constitutions* (New York, Cambridge University Press, Comparative Constitutional Law and Policy).
- KRAMER, Larry D. (2004): *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review* (New York, Oxford University Press).
- KUO, Ming-Sung (2019): "Against Instantaneous Democracy", *International Journal of Constitutional Law* vol. 17 Issue 2: pp. 554-575.
- LANDAU, David (2012): "The Reality of Social Rights Enforcement", *Harvard International Law Journal* vol. 53 Issue 1: pp. 190-247.
- LANDAU, David (2013a): "Abusive Constitutionalism", *UC Davis Law Review* vol. 47: pp. 189-260.

- LANDAU, David (2013b): "Constitution-Making Gone Wrong", *Alabama Law Review* vol. 64: pp. 924-980.
- LANDAU, David (2014): *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia* (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press).
- LANDAU, David (2018): "Constitution-Making and Authoritarianism in Venezuela", in Graber, Mark A.; Levinson, Sanford and Tushnet, Mark (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?* (Oxford University Press).
- LANDAU, David & DIXON, Rosalind (2020): "Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy", *UC Davis Law Review* vol. 53: pp. 1313-1387.
- LANDAU, David & DIXON, Rosalind (2023): "Sobre fracaso constitucional, constitucionalismo transformador y utopismo", *International Journal of Constitutional Law* vol. 25 Issue 4.
- LANDAU, David & DIXON, Rosalind (2024): "Utopian Constitutionalism in Chile", *Global Constitutionalism* vol. 13 Issue 1.
- LARSEN, Signe Rehling (2021): "Varieties of Constitutionalism in the European Union", *The Modern Law Review* vol. 84 Issue 3: pp. 477-502.
- LOUGHLIN, Martin (2022): *Against Constitutionalism* (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press).
- MAUÊS, Antonio Moreira; BAIA MAGALHÃES, Breno; NASSAR, Paulo André & SENA, Rafaela (2021): "Judicial Dialogue Between National Courts and the Inter-American Court of Human Rights: A Comparative Study of Argentina, Brazil, Colombia and Mexico", *Human Rights Law Review* vol. 21 Issue 1.
- MENDOZA-BOTELHO, Martín (2016): "Revisiting Bolivia's Constituent Assembly: Lessons on the Quality of Democracy", *Asian Journal of Latin American Studies* vol. 29 Issue 1: pp. 19-55.
- MEYER, Emilio Peluso Neder (2021), *Constitutional Erosion in Brazil* (Hart Publishing).
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela & SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo (2017): "Inter-Americanization: Its Legal Bases and Political Impact", in Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela & Piovesan, Flavia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press).
- MUÑOZ LEÓN, Fernando (2014): "Morning-After Decisions: Legal Mobilization Against Emergency Contraception in Chile", *Michigan Journal of Gender and Law* vol. 21 Issue 1: pp. 123-175.
- NUNES, Rodrigo M. (2010): "Ideational Origins of Progressive Judicial Activism: The Colombian Constitutional Court and the Right to Health", *Latin American Politics and Society* vol. 52 Issue 3: pp. 67-97.
- NÚÑEZ, Manuel (2010): "El neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno", *Revista de Derecho (Valparaíso)* vol. xxxiv: pp. 523-541.

- O'DONNELL, Guillermo (1994): "Democracia delegativa", *Journal of Democracy en Español* vol. 5 No. 1: pp. 7-23.
- PALAZZO, Nausica (2023): "Fedotova and Others v. Russia: Dawn of a New Era for European LGBTQ Families?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* vol. 30 Issue 2: pp. 216-228.
- PARRA VERA, Oscar (2017): "The Impact of Inter-American Judgments by Institutional Empowerment", in Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela & Piovesan, Flavia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press).
- PAÚL, Álvaro (2012): "Controversial Conceptions: The Unborn and the American Convention on Human Rights", *Loyola University Chicago International Law Review* vol. 9 Issue 2: pp. 209-247.
- PAÚL DÍAZ, Álvaro (2013): "La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia", *Derecho Público Iberoamericano* n.º 2: pp. 303-345.
- PIOVESAN, Flávia (2017): "Ius Constitutionale Commune en América Latina. Context, Challenges, and Perspectives", in Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela & Piovesan, Flavia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press).
- PISARELLO, Gerardo (2014): *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática* (Madrid, Editorial Trotta).
- POST, Robert & SIEGEL, Reva (2004): "Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy", *California Law Review* vol. 92 Issue 4. Disponible en <https://doi.org/10.2307/3481316> [fecha de consulta: 19 de diciembre de 2024].
- RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo (2024): *Kelsen en el mundo: la influencia de la teoría pura del derecho en distintos lugares* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- RECA MILANTA, Sofía (2024): "La navegación de los DESCAs en la jurisdicción interamericana", *Estudios Constitucionales* vol. 22 Issue 1: pp. 30-53.
- ROA, Jorge (2019): "justicia constitucional, deliberación y democracia en Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá", *Revista Derecho Del Estado* vol. 44: pp. 57-98.
- ROA ROA, Jorge Ernesto (2020): *Control de constitucionalidad deliberativo. El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador* (Bogotá, Universidad del Externado de Colombia).
- RODILES, Alejandro (2018): "The Great Promise of Comparative Public Law for Latin America: Towards Ius Commune Americanum?", in Roberts, Anthea; Stephan, Paul B.; Verdier, Pierre-Hugues and Versteeg, Mila (eds.), *Comparative International Law* (Oxford University Press).
- SAGÜES, Néstor (2010): "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", *Estudios Constitucionales* vol. 8 n.º 1: pp. 117-136.

- SOLEY, Laurence (2017): "The Transformative Dimension of Inter-American Jurisprudence", in Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela & Piovesan, Flavia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press).
- SOLEY, Ximena & STEININGER, Silvia (2018): "Parting Ways or Lashing Back? Withdrawals, Backlash and the Inter-American Court of Human Rights", *International Journal of Law in Context* vol. 14 Issue 2: pp. 237-257.
- SOSA SANTOS, Boaventura de (2014): "La refundación del Estado en América Latina", en Coraggio, José Luis y Laville, Jean-Louis (organizadores), *Reinventar la izquierda en el siglo XXI. Hacia un dialogo norte-sur* (Universidad Nacional de General Sarmiento).
- The Economist* (2023): "How Nayib Bukele Is Breaking Presidential Term Limits in El Salvador". Disponible en www.economist.com/the-economist-explains/2023/12/06/how-nayib-bukele-is-breaking-presidential-term-limits-in-el-salvador [fecha de consulta: 19 de diciembre de 2024].
- TUSHNET, Mark (2006): "Popular Constitutionalism as Political Law", *Chicago-Kent Law Review* vol. 81 Issue 3: pp. 991-1006.
- TUSHNET, Mark (2008): *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare in Comparative Constitutional Law* (Princeton, New Jersey, Princeton University Press).
- TUSHNET, Mark (2011): "The Rise of Weak-Form Judicial Review", in Ginsburg, Tom and Dixon, Rosalind (eds.), *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar Publishing).
- TUSHNET, Mark (2014): "Authoritarian Constitutionalism. Some Conceptual Issues", in Ginsburg, Tom and Simpser, Alberto (eds.), *Constitutions in Authoritarian Regimes* (New York, Cambridge University Press, Comparative Constitutional Law and Policy).
- TUSHNET, Mark (2015): "Authoritarian Constitutionalism", *Cornell Law Review* vol. 100 Issue 2: pp. 391-462.
- TUSHNET, Mark (2016): "Varieties of Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law* vol. 14 Issue 1: pp. 1-5.
- TUSHNET, Mark (2020): "Varieties of Liberal Constitutionalism", in Contiades, Xenophon and Fotiadou, Alkmene (eds.), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change* (Routledge).
- UPRIMNY, Rodrigo y DURÁN, Juanita (2014): *Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia* (CEPAL).
- VALADÉS, Diego (2017): "The Presidential System in Latin America: A Hallmark and Challenge to a Latin American Ius Constitutionale Commune", in Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela & Piovesan, Flavia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press).

- VENEGAS MAINGÓN, Alejandro y HERNÁNDEZ MUÑOZ, Verónica (2019): "Análisis de los límites del poder constituyente", *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia* vol. 5 n.º 13.
- VERDUGO, Sergio (2019): "The Fall of the Constitution's Political Insurance. How the Morales Regime Broke the Insurance of the 2009 Bolivian Constitution", *International Journal of Constitutional Law* vol. 17 Issue 4: pp. 1098-1124.
- VERDUGO, Sergio (2021): "Limited Democracy and Great Distrust. John Hart Ely in Chile and Bolivia", *International Journal of Constitutional Law* vol. 19 Issue 2.
- VERDUGO, Sergio (2023): "Is It Time to Abandon the Theory of Constituent Power?", *International Journal of Constitutional Law* vol. 21 Issue 1: pp. 14-79.
- VERDUGO, Sergio & PRIETO Marcela (2021): "The Dual Aversion of Chile's Constitution Making Process: Between Bolivarian Constitutionalism and the Pinochet Constitution", *International Journal of Constitutional Law* vol. 19 Issue 1.
- VILHENA, Oscar; BAXI, Upendra and VILJOEN, Frans (eds.) (2013): *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa* (Johannesburg, Pretoria University Law Press).
- VON BOGDANDY, Armin (2015a): "*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Observations on Transformative Constitutionalism", *AJIL Unbound* vol. 109: pp. 109-114.
- VON BOGDANDY, Armin (2015b): "*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada al constitucionalismo transformador", *Revista de Derecho del Estado* vol. 34: pp. 3-50.
- VON BOGDANDY, Armin (2017): "*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Observations on Transformative Constitutionalism", in Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela & Piovesan, Flavia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press).
- VON BOGDANDY, Armin (2023): "Chilean Insights for Progressive Constitutionalism", *Heidelberg Journal of International Law* vol. 83 Issue 1: pp. 1-10.
- VON BOGDANDY, Armin; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela & PIOVESAN, Flavia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press).
- VON BOGDANDY, Armin; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela, PIOVESAN, Flavia & SOLEY, Ximena (eds.) 2017: "*Ius Constitutionale Commune* En América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism", in Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela & Piovesan, Flavia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press).
- WALDRON, Jeremy (2006): "The Core of the Case Against Judicial Review", *The Yale Law Journal* vol. 115: pp. 1346-1406.

WEALE, Albert (2018): *The Will of the People. A Modern Myth* (Polity Press).

WERNECK ARGUELHES, Diego (2019): "Book Review: Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New *Ius Commune*", *International Journal of Constitutional Law* vol. 17: pp. 357-381.

WOLFF, Jonas (2012): "New Constitutions and the Transformation of Democracy in Bolivia and Ecuador", in Nolte, Detlef and Schilling-Vacaflor, Almut, *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices* (New York, Routledge).

Jurisprudencia

Corte IDH (2001a): Baena Ricardo *et al.* v. Panamá, 2 de febrero de 2001, ser. C, No. 72.

CORTE IDH (2001b): Barrios Altos v. Perú, 14 de marzo de 2001, ser. C, No 75.

CORTE IDH (2001c): Barrios Altos v. Perú, 3 de septiembre de 2001, ser. C, No 83.

CORTE IDH (2006): Almonacid-Arellano v. Chile, 26 de septiembre, 2006, ser. C, No 154.

CORTE IDH (2011): Gelman v. Uruguay, 24 de febrero de 2011, ser. C, No 221.

CORTE IDH (2012): Artavia Murillo *et al.* v. Costa Rica, 28 de noviembre de 2012, ser. C, No 257.

CORTE IDH (2018): Opinión consultiva 24/17, 9 de enero de 2018, ser A.

Corte IDH (2021): Opinión consultiva OC-28/21, 7 de junio de 2021.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (GRAND CHAMBER) (2023): *Fedotova and others v. Russia*, January 17, 2023, app. No 40792/10, 30538/14, 43439/14.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2017): 3729-2007, 28 de agosto de 2017.