

LAS PROMESAS INCUMPLIDAS DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO¹

The unfulfilled promises of Latin American Constitutionalism

FRANCISCA POU GIMÉNEZ

Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM)

Este libro es una obra magnífica que ofrece una gran cantidad de conocimiento valioso sobre los desarrollos del derecho público en América Latina. Quienes tengan un conocimiento superficial de la teoría y la práctica constitucional de la región tendrán oportunidad de sacarse la espina y adentrarse en un panorama denso y dinámico. Quienes sí estén familiarizados con ellas podrán sofisticar y profundizar el entendimiento de muchos temas, porque hay mucho que aprender de los capítulos incluso para quienes llegan a ellos con conocimiento especializado. La obra es especialmente útil para la investigación comparada porque, sobre el trasfondo común de lo que hemos llamado en las décadas pasadas el «constitucionalismo global», los capítulos destacan desarrollos jurídicos muy característicos de América Latina. Si una se pregunta cuáles son los grandes aportes del constitucionalismo latinoamericano, en comparación con los de otros constitucionalismos de posguerra en Asia, Europa central y del sur o América del Norte, reseguir el índice de este libro arroja una buena respuesta.

Alejandro Saiz Arnaiz, catedrático de la Universidad Pompeu Fabra y editor del volumen, firma una introducción que convenientemente enfatiza la génesis histórica del constitucionalismo regional, coloca la discusión sobre derecho/contexto o normas/realidad y da cuenta de la gestación de la obra y del grupo de jóvenes académicos/as que participan en ella. Después de ello vienen veintiséis capítulos, elaborados por treinta autores y autoras, estructurados en cuatro apartados temáticos: «Justicia», «Derechos», «Democracia» y «Constitución».

En lo que sigue identifico algunos de los temas que toca el libro (I), para después llamar brevemente la atención sobre tres puntos: la geopolítica del

¹ Alejandro Saiz Arnaiz, *Las promesas incumplidas del constitucionalismo latinoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, 752 págs.

conocimiento jurídico y el debate al que el libro invita sobre desempeño constitucional (II); la renovación metodológica del derecho constitucional como disciplina en los espacios latinos (III), y las perspectivas de investigación adicional que abre la obra (IV).

I. TEORÍA Y PRÁCTICA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA

El mero intento de mencionar autores y temas en el contexto de un volumen tan extenso es un desafío extraordinario y corre el riesgo de acabar dando una impresión simplista de unos textos ricos y matizados. Pero algo hay que decir para que la reseña cumpla su función y procuro dar al recorrido una mirada personal.

En el apartado de «Justicia», centrado en el poder judicial, los capítulos abordan aspectos que han sido centrales en el desarrollo del constitucionalismo latinoamericano —caracterizado, como es sabido, por la generosidad de las declaraciones de derechos; su tratamiento unificado, en beneficio de la eficacia de derechos sociales, culturales y ambientales; el énfasis en la justiciabilidad, y la interacción continua entre fuentes internas y externas de derechos, que gozan de posición supralegal o constitucional—.

Juan Jacobo Calderón analiza una figura, el «estado de cosas inconstitucional», acuñado por la Corte Constitucional Colombiana y adoptado por otras en la región, que ciertamente captura algo central a la jurisdicción constitucional latinoamericana. En diálogo con los debates sobre activismo judicial, el autor vincula esta figura con las normas de competencia (para el diagnóstico, para los remedios y para el seguimiento), que trata como analíticamente distintas de las normas sobre los derechos. Luisa Fernanda Cano Blandón, por su parte, echando mano de su profundo conocimiento del litigio estructural regional, ofrece una panorámica del trabajo académico que se ha desarrollado en torno a los derechos sociales. Su capítulo es un sintético tratado del derecho y la teoría jurídica y sociojurídica sobre los derechos sociales en América Latina, que ella estructura en cinco etapas. Con un toque de provocación («la esperanza ¿vacía? de las sentencias estructurales»), la autora profundiza después en los desafíos que encierran los resolutivos dialógicos establecidos por las cortes regionales en su intento de orientar la política hacia el cambio estructural («intentos de deshacer nudos») y explora qué caminos podrían tomar en el futuro. El capítulo de Sebastián López Hidalgo es un buen complemento de los anteriores porque ofrece una utilísima panorámica de los debates sobre activismo judicial («¿necesario o excesivo?»), dando insumos para abordar con rigor un tema que, en mi opinión, la teoría constitucional ha abordado tomando

por neutros y objetivos los diseños y realidades del constitucionalismo del norte, cuando, en realidad, son profundamente contextuales y no necesariamente adecuados para fundamentar la evaluación de judicaturas que tienen encomendado un abanico infinitamente mayor de responsabilidades. Esta panorámica resultará especialmente útil para las personas más jóvenes que no han seguido de cerca debates clásicos que siguen siendo cruciales.

Andrés Cervantes Valarezo aborda, por su parte, una práctica que ha adquirido una centralidad inaudita en el constitucionalismo contemporáneo: el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, que en América Latina toma un cariz especial dado el peso de la doctrina del control de convencionalidad de la Corte Interamericana (Corte IDH). Cervantes estudia el tema en tres países: en Argentina, donde este control no está previsto; en Colombia, donde la Corte lo ha asumido apelando a la necesidad de reivindicar los límites procedimentales y competenciales que la Constitución impone al poder de reforma, y Ecuador, donde está previsto el control previo. Tras rastrear las decisiones tomadas por la Corte IDH al revisar las reformas aprobadas en estos países, el autor defiende que los jueces deberían controlar la convencionalidad de las reformas con independencia de la regulación interna y lamenta que no haya soluciones normativas explícitas ni canales de diálogo sobre el tema. En estrecha relación con lo anterior, el capítulo de Sofía Reza Milanta nos permite profundizar en el entendimiento de la doctrina del control de convencionalidad, al tiempo que evalúa qué impacto tiene en el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH el hecho de que las altas cortes nacionales asuman el rol que tienen encomendado en su contexto.

El apartado de «Justicia» cierra con dos capítulos más, centrados en cuestiones de diseño constitucional: el de Milton Velásquez sobre independencia judicial, donde se hace una evaluación global acerca de qué tan preparados están los diseños constitucionales de la región para resistir las actuales dinámicas de retroceso democrático, con énfasis especial en los sistemas de nombramiento, y el de Jorge Roa, que diserta sobre los modelos de justicia constitucional en la región y explora cuáles serían los rasgos de un «modelo latinoamericano» identificable.

El apartado sobre «Derechos» concede protagonismo, bien a derechos que han sido cruciales para la construcción democrática de la región y en sus esfuerzos de innovación legal —libertad de expresión, protesta, libertad y seguridad personales, medio ambiente y protección de la naturaleza—, bien a derechos especificados por sujeto que igualmente han sido centrales: personas y comunidades indígenas, personas y colectivos migrantes, y personas y grupos LGBTIQ+.

Ana Luisa Walter y Danielle Pamplona abordan un derecho cuya garantía judicial fue clave para dejar atrás el bozal del autoritarismo durante la

transición democrática: la libertad de expresión. Las autoras exploran los desafíos que su garantía plantea en los nuevos entornos digitales, donde quienes tienen el rol preponderante son las empresas, no los Estados. Fernando Silva se centra, por su parte, en un tema que ha oficiado también, desde siempre, como una especie de termómetro democrático: la regulación y la práctica en torno al derecho a la libertad y a la seguridad personal. La persistencia en la Constitución mexicana de aberraciones como el «arraigo» (la detención domiciliaria antes de que la fiscalía levante cargos) y la prisión preventiva automática muestra el tamaño de los desafíos. Pero lo que ha podido hacerse frente a ellos desde el derecho interamericano indica también la riqueza de los recursos jurídicos regionales. Mónica Mazariegos Rodas dedica su capítulo al ideal de inclusión y al tratamiento de la plurinacionalidad y los derechos de las comunidades indígenas. Esta es, de nuevo, una dimensión capital del constitucionalismo regional, que, desde la perspectiva comparada, contiene, sin duda alguna, relevantes aportes. En clave «interna» crítica, Mazariegos documenta pretensiones de inclusión que califica de frecuentemente ilusorias, así como las continuidades coloniales de los marcos jurídicos, aunque cierra identificando algunas bases que pueden hacer posible el intercambio y el aprendizaje mutuo. Andrés Martínez Moscoso e Israel Castro Enríquez estudian, por su parte, el régimen de protección climática de la Amazonia, con la particularidad de que revisan la normativa de todos los países directamente involucrados, así como el Tratado de Cooperación Amazónica, como resulta lógico una vez que se han abandonado los residuos westfalianos.

Adriana Salinas Cerillo centra su análisis en los derechos de los colectivos LGBTIQ+, brindándonos una detallada «radiografía» de avances y retrocesos; Eduardo Trujillo estudia los procesos de movilidad humana, con muchos datos empíricos sobre contextos críticos y una exploración de los desarrollos jurídicos en torno a la trata y la esclavitud; mientras que Domingo Lovera y Daniel Mondaca abordan el derecho a la protesta, crucial en las transiciones democráticas, pero que, a mi juicio, será de nuevo crucial en el desarrollo de las dinámicas de resistencia frente al autoritarismo populista que prevalece en tantos países —los autores enfatizan los puntos de ambivalencia que persisten en el marco jurídico, en especial las asimetrías que encierra el condicionamiento del carácter pacífico de la protesta, en un contexto en el que el poder social y político sigue capturado por el «miedo a la insubordinación»—.

Se ha dicho muchas veces que la parte orgánica de las constituciones latinoamericanas no es tan innovadora como la de los derechos; quizá por ello, y desafortunadamente, ha concitado menos atención académica. La tercera parte del libro ofrece en todo caso la oportunidad de abordar algunos temas clave. Heber Joel Campos Bernal aborda el gran clásico de la historia

política regional: el hiperpresidencialismo. Se ha acumulado ya experiencia suficiente para evaluar cuál ha sido la evolución de las constituciones contemporáneas sobre un problema que, como pocos, ha lastrado a la región en el pasado, cuya huella ha seguido influyendo en el constitucionalismo democrático y que amenaza ahora con regresar con redobrado protagonismo dada la dinámica populista que domina la política diaria en tantos países. En diálogo con ello, sin embargo, los capítulos que siguen al de Campos nos muestran que sí ha habido cambios, pues analizan dimensiones cruciales que muestran cómo las constituciones incluyen ingredientes que acotan, dividen y luchan contra los abusos del poder presidencial. En esa clave, Ana Carolina López Olsen revisa el tema del juicio político y la destitución de presidentes en América Latina; Luis Alejandro Ramírez Álvarez analiza el respeto a los estándares de adecuada deliberación democrática durante los estados de excepción —apoyándose en lo sucedido durante la pandemia—; Diego González Fernández despliega un estudio interdisciplinario sobre el grado de efectividad que tiene el avance de la agenda legislativa de los presidentes según un abanico de variables políticas e institucionales, y Catalina Ovares Sánchez estudia las relaciones entre tribunales electorales y constitucionales en Panamá y Costa Rica —siendo los tribunales electorales, sin duda, un ingrediente innovador en la división horizontal de poderes característica del constitucionalismo latinoamericano contemporáneo—. Este apartado incluye también dos contribuciones de temática más general, una de Melina Fachín y Bruna Novak sobre erosión democrática y una de Luna Mancini sobre un tema —la corrupción— cuyo abordaje ha resultado especialmente desafiante desde la gramática heredada del constitucionalismo.

Finalmente, el cuarto apartado del libro, «Constitución», agrupa contribuciones que, observa Saiz Arnaiz en la introducción, constituyen una mirada a las cuestiones más actuales del constitucionalismo contemporáneo. Conforme al título de la sección, yo las describiría quizá como un conjunto de trabajos que invitan a reflexionar acerca de cómo trazamos las fronteras entre lo que es constitucional y lo que no lo es. La excepción a ello sería el análisis sobre federalismo, descentralización y autonomía abordado por Juan Carlos Covilla Martínez, que aborda un tema constitucional clásico, pero desde una perspectiva —la apariencia de federalismo, esto es, la persistencia de una organización territorial muy centralizada— que, sin duda, debe marcar el punto de partida de todo análisis prospectivo e innovador en ese ámbito. Los demás temas —el régimen de inversión extranjera estudiado por Paula Cortés González, el tema del pluralismo jurídico magistralmente tratado por Salvador Millaleo Hernández, el tema de la justicia transicional abordado por Alejandro Gómez Velásquez y el tema del constitucionalismo digital (algoritmos) analizado por

Mario Matarrita Arroyo— son, efectivamente, una invitación a comprometerse con la creación de conocimiento, la teorización y la evaluación de temas y dinámicas nuevas, un proyecto en el cual América Latina puede participar (y ha participado ya, en el caso de la justicia transicional y del pluralismo jurídico) con particular efectividad.

II. GEOPOLÍTICA CONSTITUCIONAL Y EL DEBATE SOBRE EL DESEMPEÑO

Al hablar de las «promesas incumplidas» del constitucionalismo latinoamericano, el título de la obra lanza una invitación en el plano evaluativo, con cierto sesgo crítico. Aunque la especialidad del análisis académico riguroso es el ejercicio crítico, quizás hay cierta disonancia entre esta invitación y el contenido de la obra. El deje pesimista del título no deja adivinar la extraordinaria riqueza temática de las contribuciones ni la orientación del análisis, que documenta muchas dimensiones «luminosas» del constitucionalismo regional. En la introducción, el editor del volumen reconoce que los capítulos recogen también muchas promesas cumplidas, pero justifica la aproximación señalando la necesidad de acusar recibo de fenómenos conocidos: datos sobre pobreza y violencia extrema, desigualdad, informalidad, arbitrariedad, etcétera —las persistentes deficiencias latinoamericanas desde la métrica de la justicia, la democracia y el Estado de derecho—.

Ello plantea, a mi juicio, varios debates interesantes. Uno de ellos tiene que ver con la contribución que hace el libro a la progresiva construcción de un constitucionalismo comparado más igualitario. Como ha documentado el comparatismo crítico (Bonilla Maldonado, 2015; Esquirol 2018), la gramática y los presupuestos del derecho comparado heredado están contruidos a la medida de las realidades propias de las democracias del Atlántico norte, donde la disciplina se desarrolló. Aunque el derecho constitucional comparado contemporáneo ha avanzado sobre premisas más progresistas que el comparatismo general, no está libre de asimetrías epistémicas y evaluativas, y este libro ofrece la oportunidad de ser conscientes de ellas e impulsar su superación. Aunque en su ánimo de rigor crítico el libro habla de promesas incumplidas, lo que los capítulos del libro muestran es un panorama riquísimo de constitucionalismo latinoamericano «en marcha» sobre temas difíciles. Es más, el constitucionalismo latinoamericano —que contempla, por ejemplo, derechos sociales justiciables, eficacia horizontal de los derechos o vías de judicialización colectiva— podría ser visto, a mi juicio, como una fuente de buenas ideas e instrumentos para las democracias del norte que ahora enfrentan problemas de regresión y creciente desigualdad.

Ciertamente, el enfoque del libro puede asociarse al hecho de que el constitucionalismo latinoamericano ha sido caracterizado como transformador y no legitimador de *statu quo* —esto es, como un constitucionalismo que parte de reconocer la injusticia reinante y aspira a ser uno de los instrumentos involucrados en su transformación—. Al ser un constitucionalismo que promete más que otros, habría más motivos para reprocharle (más que a otros) la falta de logros cuando se comprueba que las cosas siguen mal. Como han destacado Natalia Ángel-Cabo y Domingo Lovera (2014: 87), una de las paradojas del constitucionalismo transformador es que surge en los países con más desigualdad y escasez de recursos para alcanzar los objetivos que declara. Ciertamente, en la región existe literatura abundante sobre los efectos indirectos y constitutivos de las sentencias (recogida, por ejemplo, en el capítulo de Cano Blandón) que podríamos extender al debate sobre el desempeño del constitucionalismo más en general; el lente propuesto por estas teorías matiza, pero no disuelve el punto.

El libro nos invita también a pensar qué cosas atribuimos a la política y qué cosas atribuimos al constitucionalismo y por qué. Gran parte de lo que nos espanta del escenario europeo actual —de los triunfos de la extrema derecha a la crisis migratoria, pasando por los datos de pobreza y desigualdad para ciertos grupos poblacionales— se presenta como fallos de la política, no como fallos del constitucionalismo europeo. Podríamos hablar de las sombras y promesas incumplidas del constitucionalismo europeo, pero normalmente utilizamos otros encuadres.

La sensación que me deja el libro, en definitiva, es que otro de los debates sobre los que queda mucho por trabajar es el debate sobre el buen o mal desempeño constitucional —o, si se quiere, sobre el «éxito» o la «eficacia» de las constituciones, como lo frasean a veces los trabajos que se acercan a estas cuestiones desde el derecho constitucional cuantitativo y la ciencia política—. Queda mucho por pensar y hacer en el camino hacia la construcción de una métrica de buen desempeño constitucional que evite, por un lado, la autocomplacencia y el fetichismo constitucional, pero que, por el otro, se aleje de estándares sesgados o que solo se aplican al evaluar ciertos países —al tiempo que nos permite seguir siendo críticos—.

III. NUEVOS ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Este libro refleja hasta qué punto la manera de estudiar y teorizar el derecho constitucional ha cambiado en las últimas décadas. Hay algo de profundamente inspirador en la calidad con la que se estudian los desarrollos

regionales. Los análisis se construyen sobre la base de debates teóricos que han sido importantes, incluidos los de las generaciones recientes —por eso se aprende tanto—, pero siempre se va un poco más allá y se hace una evaluación crítica seria de la práctica constitucional.

Las metodologías de los trabajos reflejan un tránsito que, como he apuntado en otra ocasión (Pou Giménez, en prensa), considero generalizado en la disciplina. Mientras que hace dos décadas el trabajo académico innovador en derecho constitucional se desarrollaba en nuestros países en estrecho diálogo con la teoría del derecho o la teoría política —mientras otras corrientes seguían los cánones de la dogmática jurídica tradicional—, hoy en día hay un mayor pluralismo metodológico y el grueso de la reflexión constitucional habita un terreno interdisciplinario. La investigación constitucional predominante es cualitativa, pero dialoga o colabora con la que usa métodos cuantitativos u otras metodologías dentro del amplio espectro de las ciencias sociales, como las propias de la antropología o la sociología.

A mi juicio, en el contexto político que ha marcado las democracias del sur de Europa y de América Latina tras la última ola de democratización, este tránsito tiene bastante sentido. Si durante los años de la transición democrática era crucial construir el carácter normativo de la constitución, una vez asentado este y su carácter directamente aplicable y justiciable, tenía sentido pasar a análisis más contextualizados preocupados por el desarrollo, el cumplimiento y los efectos sociales de la constitución. En el contexto global, este giro es igual de perceptible y viene representado por el tránsito desde la etiqueta del «derecho constitucional comparado» a la etiqueta de los «estudios constitucionales comparados».

La generación de conocimiento jurídico —y su transmisión, en cuanto en el libro resuenan también los cambios en la enseñanza jurídica que se han dado en paralelo— se ha separado en gran parte tanto de las tendencias tecnicistas, sin contexto, neutralizadoras de lo político, como de las moralizadoras. En ese espacio intermedio hay margen para muchos matices metodológicos —incluida, por cierto, como muestran particularmente bien, a mi juicio, el capítulo de Juan Jacobo Calderón sobre estados de cosas inconstitucionales, o el de Salvador Millaleo sobre pluralismo jurídico, la *teoría* constitucional—.

También destacaría, a raíz de la lectura de este libro, la prominencia del trabajo en red en el derecho constitucional de nuestros días. El tiempo de las grandes obras de ambición holística, asociadas a figuras intelectuales individuales de gran centralidad y visibilidad, parece haber dado paso a conversaciones en colectivo, sustentadas en el trabajo serio de muchas personas que tejen conversaciones que se retroalimentan las unas a las otras. Diferentes

comunidades epistémicas parcialmente traslapadas coordinan esfuerzos siguiendo líneas de coherencia temáticas, metodológicas o simplemente humanas o geográficas, y generan productos tan enriquecedores como este libro.

IV. CAMINOS PASADOS Y FUTUROS

Para cerrar, diría que el libro que reseño no solamente identifica los debates que han sido centrales en América Latina, sobre temas de particular relevancia para entender los desafíos sociales, políticos y culturales que enfrentan las sociedades de la región. También da pistas sobre qué áreas han sido más intensamente trabajadas y qué áreas han sido objeto de atención solo incipiente y apuntan a agendas de investigación que podrían reforzarse y ampliarse.

Sin duda, los capítulos de la primera parte del libro, bajo el encabezado de «Justicia», son los que dan cuenta de las áreas más densamente estudiadas del constitucionalismo latinoamericano. La judicatura y los desarrollos en torno a ella, en el contexto marcado por constituciones abiertas que derivan en esquemas de garantía multinivel, dinámicas de cambio constitucional continuo y generosas declaraciones de derechos exigibles, han tenido un merecido protagonismo. El apartado de «Derechos» otorga mucha visibilidad a los derechos que derivan de la «especificación» por sujeto o grupo, lo cual creo que refleja bien el predominio de la agenda de la identidad y del reconocimiento por encima de las agendas de participación y redistribución en el constitucionalismo de los derechos que se ha desarrollado en América Latina.

El apartado sobre «Democracia» y estructuras de gobierno no acaba de reflejar, quizás, algunas de las innovaciones reales que las constituciones regionales incluyen, como la creación de ramas de poder adicionales a las tres clásicas en varios países, la creación de agencias autónomas con rango constitucional en otros, o la aparición de esquemas de gobernanza territorial alternativa a raíz del reconocimiento del autogobierno indígena. Por último, el libro refleja los desafíos que entraña la construcción constitucional de temas como los que implican, por ejemplo, redefinir el lugar de la naturaleza y la superación del antropocentrismo, la generación de sistemas de pluralismo jurídico, la traslación de nuestros esquemas de gobernanza a entornos digitalizados, o la exploración de soluciones contra fallas sistémicas como la corrupción —o, podríamos añadir, los sesgos sistémicos de género y clase—.

La panorámica que contiene el libro es, en definitiva, un punto de partida de gran utilidad para pensar los caminos que debe transitar la reflexión

constitucional de la década que viene. En estos momentos vemos acontecer cambios radicales de contexto político y social, que incluyen el regreso de los autoritarismos populistas, pero también una creciente fenomenología de dinámicas de reacción progresista frente a ellos. La teoría y la práctica constitucional reflejarán pronto este cambio de trasfondo. A mi juicio, hemos ya avanzado considerablemente en el camino de cambiar los *temas* del derecho y de la política —este libro lo refleja—, pero, a la vista de los desarrollos que nos rodean, parece que deberemos adicionar a ello cambios en las *estructuras* y en los *liderazgos* de la política y el derecho. En América Latina, ello exigirá, seguramente, quitar protagonismo al poder judicial —más debilitado, en algunos lugares capturado, y en todo caso necesitado de la acción de otros actores públicos a los efectos de avanzar, con el tiempo, hacia una agenda de justicia social más comprehensiva—, diversificar la mirada, y, quizá, quitar algo de protagonismo a la constitución misma, dentro del proyecto constitucional...

Pero es claro que estoy saltando, sin darme cuenta, del libro a mis elucubraciones personales sobre lo que viene y cómo deberíamos reaccionar desde la investigación, la docencia y la acción jurídica a ello. Justo el efecto previsible, me imagino, de una lectura amena y estimulante como la que ofrece esta obra.

Bibliografía

- Ángel-Cabo, N. y Lovera Parmo, D. (2014). Latin American Social Constitutionalism. Courts and Popular Participation. En H. Alviar García, K. Klare y L. A. Williams (eds.). *Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries* (pp. 85-104). London: Routledge.
- Bonilla Maldonado, D. (2015). La economía política del conocimiento jurídico. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, 2 (1), 26-59.
- Esquirol, J. L. (2018). The geopolitics of constitutionalism in Latin America. En C. Crawford y D. Bonilla Maldonado (eds.). *Constitutionalism in the Americas* (pp. 79-108). London: Edward Elgar Publishing.
- Pou Giménez, F. (en prensa). A *Eurolatin* career in comparative public law: from analytic legal theory to sociology of law. En C. Boulanger, N. Kreutzfeldt y J. Hendry (eds.). *Socio-legal trajectories across Europe: Comparative perspectives*. London: Hart.