

Constitucionalismo del Sur Global

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Ciencias Sociales y Humanidades

Filosofía política y del derecho

Constitucionalismo del Sur Global

Daniel Bonilla Maldonado
(Editor académico)



Bonilla, Daniel

Constitucionalismo del Sur Global / Daniel Bonilla Maldonado, Manuel Iturralde, Libardo Ariza et al.; traductor Carlos Morales de Setién Ravina. – Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2015.

496 páginas; 21 cm. – (Biblioteca universitaria de ciencias sociales y humanidades)

1. Derecho constitucional - Colombia 2. Derechos económicos y sociales - Colombia
3. Control de constitucionalidad - Colombia I. Iturralde, Manuel A. II. Ariza, Libardo III.
Morales de Setién Ravina, Carlos, traductor IV. Tít. V. Serie.

342 cd 21 ed.

A1469142

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

Título original: Daniel Bonilla (ed.), *Constitutionalism of the Global South*,
Cambridge University Press, New York, 2013. By permission.

© Daniel Bonilla Maldonado

La presente edición, 2015

© De la traducción de los capítulos 1, 2, 4, 5, 7 y 8,
Carlos F. Morales de Setién Ravina

© Siglo del Hombre Editores
Cra 31A n.º 25B-50, Bogotá D. C., Colombia
PBX: (57-1) 337 77 00, fax: (57-1) 337 76 65
www.siglodelhombre.com

Carátula
Alejandro Ospina

Armada electrónica
Ángel David Reyes Durán

ISBN: 978-958-665-330-5

Impresión
Carvajal Soluciones de Comunicación S.A.S.
Calle 17 n.º 69-85, Bogotá D. C.

Impreso en Colombia-Printed in Colombia

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

ÍNDICE

PRÓLOGO. HACIA UN CONSTITUCIONALISMO DEL SUR GLOBAL.....	13
<i>Daniel Bonilla</i>	
Introducción.....	13
1. Tres tribunales del Sur Global.....	36
2. Estructura del libro.....	46
I. DERECHOS SOCIALES Y ECONÓMICOS	
CAPÍTULO 1. EL CONSTITUCIONALISMO, EL SUR GLOBAL Y LA JUSTICIA ECONÓMICA	57
<i>David Bilchitz</i>	
Introducción.....	57
1. El ideal: constitucionalismo y justicia económica	61
2. Traducir el ideal en realidad: la cuestión del contenido.....	76
3. Repensar el constitucionalismo: estructuras e ideales	103
4. Conclusión	121

CAPÍTULO 2. LOS NEGOCIADORES INHERENTES.	
LOS JUECES DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES	
DE LA INDIA Y LOS DERECHOS SOCIOECONÓMICOS 125	
<i>Shylashri Shankar</i>	

Introducción.....	125
1. El Tribunal Supremo y los derechos socioeconómicos	139
2. El patrón de proceso judicial sobre salud y educación.....	142
3. Mecanismos adoptados por los jueces	156
4. Comprender el comportamiento judicial.....	159
5. Conclusión	165

CAPÍTULO 3. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS PERSONAS PRESAS Y LA INTERVENCIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA PENITENCIARIO COLOMBIANO 169	
<i>Libardo José Ariza</i>	

Introducción.....	169
1. El desarrollo del debate local-regional sobre la exigibilidad judicial de los derechos económicos y sociales.....	177
2. Conclusión	201

II. DIVERSIDAD CULTURAL

CAPÍTULO 4. DIVERSIDAD CULTURAL, “DERECHO VIVO” Y DERECHOS DE LAS MUJERES EN SUDÁFRICA..... 207	
<i>Catherine Albertyn</i>	

Introducción.....	207
1. El contexto constitucional.....	211

2. Entre el texto y el contexto: los valores objeto de disputa y la posibilidad de interpretaciones sudafricanas “nativas”	215
3. La diversidad cultural en el contexto de las múltiples desigualdades en Sudáfrica.....	220
4. Las luchas jurídicas en torno a la cultura y la costumbre: una jurisprudencia compleja de diversidad cultural basada en el “derecho vivo”	231
5. Los tribunales, las comunidades y el derecho vivo	263

CAPÍTULO 5. MANTENER LA FE: LA LEGITIMACIÓN DE LA DEMOCRACIA MEDIANTE PRÁCTICAS JUDICIALES

Gurpreet Mahajan

Introducción.....	269
1. La peculiaridad del caso indio.....	275
2. La regulación del Estado y la comunidad mayoritaria	282
3. La representación del hinduismo y el proceso posterior de homogenización	289
4. Las minorías y el Tribunal Supremo.....	293
5. El acto equilibrante.....	301

CAPÍTULO 6. AUTOGOBIERNO E IDENTIDAD CULTURAL. LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA.....

Daniel Bonilla

Introducción.....	305
1. El contexto legal y práctico	313
2. La Corte Constitucional colombiana y el derecho a la consulta previa	317
3. Consideraciones finales.....	357

III. ACCESO A LA JUSTICIA

CAPÍTULO 7. LOS TRIBUNALES Y LA POBREZA ESTRUCTURAL EN SUDÁFRICA: ¿HASTA QUÉ PUNTO EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXPANDIÓ EL ACCESO A LOS POBRES Y LAS MEDIDAS JUDICIALES PARA ELLOS?		361
<i>Jackie Dugard</i>		
Introducción.....		362
1. Las dimensiones y las consecuencias de la pobreza estructural.....		368
2. Acceso a la justicia		375
3. Conclusión		399
CAPÍTULO 8. EL ACCESO A LA JUSTICIA EN LA INDIA: LA JURISPRUDENCIA (Y LA AUTOPROTECCIÓN) DEL TRIBUNAL SUPREMO.....		405
<i>Menaka Guruswamy y Bipin Aspatwar</i>		
Introducción.....		405
1. El Tribunal Supremo de la India y su autopercepción		408
2. El acceso a la justicia y la Constitución de la India.....		414
3. Las demandas judiciales de interés público y la expansión de la legitimación procesal.....		422
4. Mejorar el acceso judicial en relación con las demandas judiciales ordinarias.....		437
5. Conclusión		440
CAPÍTULO 9. ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA: OPORTUNIDADES Y RETOS PARA LA TRANSFORMACIÓN SOCIAL Y POLÍTICA.....		443
<i>Manuel Iturralde</i>		

Introducción: la jurisdicción constitucional y la transformación del campo jurídico colombiano	443
1. Acceso a la justicia constitucional: el funcionamiento de la jurisdicción constitucional ...	456
2. El activismo de la Corte Constitucional y la lucha entre el nuevo constitucionalismo y el formalismo jurídico	478
3. El impacto social de las sentencias de la Corte Constitucional: del activismo judicial expansivo al activismo basado en principios	488
4. La Constitución como herramienta de cambio social: los retos pendientes	492

Prólogo
HACIA UN CONSTITUCIONALISMO
DEL SUR GLOBAL

Daniel Bonilla

INTRODUCCIÓN

La gramática del constitucionalismo moderno determina la estructura y los límites de los principales componentes del discurso jurídico y político contemporáneo. Esta gramática constituye una parte importante de nuestra imaginación jurídica y política. Determina cuáles son las preguntas que nos hacemos sobre nuestros sistemas políticos y el rango de sus posibles respuestas. Esta gramática se compone de una serie de reglas y principios sobre el uso apropiado de conceptos como pueblo, autogobierno, ciudadanos, derechos, igualdad, autonomía, nación y soberanía popular.¹ Las preguntas sobre la relación normativa entre el Estado, la nación y la diversidad cultural, los criterios que deberían usarse

¹ Véase James Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity* (Cambridge University Press 1997), pp. 62-79.

para determinar la legitimidad del Estado, qué individuos pueden considerarse miembros del cuerpo político, las distinciones y límites entre las esferas privada y pública, y las diferencias entre comunidades políticas autónomas y heterónomas tienen sentido para nosotros puesto que surgen de las reglas y principios del constitucionalismo moderno. Sin duda, hay diversas respuestas ante esas preguntas. Las diferentes tradiciones de interpretación existentes en el constitucionalismo moderno, como el liberalismo, el comunitarismo y el nacionalismo, entre otras, compiten para controlar la forma en que estos conceptos se comprenden y se ponen en práctica.² Sin embargo, esas cuestiones y sus respuestas no pueden violar los límites conceptuales establecidos por el constitucionalismo moderno. Si lo hacen, se considerarían ininteligibles, irrelevantes o inútiles. Por ejemplo, hoy sería difícil aceptar que es relevante la pregunta sobre la relación entre la legitimidad del Estado y el carácter divino del rey. Sería también muy difícil tener estima por la idea de que los derechos fundamentales de los ciudadanos deberían depender de la raza o del género. El carácter secular del constitucionalismo moderno, así como también su impulso igualitario, relegarían problemas de esa clase a los márgenes del discurso político y jurídico.

Los orígenes del constitucionalismo moderno se pueden vincular a las obras de un grupo relativamente pequeño de filósofos.³ Thomas Hobbes, John Locke, Jean Jacques Rousseau, Charles Montesquieu, Immanuel Kant y John Stuart Mill, entre otros, han contribuido a la creación de las reglas y principios básicos que regulan el constitucionalismo moderno. Estos autores son referencias inevitables para comprender los problemas políticos y jurídicos fundamentales de los sistemas políticos modernos y contemporáneos. Problemas como la relación entre el consentimiento y la legitimidad, el derecho y la política, la voluntad y

² Véase *ibid.*, p. 36.

³ Véase *ibid.*, pp. 42, 59-60, 79-80; Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism Ancient and Modern* (Cornell University Press 1940), pp. 3-24.

la razón, la relación entre el individuo y el Estado, y la libertad y la diversidad, no se pueden comprender sin estudiar la obra de estos teóricos políticos. El contractualismo, el individualismo y el racionalismo del constitucionalismo moderno, por ejemplo, se conectan con uno o varios de estos autores. Una genealogía de la imaginación política y jurídica modernas no puede completarse sin estudiar la obra de estos pensadores.

Las reglas y principios fundamentales del constitucionalismo moderno desarrolladas por esos autores se interpretan y reinterpretan continuamente hoy, igual que en el pasado. Para que esas normas proporcionen herramientas conceptuales específicas con las cuales comprender, evaluar y solucionar los retos esenciales de los Estados contemporáneos hace falta darles un significado más específico. Sin embargo, el número de intérpretes legítimos de esta gramática es relativamente pequeño. Solo unas pocas instituciones, como el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional alemán, se consideran sujetos y agentes de referencia a la hora de interpretar las reglas y principios básicos del constitucionalismo moderno.⁴ Estas instituciones jurídicas son las que

⁴ En 2003, el *International Journal of Constitutional Law* publicó un número especial monográfico sobre los préstamos constitucionales. Los artículos publicados en ese número analizan principalmente casos sobre préstamos de tribunales o Constituciones occidentales (Estados Unidos, Alemania o Francia, por ejemplo). La inmensa mayoría de los casos estudiados son de instituciones no occidentales que realizan préstamos de instituciones occidentales. Véase D. M. Davis, “Constitutional Borrowing: The Influence of Legal Culture and Local History in the Reconstitution of Comparative Influence: The South African Experience”, 1 *Int'l. J. Const. L.* 181. (2003); Lee Epstein y Jack Knight, “Constitutional Borrowing and Nonborrowing”, 1 *Int'l. J. Const. L.* 196 (2003); Yasuo Hasebe, “Constitutional Borrowing and Political Theory”, 1 *Int'l. J. Const. L.* 224 (2003); Wiktor Osiatynski, “Paradoxes of Constitutional Borrowing”, 1 *Int'l. J. Const. L.* 244 (2003); Carlos F. Rosenkrantz, “Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, 1 *Int'l. J. Const. L.* 269 (2003); Kim Lane Scheppele, “Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-constitutional Influence through Negative Models”, 1 *Int'l. J. Const. L.* 296 (2003).

determinan el uso paradigmático de sus normas fundamentales,⁵ y son las responsables de definir y solucionar problemas políticos y jurídicos contemporáneos centrales, al darles un contenido específico a las reglas y principios del constitucionalismo moderno. La mayoría de las comunidades jurídicas consideran que las respuestas que estas instituciones dan a preguntas como: cuáles son los límites de la actividad judicial en la revisión de actos administrativos, cuál es el significado del principio de separación de poderes, si los derechos sociales y económicos son auténticos derechos o aspiraciones políticas, cómo deberían las minorías culturales reconocerse y aceptarse en la sociedad, si la seguridad puede anteponerse a los derechos individuales, o cuáles son los derechos de los inmigrantes, son las que permiten conectar de forma fundamental el constitucionalismo moderno con las realidades de los sistemas políticos contemporáneos. Sus respuestas a esas preguntas se convierten en inevitables referencias para otras instituciones jurídicas y políticas del mundo. La jurisprudencia de estas instituciones es leída y citada ampliamente por académicos e instituciones jurídicas de muchas partes del globo.

En el mismo sentido, el trabajo de los principales filósofos políticos contemporáneos, como John Rawls, Robert Nozick y Charles Taylor, por nombrar solo a algunos, se considera también una referencia con autoridad para comprender, transformar y actualizar los elementos esenciales del constitucionalismo moderno. Las obras de estos autores actualizan y a veces modifican la gramática de este constitucionalismo. La “posición original” y “el velo de la ignorancia” de Rawls, por ejemplo, han sido fundamentales en los debates sobre los fundamentos de un sistema liberal moderno.⁶ Su “consenso superpuesto” ha sido esencial

⁵ Véase, en general, 1 *Int'l. J. Const. L.* 181 (2003), en el que se analizan varios aspectos de los préstamos constitucionales, al mismo tiempo que limita enormemente los análisis de los préstamos a las instituciones occidentales.

⁶ Véase John Rawls, *A Theory of Justice* (Harvard University Press, ed. rev., 1999), pp. 15-24.

para la reflexión sobre cómo acomodar la diversidad y tomar decisiones sobre las normas que deberían gobernar un sistema político pluralista.⁷ La defensa que hace Nozick de un Estado mínimo como forma de proteger la autonomía ha sido crucial para imaginar la estructura que debería tener un Estado para proteger uno de los valores más importantes del constitucionalismo moderno.⁸ La historia del yo moderno ofrecida por Taylor ha contribuido notablemente a la comprensión de la forma como pensamos el sujeto, en general, y el sujeto jurídico, en particular.⁹ Como es obvio, por debajo de este primer nivel de intérpretes de referencia y muy reconocidos, hay otros niveles de intérpretes institucionales y académicos del constitucionalismo moderno. Hay un número incontable de académicos e instituciones que interpretan y usan ese mismo lenguaje. El número de publicaciones sobre teoría política y derecho constitucional es enorme en todo el mundo. Del mismo modo, un gran número de instituciones alrededor del globo usan el constitucionalismo moderno para comprender y abordar problemas políticos esenciales en sus comunidades políticas; sin embargo, la mayoría de ellos ocupan una posición inferior en el diálogo que busca darle contenido y utilizarlo. La política del conocimiento jurídico y político sobre temas constitucionales tiene una jerarquía no escrita pero firmemente arraigada.

En esta jerarquía, la investigación y las obras jurídicas creadas por el Sur Global¹⁰ ocupan una posición especialmente baja.

⁷ Véase *ibid.*, pp. 387-388.

⁸ Véase, en general, Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (Basic Books 1974), quien defiende un Estado mínimo para la mejor protección de los derechos individuales.

⁹ Véase, en general, Charles Taylor, *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity* (Harvard University Press 1989), en donde se indaga sobre la naturaleza de la identidad y la humanidad en el Occidente moderno.

¹⁰ Uso las expresiones “Sur Global” y “Norte Global” como sinónimos, respectivamente, de las expresiones “países en vías de desarrollo” y “países desarrollados”, con el objeto de que la carga peyorativa sea menor.

Es insólito oír el nombre de un académico o de una institución jurídica del Sur Global en ese diálogo. La jurisprudencia de los tribunales del Sur Global apenas se menciona en la literatura especializada cuando se discute el significado de los principales conceptos del constitucionalismo moderno. Es muy raro ver un curso de derecho constitucional comparado en una universidad norteamericana o europea occidental que incluya una sección sobre el derecho constitucional de un país del Sur Global.

Hay muchas razones que explican esa ausencia. En primer lugar, el derecho de los países del Sur Global, históricamente, se ha considerado un elemento secundario de alguna de las principales tradiciones jurídicas del mundo.¹¹ La mayoría de los sistemas jurídicos del Sur Global, conforme con ese argumento, reproducen el derecho europeo o angloamericano, o proceden de ellos.¹² Latinoamérica es un miembro débil de la tradición civil (en concreto, del derecho francés, alemán, español e italiano);¹³ África es un participante joven e ingenuo de la tradición angloestadounidense o de la tradición civilista;¹⁴ Europa del Este es una mezcla entre el derecho socialista obsoleto y las importaciones recientes procedentes del derecho angloamericano o europeo occidental;¹⁵ y hoy la mayor parte del derecho de Asia es una re-

¹¹ Véase Boaventura de Sousa Santos, “Three Metaphors for a New Conception of Law: The Frontier, the Baroque and the South”, 29 *Law & Soc’y Rev.* 569 (1995), pp. 579-582; Mark van Hoecke y Mark Warrington, “Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law”, 47 *Int’l. y Comp. L.Q.* 495 (1998), pp. 498-499.

¹² Véase de Sousa Santos, *supra* nota 12, pp. 579-582; Ugo Mattei, “Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World’s Legal Systems”, 45 *Am. J. Comp. L.* 5 (1997), pp. 10-12; van Hoecke y Warrington, *supra* nota 11, pp. 498-499.

¹³ Véase Jorge L. Esquirol, “The Fictions of Latin American Law (Part I)”, 1997 *Utah L. Rev.* 425, (1997), pp. 427-428; Jorge L. Esquirol, “Continuing Fictions of Latin American Law”, 55 *Fla. L. Rev.* 41 (2003), p. 42; Jorge L. Esquirol, “The Failed Law of Latin America”, 56 *Am. J. Comp. L.* 75 (2008), pp. 94-95.

¹⁴ Véase Kwame Nkrumah, “Law in Africa”, 6 *African L.J.* 103 (1962), p. 105.

¹⁵ Véase René David y J. E. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today* (Simon and Schuster, 2ª ed., 1978), pp. 222-224.

producción del derecho de los poderes coloniales que dominaron políticamente la región.¹⁶ Sin duda, el derecho oficial coexiste en muchos casos con uno o más sistemas jurídicos “nativos”. Sin embargo, el derecho nativo se subordina al derecho oficial de origen extranjero o se considera de calidad inferior. Al mismo tiempo, el diálogo dominante está caracterizado por suponer que la efectividad del derecho del Sur Global es por lo general muy baja. Se considera que el derecho no es un instrumento principal del control social en dicha región del mundo y se afirma que otras clases de normas, como por ejemplo las normas morales y políticas, son las que mantienen el orden y la cohesión social. Desde esta perspectiva, el subdesarrollo social, económico y político de estas regiones del mundo está directamente relacionado con su subdesarrollo jurídico.

No parece útil, por consiguiente, estudiar esa débil producción académica, que reflexiona sobre un conjunto de normas que son únicamente de papel y subproductos de otras tradiciones jurídicas. En el mejor de los casos, el derecho del Sur Global, o más bien su ineficacia y falta de originalidad, puede ser de interés para los sociólogos, los antropólogos y los profesores de Derecho interesados en cuestiones de justicia social y en las reformas necesarias para conseguirla.¹⁷ Estos científicos sociales, académicos del derecho y activistas pueden encontrar un objeto de estudio interesante en las normas sociales que regulan efectivamente las vidas de aquellos que viven en la región. En el mismo sentido,

¹⁶ Este derecho heredado o importado de las ciudades coloniales coexiste con las tradiciones jurídicas religiosas en muchos países de la región, especialmente con las islámicas o las budistas. Véase Lama Abu-Odeh, “The Politics of (Mis) recognition: Islamic Law Pedagogy in American Academia”, *52 Am. J. Comp. L.* 789 (2004), pp. 806-808.

¹⁷ Véase Brian Z. Tamanaha, *The Primacy of Society and the Failures of Law and Development* (St. John’s Univ. Legal Studies Research Paper Series, Paper No. 09-0172, 2009), p. 6, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1406999; Jorge L. Esquirol, “Writing the Law of Latin America”, *40 Geo. Wash. Int’l L. Rev.* 693 (2009), pp. 706, 731.

intentar explicar y evaluar la viabilidad del derecho en los países del Sur Global, así como también proponer y poner en práctica reformas que solucionen los problemas que se enfrentan en la región, puede ser un campo fértil de investigación y acción para los académicos del Norte Global. Para los juristas del Norte, el objeto atractivo de estudio en el Sur Global no es el derecho, o siquiera la producción académica local que lo estudia, sino más bien el fracaso de los ordenamientos jurídicos de la región.¹⁸

En segundo lugar, la visión de que el derecho de los países del Sur Global es simplemente una réplica de la producción jurídica de otras comunidades jurídicas se ha consolidado gracias a la influencia que han tenido en la región el derecho y los académicos del derecho estadounidenses durante las últimas décadas.¹⁹ La repercusión de las leyes y obras de derecho estadounidenses durante las pasadas décadas ha sido destacable. Hay varios países de la región, por ejemplo, que han importado el sistema penal acusatorio de los Estados Unidos,²⁰ y otros han importado leyes laborales liberales neoclásicas, inspiradas en el modelo estadounidense, con el propósito de flexibilizar los mercados labora-

¹⁸ Véase Esquirol, *ibid.*

¹⁹ Véase John Henry Merryman y Rogelio Pérez-Perdomo, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America* (Stanford University Press, 2007), pp. 57, 60; R. Daniel Kelemen y Eric C. Sibbitt, “The Globalization of American Law”, 58 *Int'l Organization* 103, pp. 103-136; John Henry Merryman, “Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline, and Revival of the Law and Development Movement”, 25 *Am. J. Comp. L.* 457 (1977), pp. 484-489; Kerry Rittich, “The Future of Law and Development: Second-Generation Reforms and the Incorporation of the Social”, en D. Trubek y A. Santos (eds.). *The New Law and Economic Development* (Cambridge University Press, 2006), pp. 203-252.

²⁰ Véase Pilar Domingo y Rachel Sieder, “Rule of Law”, en Pilar Domingo y Rachel Sieder (eds.). *Latin America: The International Promotion of Judicial Reform* (2001); Andrés Torres, *From Inquisitorial to Accusatory: Colombia and Guatemala's Legal Transition* (Law and Justice in the Americas Working Paper Series, Paper no. 4, 2007), disponible en <http://lawdigitalcommons.bc.edu/ljawps/4>.

les.²¹ Además, el modelo de educación jurídica estadounidense ha sido extremadamente influyente en muchos países asiáticos, latinoamericanos, africanos y de Europa del Este.²² El trabajo de académicos del derecho, como Ronald Dworkin, Lawrence Tribe y Cass Sunstein, es hoy familiar para un número importante de estudiantes y profesores de derecho del Sur Global.²³ La influencia de los académicos estadounidenses de corrientes de pensamiento como el análisis económico del derecho y derecho y desarrollo es fuerte en muchas facultades de Derecho de esta región del mundo. La consecuencia es que los académicos del Norte Global tienden a suponer que no hay gran cosa de valor en el derecho del Sur Global. Para comprender y evaluar el sistema criminal acusatorio o la teoría jurídica y política liberal —nos dice esa forma de pensamiento— no es necesario mirar hacia el Sur. Para formular los criterios normativos que deberían guiar la transformación de las facultades de Derecho no es útil explorar las experiencias de las facultades de Derecho latinoamericanas, asiáticas o africanas. Para conseguir esos fines, se piensa que solo es necesario concentrarse en la producción académica y la práctica jurídica de los Estados Unidos: después de todo, ahí está la fuente original de la doctrina y la teoría que han alimentado los

²¹ Véase María Victoria Murillo, “Partisanship Amidst Convergence: The Politics of Labor Reform in Latin America”, 37 *Comparative Politics* 441, pp. 441-443; Graciela Bensusán, “La efectividad de la legislación laboral en América Latina”, *Instituto de Estudios Laborales*, pp. 13-22, Organización Internacional del Trabajo (2007), disponible en <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inst/download/dp18107.pdf>.

²² Véase Haim Sandberg, “Legal Colonialism—Americanization of Legal Education in Israel”, 10 *Global Jurist* 2 (Topics), artículo 6.

²³ Véase Ugo Mattei, “A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance”, 10 *Ind. J. Global Legal Stud.* 383 (2003), p. 447; Ugo Mattei, “Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law”, 42 *Am. J. Comp. L.* 195 (1994); Wolfgang Wiegand, “Americanization of Law: Reception or Convergence?”, en Lawrence M. Friedman y Harry N. Scheiber (eds.), *Legal Culture and the Legal Profession* (Westview Press 1996), p. 137.

cambios en el derecho de los países del Sur Global durante las pasadas décadas.

En tercer lugar, la indiferencia de los académicos del Norte Global hacia el derecho del Sur Global se vincula con el formalismo del Sur Global.²⁴ La idea de que el derecho es un sistema cerrado, completo, coherente y unívoco ha dominado la forma como se piensa y se practica una parte importante del derecho en el Sur Global.²⁵ En una parte significativa de Latinoamérica,²⁶ África,²⁷ Asia²⁸ y Europa del Este,²⁹ el pensamiento académico sobre el derecho está dominado todavía por varias formas de formalismo jurídico. No hay duda de que el concepto formalista del derecho no es muy iluminador o útil; muchos académicos del Sur Global así lo han argumentado.³⁰ Sus debilidades des-

²⁴ Véase Carlos Peña González, “Characteristics and Challenges in Latin American Legal Education”, *Conference of International Legal Educators* 1 (2000), pp. 1-3, disponible en <http://www.aals.org/2000international/>.

²⁵ Véase Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del Derecho* (Astrea 1984), pp. 36-37.

²⁶ Véase Merryman y Pérez-Perdomo, *supra* nota 19, p. 66.

²⁷ Véase, en general, Martin Chanock, *The Making of South African Legal Culture 1902-1936: Fear, Favour and Prejudice* (Cambridge University Press 2001); Samuel C. Nolutshungu, “Constitutionalism in Africa: Some Conclusions”, en Douglas Greenberg, Stanley N. Katz, Melanie Beth Oliviero y Steven C. Wheatley (eds.), *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World* (Oxford University Press 1993).

²⁸ Véase, en general, Tom Ginsburg y Albert H. Y. Chen (eds.), *Administrative Law and Governance in Asia* (Routledge 2009); Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* (Cambridge University Press 2003), p. 42.

²⁹ Véase, por ejemplo, Marcin Matczak, “Judicial Formalism and Judicial Reform: An Example of Central and Eastern Europe” (25 de julio de 2007) (artículo no publicado presentado en la reunión anual de The Law and Society Association, Berlín, Germany), en donde se describe la persistencia de las decisiones marcadas por el formalista en Polonia.

³⁰ Véase, en general, Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos* (Astrea 2003) (Arg.); Eugenio Bulygin, *El positivismo jurídico* (Fontamara 2006); Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (Astrea 1974); Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal*

criptivas y normativas son bien conocidas: la teoría mecánica de la decisión judicial que promueve el formalismo no describe la forma como los jueces realmente deciden los casos que llegan a sus despachos. En la práctica, el silogismo es solo una de las muchas herramientas que usan los jueces para tomar decisiones. La distancia entre los conceptos, las normas y los hechos tiene que superarse mediante la voluntad de los jueces. No hay ninguna conexión natural entre los conceptos del derecho, las decisiones y la realidad social. La supuesta unidireccionalidad de la mayoría de las normas jurídicas defendida por los formalistas del derecho contrasta con la ambigüedad y vaguedad que caracterizan muchas de estas normas. La supuesta coherencia del sistema jurídico está en tensión con las contradicciones que se encuentran en los sistemas jurídicos contemporáneos. Como forma de comprender el derecho, el formalismo es análogo al pensamiento jurídico clásico que predominó durante la segunda mitad del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX en los Estados Unidos.³¹ Esta es una perspectiva teórica que se debilitó radicalmente debido al ataque que sufrió por parte del realismo jurídico.³² Para un número significativo de los académicos estadounidenses del derecho, por consiguiente, los sistemas jurídicos del Sur Global son solo útiles para estudiar o ilustrar el fracaso del derecho.³³

Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation (Cambridge University Press 2002).

³¹ Véase, por ejemplo, Oliver Wendell Holmes, “The Path of the Law”, 10 *Harv. L. Rev.* 457 (1897), quien expresa los fundamentos antiformalistas por los cuales se terminó por conocer el realismo jurídico.

³² Véase, por ejemplo, John Dewey, “Logical Method and the Law”, 10 *Cornell L. Q.* 17 (1924); Karl Llewellyn, “Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound”, 44 *Harvard Law Review* 1222 (1931). Véase también Brian Leiter (ed.), *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy* (Oxford University Press 2007); Brian Leiter, “Legal Formalism and Legal Realism: What Is the Issue?”, 16 *Legal Theory* 111 (2010).

³³ Véase, en general, Jorge L. Esquirol, “Fictions of Latin American Law (Part 1)”, 1997 *Utah L. Rev.* 425 (1997), en donde estudia cómo el fracaso del derecho se

Se piensa que el derecho de los países del Sur Global no es un objeto útil de estudio cuando la finalidad es comprender las principales cuestiones de la teoría, la doctrina y la práctica del derecho contemporáneas.

En cuarto lugar, las comunidades académicas del Norte son más sólidas que las comunidades académicas del Sur. La cantidad y la calidad de los productos académicos³⁴ son mucho mayores en las facultades de Derecho del Norte que en las del Sur. Igualmente, el nivel de rigor académico y de crítica es mucho más alto en la primera región que en la segunda. El número de libros y de revistas especializadas producidas por los académicos del derecho en el Norte, y también su riqueza y complejidad, es mucho mayor que el número producido en el Sur, por ejemplo. De igual forma se piensa que si bien la dinámica y el ritmo de la producción y publicación están consolidados y estandarizados en el Norte, en el Sur apenas comienzan a estructurarse y difundirse. El número y la clase de productos generados cada año académico, la estabilidad de las revistas especializadas y el control de calidad institucional reconocida por la comunidad académica, entre otros factores, son temas que apenas comenzarían a discutirse o interiorizarse en muchas comunidades académicas del Sur Global.

En quinto lugar, el carácter cerrado y provincial de la esfera académica jurídica estadounidense, junto con la apertura selectiva de la esfera académica jurídica en Europa occidental, desalienta cualquier diálogo con las instituciones de derecho del

ha usado para comprender el derecho latinoamericano, y destaca las corrientes antiformalistas en el derecho de esta región.

³⁴ Me refiero a los productos académicos creados tanto por los profesores de materias teóricas y dogmáticas como por los consultorios jurídicos. Aunque hay diferencias destacables entre un artículo publicado en una revista académica y algunos de los productos típicos de los consultorios jurídicos, como una demanda o un informe de derechos humanos, por ejemplo, quiero destacar en este ensayo que ambos productos son el resultado del trabajo intelectual que se produce en las facultades de Derecho.

Sur Global.³⁵ A pesar de las fortalezas evidentes de las facultades de Derecho estadounidenses en asuntos como la calidad y el número de publicaciones, los recursos humanos cualificados y los recursos económicos disponibles, por ejemplo, esas facultades tienden a ver el derecho como un fenómeno fundamentalmente nacional. Las facultades de Derecho que se concentran en educar a los estudiantes para la práctica del derecho no consideran demasiado valioso el derecho comparado. Los profesionales jóvenes no necesitan conocer normas jurídicas, doctrina o teorías extranjeras para ser competitivos en la práctica del derecho. Las facultades de Derecho más “académicas” parecen creer que la mayoría de los temas importantes de estudio se pueden encontrar en la comunidad jurídica estadounidense. Los sistemas jurídicos extranjeros y la doctrina producida en otros sistemas políticos, no son muy atractivos para los profesores estadounidenses de derecho. El mundo académico del derecho de Europa occidental podría considerarse más abierto al derecho comparado. Sin embargo, incluso allí los sistemas jurídicos considerados valiosos para este tipo de proyecto tienden a pertenecer a Europa o Norteamérica. Los académicos o los sistemas jurídicos del Sur Global rara vez son invitados al diálogo sobre el derecho comparado.

Estos cinco argumentos no solo explican la posición marginal que los académicos y las instituciones del Sur Global tienen en la interpretación, el uso y la transformación del constitucionalismo moderno, sino que son también la fuente de un conjunto de normas que regulan la producción, la circulación y el uso del conocimiento jurídico. En general, estas reglas siguen siendo implícitas: no se discuten a menudo abiertamente entre los académicos del derecho y otros participantes del mundo jurídico, como los jueces o los abogados practicantes. Sin embargo, regulan firmemente la relación entre las comunidades jurídicas en el Norte y el Sur Globales. Determinan, entre otras cosas,

³⁵ Véase Ugo Mattei, “An Opportunity Not to Be Missed: The Future of Comparative Law in The United States”, 48 *Am. J. Comp. L.* 712 (1998).

el diálogo sobre la interpretación y el uso de la gramática del constitucionalismo moderno. La primera regla que se deriva de estos cinco argumentos es la que desearía llamar el argumento del “pozo de producción”, según el cual el único contexto para la producción de conocimiento es la academia jurídica del Norte. La producción intelectual del Sur se considera una reproducción del conocimiento generado en el Norte, una forma de difusión o una simple aplicación local de este. Se argumenta que si el mundo académico y las instituciones del derecho del Norte crean productos académicos e instituciones originales, en el Sur solo se elaboran productos derivados de otras fuentes; mientras la primera región abre nuevos caminos descriptivos, críticos y normativos, la segunda región sigue los caminos ya abiertos por las comunidades epistemológicas del Norte Global.

En segundo lugar, los argumentos presentados hasta ahora generan lo que llamaría la regla de la “denominación de origen calificado”. Según ella, todo el conocimiento producido en el Norte merece respeto y reconocimiento *per se*, dado el contexto en el que se genera. Incluso antes de haberse leído y evaluado, el mero origen del producto académico genera cualificaciones positivas. Igual que el vino de Burdeos se considera un buen vino, un artículo escrito en inglés por un profesor estadounidense y publicado en una revista académica de una universidad norteamericana se considera de buena calidad, aun antes de haberse leído. El conocimiento jurídico generado en el Sur solo es legítimo cuando los académicos del Norte Global le dan su aprobación. Los productos jurídicos del Sur están marcados (negativamente) por su origen; ese sello solo se puede levantar cuando los representantes del pozo de producción de conocimiento jurídico los legitiman. La calificación positiva de un producto académico del Sur por parte de los académicos del Sur es, en el mejor de los casos, un indicio de su calidad: los profesores del Norte deben confirmar esa calificación. El argumento del pozo de producción es distinguible analíticamente del argumento de

la denominación de origen calificado; no obstante, en la práctica las dos reglas se entrelazan.

En tercer lugar, los dos argumentos descritos anteriormente producen lo que llamaré la regla específica del “operador efectivo”. Esta regla señala que los académicos y las instituciones de derecho del Norte están mucho mejor formadas para hacer un uso efectivo y legítimo del conocimiento jurídico que los académicos y las instituciones jurídicas del Sur. Desde esta perspectiva, el uso de productos académicos tiene consecuencias éticas. No atender o violar las reglas que guían el uso del conocimiento jurídico o cuestionar los valores morales que la comunidad académica comparte puede afectar negativamente a terceros y amenazar la legitimidad de los productos intelectuales. Para ilustrar esta regla, puede ser útil recurrir a la educación jurídica que se realiza en los consultorios jurídicos de las facultades de Derecho. La regla del “operador efectivo” es particularmente conflictiva en el entorno de los consultorios jurídicos universitarios. Los consultorios, como proyectos educativos, tienen una misión política explícita, ya que usualmente se dirigen a grupos vulnerables y afectan directamente su vida. Por consiguiente, el uso impropio del conocimiento jurídico tendría consecuencias negativas para los clientes de los consultorios y también para la legitimidad de esos proyectos. Los profesores de los consultorios en el Norte tienen el saber académico³⁶ para hacer un uso apropiado de los productos académicos allí creados. En ese mismo sentido, tienen acceso a redes y espacios de poder que les permiten hacer un uso efectivo de ese conocimiento. Por otro lado, la inexperiencia, la falta de conocimiento o la ingenuidad de los profesores de los consultorios en el Sur con respecto al uso del conocimiento jurídico puede causar el fracaso de los proyectos que tienen los consultorios, o eso se piensa. De nuevo, los profesores del Norte

³⁶ De este saber académico acumulado forma parte la familiaridad con las reglas éticas que deberían guiar el uso del conocimiento jurídico y la aplicación de esas reglas.

son los que deben tomar las principales decisiones con respecto al uso del conocimiento que se crea en los proyectos de los consultorios o que es relevante para esos proyectos.

Los factores anteriores explican el lugar marginal del Sur Global en la discusión sobre el contenido y la estructura del derecho y las reglas que gobiernan los intercambios entre las comunidades jurídicas del Norte Global y el Sur Global. Estos factores tienen dos aspectos: uno que ilumina la realidad y otro que la oscurece. Por un lado, describen y caracterizan apropiadamente una parte de la realidad de las comunidades académicas del derecho del Norte y del Sur Global. Por ejemplo, es cierto que muchos sectores del mundo jurídico del Sur Global han tendido a reproducir el conocimiento jurídico y no a crearlo.³⁷ Muchas de las normas jurídicas que se producen, las doctrinas que las interpretan y las teorías que las fundamentan, evalúan o contextualizan, son una aplicación local del conocimiento creado en comunidades jurídicas extranjeras. En ese mismo sentido, es cierto que el formalismo jurídico ha controlado parte de la conciencia jurídica del Sur Global y que ese es un concepto pobre del derecho. Muchos académicos del derecho del Sur Global así lo han argumentado.³⁸ Sin embargo, también es correcto decir que una buena parte del mundo académico del Norte Global está centrado en sí mismo y no está muy interesado en saber qué es lo que ocurre más allá de sus fronteras, especialmente si cruzarlas implica ocuparse de un sistema jurídico del Sur Global.³⁹

³⁷ Véase, en general, César Rodríguez y Mauricio García (eds.), *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos* (ILSA 2003).

³⁸ Véase, en general, Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos* (Astrea 2003); Eugenio Bulygin, *El positivismo jurídico* (Astrea 2006); Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (Astrea 1974); Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation* (Cambridge University Press 2002).

³⁹ Véase Ugo Mattei (1997), "Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal System", 45 *Am. J. Comp. L.* 5, p. 7.

No obstante, estos argumentos son cuestionables tanto desde un punto de vista descriptivo como normativo. Por un lado, estos argumentos, junto con las tres reglas que los generan, homogenizan una realidad que está llena de sombras y matices. Así, en primer lugar, estos argumentos pasan por alto la heterogeneidad de las comunidades académicas del derecho. No hay duda de que las facultades de Derecho del Norte Global, en especial en Norteamérica, han construido en conjunto comunidades académicas más sólidas que las del Sur Global. Sin embargo, hay debilidades internas en ambos contextos, y también matices y excepciones a las reglas existentes en cada una. El mundo académico del derecho del Norte ofrece una amplia variedad de facultades de Derecho, con distintos niveles de calidad. Por ejemplo, una facultad de Derecho ubicada en los primeros lugares de las diversas clasificaciones de universidades que existen en los Estados Unidos, Canadá o el Reino Unido no es la misma cosa que una facultad situada en la zona media de esas clasificaciones, ni que otra situada en los últimos puestos.⁴⁰ Las diferencias son incluso

⁴⁰ Las dos publicaciones más conocidas en las que se clasifican las facultades de Derecho en Estados Unidos son U.S. News y Law School 100. Véase *Best Law Schools*, U.S. News and World Report, <http://grad-schools.usnews.rankingsandreviews.com/best-graduate-schools/top-law-schools> (visitado por última vez el 2 de febrero de 2012). Para las clasificaciones de las facultades de Derecho canadienses, véase *Ranking Canada's Law Schools*, Macleans.ca, <http://www2.macleans.ca/2009/09/16/ranking-canada%E2%80%99s-law-schools/> (visitado por última vez el 2 de febrero de 2012). Para las clasificaciones de las facultades de Derecho en el Reino Unido, véase *University Guide 2011: Law*, The Guardian, <http://www.guardian.co.uk/education/table/2010/jun/04/university-guide-law> (visitado por última vez el 2 de febrero de 2012). Las facultades de Derecho han criticado estas clasificaciones desde diversas perspectivas. Los administradores de las facultades y los profesores argumentan, por ejemplo, que los criterios de US News para clasificar las facultades de Derecho son vagos, irrelevantes o incompletos. Estoy de acuerdo con estas críticas. Sin embargo, a los propósitos de este ensayo son útiles para mostrar las diferencias generales dentro del mundo académico del derecho en Estados Unidos. Diría que muchas personas de la comunidad jurídica estadounidense estarían de acuerdo en que hay una considerable diferencia entre las primeras 15 facultades de Derecho de la lista de las primeras 100 y las últimas quince, o entre las facultades de Derecho del

más importantes cuando se comparan las fortalezas y las debilidades de las facultades en el tercio superior de la clasificación con aquellas que se encuentran en el tercio medio o en el tercio inferior de la jerarquía en los Estados Unidos. El contraste entre la calidad de los diversos productos académicos que se escriben, y también los recursos financieros disponibles, es muy notable en muchos casos. La fortaleza de las revistas que se publican, la riqueza de las bibliotecas, el número y la calidad de los intercambios con académicos de otras partes del mundo, y las conferencias que se celebran, varían señaladamente entre unas facultades y otras. Por último, estos argumentos y reglas ocultan el hecho de que en las buenas facultades de Derecho hay profesores que no son académicamente fuertes o que la calidad de los productos académicos escritos por un determinado profesor varía, a veces de manera significativa. En resumen, los argumentos del pozo de producción, la denominación de origen calificado y el operador efectivo pasan por alto la diferencia de calidad existente entre las facultades de Derecho. Esos argumentos anulan esa diversidad y hacen equivalente “profesor de derecho” y “producto jurídico de calidad académica” con las facultades de Derecho del Norte Global y, en particular, con las facultades de Estados Unidos.

En el mismo sentido, es importante señalar que estos argumentos eliminan *a priori* las diferencias dentro de las comunidades académicas del Sur Global. Una facultad de Derecho de “garaje”⁴¹ brasileña, colombiana o chilena no es la misma cosa que la facultad de Derecho de la Universidad de Witwatersrand, la facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Taiwan o la facultad de Derecho de la Universidad de la India, Bangalore.

tercio superior de la clasificación de facultades de Derecho y las del tercio inferior. No obstante, aun estas diferencias generales se difuminan debido a los argumentos del pozo de producción, la denominación de origen protegida y el operador efectivo.

⁴¹ Las universidades de garaje son aquellas cuyo principal fin es conseguir beneficios económicos para sus fundadores y cuyos estándares de calidad son muy bajos. Por lo general, su infraestructura es muy pobre.