

# Dos lecturas de la teoría de la justicia constitucional de Roberto Gargarella\*\*\*

## Two Readings of Roberto Gargarella's Constitutional Justice Theory

### RESUMEN

En este trabajo presento dos lecturas posibles de la teoría de la justicia constitucional de Roberto Gargarella. Por un lado, una lectura elyana o procedimentalista y, por el otro, una lectura transformadora. La primera está preocupada por hacer frente a la objeción contramayoritaria y propone la restricción del control judicial. La segunda está enfocada en el cambio social a través del derecho en una dirección democrática, participativa e igualitaria, por lo que es una teoría normativa para la justicia constitucional en toda su extensión. Desde mi punto de vista, la lectura procedimental es insuficiente para los tribunales constitucionales de América Latina, aunque sí es parcialmente útil para explicar y justificar algunos casos. Por su parte, la visión transformadora resulta más plausible a la luz de los compromisos con la igualdad material que tiene su visión del constitucionalismo latinoamericano. Sin embargo, la transformación, para ser efectiva, necesita también de la protección del derecho a la protesta y la libertad de expresión, los cuales son pilares del proceso político.

\* Profesor de la maestría en Derechos Humanos y Garantías del ITAM y la maestría en Derecho de la UNAM. (Ciudad de México, México). Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, maestro en Teoría del Derecho por la New York University (Hauser Global Scholar), diplomado del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España, especialista en Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid y en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante, abogado de la Escuela Libre de Derecho. Copresidente de la Sección Mexicana de ICON-S. Contacto: nroberto84@hotmail.com ORCID: 0000-0002-4671-7600.

\*\* Agradezco a las dos personas dictaminadoras, a Ana Micaela Alterio y a Zaira Pérez Figueroa los comentarios y críticas a este artículo.

\*\*\* Recibido el 16 de junio de 2020, aprobado el 28 de noviembre de 2020.

Para citar el artículo: NIEMBRO ORTEGA, R. *Dos lecturas de la teoría de la justicia constitucional de Roberto Gargarella*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 49, mayo-agosto de 2021, 159-178.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n49.09>

## PALABRAS CLAVE

Justicia constitucional, constitucionalismo latinoamericano, Roberto Gargarella, John Hart Ely.

## ABSTRACT

In this work I present two different readings of Roberto Gargarella's theory of constitutional justice. On the one hand, a procedural reading, on the other, a transformative reading. The former is worry about the counter majoritarian difficulty and propose a restrictive account of judicial review. The latter is focus on social change by law in a democratic, participatory and egalitarian course. In my point of view, the procedural conception is insufficient for constitutional courts in Latin American, even though it is partially useful. Furthermore, I argue that the transformative conception is more plausible if we take into account Gargarella's egalitarian conception of Latin American constitutionalism.

## KEYWORDS

Constitutional justice, Latin American constitutionalism, Roberto Gargarella, John Hart Ely.

## SUMARIO

Introducción. 1. Una lectura elyana o procedimentalista de la teoría del *control judicial* de Roberto Gargarella. 2. La utilidad parcial para América Latina de la garantía judicial del proceso político. 3. Una lectura transformadora de la teoría de la *justicia constitucional* de Roberto Gargarella. Conclusión. Referencias.

## INTRODUCCIÓN

El debate sobre el constitucionalismo y el papel de la justicia constitucional en el derecho comparado, y particularmente en América Latina, se ha enriquecido sustancialmente gracias a los trabajos de Roberto Gargarella. Creo poder afirmar sin temor a equivocarme que Gargarella ha generado ya una escuela del derecho constitucional latinoamericano. En lo personal, su teoría ha influido decisivamente en mi forma de comprender el constitucionalismo. Mi aporte a este número monográfico de la *Revista Derecho del Estado* es un homenaje a su trayectoria y una forma de agradecer su enorme generosidad.

Roberto Gargarella ha desarrollado una teoría del constitucionalismo consistente, profunda y preocupada por algunos dramas –como él los llama–

latinoamericanos de nuestro tiempo, particularmente la desigualdad política, social y económica y la consiguiente concentración del poder. Así, aboga porque el constitucionalismo sea una herramienta para lograr una deliberación democrática inclusiva y robusta entre iguales, que combata el perfeccionismo moral, colabore con abrir los espacios para la participación democrática y se oponga a la concentración del poder en el poder ejecutivo, uno de los peores males que identifica en el constitucionalismo latinoamericano<sup>1</sup>. Desde mi punto de vista, la corriente del constitucionalismo al cual se adhiere Gargarella es una especie de constitucionalismo progresista<sup>2</sup>, con fuertes compromisos igualitarios como son la provisión de las condiciones materiales mínimas necesarias para ejercer la libertad y el autogobierno colectivo.

Por otro lado, Gargarella también tiene una teoría sobre la justicia constitucional, de acuerdo con la cual esta puede contribuir en alguna medida a la democracia. Algunos de los aportes de la justicia constitucional (respetando el predominio de la autoridad democrática) son: servir al debate colectivo; contribuir a la inclusión y a la igualdad; ayudar a la ciudadanía a reconocer los diversos puntos de vista en juego en situaciones de conflicto; forzar a los legisladores a que justifiquen sus decisiones; evitar que quienes están en control del poder institucional impidan a quienes están afuera del mismo que participen de él y lleguen a ocuparlo; eludir que desde los órganos de decisión se tomen decisiones no fundadas en argumentos, es decir, que sean la pura expresión de grupos de interés<sup>3</sup>.

En este trabajo argumentaré que la teoría sobre la justicia constitucional de Gargarella puede leerse de dos maneras distintas, como una teoría de la restricción judicial o como una teoría transformadora, siendo la segunda más plausible que la otra, pues si se interpreta como una teoría de la restricción judicial entra en tensión con los objetivos más ambiciosos de su concepción del constitucionalismo latinoamericano, como es la garantía de las condiciones necesarias para la deliberación entre iguales. En efecto, existen por lo menos dos formas de pensar sobre la justicia constitucional. Por un lado, las teorías restrictivas del control judicial, cuya principal preocupación es hacer frente a la objeción contramayoritaria al poder judicial por la potestad que tiene de anular o desaplicar las normas emitidas por los congresos popular-

1 GARGARELLA, R. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010. The Engine Room of the Constitution 100*. New York: Oxford University Press, 2013.

2 En su manera de pensar el constitucionalismo Gargarella ha reconocido la influencia de Carlos Nino y John Rawls. Véase GARGARELLA, R. *Los fundamentos legales de la desigualdad*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2005; GARGARELLA, R. y NIEMBRO ORTEGA, R. (coord.), *Constitucionalismo progresista. Retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*. México: UNAM-III, 2016.

3 GARGARELLA, R. *Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la constitución*. En GARGARELLA, R. (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, 168.

mente electos<sup>4</sup>. Por otro lado, las teorías que buscan guiar el ejercicio de la justicia constitucional hacia algún ideal normativo, por ejemplo, promover y garantizar las condiciones de participación y deliberación popular robusta, cuya principal preocupación no es la objeción contramayoritaria del control judicial de la ley. La teoría que Gargarella ha desarrollado puede leerse –y así creo que se ha hecho en América Latina– tanto como una teoría de la restricción judicial, como una teoría normativa para el actuar transformador de los jueces constitucionales.

De acuerdo con una lectura restrictiva de su teoría, preocupada por el autogobierno colectivo, el foco está puesto en definir los limitados supuestos en que el control judicial está justificado, los que son menos sustantivos y más procedimentales. Es cierto que esta no es una contradicción, pues, sin ninguna duda, el constitucionalismo puede pensarse más allá de los tribunales. Ahora bien, la tensión se presenta cuando su concepción igualitaria del constitucionalismo se incorpora a su teorización sobre la justicia constitucional en América Latina, pues entonces la justicia tiene la ambiciosa tarea de restaurar las condiciones para una deliberación democrática inclusiva y robusta entre iguales, en contextos tan desiguales como los nuestros<sup>5</sup>. De esta manera, la justicia constitucional no puede, para cumplir con su cometido, estar limitada a intervenir en algunos supuestos o casos específicos.

Como alternativa, es posible leer la teoría la justicia constitucional de Gargarella desde otra perspectiva más acorde con sus visión del constitucionalismo latinoamericano, conforme a la cual el principio de una deliberación robusta entre iguales no es una razón para restringir las tareas de la justicia constitucional, sino que es un ideal normativo para su actuar, es decir, para guiar a los tribunales constitucionales en cómo ser sedes de diálogo, interlocutores de otros actores, promotores o garantes de la deliberación<sup>6</sup>. De esta manera, la teoría de la justicia constitucional no tiene como fin hacerle frente a la objeción contramayoritaria –la cual solo puede salvarse con un diseño institucional distinto que no le atribuye al poder judicial la última palabra sobre la interpretación de la constitución–, sino que tiene un cometido más amplio que va más allá de la citada objeción. En otras palabras, la deliberación entre iguales es un principio normativo para el diseño de la justicia constitucional y para la actuación de los jueces.

4 BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. New York: The Bobbs-Merrill Company, 1962.

5 GARGARELLA, R. *La revisión judicial para las democracias latinoamericanas*. En NIEMBRO ORTEGA, R. y VERDUGO, S. (coord.), *La justicia constitucional en tiempos de cambio*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación/ICON-S, 2019.

6 NIEMBRO ORTEGA, R. *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

Es posible que estas dos lecturas de la teoría de la justicia constitucional de Gargarella sean solo el reflejo de la evolución de su pensamiento en el tema a lo largo de los años. No es aventurado pensar que, en sus primeros trabajos, su concepción sobre la justicia constitucional estuvo influenciada por la lectura de autores como Jeremy Waldron<sup>7</sup> o Mark Tushnet<sup>8</sup> y que, con el paso de los años, atendiendo al contexto latinoamericano, se haya acercado a otros autores y autoras que, si bien abogan por un papel mesurado<sup>9</sup> de los jueces constitucionales –si se les compara con los defensores del modelo fuerte de *judicial review*–, reconocen que la justicia constitucional tiene la tarea de subsanar deficiencias democráticas<sup>10</sup>.

El artículo se divide en tres apartados. En el primero haré una lectura elyiana o procedimentalista de la teoría del control judicial de Gargarella. Argumentaré que las teorías de la garantía judicial del proceso político no son suficientes para América Latina si atendemos al contexto, a las competencias de los tribunales constitucionales de la región y a los compromisos transformadores de algunas constituciones latinoamericanas. En segundo lugar, utilizaré un caso reciente resuelto por la Suprema Corte de México para ejemplificar la utilidad parcial que sí tienen las teorías del proceso político, así como la función mayoritaria que en algunas ocasiones desempeñan los tribunales constitucionales. Asimismo, resaltaré que las teorías de la garantía judicial del proceso político incentivan un debate transparente sobre las concepciones de la democracia que sostienen los jueces y las juezas constitucionales. En tercer lugar, haré una lectura transformadora de la teoría de la justicia constitucional de Gargarella. El carácter transformador de la justicia constitucional no radica solo –como suele pensarse– en la justiciabilidad de los derechos sociales, sino también en la protección del derecho a la protesta y de la libertad de expresión, los cuales son pilares del proceso político. Por último, presentaré una conclusión.

#### 1. UNA LECTURA ELYANA O PROCEDIMENTALISTA DE LA TEORÍA DEL CONTROL JUDICIAL DE ROBERTO GARGARELLA

De acuerdo con esta primera aproximación, la teoría del *control judicial* de Gargarella puede enmarcarse en las teorías del proceso político, que reciente-

7 WALDRON, J. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

8 TUSHNET, M. *Taking the Constitution Away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

9 GARDBAUM, S. *Comparative Political Process Theory*. En *International Journal of Constitutional Law*. N.º 18, 2020; DIXON, R. *Responsive Judicial Review*. Oxford: Oxford University Press, en prensa.

10 Agradezco a una de las personas dictaminadoras por hacerme notar este punto, y a Roberto Gargarella por su aclaración al respecto.

mente han sido retomadas por Stephen Gardbaum<sup>11</sup> con el objetivo de ampliar los alcances de la teoría del control judicial que John Hart Ely escribió hace cuarenta años. Gardbaum extiende el tipo de fallas que los jueces u otras instancias deben revisar, así como los tipos de control judicial que estas demandan<sup>12</sup>.

La influencia que Ely ha tenido en la teoría sobre el control judicial de Gargarella, y antes en la de Nino<sup>13</sup>, es evidente desde sus primeros aportes en la materia. Si recordamos, la teoría de Ely busca garantizar la participación democrática de las minorías sociales y fortalecer el sistema representativo, como un desarrollo de la nota al pie n.º 4 de la sentencia en el caso *United States v. Carolene Products*<sup>14</sup>. Al tratarse de una teoría del control judicial de constitucionalidad de las leyes, su preocupación principal es pensar sobre la posibilidad de compatibilizar dicha potestad judicial con la democracia. En otras palabras, no es una teoría que piense a la justicia constitucional en toda su extensión, sino en la tensión entre el poder de los jueces de anular o inaplicar leyes y el autogobierno colectivo.

Ely quería evitar que los jueces impusieran sus valores morales, pues la democracia implica que los representantes gobiernan con el consentimiento de los ciudadanos<sup>15</sup>. Para él, el papel de la Suprema Corte era resguardar el procedimiento democrático, cuidando que los canales de comunicación y participación permanecieran abiertos para todos los que pudieran ser afectados por la decisión, así como defender minorías sociales que sistemáticamente fueran perjudicadas por los prejuicios de las mayorías<sup>16</sup>. Su teoría buscaba evitar decisiones como *Lochner v. New York* o *Roe v. Wade*, pues aun cuando compartía la resolución de *Roe*, consideraba que no correspondía a los jueces imponer sus visiones morales o económicas.

De acuerdo con esta perspectiva procedimental de la teoría de Gargarella, una nota común con la teoría de Ely es que son propuestas de restricción judicial, pues el control judicial debe estar limitado a la garantía de unos cuantos principios o estructuras democráticas y así respetar un espacio amplio para la deliberación y la participación popular<sup>17</sup>. De esta manera, las teorías del proceso político del control judicial son alternativas a las teorías contramayoritarias enfocadas en la protección de los derechos fundamentales o a las teorías que abogan por quitar la constitución de las manos de los tribunales<sup>18</sup>.

11 GARDBAUM. *Comparative Political Process Theory*, cit.

12 ELY, J. H. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, 92, 100.

13 NINO, C. S. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, 273.

14 *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938).

15 ELY. *Democracy and Distrust*, cit., 4-7, 44, 73.

16 *Ibid.*, 74, 76, 87, 100.

17 GARGARELLA, R. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2012, 181, 205.

18 TUSHNET. *Taking the Constitution Away from the Courts*, cit.

Otras visiones del control judicial que se preocupan por el buen funcionamiento del proceso político son las desarrolladas, por ejemplo, por Michael Klarman, quien defiende una visión mayoritaria del control judicial, pues los jueces deben impedir el atrincheramiento de los representantes populares en el poder. Otra es la teoría de Samuel Issacharoff y Richard H. Pildes, quienes abogan por que en los casos que involucran la regulación de la política, la Suprema Corte impida que los partidos políticos dominantes cierren las instituciones políticas impidiendo la competencia<sup>19</sup>; o la teoría de Gardbaum, para quien el control judicial debe resguardar los procesos y estructuras de la democracia representativa.

En pocas palabras, las teorías de la garantía judicial del proceso político encomiendan a la justicia constitucional el resguardo de los procesos y estructuras del sistema representativo. Ahora bien, en la medida en que sostienen una concepción distinta de la democracia –pluralista, del mercado, deliberativa, etc.–, sus preocupaciones son relativamente diferentes, y mientras más ambiciosa es la concepción democrática, más lo es la teoría de la justicia constitucional. Así, a diferencia de la concepción pluralista que defiende Ely, conforme a la cual las preferencias de los ciudadanos se entienden como dadas, la democracia deliberativa defendida por Gargarella pone el foco en el proceso de discusión colectiva que permite depurarlas de prejuicios y obliga a responder a las observaciones y críticas de los demás<sup>20</sup>. Ahora bien, en todas hay una orientación hacia el procedimiento y/o la deliberación democrática, a diferencia de lo que ocurre con las teorías contramayoritarias, las cuales se enfocan en la protección de los derechos fundamentales.

Lo que quiero destacar es que, desde mi punto de vista, las teorías del proceso político son insuficientes para explicar y guiar a la justicia constitucional en América Latina. Por un lado, porque los males que aquejan a las democracias latinoamericanas –como las profundas desigualdades económicas, políticas y sociales, la concentración del poder, los altos niveles de corrupción, etc.– no se reducen al cierre de los canales de acceso al poder o a la discriminación sistemática en contra de grupos contra los que existen prejuicios sociales. Es cierto que estos últimos también son males que aquejan a las democracias en América Latina y, por tanto, son tareas que deben formar parte de la agenda de la justicia constitucional, sin embargo, no pueden ser las únicas.

Por otro lado, el diseño institucional y las tareas que tiene encomendada la justicia constitucional en Latinoamérica<sup>21</sup> hacen imposible que las teorías

19 ISSACHAROFF, S. y PILDES, R. H. *Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process*. En *Stanford Law Review*. Vol. 50, n.º 3, 1998, 644, 648.

20 GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno*, cit., 174, 177, 182.

21 POU GIMÉNEZ, F. *Las cortes latinoamericanas en un contexto de democracias dislocadas: un análisis desde el optimismo estratégico*. En NIEMBRO ORTEGA y VERDUGO (coord.), *La justicia constitucional en tiempos de cambio*, cit.

del proceso político informen su cometido, particularmente, dadas las amplias atribuciones que tienen los tribunales constitucionales que les obligan a resolver una amplia variedad de casos sobre temas como el combate a la corrupción, conflictos competenciales verticales y horizontales, protección de derechos sociales, disputas partidistas, garantía del sistema representativo, protección de minorías sociales, etc. Por ello, como lo señala Klarman al hablar del control judicial mayoritario, las teorías del proceso político deben ser pensadas como complementarias a otras teorías del control judicial<sup>22</sup>. Lo mismo sucede con la propuesta de Garbbaum, quien reconoce explícitamente que su teoría no debe ser el modo exclusivo o principal de control judicial<sup>23</sup>. De hecho, el modelo de garantía judicial del proceso político derivado de la nota al pie n.º 4 de la sentencia en el caso *Carolene Products* no fue pensado como un desarrollo acabado de la teoría de la interpretación<sup>24</sup>.

El cuestionamiento anterior a las teorías del proceso político podría contestarse señalando que su propuesta implica necesariamente una retracción de las tareas actualmente encomendadas a la justicia constitucional en muchas constituciones modernas<sup>25</sup>. Es decir, en defensa de la garantía del proceso político podría decirse que para su aplicación correcta las materias del conocimiento de la justicia constitucional deben reducirse o modificarse; por ejemplo, sustrayendo del ámbito de competencia de los tribunales constitucionales la resolución de casos sobre derechos sociales o contra la corrupción, por mencionar algunos. Ahora bien, en tanto esas materias le son atribuidas a la justicia constitucional o ella misma expande sus competencias a las mismas<sup>26</sup>, creo que nuestras teorías deben ser pensadas para informar la actuación total de los tribunales, o reconocer que la garantía judicial del proceso político solo es complementaria de otras propuestas. Lo que me resulta difícil de aceptar es que las teorías del proceso político sean suficientes para guiar la actuación de tribunales constitucionales como los latinoamericanos que tienen encomendadas una amplia gama de materias para su resolución, y tienen que hacer frente a retos importantísimos que les plantea la realidad social.

Es posible que en países como Estados Unidos las teorías del proceso político como las de Ely o Gargarella no generen una tensión con sus compromisos constitucionales, pues el control judicial no está previsto en su texto constitucional, y mucho menos se prevén procedimientos específicos para

22 KLARMAN, M. *Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem*. En *Georgetown Law Review*. 1996-1997, vol. 85, 501; GARBAUM. *Comparative political process theory*, cit., 3.

23 *Ibid.*, 40.

24 KLARMAN, M. *The Puzzling Resistance to Political Process Theory*. En *Virginia Law Review*. Vol. 77, n.º 4, 1991, 749.

25 LANDAU, D. *Substitute and Complement Theories of Judicial Review*. En *Indiana Law Journal*. Vol. 92, n.º 4, 2017, 1311.

26 KLARMAN. *Majoritarian Judicial Review*, cit., 550.



cuestionar la constitucionalidad de leyes o actos de autoridades administrativas, como sí sucede en algunas constituciones de América Latina. Pero más importante aún, la estadounidense es una constitución que no prevé derechos económicos y sociales o la aplicación horizontal de los derechos humanos, por mencionar algunas diferencias. Es decir, es posible entender la teoría de Ely porque tiene como presupuesto una constitución como la norteamericana, repleta de libertades negativas, y que no es un impedimento para que el día de mañana, si así lo decide la Suprema Corte, esta deje de conocer de materias que al día de hoy sí considera cuestionables. Ahora bien, este mismo presupuesto no se da en las constituciones latinoamericanas, porque muchas de ellas contienen un compromiso transformador y posliberal<sup>27</sup>, de acuerdo con el cual el Estado –incluida la justicia constitucional– tiene encomendado el cambio social y deberes positivos para lograrlo<sup>28</sup>, aspecto que obviamente no le pasa desapercibido a Gargarella.

Con ello no quiero decir que las funciones atribuidas por las teorías de la garantía del proceso político sean de menor calado, pues, como señala Gargarella, imponen a los jueces la difícil tarea de restaurar el barco en el que están navegando, por ejemplo, limitando el enorme poder de la rama ejecutiva<sup>29</sup>.

Por estas razones, la pregunta es en qué medida debemos inspirarnos en teorías de la garantía judicial del proceso político como las de Ely, ante las grandes diferencias de contexto de la región latinoamericana –que Gargarella nos insiste en tomar en cuenta en algunos de sus últimos trabajos<sup>30</sup>–, las distintas atribuciones que tienen nuestros tribunales constitucionales y el mandato transformador de muchas constituciones latinoamericanas. Más aún cuando la teoría del proceso político de Ely asumía que en Estados Unidos la competencia política y la representación funcionaba relativamente bien<sup>31</sup>.

27 FARINACCI-FERNÓS, J. M. *Post-liberal Constitutionalism*. En *Tulsa Law Review*. Vol. 54, n.º 1, 2018.

28 KLARE, K. *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*. En *South African Journal on Human Rights*. Vol. 14, n.º 1, 1998; GROTE, R. *The Mexican Constitution of 1917. An Early Example of Radical Transformative Constitutionalism*. En VON BOGDANDY, A. et al. (ed.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*. New York: Oxford University Press, 2017; DAVIS, D. M. *Transformation and the Democratic Case for Judicial Review: The South African Experience*. En *Loyola University Chicago International Law Review*. Vol. 5, n.º 1, 2007, 46.

29 GARGARELLA. *La revisión judicial para las democracias latinoamericanas*, cit., 374.

30 GARGARELLA, R. *Cinco movimientos de un debate inacabado. Sobre la justicia constitucional de la democracia deliberativa de Roberto Niembro*. En NIEMBRO ORTEGA, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, cit.; GARGARELLA. *La revisión judicial para las democracias latinoamericanas*, cit. Una pregunta que surge de este llamado a la contextualización latinoamericana del papel de la justicia constitucional es si implica un papel más protagónico para los jueces.

31 PARKER, R. *The Past of Constitutional Theory. And its Future*. En *Ohio State Law Review*. Vol. 42, 1981, 241.

## 2. LA UTILIDAD PARCIAL PARA AMÉRICA LATINA DE LA GARANTÍA JUDICIAL DEL PROCESO POLÍTICO

En el apartado anterior argumenté que las teorías del proceso político son insuficientes para dar cuenta de las atribuciones que tienen los tribunales constitucionales en la región latinoamericana y los retos que tienen ante sí. Ahora quiero ejemplificar cuál es la utilidad *parcial* que sí tienen para países como México, particularmente para pensar en nuevos diseños institucionales o resolver casos en los que está de por medio la garantía de los principios y estructuras del sistema representativo. En efecto, la idea de que la justicia solucione o aminore los problemas de exclusión de voces de la esfera pública, permitiendo que los intereses de los excluidos sean tomados en cuenta por los órganos representativos y sus problemas sean atendidos, sigue siendo muy potente.

Por un lado, Gargarella propone reformas institucionales a los poderes judiciales, que hagan de estas instituciones más abiertas a las demandas de la gente y no sigan siendo órganos cerrados a la ciudadanía. Así, por ejemplo, sus propuestas –que comparto– de institucionalizar audiencias públicas en los tribunales en casos de litigio estructural o en casos que nos afectan a todos y todas, la flexibilización de los requisitos de procedencia de las acciones de inconstitucionalidad o la garantía del derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas previsto el Convenio 169 de la OIT son algunas ideas inspiradas en abrir los canales de participación que requieren de reformas institucionales o compromisos distintos –más igualitarios– por parte de los jueces<sup>32</sup>.

Asimismo, la utilidad de la garantía del proceso político es evidente a la luz de casos, entre otros, en los que quienes gobiernan modifican las reglas que regulan el proceso electoral en su beneficio, dificultando o impidiendo el acceso al poder de otros grupos. Este es el supuesto de una decisión reciente de la Suprema Corte mexicana en la que declaró la inconstitucionalidad de la llamada “Ley Bonilla”<sup>33</sup>. En el caso, la Corte invalidó la reforma al artículo octavo transitorio de la Constitución del Estado de Baja California en el que se amplió el plazo bajo el cual el Gobernador Jaime Bonilla –ya electo– desempeñaría su cargo. En efecto, el día de la elección, el 2 de junio de 2019, el plazo legal previsto para la gubernatura del Estado era de dos años, empezando el 1 de noviembre de 2019 y terminando el 31 de octubre de 2021, pero mediante la reforma aprobada el 11 de septiembre y publicada

32 GARGARELLA, R. *Recuperando el lugar del “pueblo” en la Constitución*. En GARGARELLA y NIEMBRO ORTEGA (COORD.), *Constitucionalismo progresista*, cit.

33 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MÉXICO. Acción de inconstitucionalidad 112/2019 y sus acumuladas.

el 17 de octubre de 2019, antes de que el gobernador electo tomara posesión del cargo, se amplió el plazo hasta el 31 de octubre de 2024<sup>34</sup>.

De acuerdo con las teorías de la garantía judicial del proceso político, este es un caso idóneo para el control judicial, incluso aplicando un escrutinio más riguroso; es decir que las cortes deberían analizar con mayor cautela la decisión de quienes detentan el poder de cambiar las reglas del juego para perpetuarse en el mismo, dificultando la entrada de quienes están afuera (segundo párrafo de la nota al pie n.º 4 de la sentencia en *Carolene Products*).

De hecho, no podemos pasar por alto la relevancia que la teoría sobre la garantía judicial del proceso político tiene en el actual contexto mexicano. Al menos discursivamente, una de las transformaciones sustanciales que prometió el cambio de régimen derivado de las elecciones de 2018 radica en una apuesta por la democracia participativa<sup>35</sup>. En este sentido, como argumenté en otro artículo<sup>36</sup>, garantizar el acceso y el correcto funcionamiento de los mecanismos de participación –entre ellos las elecciones– y del sistema representativo es sumamente pertinente.

Además, contamos con una Suprema Corte consolidada que puede hacerse cargo de esas tareas, pues dejó atrás la etapa de dependencia y sumisión al poder ejecutivo que caracterizó su actuar durante el autoritarismo<sup>37</sup>. En efecto, gracias a la reforma de 1994 y a la alternancia en la presidencia en el año 2000, se fortalecieron sus funciones y su independencia para dar paso a la judicialización de los conflictos políticos<sup>38</sup> y, posteriormente, con la reforma de derechos humanos de 2011, a una agenda preocupada por su protección<sup>39</sup>.

34 “OCTAVO. Para efecto de la concurrencia de la elección de Gubernatura del Estado con el proceso electoral federal de 2024, la Gubernatura electa en el proceso electoral de 2019, iniciará funciones el primero de noviembre de 2019 y concluirá el 31 de octubre de 2024. La reforma al artículo 44, mediante el cual se adelanta la toma de posesión del Gobernador del Estado al mes de septiembre posterior a la elección, será aplicable al que sea electo en dicho cargo en el proceso electoral de 2030.

“Por única ocasión el Gobernador del Estado electo en el proceso electoral de 2024, iniciará funciones el primero de noviembre de 2024 y concluirá el treinta y uno de agosto de 2030”.

35 Véase LINARES, S. *Democracia participativa epistémica*. Madrid: Marcial Pons, 2017.

36 NIEMBRO ORTEGA, R. *John Hart Ely in the Mexican Supreme Court*, por publicarse.

37 DOMINGO, P. *Judicial Independence: The Politics of the Supreme Court in Mexico*. En *Journal of Latin American Studies*. Vol. 32, n.º 3, 2000. Véase MIJANGOS Y GONZÁLEZ, P. *Historia mínima de la Suprema Corte de México*. México: El Colegio de México, 2019, 142.

38 ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A. *La justicia constitucional en México. Balance y retos*. En VEGA GÓMEZ, J. y CORZO SOSA, E. (coord.), *Tribunales y justicia constitucional*. México: UNAM-III, 2002, p. 423. MAGALONI, B. *Enforcing the Autocratic Political Order and the Role of Courts: The Case of Mexico*. En GINSBURG, T. y MOUSTAFA, T. (ed.), *Rule by Law. The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*. New York: Cambridge University Press, 2008; POZAS LOYO, A. y RÍOS FIGUEROA, J. *The Transformations of the Role of the Mexican Supreme Court*. En CASTAGNOLA, A. y LÓPEZ NORIEGA, S. (eds.), *Judicial Politics in Mexico. The Supreme Court and the Transition to Democracy*. New York: Routledge, 2016.

39 CARBONELL, M. y SALAZAR, P. *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*. México: UNAM-III, 2011; POU GIMÉNEZ, F. *The Constitution of Mexico*. En HÜBNER

Ahora bien, a partir de entonces su función ha sido pensada desde teorías sustantivas de la democracia, como las de Ronald Dworkin<sup>40</sup>, Robert Alexy<sup>41</sup> o Luigi Ferrajoli<sup>42</sup>, enfocadas en los derechos como límites de las mayorías. Sin embargo, hasta el momento no se ha conceptualizado la posibilidad de que en algunos casos la Corte funcione como una institución que protege los intereses de la mayoría de la población aun cuando anule la decisión de sus representantes.

Al resolver el caso *Bonilla*, un caso idóneo para la aplicación de las teorías del proceso político, la Suprema Corte consideró vulnerados los principios de certeza electoral y seguridad jurídica, los derechos a votar y ser votado como expresiones de la participación política, la prohibición de reelección de los gobernadores y la prohibición de retroactividad de la ley. Sin embargo, las referencias a la democracia son breves<sup>43</sup>:

Así, el modelo de la democracia representativa está basado en la designación de los representantes a través de elecciones libres y periódicas, por medio de las cuales se ejerce la soberanía. Ese modelo no exigía el control judicial de las cuestiones político-electorales y, por ende, tampoco la aplicación coactiva de los límites constitucionales y legales por esa vía en la resolución de los conflictos surgidos en ese ámbito.

En cambio, la democracia constitucional, propia del Estado de derecho, también parte del principio de representación popular, *pero establece límites infranqueables para las mayorías y para los titulares de los órganos públicos, como son los derechos humanos y las reglas constitucionales en que se fundamenta el proceso electoral* y, además, sujeta las cuestiones político-electorales al control jurídico en sede jurisdiccional. (Cursivas fuera del texto).

Desde mi punto de vista, uno de los beneficios que tienen las teorías del proceso político es la apertura con la que se debate o se invita a los jueces a debatir sobre su concepción de la democracia, algo que es poco habitual que hagan. Este aspecto resulta relevante por dos razones: por un lado, permite cambiar el enfoque de los jueces constitucionales de pensar todos los temas en términos de derechos individuales<sup>44</sup>, quienes suelen dejar de lado las im-

MENDES, C. y GARGARELLA, R. (eds.), *The Oxford Handbook of Latin American Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, por publicarse.

40 DWORKIN, R. *The Forum of Principle*. En *New York University Law Review*. Vol. 56, 1981.

41 ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*. J. Rivers (trad.). Oxford: Oxford University Press, 2002.

42 FERRAJOLI, L. *La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

43 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MÉXICO. Acción de inconstitucionalidad 112/2019 y sus acumuladas, 172.

44 ISSACHAROFF, S. y PILDES, R. H. *Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process*, cit., 648.

plicaciones para el sistema democrático; por el otro lado, el debate abierto sobre las concepciones democráticas nos permite saber qué entienden los jueces por democracia, dándole sentido a una de las funciones que se le han atribuido a la justicia constitucional como es su defensa.

En el caso *Bonilla* la discusión abierta y profunda sobre concepciones de la democracia hubiera permitido identificar esta decisión como una sentencia acorde con el principio mayoritario que defiende la participación democrática, y no como una sentencia contramayoritaria que “establece límites infranqueables para las mayorías”. En efecto, una de las instancias por excelencia de la participación popular es el voto que se ejerce después de un largo período de contienda, que permite a los ciudadanos conocer y debatir sobre los programas de los partidos políticos bajo ciertas reglas establecidas con anterioridad<sup>45</sup>. Así, lo que hizo la Suprema Corte fue defender la decisión de la mayoría de los ciudadanos que el 2 de junio de 2019 votó por elegir al gobernador por un período de dos años, frente a la mayoría de representantes populares que decidieron, sin legitimidad democrática para ese propósito, ampliar el plazo de su mandato a cinco años.

Asimismo, la decisión de garantizar que el desempeño del mandato fuera solo por dos años, como lo habían consentido los electores el día de la elección, protegió la legitimidad del sistema democrático en su conjunto, que asegura constitucionalmente a quienes perdieron en la elección de 2019 la posibilidad de que el día de mañana puedan convertirse en mayoría y ocupar la gubernatura. Así, de haberse validado la prórroga del mandato hecha por los representantes se hubiera puesto en jaque a la democracia, la cual exige contar con elecciones periódicas en las fechas establecidas<sup>46</sup>.

De hecho, la violación a los derechos de participación de votar y ser votados que identifica la Suprema Corte se entiende mejor desde una concepción participativa de la democracia, a la que se refiere sucintamente en la sentencia<sup>47</sup>. Por ello, la distinción de la Corte entre democracia representativa y democracia constitucional no resulta del todo satisfactoria. Desde otra mirada, el énfasis se hubiera puesto en la primacía que tiene la participación frente a la representación, cuando se trata de los límites temporales consentidos por el electorado. Por esta razón son fundamentales las teorías del proceso político que obligan a los jueces a abordar con profundidad las implicacio-

45 Como señala Nino, el procedimiento democrático no es una actividad espontánea, sino un producto de reglas. NINO. *La constitución de la democracia deliberativa*, cit., 273.

46 ISSACHAROF, S. *Fragile Democracies*. New York: Cambridge University Press, 2015, 3.

47 En la página 202 de la acción de inconstitucionalidad 112/2019 y acumuladas dice: “El Tribunal Pleno consideró que la norma suprema ha optado por una democracia participativa, en igualdad y libertad. Es decir, por un gobierno de la mayoría limitado por la Constitución, lo que ha dado lugar a un modelo democrático participativo y constitucional, pero igualmente liberal y social”.

nes democráticas de sus decisiones y rehuir la incomodidad que genera la democracia al análisis legal<sup>48</sup>, como tantas veces ha insistido Gargarella.

Finalmente, hay otro aspecto democrático relevante de la sentencia del caso *Bonilla*. Previo a la ampliación del período de la gubernatura por el órgano reformador de la Constitución de Baja California, la decisión se sometió a la votación de una consulta popular sin seguir las reglas previstas para tal efecto. El resultado de la consulta fue a favor de la ampliación; sin embargo, fue una decisión que, además de no seguir las reglas establecidas para que se llevara a cabo, no fue precedida de un procedimiento de deliberación robusta por parte de la ciudadanía. En otras palabras, en este supuesto, la consulta popular fue una medida que buscó una legitimación instantánea basada en opiniones ciudadanas no deliberadas<sup>49</sup>, a diferencia del proceso electoral que durante meses involucró a los ciudadanos en la disputa de distintos programas de gobierno. De hecho, no hay que perder de vista que el plazo de dos años previsto en el artículo octavo transitorio anterior a la reforma que fue declarada inconstitucional se había publicado el 17 de octubre de 2014, ajustándose a la reforma del artículo 116 de la Constitución Federal de 10 de febrero de 2014 que prevé la obligación de los Estados de hacer concurrir por lo menos una elección local con las elecciones federales. Es decir, el plazo previsto de dos años de la gubernatura, bajo el cual se llevaron a cabo las elecciones, fue establecido desde el año 2014, después de una reforma a la Constitución Federal y una reforma a la Constitución local. Así, con su sentencia, la Corte no solo protegió una decisión mayoritaria, sino una elección hecha después de un proceso de deliberación de largo plazo.

### 3. UNA LECTURA TRANSFORMADORA DE LA TEORÍA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE ROBERTO GARGARELLA

En este tercer apartado me interesa leer la teoría de la *justicia constitucional*, y no solo del control judicial, desde una perspectiva transformadora a la que se adhiere Gargarella; es decir, cómo la justicia constitucional puede contribuir a hacer realidad los compromisos que el constitucionalismo tiene con el *cambio social* a través del derecho de manera pacífica, en una dirección democrática, participativa e igualitaria<sup>50</sup>.

Desde esta segunda perspectiva, la teoría de la justicia constitucional de Gargarella no pretende ser una teoría de la restricción judicial, ni complementaria de otras teorías, o limitar los alcances de la justicia constitucional

48 MANGABERIA UNGER, R. *What Should Legal Analysis Become?* UK: Verso, 1996, 72.

49 MING-SUNG KUO. *Against Instantaneous Democracy*. En *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 17, n.º 2, 2019, 554-575.

50 GARGARELLA, R. *The New Latin American Constitutionalism*. En VON BOGDANDY, A. et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, cit., 212.

en América Latina; sino que quiere establecer una *guía* de acción para los tribunales constitucionales existentes en la región (con aspiración a la institucionalización, para que no quede en el mero voluntarismo).

Una lectura transformadora de la teoría de la justicia constitucional de Gargarella conlleva retos importantes para los jueces que van más allá de reforzar el sistema representativo. Desde esta visión, la justicia tiene entre sus cometidos combatir la profunda desigualdad social, política y económica de nuestras sociedades latinoamericanas. Una de las vías identificadas en el derecho comparado para lograr la transformación es la justiciabilidad de los derechos sociales<sup>51</sup>, para lo cual Gargarella se ha inclinado por soluciones dialógicas mediante las cuales los jueces defienden la exigibilidad de estos derechos, pero la implementación y el diseño de políticas públicas se llevan a cabo por los poderes políticos en colaboración con los afectados, con la supervisión y seguimiento de los tribunales<sup>52</sup>.

Como se sabe, la previsión de los derechos sociales en los textos constitucionales tiene entre sus primeras expresiones la Constitución mexicana de 1917<sup>[53]</sup> y la Constitución de Weimar de 1919, y es un rasgo que las distingue de la Constitución de Estados Unidos. Así, como ya sugerí, puede pensarse que las propuestas de garantizar judicialmente el proceso político no nos ayudan a entender constituciones como la nuestra, con una visión del Estado que es empoderado y no solo limitado por la constitución, para llevar a cabo los deberes positivos que estos derechos implican.

En mi opinión, la crítica a las teorías de la garantía del proceso político por ser insuficientes para guiar a la justicia en la protección de los derechos sociales es solo parcialmente correcta. En efecto, una visión transformadora de la justicia, además de abogar por la justiciabilidad de los derechos sociales –con los límites inherentes que tiene la intervención judicial para cambiar la sociedad a través de sus sentencias–, plantea un reto más importante vinculado con las condiciones ideológicas o estructurales de nuestras democracias. Así, a un nivel más profundo, el desafío para la justicia es combatir la concepción neoliberal de los derechos humanos que se ha incorporado a lo largo de los años en nuestro bagaje intelectual. Conforme a esa concepción, el derecho a la propiedad tiene primacía frente a los demás derechos, los derechos humanos son instrumentos para la protección de la libertad de mercado y los derechos sociales, en el mejor de los casos, son de segundo nivel o normas programáticas. Además, se teme y se combate la política de masas. Por el contrario, una visión igualitaria de los derechos

51 VON BOGDANDY *et al.* (ed.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*, cit.

52 GARGARELLA, R. *Why Do We Care about Dialogue*. En YOUNG, K. (ed.), *The Future of Social and Economic Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

53 GROTE. *The Mexican Constitution of 1917*, cit.; GARGARELLA. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010*, cit.

como la que defiende Gargarella aboga por un Estado social redistributivo y por la provisión estatal de las condiciones materiales necesarias para ejercer los derechos civiles y políticos, promoviendo la politización de la sociedad y el autogobierno colectivo<sup>54</sup>.

Así, un modelo transformador de justicia constitucional, además de proteger los derechos sociales, debe dar especial protección al derecho a la protesta, a la libertad de expresión y de asociación, el derecho de huelga, etc., indispensables para recuperar la politización de la sociedad, pues es a través de la movilización social –acompañada por la justicia constitucional– que se puede aspirar a que las promesas igualitarias de la constitución se hagan realidad<sup>55</sup>. De esta manera, tiene todo el sentido el énfasis que Gargarella ha puesto, en sus trabajos, en el derecho a la protesta como el primer derecho. En efecto, en su libro dedicado a la protesta reivindica el papel activo de la ciudadanía en la vida pública y del derecho a la protesta para exigir la recuperación de los demás derechos<sup>56</sup>.

Hay una razón adicional para que la justicia constitucional priorice la protección del derecho a la protesta y la libertad de expresión. Si el constitucionalismo transformador se caracteriza por tribunales activistas que protegen derechos sociales en busca de una sociedad igualitaria, su protección depende de la conformación que en un momento y lugar determinados tenga el tribunal. Es decir, el programa de cambio social que la constitución prevé porque nosotros así lo quisimos, queda a merced de la buena voluntad de los jueces constitucionales. De ahí que los tribunales constitucionales no pueden limitarse –aunque no sería poco– a garantizar los derechos sociales, sino que a la par deben darle sustento a una ciudadanía activa, requisito indispensable para un constitucionalismo igualitario.

En otras palabras, el papel transformador de la justicia constitucional no solo está –como suele pensarse– en admitir y llevar a cabo la justiciabilidad de los derechos sociales como mecanismos para garantizar las condiciones materiales mínimas que permiten a las personas ejercer sus libertades y derechos políticos. También está en fomentar un debate robusto y popular sobre los derechos, es decir, en garantizar uno de los principios fundamentales del proceso político.

## CONCLUSIÓN

La teoría de Roberto Gargarella sobre el constitucionalismo latinoamericano constituye, en mi opinión, una referencia obligada para cualquier persona que

54 WHYTE, J. *The Morals of the Market*. UK: Verso, 2019, 23, 28, 30, 155.

55 SCHOR, M. *Constitutionalism through the Looking Glass of Latin America*. En *Texas International Law Journal*. Vol. 41, 2006, 7, 35.

56 GARGARELLA, R. *El derecho a la protesta*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, 20, 193.



quiera entender los retos que existen en la región y pensar mejor sobre las soluciones que se pueden ofrecer desde una mirada igualitaria del constitucionalismo. Se trata, como ya dije, de una propuesta profunda, sofisticada, informada y políticamente comprometida con los ideales de la libertad y la igualdad.

En este artículo he presentado dos posibles lecturas de su teoría de la justicia constitucional. Como he intentado argumentar, la concepción transformadora es más plausible si tenemos en cuenta los compromisos igualitarios de su visión del constitucionalismo latinoamericano. Ahora bien, las concepciones procedimental y transformadora de la justicia constitucional deben complementarse para hacer realidad las promesas de la constitución, pues solo a través de la protección del derecho a la protesta y de la libertad de expresión es que podemos aspirar a que la garantía de los derechos sociales no dependa exclusivamente de la buena voluntad de quienes conformen los tribunales en un momento dado.

#### REFERENCIAS

- ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*. J. Rivers (trad.). Oxford: Oxford University Press, 2002.
- BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. New York: The Bobbs-Merrill Company, 1962.
- CARBONELL, M. y SALAZAR, P. *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*. México: UNAM-IIIJ, 2011.
- DAVIS, D. M. *Transformation and the Democratic Case for Judicial Review. The South African Experience*. En *Loyola University Chicago International Law Review*. Vol. 5, n.º 1, 2007.
- DIXON, R. *Responsive Judicial Review*. Oxford: Oxford University Press, en prensa.
- DOMINGO, P. *Judicial Independence: The Politics of the Supreme Court in Mexico*. En *Journal of Latin American Studies*. Vol. 32, n.º 3, 2000.
- DWORKIN, R. *The Forum of Principle*. En *New York University Law Review*. N.º 56, 1981.
- ELY, J. H. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- FARINACCI-FERNÓS, J. M. *Post-liberal Constitutionalism*. En *Tulsa Law Review*. Vol. 54, n.º 1, 2018.
- FERRAJOLI, L. *La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.
- GARDBAUM, S. *Comparative political process theory*. En *International Journal of Constitutional Law*. N.º 18, 2020.

- GARGARELLA, R. *La revisión judicial para las democracias latinoamericanas*. En NIEMBRO ORTEGA, R. y VERDUGO, S. (coord.), *La justicia constitucional en tiempos de cambio*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación/ICON-S, 2019.
- GARGARELLA, R. *Why Do We Care about Dialogue*. En YOUNG, K. (ed.), *The Future of Social and Economic Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- GARGARELLA, R. *Cinco movimientos de un debate inacabado. Sobre la justicia constitucional de la democracia deliberativa de Roberto Niembro*. En NIEMBRO ORTEGA, R., *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- GARGARELLA, R. *The New Latin American Constitutionalism*. En VON BOGDANDY, A. et al. (ed.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*. New York: Oxford University Press, 2017.
- GARGARELLA, R. *Recuperando el lugar del “pueblo” en la Constitución*. En GARGARELLA y NIEMBRO ORTEGA (coord.), *Constitucionalismo progresista. Retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*. México: UNAM-III, 2016.
- GARGARELLA, R. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2013.
- GARGARELLA, R. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2012.
- GARGARELLA, R. *Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la constitución*. En GARGARELLA, R. (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.
- GARGARELLA, R. *Los fundamentos legales de la desigualdad*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2005.
- GARGARELLA, R. *El derecho a la protesta*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.
- GARGARELLA, R. y NIEMBRO ORTEGA, R. (coord.). *Constitucionalismo progresista. Retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*. México: UNAM-III, 2016.
- GROTE, R. *The Mexican Constitution of 1917. An Early Example of Radical Transformative Constitutionalism*. En VON BOGDANDY, A. et al. (ed.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*. New York: Oxford University Press, 2017.
- ISSACHAROF, S. *Fragile Democracies*. New York: Cambridge University Press, 2015.
- ISSACHAROF, S. y PILDES, R. H. *Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process*. En *Stanford Law Review*. Vol. 50, n.º 3, 1998.
- KLARE, K. *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*. En *South African Journal on Human Rights*. Vol. 14, n.º 1, 1998.
- KLARMAN, M. *Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem*. En *Georgetown Law Review*. Vol. 85, 1996-1997.

- KLARMAN, M. *The Puzzling Resistance to Political Process Theory*. En *Virginia Law Review*. Vol. 77, n.º 4, 1991.
- LANDAU, D. *Substitute and Complement Theories of Judicial Review*. En *Indiana Law Journal*. Vol. 92, n.º 4, 2017.
- LINARES, S. *Democracia participativa epistémica*. Madrid: Marcial Pons, 2017.
- MAGALONI, B. *Enforcing the Autocratic Political Order and the Role of Courts: The Case of Mexico*. En GINSBURG, T. y MOUSTAFA, T. (eds.), *Rule by Law. The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*. New York: Cambridge University Press, 2008.
- MANGABERIA UNGER, R. *What Should Legal Analysis Become?* UK: Verso, 1996.
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, P. *Historia mínima de la Suprema Corte de México*. México: El Colegio de México, 2019.
- MING-SUNG KUO. *Against Instantaneous Democracy*. En *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 17, n.º 2, 2019.
- NIEMBRO ORTEGA, R. *John Hart Ely in the Mexican Supreme Court*, por publicarse.
- NIEMBRO ORTEGA, R. *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- NINO, C. S. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- PARKER, R. *The Past of Constitutional Theory. And its Future*. En *Ohio State Law Review*. Vol. 42, 1981.
- POU GIMÉNEZ, F. *The Constitution of Mexico*. En HÜBNER MENDES, C. y GARGARELLA, R. (eds.), *The Oxford Handbook of Latin American Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, por publicarse.
- POU GIMÉNEZ, F. *Las cortes latinoamericanas en un contexto de democracias dislocadas: un análisis desde el optimismo estatégico*. En NIEMBRO ORTEGA, R. y VERDUGO, S. (coord.), *La justicia constitucional en tiempos de cambio*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación/ICON-S, 2019.
- POZAS LOYO, A. y RÍOS FIGUEROA, J. *The Transformations of the Role of the Mexican Supreme Court*. En CASTAGNOLA, A. y LÓPEZ NORIEGA, S. (eds.), *Judicial Politics in Mexico. The Supreme Court and the Transition to Democracy*. New York: Routledge, 2016.
- SCHOR, M. *Constitutionalism through the Looking Glass of Latin America*. En *Texas International Law Journal*. Vol. 41, 2006.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MÉXICO. Acción de inconstitucionalidad 112/2019 y sus acumuladas.
- TUSHNET, M. *Taking the Constitution Away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.
- United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938).

WALDRON, J. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WHYTE, J. *The Morals of the Market*. UK: Verso, 2019.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A. *La justicia constitucional en México. Balance y retos*.  
En VEGA GÓMEZ, J. y CORZO SOSA, E. (coord.), *Tribunales y justicia constitucional*.  
México: UNAM-IJ, 2002.