

Anuario de Derecho
Constitucional Latinoamericano

26° año

Anuario 2020

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
2020

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2020

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO

Publicación anual del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

Se especializa en derecho constitucional y también publica artículos relativos a otras ramas del derecho, tales como el derecho procesal constitucional, el derecho administrativo, los derechos y las garantías individuales, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de la integración.

Estos temas constituyen, además, los ejes del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la entidad editora, la Fundación Konrad Adenauer.

El ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO tiene como objetivo difundir trabajos de investigación de autores latinoamericanos y pretende lograr una distribución equitativa de temas y de nacionalidades de los autores.

Los artículos que se publican deben ser inéditos y de contenido científico. Se destina asimismo un espacio para el análisis de jurisprudencia relevante en materia constitucional.

Esta publicación se distribuye gratuitamente, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

© 2020 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e.V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (+49-30) 269 96 453
Fax: (+49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER
Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 93 B n.º 18 - 12, piso 7
Bogotá
República de Colombia
Tel.: (+57 1) 743 09 47
Fax: (+57 1) 743 09 47-7
www.kas.de/iusla
iusla@kas.de
Twitter: @KASiusLA
Facebook: www.facebook.com/kasiusla

Editora responsable

Marie-Christine Fuchs

Coordinación editorial

Magdalena Schaffler

Coordinación académica

Edward Jesús Pérez

Revisión de textos

Emma Ariza, María José Díaz Granados (español)
Paulo Baptista (portugués)

Traducción

Paulo Baptista (portugués)
Dieter Schonebohm (alemán)
Daniel Kaplan (inglés)

Diagramación

Marta Rojas

Impresión

Unión Gráfica SAS

ISSN 2346-0849

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Correspondencia, contribuciones, solicitudes de canje o donación e-mail: iusla@kas.de

El ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO está registrado en el Directorio Latindex.

Contenido

<i>Presentación</i>	9
I. Activismo judicial en América Latina	
1.1. Activismo judicial, constitución y democracia	
• Sergio Adrián Cote García (Colombia) <i>El activismo judicial desde una perspectiva neoconstitucional: ¿usurpación o reivindicación?</i>	21
• Nicolás Omar Vargas (Argentina) <i>Litigios contra la autonomía de la defensa pública: ¿activismo judicial contra la autonomía?</i>	43
• Glauco Salomao Leite (Brasil) Luiz Guilherme Arcaro Conci (Brasil) <i>De árbitro a arquitecto: como o ativismo judicial pode redefinir o federalismo brasileiro?</i>	67
• William Ernesto Santamaría Alvarenga (El Salvador) <i>La justicia constitucional en El Salvador: activismo judicial como control de la crisis de gobernabilidad democrática</i>	83
• César Francisco Gallegos Pazmiño (Ecuador) <i>Activismo judicial y estado de emergencia: un estudio comparado</i>	117
• Miguel Polo Rosero (Colombia) <i>Democracia, electorado y justicia constitucional</i>	143
1.2. El rol del juez constitucional e interamericano en el activismo judicial	
• Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (Perú) <i>Juez constitucional y activismo: entre lo constitucionalmente necesario y lo constitucionalmente recusable. Legitimidad, límites y retos</i>	165
• César Astudillo (México) <i>Tensiones veladas y resistencias abiertas al diálogo jurisprudencial. Los tribunales constitucionales frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	221

- William Iván Gallo Aponte (Colombia-Brasil)
Alejandro Sanabria Rodelo (Colombia)
Aproximación a los límites del activismo judicial de los jueces constitucionales: el caso de la Corte Constitucional de Colombia y del Supremo Tribunal Federal de Brasil 265
- Marcela Rita Ortiz Torricos (Bolivia)
¿Actuación activa o activismo de la Corte IDH?..... 291
- Sebastián López Hidalgo (Ecuador)
Alexandra Correa Vázquez (Ecuador)
Matrimonio igualitario en Ecuador: entre el activismo constitucional y la autorrestricción judicial en la Corte Constitucional ecuatoriana..... 315
- Amado José Carrillo Gómez (Venezuela)
Los excesos de la jurisdicción constitucional en las decisiones de amparo constitucional por parte de las salas del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela como forma de activismo judicial desbordado y expresión de un Estado fallido..... 339
- Paúl Córdova Vinuesa (Ecuador)
Activismo judicial dialógico: la interacción de jueces locales e interamericanos para reparar derechos de las víctimas..... 361

1.3. Activismo judicial y sus riesgos para el principio de legalidad

- Mônia Clarissa Hennig Leal (Brasil)
Maria Valentina de Moraes (Brasil)
O Supremo Tribunal Federal Brasileiro entre ativismo e legalismo na proteção de direitos de grupos vulneráveis: análise da decisão que criminalizou a homofobia (ADO 26)..... 375
- J. Ignacio Núñez Leiva (Chile)
Los principios en las sentencias del Tribunal Constitucional chileno..... 405
- Emerson Affonso da Costa Moura (Brasil)
“O brasil não pode parar”: análise dos limites do ativismo judicial no controle dos atos da administração pública em razão do princípio da legalidade à luz do julgamento da medida cautelar nas ADPFs 668 e 669 pelo Supremo Tribunal Federal..... 425
- Francisco Alejandro Chiquiza Gómez (Colombia)
Activismo judicial en la Jurisdicción Especial para la Paz..... 447
- David Oconitrillo Fonseca (Costa Rica)
El activismo judicial en Costa Rica: breves apuntes y consideraciones para reflexionar en posibles reformas legislativas 473

- Adán Maldonado Sánchez (México)
El activismo judicial en México a través de las sentencias interpretativas/atípicas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación..... 493
- Farit Limbert Rojas Tudela (Bolivia)
La interpretación en la Constitución Política del Estado boliviano y el activismo del Tribunal Constitucional Plurinacional..... 533

1.4. Activismo judicial y derechos económicos, sociales y culturales

- Esteban Nader (Argentina)
Karina Denari G. de Mattos (Brasil)
Adjudicación socioambiental en casos estructurales de Argentina y Brasil: aprendizaje mutuo y estrategias comparadas 555
- Óscar Parra Vera (Colombia)
F. Antonio Franco Franco (Colombia)
El enfoque de interseccionalidad en la protección judicial contra la discriminación: alcances y desafíos del giro en la jurisprudencia interamericana 583
- Matías Pedernera Allende (Argentina)
El problema del activismo judicial en el debate sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos..... 623
- Óscar Andrés Pazo Pineda (Perú)
Tribunales bajo escrutinio: un análisis histórico respecto de la labor judicial y el impacto de sus decisiones en el diseño de políticas públicas..... 645

II. La garantía de los derechos fundamentales en la era digital

2.1. Retos constitucionales y exigencias legales de la digitalización contemporánea

- Hernán Antonio de León Batista (Panamá)
La dignidad humana en la era digital..... 671
- Carlos Ramón Salcedo Camacho (República Dominicana)
Desafíos de la era digital en una sociedad hiperconectada: protección efectiva de los derechos fundamentales en la República Dominicana..... 697
- William Herrera Áñez (Bolivia)
Gobierno abierto y acceso a la información pública..... 723

- Jorge Tomás Broun Isaac (República Dominicana)
Desafíos constitucionales en torno a la tutela del derecho de acceso a la información y libertad de expresión en la era digital..... 749

2.2. Garantía de la libertad de expresión y sus límites en redes sociales

- Darwin Urquizo Pereira (Perú)
La protección de la libertad de información y de expresión en redes sociales; ¿puede un funcionario público bloquear a un ciudadano en su cuenta de redes sociales? 773
- Andrés López Cabello (Chile)
Tomás I. Griffa (Argentina)
Privacidad en redes sociales y vigilancia estatal: un desafío pendiente de la práctica constitucional argentina 793
- Daniel Felipe Torres Ramírez (Colombia)
El derecho a la libertad de expresión frente a los derechos al buen nombre, a la honra y a la intimidad de los funcionarios públicos en las plataformas digitales..... 825
- José Juan Anzures Gurría (México)
Internet, libertad de expresión y propia imagen 845
- Harold Bertot Triana (Cuba)
La “informatización de la sociedad en Cuba” y la protección de la libertad de expresión en internet: posibilidades y retos ante un reformado modelo de control constitucional y de defensa de los derechos 865
- Andrea Liliana Garzón Zuluaga (Colombia)
Laura Ledezma Paredes (Colombia)
Excepciones y limitaciones establecidas por la Corte Constitucional colombiana al derecho a la libertad de expresión en internet 895
- Instrucciones para la presentación de artículos* 921

Presentación

Con orgullo presentamos a los lectores la edición vigesimosexta del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, una de las publicaciones más renombradas del Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Desde su inicio, esta publicación ha recogido las contribuciones de prestigiosos autores de América Latina y Europa, quienes año tras año abordan cuestiones de actualidad en el ámbito del derecho constitucional. El propósito principal de esta obra ha sido crear un compendio jurídico sólido y continuo que permita a los autores documentar, comentar y comparar las piedras angulares de la evolución constitucional en los distintos países de la región.

Esta labor se ha venido adelantando no solo para asegurar una difusión general sobre los desarrollos en la materia, sino también para contribuir a un diálogo constitucional transnacional en la región. En este sentido se ha buscado impactar significativamente en la cristalización de sistemas judiciales sólidos que conduzcan a una mejora en la protección de los derechos fundamentales en la región. Durante los últimos 26 años, el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* se ha convertido en una publicación jurídica de amplio reconocimiento, y en una pieza de consulta obligatoria en diversos círculos académicos e institucionales. Asimismo, durante más de una década, ha facilitado a los juristas alemanes y europeos el acceso a las discusiones constitucionales actuales que se debaten en América Latina.

Para la presente edición, el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica recibió en su convocatoria durante los primeros meses de 2020 diversas contribuciones académicas de toda la región, de las cuales hemos compilado 34 valiosos artículos cuya autoría se distribuye entre autores de 14 países. Esta diversidad de nacionalidades demuestra el amplio alcance y la distribución de esta publicación, un hecho que nos llena de orgullo y nos motiva a seguir creciendo. Sobre todo, en un año tan particular para todos, en un continente que fue y sigue siendo fuertemente golpeado por la pandemia del coronavirus y en el cual un discurso en pro del Estado de derecho, de la separación de poderes y de los derechos humanos es más urgente que nunca.

* * *

[VOLVER A TABLA DE CONTENIDO](#)

En esta nueva edición del *Anuario*, el Programa se ha concentrado en dos ejes temáticos: (i) el fenómeno del activismo judicial, dada su importancia y las intensas discusiones regionales sobre su concepto, orígenes y alcances; y (ii) la garantía de los derechos fundamentales en la era digital y la a veces compleja relación entre la seguridad y el derecho a la privacidad.

Activismo judicial en América Latina

En el ámbito de este primer eje temático, hemos invitado a los autores a reflexionar sobre las diferentes facetas del fenómeno denominado activismo judicial en la región, los diversos conceptos y perspectivas existentes, hasta revisar sus límites constitucionales. De igual forma, se enfatiza en aspectos relacionados con las interferencias de un derecho creado por los jueces, que va de la mano de una amplia discrecionalidad judicial, en el resto de la institucionalidad estatal y en el marco del principio de legalidad, así como en las tensiones entre estos conceptos dentro de la doctrina latinoamericana e internacional y en la práctica judicial regional.

Con el planteamiento de este tema se buscó fomentar el debate respecto a si las medidas hermenéuticas reconocidas limitan el activismo judicial y el rol del juez constitucional e interamericano, en especial, en el relacionamiento dado entre la mera aplicación, la interpretación y la creación de derechos. Esto en consideración a que diversas cortes y tribunales constitucionales de la región se han caracterizado, en los últimos lustros, por su elevado activismo, alcanzando gran popularidad y marcada notoriedad, pero son criticados académica e institucionalmente por un supuesto “gobierno de jueces”, en detrimento, sobre todo, del poder legislativo. En razón de la diversidad de los puntos de vista asumidos, hemos dividido los artículos de este eje en cuatro categorías.

En la primera reunimos artículos que giran en torno a cómo podría ser ubicado o integrado el fenómeno del activismo judicial en los sistemas constitucionales de los Estados democráticos latinoamericanos del siglo XXI y en qué medida podrían afectar o desequilibrar el orden constitucional. En esta categoría, los autores ahondan en la compatibilidad de esta figura con los principios básicos del derecho constitucional. Algunos llegan a la conclusión de que es necesario reformular las columnas del derecho constitucional en este ámbito; otros hacen referencia a la pandemia y a los estados de emergencia decretados este año, ya que este escenario ha fomentado nuevas dinámicas del activismo judicial.

En la segunda categoría, acerca del rol del juez constitucional e interamericano a la luz del activismo judicial, los artículos se centran en la expresión ‘activismo judicial’ para determinar su sentido tanto negativo como positivo. En países europeos como Alemania o España, el término suele tener una connotación descalificadora, ya que no es bien visto cuando un juez decide un caso de manera “activista”. Se parte del presupuesto de que un juez “activista” sobrepasa las leyes y, por ende, transgrede los límites de su mandato. Por el contrario, en el ámbito latinoamericano pareciera

que el calificativo de juez activista ostentara más rasgos positivos, en tanto es tomado como verdadero defensor de los derechos fundamentales, sobre todo si los poderes legislativos no cumplen su rol de concretar el catálogo de derechos humanos al nivel de la ley ordinaria. Sin embargo, entre una y otra acepción hay una ligera línea para definir el rol del juez en este escenario.

En la tercera categoría, las contribuciones se enfocan en el análisis crítico del activismo judicial, resaltando especialmente los riesgos latentes en los principios de legalidad y seguridad jurídica. Por último, la cuarta categoría agrupa un conjunto de artículos relacionado con la simbiosis del activismo judicial frente a los derechos económicos, sociales y culturales, donde se destacan las reflexiones jurídicas sobre la justiciabilidad, la interseccionalidad y las sentencias estructurales en este ámbito. Con la crisis del covid-19 es de esperar que el activismo judicial en materia de Desca se multiplique con el objetivo de dar un contrapeso a una creciente desigualdad en América Latina.

La garantía de los derechos fundamentales en la era digital

El segundo eje temático de esta edición aborda los desafíos del derecho constitucional, en la última década e incluso en el futuro próximo, respecto al entendimiento y recompreensión de los derechos fundamentales en la era digital. En efecto, vivimos en sociedades cada vez más sofisticadas en el plano tecnológico, lo cual ha hecho que muchos asuntos de nuestra vida privada y profesional sean reconducidos por canales digitales. Asimismo, se ha desplegado la labor pública y estatal, por ejemplo, las campañas electorales se hacen a través de redes sociales, y los políticos se comunican con la ciudadanía cada vez más por estos canales. Los medios convencionales regulados viven una grave crisis, sobre todo la prensa impresa. Por esta razón, es posible sostener que los *social-media-channels* se han convertido en una de nuestras principales fuentes de información. La pandemia del covid-19 ha multiplicado y acelerado los esfuerzos de digitalización, dándole aún más protagonismo a las redes sociales, sin que el desarrollo legal haya podido del todo mantener el ritmo.

Esta tendencia global ha permitido una acumulación de datos públicos y personales de forma masiva, cuyo tratamiento muchas veces está fuera de control. Por un lado, esto se debe a la falta de bases legales claras y específicas, pero también es producto de un desconocimiento y falta de conciencia pública en Latinoamérica de los peligros de una publicación incontrolada e ilimitada de datos en el espacio público digital. La pandemia y el desarrollo de aplicaciones de rastreo de contactos y dispositivos similares han intensificado esta situación a nivel mundial. A pesar de existir diversas iniciativas jurídicas, la protección de datos sigue siendo un tema descuidado y no tratado con la debida importancia en los países latinoamericanos. Por tal razón, para la Fundación Konrad Adenauer es importante, ahora más que nunca, apoyar un diálogo franco acerca de la protección efectiva de datos sensibles no solamente en la región, sino en todo el mundo.

En la primera categoría de esta sección, los lectores encontrarán valiosos aportes a este debate centrados en los desafíos, tensiones y retos de la aplicación efectiva de los derechos fundamentales en la era digital. Así, por ejemplo, se resalta la insuficiencia de políticas públicas en el escenario regional que fortalezcan el manejo responsable de la recepción y tratamiento de datos personales por parte del Estado, respetuoso de la autodeterminación informativa, derecho autónomo desarrollado por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en las últimas cuatro décadas.

Por otra parte, atendiendo a la convivencia con expresiones como “*fake news*”, “infodemia”, “desinfodemia” o “*hate speeches*”, la segunda categoría de este eje del *Anuario* enfatiza el equilibrio que debe existir entre el derecho a la libertad de expresión, de información y de prensa, y la sostenibilidad de otros derechos fundamentales, como el derecho a la privacidad y a la honra en los Estados democráticos y liberales, así como el deber del Estado de velar por la seguridad de sus ciudadanos. En especial, se advierte de la importancia de la intervención y regulación de los Estados en este ámbito digital, en el que existe una ineludible colisión de derechos de gran importancia, lo cual demanda ejercicios de ponderación y un juicio consciente de proporcionalidad para una solución justa y constitucionalmente justificable de estos conflictos de derechos y deberes en el entorno digital.

Ejes temáticos para la vigesimoséptima edición

Visto este bosquejo general de la presente edición, queremos anunciar que la vigesimoséptima edición del *Anuario* versará particularmente sobre dos asuntos que, dados los acontecimientos en la región en los últimos doce meses y más allá de estos, nos parecen de particular interés y acerca de los cuales nos gustaría hacer un modesto aporte al análisis desde una perspectiva del derecho constitucional y el derecho internacional público.

Como siempre, esperamos motivar a una gran cantidad de autores para que nos compartan sus trabajos, especialmente a autoras, quienes siguen estando subrepresentadas en publicaciones jurídicas especializadas en la región, incluyendo esta publicación. Con mucha preocupación hemos observado que, con la pandemia, la presencia de mujeres en espacios académicos y en la investigación disminuyó considerablemente. Aún más nos gustaría subrayar nuestro compromiso con la paridad de género no solo en este espacio del *Anuario* o en la academia sino en la vida pública en general.

En ese sentido, el primer tema se refiere a la compleja y ambigua interacción del *derecho a la protesta social y el uso de la fuerza en las democracias de la región*. Efectivamente, la garantía de la libertad de reunión, que incluye el derecho a la protesta pacífica, ha sido siempre un asunto de suma importancia para el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. La libertad de reunión es la forma colectiva de la libertad de expresión, y no hay Estado de derecho material

sin respeto a este derecho, que incluso permite lograr la materialización de otros derechos fundamentales. Este derecho apoya y sostiene el equilibrio dado entre democracia deliberativa, representativa y participativa, salvaguardando, a su vez, los principios del Estado de derecho.

En especial, desde 2019 se ha vuelto a visibilizar el impacto y alcance de este derecho fundamental en la región, a partir de la nueva ola de manifestaciones y reclamos sociales que tuvieron lugar en ese año. Pese a sus antecedentes y múltiples razones, estos reclamos colectivos evidenciaron la insatisfacción ciudadana en asuntos relacionados con la amplia brecha social y el aumento de la desigualdad entre ricos y pobres que crece incesablemente, y demostraron que, muchas veces, las personas no se sienten representadas por las autoridades electas en los diferentes países.

Tanto en Chile como en Ecuador, el empoderamiento de la nueva oleada regional de protesta social estuvo marcado por el aumento en el precio de servicios básicos, lo que fue la gota que colmó el vaso. En Chile, la movilización colectiva, sin precedentes desde el restablecimiento de la democracia, surgió tras el ligero aumento de los precios del tiquete del metro. En Ecuador, a principios de octubre de 2019, el presidente Lenin Moreno tuvo que retirar la cancelación de los subsidios a los combustibles, luego de que se desataran fuertes protestas a nivel nacional. Asimismo, en Colombia los manifestantes también expresaron su disgusto por la desigualdad económica, la corrupción, la violencia contra indígenas y líderes sociales, y el retraso en la implementación del acuerdo de paz, entre otras razones. En Bolivia, las protestas aparentemente tuvieron otros motivos: dos bloques se han venido enfrentando de forma irreconciliable, tras unas primeras elecciones presidenciales, presuntamente amañadas, la dimisión junto con el exilio temporal del expresidente Evo Morales, luego de que tuviera lugar una segunda jornada electoral. En general, la pandemia mundial del covid-19 y las correspondientes restricciones a las libertades fundamentales detuvieron la ola de protestas durante un corto tiempo, antes de que resurgiera nuevamente a mediados de 2020.

Estamos convencidos de que el derecho a la protesta pacífica no se debe considerar solamente como un simple derecho, sino como una política pública y social cuyos alcances y límites en el ordenamiento jurídico requieren normatividad para guiar la práctica policial, así como capacitaciones del cuerpo policial. La protesta social ha protagonizado en los últimos años una intensa revisión de los elementos fundamentales del ordenamiento jurídico vigente, especialmente en lo que se refiere a la forma en que se reconocen, protegen y garantizan ciertos derechos fundamentales. En este sentido, es importante orientar el análisis académico desde las siguientes preguntas: ¿qué se entiende por derecho a la protesta?, ¿cuáles son sus límites?, ¿la protesta social se limita al derecho de la libertad de expresión colectiva?

Por otro lado, aparte de expresar el descontento de ciertos sectores de la sociedad de manera pacífica, estas nuevas olas de protesta en la región han traído

también vandalismo por parte de algunos manifestantes, lo que provocó reacciones policiales violentas y, en muchos casos, desproporcionada. El resultado fueron personas lesionadas e incluso muertas, y un peligro latente en materia de orden público. Por tal razón, urge plantear reflexiones en torno al ejercicio del poder y la fuerza policial en el marco de las protestas sociales. Esto, tomando en cuenta que los Estados tienen el derecho e incluso el deber de emplear legítimamente la fuerza en el contexto de su obligación de garantizar la seguridad y mantener el orden público dentro de su territorio, incluso para garantizar el derecho a la protesta pacífica y proteger la vida e integridad de quienes participan en ella.

Por el contrario, un uso inadecuado y excesivo de la fuerza es ilegal y puede conducir a una fuente de violaciones de los mismos derechos que la fuerza pública pretende proteger; asimismo, puede socavar las relaciones entre la policía y la comunidad. Esto en sociedades en las cuales manifestantes todavía están vistos por algunos como criminales contra los cuales la policía reacciona con agresión en vez de emplear estrategias de desescalación. En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que cualquier medida que se tome debe ser siempre necesaria y proporcional, es pertinente preguntarse: ¿dónde se enmarcan los límites al poder estatal en el contexto del uso de la fuerza durante una protesta? ¿Y qué hacer para que se cumplan estos límites constitucionales de manera efectiva?

Con esta convocatoria buscamos generar un debate amplio sobre el tema, no solamente por el hecho de que la región ha experimentado una ola de protestas recientes, sino porque estas constituyen una forma efectiva de expresar la insatisfacción social respecto a la forma de gobernar de manera general o a políticas y decisiones concretas, lo cual implica también el análisis sobre el sostenimiento de las posturas democráticas propias del Estado de derecho desde sus orígenes y la necesidad de correcciones de estas posturas.

La segunda línea temática para la recepción de artículos se enfoca en *el constitucionalismo feminista o un derecho constitucional más inclusivo*. Desde el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer estamos entusiasmados en abrir el debate sobre la necesidad de un cambio constitucional en esta dirección; un cambio que no se quede en el nivel de la positivización formal del derecho a la igualdad, sino que avance hacia una verdadera materialización de una cultura de igualdad.

Pues bien, el nuevo constitucionalismo que se ha ido construyendo en América Latina ha tenido su base en una creciente participación popular en los procesos políticos que culminaron con la redemocratización de los Estados. Entre los varios grupos y movimientos sociales que contribuyeron a la inserción de nuevos derechos en los ordenamientos jurídicos regionales se destacan los movimientos feministas, los cuales se han distinguido, sobre todo a lo largo de la década de los ochenta, por su lucha incansable por encontrar respuestas constitucionales a sus demandas. Alzaron la voz contra la discriminación estructural e histórica de las mujeres en este continente que va a la par con un machismo flagrante que todavía domina en la región.

A lo largo de los años hemos podido observar avances en el largo camino hacia la paridad material. Aparte de algunas sentencias progresistas de tribunales constitucionales en la región en pro de los derechos de las mujeres, cabe mencionar la jurisprudencia de la Corte Interamericana no solamente en casos de violencia contra las mujeres, sino también respecto a derechos reproductivos o la custodia de los hijos.

Actualmente, en algunos países de la región se destacan ciertas tendencias hacia políticas y normas de paridad; así, por ejemplo, la Ley 27.412 en Argentina sobre la Paridad de Género en Ámbitos de Representación Política y la composición paritaria de la Convención Constituyente en Chile. En este aspecto, la nueva Constitución de Chile será la primera en el mundo adoptada por un poder constituyente compuesto por un 50 % de mujeres. Sin embargo, cabe resaltar también que, en otras regiones del mundo, sobre todo en los países con gobiernos de tendencia populista y/o autoritaria con creciente influencia de religiones cristianas, hay retrocesos en la implementación de los derechos de las mujeres, tendencia que observamos con mucha preocupación.

En general, partimos del presupuesto de que el constitucionalismo feminista se basa en principios alternativos para la materialización efectiva de las conquistas constitucionales, ahondando en su aplicación y consecuencias jurídicas. En ese sentido, se resalta la promoción de la igualdad sustancial, tanto en la Constitución y en el ordenamiento legal como en los escenarios sociales e institucionales en la práctica. No obstante, es necesario fomentar el diálogo sobre su direccionamiento; en otros términos, se debe indagar si el feminismo constitucionalista se enruta por sendas identitarias o reaccionarias; si ha alcanzado la madurez y solidez necesarias para enfrentar eventuales embestidas en aras de eludirla, neutralizarla o incluso desmontarla; y si puede fomentar y estimular de manera general valores como la libertad y la igualdad ante la ley, tradicionalmente promovidos por el Estado de derecho.

* * *

Formulados los dos ejes temáticos que estructurarán la siguiente edición, queremos extender nuestros agradecimientos profundos a todas las autoras y los autores de esta obra por la calidad y el rigor académico de sus trabajos y por su disposición permanente para contribuir al engrandecimiento del *Anuario*, promoviendo el diálogo regional y constitucional a través de sus aportes. De igual forma, cabe agradecer de manera especial al Comité Editorial, sobre todo a Edward Pérez, por sus comentarios y revisiones críticas que han permitido enriquecer cada uno de los artículos aquí publicados y, de forma general, a todo el equipo del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer que ha contribuido con su incansable trabajo. De igual manera, expresamos nuestra gratitud con Marta Rojas y su equipo de corrección y de diagramación por su importante labor y el cariño que dedican a la edición del *Anuario* año tras años. Esperamos que esta publicación

sea de utilidad para las lectoras y los lectores y represente una significativa y útil contribución al diálogo constitucional transnacional en la región.

Marie-Christine Fuchs y Magdalena Schaffler

Directora y coordinadora de proyectos del Programa Estado
de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer

I. Activismo judicial en América Latina

1.1. Activismo judicial, constitución y democracia

- Sergio Adrián Cote García (Colombia)
El activismo judicial desde una perspectiva neoconstitucional:
¿usurpación o reivindicación?
- Nicolás Omar Vargas (Argentina)
Litigios contra la autonomía de la defensa pública:
¿activismo judicial contra la autonomía?
- Glauco Salomao Leite (Brasil)
Luiz Guilherme Arcaro Conci (Brasil)
De árbitro a arquitecto: como o ativismo judicial pode redefinir
o federalismo brasileiro?
- William Ernesto Santamaría Alvarenga (El Salvador)
La justicia constitucional en El Salvador: activismo judicial
como control de la crisis de gobernabilidad democrática
- César Francisco Gallegos Pazmiño (Ecuador)
Activismo judicial y estado de emergencia: un estudio comparado
- Miguel Polo Rosero (Colombia)
Democracia, electorado y justicia constitucional

1.2. El rol del juez constitucional e interamericano en el activismo judicial

- Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (Perú)
Juez constitucional y activismo: entre lo constitucionalmente necesario
y lo constitucionalmente recusable. Legitimidad, límites y retos
- César Astudillo (México)
Tensiones veladas y resistencias abiertas al diálogo jurisprudencial.
Los tribunales constitucionales frente a la Corte Interamericana
de Derechos Humanos
- William Iván Gallo Aponte (Colombia-Brasil)
Alejandro Sanabria Rodelo (Colombia)
Aproximación a los límites del activismo judicial de los jueces
constitucionales: el caso de la Corte Constitucional de Colombia
y del Supremo Tribunal Federal de Brasil
- Marcela Rita Ortiz Torricos (Bolivia)
¿Actuación activa o activismo de la Corte IDH?

- Sebastián López Hidalgo (Ecuador)
 Alexandra Correa Vázquez (Ecuador)
 Matrimonio igualitario en Ecuador: entre el activismo constitucional y la autorrestricción judicial en la Corte Constitucional ecuatoriana
- Amado José Carrillo Gómez (Venezuela)
 Los excesos de la jurisdicción constitucional en las decisiones de amparo constitucional por parte de las salas del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela como forma de activismo judicial desbordado y expresión de un Estado fallido
- Paúl Córdova Vinuela (Ecuador)
 Activismo judicial dialógico: la interacción de jueces locales e interamericanos para reparar derechos de las víctimas

1.3. Activismo judicial y sus riesgos para el principio de legalidad

- Mônia Clarissa Hennig Leal (Brasil)
 Maria Valentina de Moraes (Brasil)
 O Supremo Tribunal Federal Brasileiro entre ativismo e legalismo na proteção de direitos de grupos vulneráveis: análise da decisão que criminalizou a homofobia (ADO 26)
- J. Ignacio Núñez Leiva (Chile)
 Los principios en las sentencias del Tribunal Constitucional chileno
- Emerson Affonso da Costa Moura (Brasil)
 “O brasil não pode parar”: análise dos limites do ativismo judicial no controle dos atos da administração pública em razão do princípio da legalidade à luz do julgamento da medida cautelar nas ADPFs 668 e 669 pelo Supremo Tribunal Federal
- Francisco Alejandro Chiquiza Gómez (Colombia)
 Activismo judicial en la Jurisdicción Especial para la Paz
- David Oconitrillo Fonseca (Costa Rica)
 El activismo judicial en Costa Rica: breves apuntes y consideraciones para reflexionar en posibles reformas legislativas
- Adán Maldonado Sánchez (México)
 El activismo judicial en México a través de las sentencias interpretativas/atípicas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
- Farit Limbert Rojas Tudela (Bolivia)
 La interpretación en la Constitución Política del Estado boliviano y el activismo del Tribunal Constitucional Plurinacional

1.4. Activismo judicial y derechos económicos, sociales y culturales

- Esteban Nader (Argentina)
Karina Denari G. de Mattos (Brasil)
Adjudicación socioambiental en casos estructurales de Argentina y Brasil: aprendizaje mutuo y estrategias comparadas
- Óscar Parra Vera (Colombia)
F. Antonio Franco Franco (Colombia)
El enfoque de interseccionalidad en la protección judicial contra la discriminación: alcances y desafíos del giro en la jurisprudencia interamericana
- Matías Pedernera Allende (Argentina)
El problema del activismo judicial en el debate sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Óscar Andrés Pazo Pineda (Perú)
Tribunales bajo escrutinio: un análisis histórico respecto de la labor judicial y el impacto de sus decisiones en el diseño de políticas públicas

Sergio Adrián Cote García* (Colombia)

El activismo judicial desde una perspectiva neoconstitucional: ¿usurpación o reivindicación?

RESUMEN

Activismo judicial es una expresión peyorativa que denota una aparente extralimitación del juez en el cumplimiento de sus funciones. Esa extralimitación es aparente en tanto que pretermite convenientemente dos consideraciones fundamentales: (i) que el juez sí debe intervenir en el diseño de políticas públicas mediante sentencias modificatorias de la realidad material de las partes litigiosas con suficiente eco para aplicarse a casos análogos y producir transformaciones en niveles macro-políticos, y (ii) que la sujeción del juez a excesivas solemnidades procesales reduce significativamente su poder de alcance en la estructura del Estado, facilitando su instrumentalización en el contexto de guerras jurídicas.

Palabras clave: neoconstitucionalismo; *lawfare*; activismo judicial.

Judicial activism from a neo-constitutional perspective: usurpation or vindication?

ABSTRACT

Judicial activism is a pejorative expression that denotes an apparent overreaching by a judge in the fulfillment of his or her functions. This overreaching is apparent in that it conveniently omits two fundamental considerations: (i) that a judge should indeed participate in the design of public policies, through decisions that modify the material reality of the litigants with sufficient repercussions to be applied in analogous cases and to produce transformations at macro-political levels; and (ii) that the subjection of the judge to excessive procedural formalities significantly reduces his

* Abogado, Pontificia Universidad Javeriana; magíster en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo, Universidad Externado. Docente universitario; asesor jurídico, Fiscalía General de la Nación. sergioc8823@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-0743-7531>.

or her power of scope in the structure of the State, facilitating its instrumentalization in the context of legal wars.

Keywords: Neo-constitutionalism; lawfare; judicial activism.

Der juristische Aktivismus aus neokonstitutioneller Perspektive: widerrechtliche Aneignung oder Anspruch?

ZUSAMMENFASSUNG

Der Begriff "juristischer Aktivismus" steht abwertend für die scheinbare Überschreitung der richterlichen Zuständigkeiten. Diese Überschreitung lässt sich daran erkennen, dass notwendigerweise von zwei Grundvoraussetzungen ausgegangen wird: (i) dass es Aufgabe des Richters ist, mithilfe von Entscheidungen, die die materielle Wirklichkeit der streitenden Parteien modifizieren, so spürbar in die Ausgestaltung der öffentlichen Politik einzugreifen, dass sie in analogen Fällen ebenfalls zur Anwendung kommen und gesamtpolitische Veränderungen hervorrufen können, und (ii) dass die richterliche Bindung an übertriebene prozessrechtliche Formalitäten die Möglichkeiten des Richters, Einfluss auf die staatlichen Strukturen zu nehmen, deutlich einschränken und dadurch seiner Instrumentalisierung im Kontext juristischer Auseinandersetzungen Vorschub geleistet wird.

Schlagwörter: Neokonstitutionalismus; lawfare; juristischer Aktivismus.

Introducción

*El país que tolera el relajamiento de la justicia
o la venalidad de jueces y magistrados está condenado
a caer en las fauces de la anarquía.*

JORGE ELIÉCER GAITÁN

El largo siglo XIX¹ basculó entre las disquisiciones epistemológicas de aquellos pensadores que sostuvieron la completitud del derecho, como si se tratara de un polígono de ángulos cerrados, en cuyos terrenos habitualmente se ubica en condición de precursores a Montesquieu² y Beccaria,³ y aquellos otros que reaccionaron contra tal arcadía académica denunciando que el ordenamiento jurídico está transido de vacíos, de antinomias, de anfibologías incluso propias del lenguaje humano, lo cual

¹ "El largo siglo XIX" fue una expresión acuñada por el historiador Eric Hobsbawm para referirse al periodo comprendido entre 1789 y 1914. Al efecto, véase Eric Hobsbawm, *La era de la revolución: 1789-1848*, 6.ª ed. (Buenos Aires: Crítica, Grupo Editorial Planeta, 2009).

² Montesquieu, *Del espíritu de las leyes* (Madrid: Tecnos, 1972), 156 y ss.

³ Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*. Ed. por F. Tomás y Valiente (Madrid: Aguilar, 1974), 76.

impide que las controversias tengan una única solución y, por tanto, los jueces sean algo más que “instrumentos que pronuncian la palabra de la ley”.⁴ En esta última corriente se inscriben todas las posturas del antiformalismo jurídico, que van desde el realismo americano y el escepticismo fáctico que popularizó Jerome Frank,⁵ hasta la escuela del derecho libre alemana, todas coincidentes en que la labor hermenéutica no se reduce a la ejecución de una fórmula silogística de la que se desprenda la solución inequívoca al caso concreto.

El abanico multiforme de posibilidades teóricas inspiró, de uno u otro modo, las instituciones procesales en las distintas latitudes en el contexto del Estado-nación posterior a las tres grandes revoluciones burguesas (la inglesa, la americana y la francesa). El Código Napoleónico de 1804, que sirvió de soporte a las codificaciones civiles latinoamericanas en cuya base se aloja el cuerpo normativo chileno confeccionado por Andrés Bello, ya situaba al brocado de la autonomía de la voluntad privada en el centro de las relaciones intersubjetivas. En efecto, el contrato como fuente de obligaciones, la posibilidad de disciplinar los negocios que habitualmente se celebran entre particulares de forma autónoma, incluso denominándolos atípicamente, y la misma alternativa de deshacer vínculos obligacionales de manera consensuada sirven de base a la concepción procesal del juez ajeno, pasivo, que resuelve el conflicto aplicando el derecho, pero sin intervenir en la reconstrucción del supuesto fáctico porque esa es una tarea reservada a las partes.

En Colombia, por poner un ejemplo, se puede trazar una línea de tiempo en la que asidua y progresivamente se reconoce al juez la potestad de oficio de decretar pruebas, más que como una alternativa, como un genuino deber. La Ley 1564 de 12 de julio de 2012, que contiene el vigente Código General del Proceso, señala en su artículo 170: “El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia”. Tal aserto despierta una continua nostalgia en el subconsciente de una porción todavía significativa de civilistas,⁶ que visualizan la intervención judicial, en el plano de los hechos, como un desbalance indebido entre las partes litigiosas que, de contera, afecta la imparcialidad con que la administración de justicia debe operar; no obstante, lo cierto es que la búsqueda de la verdad material reposa en el trasfondo de la idea universal de justicia, que, aunque inasible para la cognición humana, sí despierta curiosidades en jueces acuciosos.

⁴ Tal aserción es atribuible a Montesquieu (*Del espíritu...*, 156).

⁵ Jerome Frank, *Law and the modern mind*, 15.^a ed. (Gloucester, Mass: Peter Smith, 1970).

⁶ Señala, por ejemplo, el profesor Hernández: “En consecuencia, si dejamos al descubierto el mito de la verdad real, concluiremos, con Montero Aroca, que, si ello no es más que una ilusión, entonces no se justifica concederle al juez iniciativa probatoria, y además que la prueba dentro de un proceso civil no tiene como finalidad la obtención de dicha verdad material” [Gabriel Hernández Villarreal, “Los fines del proceso civil desde la perspectiva del garantismo procesal”, en *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, ed. por Instituto Colombiano de Derecho Procesal (Medellín: Universidad Libre, 2013), 927].

En el terreno del derecho penal aún escalda la piel la remembranza de los procesos medievales intrigantemente retratados por Kafka en su distópica obra *El proceso*, en la que el protagonista se ve envuelto en una investigación arcana, con las puertas del sistema judicial cerradas, inaccesibilidad a los expedientes, reserva absoluta respecto de los punibles presuntamente cometidos, simbiosis entre las funciones de investigación y juzgamiento, mecanismos procesales escriturales asfixiantes, edificios corroídos, funcionarios desestimulados, jueces sin contacto con el acervo probatorio, nulo derecho de defensa y condena social anticipatoria, configurando todos factores que condujeron al paroxismo del ocaso del sistema inquisitivo, de paso demonizando, en los lustros venideros, el vocablo calificativo ‘inquisitivo’, que, según la Real Academia Española, no es cosa diferente a averiguación e indagación.

A lo dicho, habría que añadir lo siguiente: la bula *ad extirpanda* promulgada por el papa Inocencio IV en el año 1252 incitaba a la Inquisición Pontificia a emplear la tortura como método de obtención de la confesión del crimen de herejía. Además, el suplicio y el castigo corporal exacerbado conformaron una simbología de la punición muy difícilmente atable a la humanización con que funciona el moderno derecho penal. Así lo expresa Michel Foucault:

El castigo tenderá, pues, a convertirse en la parte más oculta del proceso penal. Lo cual lleva consigo varias consecuencias: la de que abandona el dominio de la percepción casi cotidiana, para entrar en el de la conciencia abstracta; se pide su eficacia a su fatalidad, no a su intensidad visible; es la certidumbre de ser castigado, y no ya el teatro abominable, lo que debe apartar del crimen; la mecánica ejemplar del castigo cambia sus engranajes. [...] Las notaciones de la infamia se redistribuyen: en el castigo-espectáculo, un horror confuso brotaba del cadalso.⁷

Y si tanto ruborizan hoy las inclemencias y opacidades de los sistemas inquisitivos, entonces la reacción subsiguiente es la confección teórica de un modelo diametralmente opuesto, en definitiva, un escenario que, en lo penal, escinda la función acusatoria y la de juzgamiento obliterando la maligna perversión que puede reproducirse en los estratos mentales más subrepticios del juzgador y que lo conminan a buscar condenas con criterios cuantitativos en sede de un populismo punitivo alentado por la prensa; y en lo civil o comercial, un juez que al aplicar estrictas normas procedimentales, no altere la igualdad de las partes que libre y voluntariamente contrataron, o que, sin haberlo hecho, actúan como agentes autónomos en el interior de su respectiva comunidad jurídica.

Pero hay reparos que de entrada pueden oponerse a esta acomodaticia evolución procesal escondida detrás del disfraz de las garantías individuales, no porque tales

⁷ Michel Foucault, *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión* (Ciudad de México: Siglo Veintiuno, 1975), 17.

garantías sean insignificantes, sino porque son demasiado significativas para quedar confinadas en las restricciones propias de las instituciones adjetivas: oportunidad procesal, cargas de prueba, prescripciones, caducidades, exclusiones probatorias, presunciones, desistimientos, fallos inhibitorios, etc. El edificio del derecho procesal, construido sobre siglos de erudición académica, observa cada vez más de lejos la realidad de los justiciables, al mismo tiempo que reduce su presencia en el dibujo institucional político-administrativo del Estado correspondiente, y ¿a quién le conviene más una administración de justicia tan atemperada?

Es claro que mediante el presente escrito no se pretende revivir la inacabada cuestión epistemológica sobre el concepto de la verdad ni cómo podría reconstruirse ulteriormente. Por más que se reconozca que el juez no puede escrutar tan hondo en el pasado, como lo haría un historiador, para aproximarse a lo acaecido, esto es, lo que constituye el objeto del litigio, y sea cierto que en algún punto tendrá que conformarse con lo que se ha denominado “verdad forense”⁸ o “verdad procesal”, no es menos palmario que la cantidad considerable de liturgias y demás formalidades que crean el marco donde el debate se despliega prefiguran una universalidad que pretende cobijar la totalidad de los casos que se ventilarán, sin atender minucias. Esto quiere decir que la ritualidad procesal, confeccionada previamente por el legislador y plasmada en leyes imperativas, puede llegar a obstaculizar la verdad por la vía de imponer camisas de fuerza al sujeto designado para arbitrar el pleito, lo que no parece muy concordante con la idea de la justicia.

Ahora que la tecnología ha avanzado con tanto vértigo, valdría la pena preguntarse acerca de la viabilidad de que los jueces sean reemplazados por máquinas o computadoras programadas para aplicar algoritmos. Al final, si el juez, encerrado en su despacho, solamente arma el caso a partir de las piezas probatorias suministradas por las partes y aplica la norma jurídica vigente, luego de liberadas la totalidad de las de reglas procedimentales, entonces, tal vez, un robot podría efectuar ese cúmulo de operaciones con mayor eficacia, corrigiendo, si se quiere, el problema de la congestión judicial y la lentitud en la publicación de la sentencia.

Pero si tal imaginario atemoriza, como en efecto le sucede al autor de este artículo, es porque se entiende que en la elevada labor de administrar justicia intervienen sensibilidades adicionales, pulsaciones humanas diferenciadas, casuísticas muy finas que no se pueden prever con antelación a la radicación de la demanda y que en el fondo significan que se administra una justicia incrustada en la realidad social, no en lo etéreo y abstracto, sino en lo corpóreo y lo material.

⁸ “Preferimos que dicho juicio se ciña a unas reglas de juego en las que imperen el estricto respeto a las normas de procedimiento, a las nociones de la carga de la prueba, al cabal derecho de defensa, a la bilateralización de todas las actuaciones y, desde luego, a la garantía de obtención de una verdad –menos pretenciosa que la material, pero más ajustada a la que surge de un proceso– como es la relativa, forense o meramente procesal” (Hernández Villareal, “Los fines del proceso civil desde la perspectiva del garantismo procesal”, 921).

Además, ¿qué sentido tendría configurar un sistema jurídico en que se conciba el derecho procesal como instrumental del derecho sustancial, en el que a cada derecho corresponda una acción judicial para protegerlo, si al juez se lo priva de cualquier posibilidad investigativa y se lo imbuje en la rigidez de fórmulas predispuestas que, como se expresó antes, no solo no promueven la búsqueda de la verdad, sino que la opacan en ciertas ocasiones? Es como guarnecer a un ejército sin municiones.

Pero cualquiera que sea la visión que se adopte o, si se quiere, la ambivalencia que produce el movimiento pendular entre los extremos de lo dispositivo y lo inquisitivo en el ámbito procedimental, es relevante considerar un ingrediente adicional: el neoconstitucionalismo. Luis Carlos SÁCHICA describe el fenómeno así:

La verdad es que la cosa política se ha relativizado, pragmatizado y, con ello, el constitucionalismo liberal, cumplida su misión, está de capa caída.

Su propósito fue someter el poder a pauta normativa previa, que equivale al Estado de derecho. Lo logró. Ese es el modelo dominante en el mundo de hoy. El totalitarismo de derecho cayó derrotado en la segunda guerra mundial y, el otro, el socialista se derrumbó en la perestroika. Las dictaduras de cualquier corte han ido al desván de la historia. La revolución no está en boga. Las ideologías entraron en eclipse; las hegemonías doctrinarias están en el ocaso. Triunfó el pragmatismo. Y todo se unificó en el modelo de la democracia occidental.

[...]

Todo lo cual nos obliga a pensar si todavía se justifica la distinción entre Constitución y ley. ¿No sabrá ya la primera? A la gente le importa la norma de aplicación directa que regula su vida. No los principios, ni las declaraciones retóricas. Si no varía la ley, no le interesa el cambio constitucional. Vive en el nicho seguro de sus costumbres y los tecnicismos y las modas y escuelas jurídicas son entequeias tan ajenas a su mundo como la suerte de las galaxias.⁹

La noción de ‘neoconstitucionalismo’ implica bajar el texto constitucional del divismo literario en donde ha morado, aterrizarlo. La etimología del prefijo ‘neo’¹⁰ ya no es tan precisa a la hora de cartografiar la realidad constitucional, habida cuenta de que desde hace décadas se reclama que las garantías y los derechos contenidos en la parte dogmática de la constitución no sean meros postulados distantes, sino concreciones reales. Y, como es obvio, en la consecución de esas consignas programáticas tienen que intervenir todas las ramas del poder público y todos los organismos independientes que hagan parte del organigrama del Estado. El derecho a la vida, a la libertad de expresión, a la salud, a la igualdad, no son asuntos reservados a la administración pública que diseña y ejecuta las políticas públicas, sino que son

⁹ Luis Carlos SÁCHICA, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, 21.^a ed. (Bogotá, D.C.: Temis, 1994), 370 y 371.

¹⁰ Prefijo griego que se usa para indicar novedad.

mandatos que irrigan a toda la función pública, incluyendo, desde luego, a la rama judicial.

En Colombia hubo una cierta resistencia a aceptar la legitimidad de los fallos modulados de la Corte Constitucional cuando declaraba la exequibilidad condicionada de leyes expedidas por el Congreso de la República, bajo el entendido de que suponían una usurpación en la división de funciones trazada en la misma carta. También hubo disidencias en relación con las órdenes emitidas por jueces de tutela cuando conminaban la ejecución de una obra o actividad, o la prestación de un determinado servicio, esto es, obligaciones de hacer en su más clásica expresión. Se llegó, en los escenarios más fundamentalistas, a plantear la posibilidad de suprimir la acción de tutela¹¹ por un uso excesivo de la misma y porque presupuestalmente no era viable cumplir con las sentencias proferidas por los jueces.

Pues bien, el presente artículo pretende abordar la cuestión planteada desde dos aristas que teóricamente emergen del neoconstitucionalismo: el principio de igualdad material y su función modeladora en el proceso, si es que la tiene o debe tener, y, en segundo término, la noción de *lawfare* o guerra jurídica y su operatividad en escenarios de mayor o menor intervención judicial. Habrá cierto énfasis en el contexto particular colombiano, pero los razonamientos a los que se invita se pueden extender a la generalidad de países iberoamericanos.

Todo con la finalidad de aproximar una respuesta a la pregunta sugerida en el título: ¿es el llamado activismo judicial un mecanismo tuitivo de los derechos de los individuos y una talanquera que obstruye los potenciales excesos del Ejecutivo en regímenes presidencialistas, o es una intromisión indebida en competencias que no son inherentes al ejercicio de la administración de justicia?

1. Igualdad de armas: entre fusiles y caucheras

La aplicación a ultranza de criterios de igualdad formal en sede del procedimiento judicial en contextos de comunidades profundamente inicuas, no es ecuanimidad.

Así como la libre competencia económica entre compañías desigualmente provistas profundiza las diferencias y culmina extinguiendo a los más débiles, la concepción de un derecho procedimental con asiento en reglas fijas de movimiento abstractamente concebidas difícilmente resuelve la *litis* atendiendo a criterios definibles de justicia material.

Suele haber líneas jurisprudenciales uniformes en relación con la interpretación del derecho a la igualdad sobre el que se vertebran las constituciones modernas a lo largo y ancho del globo terráqueo. La Corte Constitucional colombiana lo expresa del siguiente modo:

¹¹ Véase “La tutela en peligro”, *Revista Semana*, 3 de agosto de 2003, acceso el 20 de abril de 2020, <https://www.semana.com/nacion/articulo/la-tutela-peligro/59738-3>.

A diferencia del Estado de derecho que atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el Estado social de derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. De esta forma, el Estado social de derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional.¹²

Y, profesoralmente, es ya un lugar común o cliché, por lo contundente de la afirmación, explicar el referido principio en términos de “trato igual para los iguales y desigual para los desiguales”, lo que supone la incorporación cómoda de las minorías en el funcionamiento y andamiaje político-jurídico del Estado. Y que conste que esa evolución doctrinal del concepto se hace poco menos que inexorable en tanto que abreva de la más mínima aproximación intuitiva que el ser humano puede detentar sobre la justicia. Cuando una madre alumbra dos hijos, uno enfermo y otro sano, es normal que el primero, en su condición de vulnerabilidad, reciba más atención de su progenitora; las competencias deportivas están separadas por grupos etarios; el transporte público tiene sillas especiales para la tercera edad y las mujeres embarazadas; y así, un sinnúmero de ejemplos que no repugnan el sentido común de la colectividad y que justifican enteramente enfoques diferenciados.

¿Por qué, entonces, se le pide al juez que dispense justicia de espaldas a la realidad en que vive? El juez es, ante todo, un ser humano con conciencia social, con emocionalidad colectiva, incardinado en la vertiginosidad de los movimientos que le circundan. Como ser comunitario no arriba a su oficina por teletransportación cuántica, sino que soporta las inclemencias del tráfico, observa por la ventana la miseria cultural y llora, junto con los demás ciudadanos, el déficit de democracia que solivianta los ordenamientos jurídicos latinoamericanos. Precisamente, porque en el juez concurren las circunstancias descritas y en él subyace una experiencia de vida que configura sus rasgos identitarios e ideología, es él quien, de primera mano, percibe cuál parte llega al proceso con fusil y cuál con cauchera.

El derecho civil y comercial tienen como fundamento el postulado de la voluntad privada por la carestía del principio de libertad como pilar de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que acompañó a la Revolución francesa. Bienvenidas sean las consignas libertarias de las que se desprenden derechos vitales en los *proto*-Estados constitucionales: libertad de pensamiento, de expresión, de conciencia, de culto, de empresa, de orientación política; siempre y cuando estos derechos no pierdan su racionalidad y contenido fundamental, esto es, en la medida en que no se empleen como dispositivos de acumulación de poder y opresión

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-1064 de 2001.

violenta de aquellos cuya libertad se circunscribe a ámbitos materiales más reducidos, como parece que fue la evolución histórica de los Estados modernos. Aguilera Portales y Espino Tapias han analizado el fenómeno así:

Si bien es cierto que el Estado Liberal-individualista fue garante de los derechos del hombre, esta libertad desbordante tutelada por los Estados burgueses, permitió que, en su nombre, se ultrajara una de las bases de la democracia: la igualdad entre los hombres, es decir, la igualdad filosófica en la libertad. De esta manera, el Estado vigilante de los derechos humanos descuidó en el fondo, el derecho tal vez más importante de la humanidad: la igualdad, que al lado de la libertad, forman el pensamiento filosófico-jurídico de la democracia.¹³

A medida que el Estado incrementó su intervención en la economía, porque, como señala Stiglitz, la mano invisible es invisible en tanto que no existe,¹⁴ la autonomía privada no resulta suficiente para explicar las relaciones de derecho privado entre individuos desiguales. Todos los conceptos desarrollados posteriormente que se refieren a los contratos de adhesión a contenidos predispuestos, a la nulidad de las cláusulas leoninas, la misma teoría del abuso del derecho de Josserand,¹⁵ enseñan que al igual que en el mundo económico, en el mundo jurídico suceden desviaciones. Cuando el prestatario acude a la institución financiera a obtener un crédito, apurado porque no tiene cómo sustentar a su familia, difícilmente podrá negociar elementos contractuales, como la tasa de interés o plazos de pago; cuando un desplazado por la violencia requiere vivienda, seguramente aceptará el canon de arrendamiento definido unilateralmente por la inmobiliaria; cuando el desempleado finalmente recibe una oferta laboral, se conformará con suscribir la minuta estandarizada que el empleador le pone sobre el escritorio, y tan evidente es la situación en este último escenario, que hubo la necesidad histórica de diseñar toda una novedosa disciplina jurídica que extrajera el contrato de trabajo de la figura civil del arrendamiento de servicios, lo que constituyó la genealogía del derecho laboral.

Y si hay desigualdad en la contratación, también hay desigualdad en la resolución de la controversia que eventualmente surja de esa contratación, y detrás de esta afirmación hay más que una óptica de clase. En realidad, muchas figuras canonizadas del derecho procesal han tenido que elongarse para permitir la cabida de criterios de

¹³ Rafael Aguilera Portales y Diana Espino Tapia, “Repensar a León Duguit ante la actual crisis del Estado Social”, *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política* 12 (2010): 50.

¹⁴ El premio nobel de economía suele usar irónicamente esa expresión para denotar que los mercados no regulados producen externalidades negativas difícilmente corregibles. Al respecto, véase David Cufre, “La mano del mercado no es invisible: no existe”, *El País*, 22 de agosto de 2002, acceso el 20 de abril de 2020, <https://www.pagina12.com.ar/diario/el-pais/1-9212-2002-08-22.html>.

¹⁵ Sobre el desarrollo de la concepción teórica del abuso del derecho, Louis Josserand, *Del abuso del derecho y otros ensayos* (Bogotá: Temis, 1982).

ecuanimidad fáciles de detectar, con todo y que en tales malabares pseudocientíficos se siga apelando a un estilo eufemístico para no confesar, de frente, lo que emerge como verdad incontestable, esto es que, a pesar de los adornos y embelecos, el poder oculto que tiene el juez y del que no se le puede privar, es de magnitudes egregias.

Mucho antes de que el término ‘neoconstitucionalismo’ se incorporara al vocabulario jurídico, y antes de que se promulgaran constituciones con catálogos tan nutridos de derechos de primera, segunda y tercera generación, ya los jueces tenían roles más significativos que la mecánica función de aplicar la norma correspondiente al caso concreto, con el pretendido resultado de haber hallado la solución única. Lo que sucede es que esa mayor intervención judicial quedó camuflada en las excepciones que jurisprudencialmente se creaban a la regla general procedimental, y ese disfraz surgía de un prurito tradicionalista que veía con malos ojos un intervencionismo desmedido.

“Activismo judicial” es una expresión peyorativa que denota una extralimitación en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales y un adentramiento del juez en el diseño de políticas públicas. Lo que no se quiere ver es que tal extralimitación no existe porque el juez, al arbitrar la controversia, necesariamente debe tomar partido respecto del sustrato mismo del pleito, es decir, de los hechos; y porque no es negativo que participe en la formación de la política pública puesto que a tal proceso deben concurrir todas las ramas del poder, incluso, la misma ciudadanía en democracias participativas.

En sustento de lo expresado se pueden considerar, al menos, los siguientes aspectos:

- i) La disposición procesal indica que incumbe al actor probar el supuesto de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico que persigue. Entonces, la carga de la prueba de los hechos en que se fundamenta la pretensión corresponde al demandante. Esa es la regla general y tiene sentido desde la perspectiva de la lógica formal. Decía el escritor Fernando Vallejo, en una de sus “peroratas” sobre teología, que “al que afirme que existe una montaña de diamante en Marte le toca probarlo, a mí no me toca probar que no existe”.¹⁶

Y, ¿cuál es la excepción a esa regla?: la carga dinámica de la prueba, que en Colombia se reconoce, jurisprudencialmente, desde antes de la promulgación de la Constitución Política de 1991 con ocasión de un fallo de responsabilidad médica en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.¹⁷

¹⁶ Fernando Vallejo, *Peroratas* (Bogotá: Alfaguara, 2013), 192.

¹⁷ “Es así como el primer hito jurisprudencial que evidencia el inicio de la aplicación de la teoría de la carga dinámica probatoria se da en el Consejo de Estado en el año de 1990, con la ponencia del doctor Gustavo de Greiff Restrepo el 24 de octubre, bajo el expediente N° 5902, en la que se indicó que ‘que la prueba de la diligencia y cuidado incumbía al demandado en los casos de responsabilidad médica’ [Leydy Chinchilla, Carlos Roa y Wildes Cedeño, “La carga dinámica de la prueba la protección del derecho a la igualdad en el Código General del

La filosofía y razón de ser de la carga dinámica de la prueba es, en el fondo, la consecución de la igualdad material entre los sujetos procesales, porque no siempre uno está en mejores condiciones de probar algún suceso, que el otro.

Res Ipsa Loquitur (“la cosa habla por sí misma”) fue el sintagma empleado en responsabilidad aquiliana para modular el estándar probatorio pétreo en cuya virtud al actor correspondía probar los hechos en que sus pretensiones se sustentaban. Por ejemplo, cuando un paciente, luego de ser sometido a una intervención quirúrgica, terminaba con un implemento médico dentro de su cuerpo que degeneraba en infección, era tan protuberante el yerro en el despliegue de la operación, que exigirle que, lego en el oficio, demostrara y explicara la negligencia del galeno, hubiera sido un contrasentido.

Pues bien, la fuerza de la realidad manifiesta desequilibrios tan hondos como el descrito. Cuando es el ciudadano quien tiene que demandar al *trust* o a la gran corporación, cuando es el usuario quien tiene que demandar al hospital, cuando es el prestatario quien necesita demandar al banco, no siempre se halla en condiciones reales de probar los hechos, y por reales se alude, incluso, a criterios sociológicos y psicológicos, que por más que aturdan la cientificidad del derecho como sistema, están presentes.

De cualquier manera, la carga dinámica de la prueba coexiste hoy en día con los sistemas procesales dispositivos, adversariales, acusatorios, o cualquiera que sea el adjetivo que se acompañe para referir un sistema esencialmente impulsado por las partes, que no por el juez; y, ¿si no avergüenza pensar que el juez disponga sobre el *onus probandi* atendiendo a las circunstancias concretas del caso, debería suceder al contrario con el decreto oficioso de pruebas? Tal será el aspecto que se analice a continuación.

- ii) El profesor Marcel Silva Romero, reconocido laboralista, decía en una conferencia dictada en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, en 2014,¹⁸ que de los 22 millones de trabajadores que hay en Colombia, solo 15 millones recibe la totalidad de prestaciones laborales ordenadas por el Código Sustantivo del Trabajo. Además, señalaba que esa nefasta coyuntura tiene lugar y puede tener lugar en tanto que se apela al mismo sistema jurídico para dar apariencia de legalidad a una situación de irregularidad: el contrato realidad, que no es otra cosa que calificar una relación estricta de trabajo como de prestación de servicios para evadir el pago de las prestaciones sociales imperativamente dispuestas para ese vínculo contractual.

proceso”, *Revista Hipótesis Libre* 17 (2017): 4, <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/hipotesis/article/view/274/271>].

¹⁸ Para esta excelente presentación donde se abordan diferentes aspectos relacionados con las reformas a la justicia en Colombia desde una perspectiva social, véase <https://www.youtube.com/watch?v=NoA3ta64UD4&t=745s>.

Aparte de ser un muy diciente relato de la precariedad con que se mueve el mundo del trabajo, atina a encontrar el busilis de la cuestión referente a la prueba de oficio, esto es, el elemento de ocultación de la conducta. Si el empleador pretende exonerarse de sus obligaciones legales, seguramente no querrá dejar rastro de su obrar malintencionado, pagará salarios menores en efectivo, no afiliará al empleado a ninguna institución formal de seguridad social, no habrá siquiera registro escrito del contrato. Entonces, cuando el trabajador pretenda demandar, si es que supera el temor de las represalias, ¿qué pruebas se le exigirá que aporte con su demanda?

Se podrá decir en contra de la anterior argumentación que ese suceso tiene lugar en el marco del derecho laboral que parte de una asimetría de base entre los dos extremos de la relación, pero está visto que esas mismas asimetrías operan con mayor vigor, inclusive, en el ámbito civil y comercial, con una añadidura: también en estos terrenos puede ser esencial el elemento del camuflaje en la configuración de la actividad censurada. La simulación, por poner un ejemplo, exige el *consilium fraudis* entre quienes la ejecutan para engañar a terceras personas, como cuando un sujeto finge vender su apartamento para que este no pueda ser perseguido por su acreedor.

Y el abanico de posibilidades se incrementa teniendo en cuenta los aspectos motivacionales y la causa impulsiva particular en la contratación privada. El dolo definido como maquinación fraudulenta, la gradación de culpas en la responsabilidad contractual y la mala fe como concepto jurídico indeterminado impregnan las codificaciones civiles y comerciales, al mismo tiempo que descubren que en el pleito no solo es importante el *onus* (quién debe probar), sino el *thema* (qué se debe probar) y en esa reconstrucción fáctica debe colaborar el juez, pues las partes no tienen abiertas todas las puertas para desarrollar una actividad averiguadora tan completa, a veces, hasta psíquica.

A este propósito escribe Alejandro Nieto:

En la jurisprudencia española actual sigue vigente, y con la categoría de dogma intocable, el principio (obsoleto ya en el resto del mundo) de que la sentencia se articula sobre un silogismo de subsunción, cuya premisa mayor es la norma abstracta aplicable y la premisa menor el supuesto de hecho examinado, deduciéndose el fallo mediante la subsunción del hecho en la norma. Por ejemplo, considerando que el art. 1902 del código civil dispone que “el que causa daño a otra mediante culpa o negligencia está obligado a indemnizar el caño causado”, y considerando que A. ha producido por negligencia un daño a B., la conclusión es que A. debe indemnizar a B. el daño producido. Nada más fácil a primera vista, puesto que el manejo de este silogismo se enseñaba antes en lógica a los niños de trece años y hoy está al alcance de un programa informático elemental. Lo que sucede, sin embargo, es que la sentencia es

infinitamente más complicada, pues las dificultades aparecen antes de armar el silogismo, es decir, a la hora de determinar si A. fue el autor del daño, si actuó con negligencia, si estaba legitimado para producirlo y en qué medida participó B. en la acción. Estos son los problemas y no los del silogismo y es inconcuso que con un método lógico no puede adquirir el juez los datos que necesita para resolver.¹⁹

Si se concuerda con que la dificultad de los casos no está en la norma aplicable, sino en la demostración de los hechos acaecidos y que esos hechos son difícilmente accesibles para el actor, entre otras cosas, porque su contraparte está intentando ocultarlos,²⁰ no queda otro camino que reconocer que el árbitro emplee los mecanismos a su disposición provistos y no renunciar tan apriorísticamente a la dispensación real de justicia, so pretexto de solemnidades procesales. Pero que quede claro que con lo expuesto no está incurriendo en la ingenuidad de pensar que el proceso humano puede siquiera rozar la verdad histórica de sucesos pretéritos, pero sí intentar aproximarse a ellos de la forma más fidedigna posible.

El abogado de las partes no puede acceder irrestrictamente a locaciones, consultar expedientes, desarchivar folios, interrogar con efecto vinculante a terceros, cuestiones todas que están dentro de las posibilidades del juez revestido con *ius imperium*, y si las usa oficiosamente no es con intención de parcializarse en favor de uno de los sujetos procesales, sino de descartar hipótesis, comprobar razonamientos, inferir posibilidades, atar cabos, concatenar indicios y fallar con un grado idóneo de tranquilidad espiritual, porque su mente no funciona en clave de normas jurídicas, sino como la de todos los seres humanos, con impulsos y dubitaciones que exigen niveles de averiguación y verificación.

- iii) Inmediación, concentración, oralidad y demás principios que componen la probática moderna intentan generar contacto del juez con el medio de prueba, en contraste con los procesos escriturales en que los hechos se reconstruían sobre cargamentos enteros de papel y expedientes. Escrutando hondo en la razón de ser de estos postulados aparecen factores *metajurídicos* y elementos que podrían calificarse de “psicoprocesales”, que intervienen directamente en el proceso de estimación de las pruebas por parte del juzgador, aunque no se hayan explícitos en la motivación de la sentencia.

¹⁹ Alejandro Nieto, “Lo simulado y lo disimulado en la motivación de la sentencia”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* 89 (2012): 509.

²⁰ “El tratamiento jurídico-procesal de los hechos ha sido y sigue siendo la parte más débil de la administración de justicia, y no en vano dio lugar esta perspectiva al nacimiento de la tesis llamada del *fact Scepticism* incardinada dentro del realismo americano” [Luis Muñoz Sabaté, *La prueba de la simulación*, 2.^a ed. (Bogotá: Editorial Temis, 1980), 12].

Al final, la actividad cognoscitiva que se produce en la mente del juez es estimulada por el comportamiento que asumen las partes y los demás intervinientes en el proceso, del que se pueden desprender presunciones sobre la veracidad de las afirmaciones, conductas obstructoras o contumaces que refuerzan una determinada teoría del caso y que solo se hacen perceptibles cuando el fallador toca directamente el instrumento probatorio. Determinar cuestiones como el nerviosismo con que se rinde una declaración, las contradicciones en que puede incurrir un testigo, incluso movimientos oculares o coloraciones de la piel hacen parte de una psicología forense²¹ con que recientemente se entrena a los funcionarios judiciales para que elaboren sus razonamientos sobre bases lógicas más completas.

En definitiva, todas las instituciones vanguardistas que hoy son recibidas muy plácidamente por los códigos procesales, lejos de promover una pasividad judicial, están impulsando un activismo comprometido con la recta impartición de justicia: desde el abandono de complejos de interpretación tarifados para abrir paso a criterios de sana crítica hasta la modernización de infraestructura para viabilizar la oralidad reclaman un juez mucho más presente y activo en la resolución de las controversias.

Por esa vía, no solo se endereza la problemática relativa a la renuncia a la interposición de acciones y frustración de demandas por falta de confianza en el régimen, sino que se solidifica la rama judicial, impidiendo su instrumentalización y uso político extorsivo, como a continuación se expone.

2. Guerras jurídicas: las leyes son las armas; los jueces, el ejército que las dispara

Una forma de control total se ejerce sobre la ciudadanía en las postrimerías de la Revolución industrial y en la operatividad liviana de las economías de mercado. Las guerras abandonan, por lo menos esa es la tendencia, su cariz explícito acompañado de la estridencia del estallido bombas, para dar paso a un escenario pacificado de normalidad institucionalizada que apela a formas novedosas de disciplina social estructuradas sobre las nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones.

Minerías de datos, redes sociales, publicidad en internet, que a través del desciframiento de patrones recurrentes de búsqueda induce al usuario al consumo de determinados productos, dominan las herramientas con que se adoctrina a la población y se le mantiene dentro del ritmo con que debe operar la democracia. El mapa geopolítico está cambiando, los actores de derecho internacional público son las grandes corporaciones, por encima de los Estados, y el proceso de globalización

²¹ El psicólogo Paul Eckman, a través de toda su obra, ha incursionado en la simbología y los significados de la expresión facial como reflector de emociones tipificadas.

desdibuja las fronteras rígidas con que se separaba a las naciones. Es de suponer que en esa evolución se aloje el replanteamiento de las viejas soberanías y surja, con más potencia, la *vexata quaestio* sobre los intereses económicos ocultos detrás del proceso de formación de leyes y, sobre todo, quiénes y con qué margen de acción las aplicarán.

Al respecto, Balakrishnan Rajagopal señala:

La forma de ejercicio de poder en el Tercer Mundo tiene también un aspecto burocrático propio, que consiste en técnicas diseñadas para observar, controlar, reformar y vigilar el comportamiento de los individuos, especialmente el de los pobres, dentro del Estado. Esta concentración sobre la población es especialmente intensa en relación con el pobre, que constituye un dominio principal para el ejercicio de la racionalidad gubernamental.²²

La profundidad con que se activan los dispositivos de vigilancia sobre la población, la manipulación de sus pulsaciones y la capitulación del pensamiento se corresponden con la necesidad de un esfuerzo intensificado del “cuarto poder”,²³ en una relación casi que directamente proporcional. El poder de la prensa y de las herramientas de comunicación, a través de propaganda insaciablemente repetida, promueve un proceso de introyección de modelos únicos de verdades universales en la mente de los receptores, que, por supuesto, no son irrompibles, pero sí generan resistencias y terquedades. Determinar quiénes son los héroes y quiénes los villanos, afirmar que el futuro está en nuestras manos, que la movilidad social depende del esfuerzo y la dedicación, son todas sentencias provenientes del más occidentalizado capitalismo, y no es que sean enteramente falsas, pero tienen la función de aliviar la existencia de las clases subalternas y mantener rígidos los pilares fundantes de la civilización con una oposición domada, movediza en el *statu quo*.²⁴

Todavía hay mucho de pensamiento crítico, de alternativas políticas y existenciales genuinas con las que cualquier individuo en este universo puede protestar, oponerse y dudar. No obstante, los centros de poder económico irradian hacia la periferia su onda expansiva inoculando reglas pretendidamente consensuadas en buena parte de las instituciones y por esta vía se resisten las manifestaciones de veleidad con contraataques más virulentos. El establecimiento tiene respuestas para que

²² Balakrishnan Rajagopal, *El derecho internacional desde abajo* (Bogotá, D.C.: ILSA, 2004), 38.

²³ Se refiere a los medios de comunicación y denota una fuente de irradiación de disciplina que opera paralelamente a los tres poderes tradicionales: ejecutivo, legislativo y judicial.

²⁴ “Los que hacen la política y sus proveedores de información de masas promueven sistemáticamente el pensamiento unidimensional. Su universo del discurso está poblado de hipótesis que se autovalidan y que, repetidas incesante y monopolísticamente, se tornan en definiciones hipnóticas o dictados” [Herbert Marcuse, *El hombre unidimensional* (Barcelona: Seix Barral, 1972), 44].

“todo cambie y todo siga igual”, para que las fuerzas centrífugas sean relativamente débiles frente a las talanqueras de fuerte mármol que protegen la normalidad institucional con la venia de los medios de comunicación, una vez estos son digeridos por el respectivo sistema.

Con todo, el anterior es un relato de un totalitarismo peligrosamente revestido de democracia, porque la calificación de totalitario con que se pueda bautizar a un régimen depende de la efectividad con que se sofoquen las posturas alternativas, con independencia del grado de brutalidad empleado. Si el pacto social gira en torno al sostenimiento de intereses de grupo y exclusividades, el derecho, holísticamente concebido, puede ser una punta de lanza silenciosa, pero letal, una especie de derecho del enemigo si es que se puede usar figurativamente la noción propuesta por Günther Jakobs, cuando al referirse al “derecho penal del enemigo” aludía a un sistema sancionatorio que castigaba a individuos, no por delitos cometidos, sino por su peligrosidad para el sistema.²⁵

En cuanto a lo que tiene que ver con el proceso de confección y elaboración de la ley, se pueden relevar, al menos, estos tres aspectos esenciales:

- i) Imaginando que los congresos y parlamentos del mundo representan legítimamente la voluntad popular y que legislan científica y técnicamente de conformidad con ese mandato, aun contratando lingüistas para que redacten el articulado de las disposiciones, habrá polisemias, anfibologías, anomias, antinomias y otra suerte de variantes que ponen el balón en el terreno del intérprete. Este, navegando en esos pasadizos oscuros, deberá tener suficiente carácter y autonomía para no disparar las armas jurídicas en contra de los electores.
- ii) Infortunadamente, el órgano legislativo tiende a estar capturado por grupos económicos.²⁶ Si el cabildeo permea la estructura, la ley, ontológicamente considerada, reproducirá las jerarquías de clase dominantes en imperativos categóricos: reformas tributarias regresivas, flexibilizaciones labores que permiten despidos sin justa causa, cláusulas de permanencia en contratos comerciales, mayores exigencias para acceder a pensiones de jubilación y, en general, todo un arsenal que coopera con el mercado en la distribución de bienes y servicios, consolidando las distancias adquisitivas. En estos casos, el

²⁵ Por la vía del derecho sancionatorio, penal y administrativo se podrían cercenar derechos de oposición política, al ser confeccionada una serie de tipos penales e infracciones disciplinarias, de mera conducta o de peligro considerada simplemente amenazante del establecimiento, aun siendo intentada por vías democráticas.

²⁶ Muchos ejemplos se pueden citar en los contextos latinoamericanos, desde la financiación de campañas políticas con ingentes recursos provenientes de conglomerados económicos, hasta exigencias y presiones dimanantes de la escasez presupuestal del erario público para el desarrollo de infraestructura, lo que requiere inyección de capital privado a cambio de determinadas prebendas.

intérprete debe incorporar los criterios de igualdad material en sus decisiones para precaver la instrumentalización del derecho e, incluso, valerse de figuras como la excepción de inconstitucionalidad e inaplicar normas transgresivas a casos concretos.

- iii) La prensa condena o absuelve antes de la emisión de la sentencia. Si poder legislativo, poder ejecutivo y cuarto poder están alineados, las formas de control serán particularmente sutiles, llegando al extremo de esconder sus rasgos totalitarios. Habrá siempre voces de disidencia tranquilizadas, marchas cívicas incorporadas al paisaje y cierto grado de concesión que simula un cambio hondo mientras mantiene aceitados los mismos engranajes. Si el juez no es imparcial frente al linchamiento mediático, el proceso simbiótico entre derecho y sociedad será traumático y en esa dialéctica discordante puede haber puntos de eclosión por trabarse la adaptación espontánea del ordenamiento jurídico a las exigencias biopolíticas.²⁷

Como se puede apreciar, todas las hipótesis planteadas requieren una lectura de la realidad por parte del juez antes de proferir su fallo y descubren la preponderancia de su labor en colectivos concentrados. La obsecuencia judicial y el sometimiento de los funcionarios a los poderes hegemónicos paralizan el dinamismo espontáneo de la sociedad y sujetan la población a dictámenes no consensuados que terminan dopándola, esto es, resignando modos de protesta ante lo mayestático del aparato.

Así las cosas, el *lawfare* es definido por Camila Vollenweider y Silvina Romano como

...el uso indebido de instrumentos jurídicos para fines de persecución política, destrucción de imagen pública e inhabilitación de un adversario político. Combina acciones aparentemente legales con una amplia cobertura de prensa para presionar al acusado y su entorno (incluidos familiares cercanos) de modo que quede más vulnerable a las acusaciones sin prueba. El objetivo: lograr que pierda apoyo popular para que no disponga de capacidad de reacción.²⁸

El término ha sido empleado recientemente en países como Argentina, Brasil y Ecuador²⁹ para aludir a la instrumentación del derecho con fines de eliminación de opositores políticos que adquieren cierta relevancia y perspectiva de cambio

²⁷ La tesis del derecho vivo, de Eugene Ehrlich, implica entender la interacción entre la realidad social y el conjunto de normas jurídicas, y cómo estas últimas se adaptan progresivamente a las exigencias que espontáneamente van desarrollando las comunidades.

²⁸ Camila Vollenweider y Silvina Romano, “*Lawfare* o la guerra judicial en Argentina y Brasil”, *Celag.org*, 16 de marzo de 2017, <https://www.celag.org/lawfare-o-la-guerra-judicial-en-argentina-y-brasil/#>.

²⁹ Se habla concretamente de las investigaciones penales seguidas en contra de Cristina Fernández de Kirchner, Rafael Correa y Luis Inácio Lula da Silva.

frente al funcionamiento del sistema de privilegios tradicionales. Incluye una cierta aquiescencia del poder judicial para tomar decisiones sancionatorias sobre la base de un acervo probatorio prefabricado por los poderes hegemónicos, un estiramiento de figuras jurídicas para ser interpretadas a conveniencia de los atacantes y un despliegue mediático asfixiante que tiene como propósito legitimar la decisión tomada *ex ante*, en el núcleo de la ciudadanía por la vía de tocar sensibilidades con lemas propagandísticos, como la lucha contra la corrupción y la proximidad del fantasma del socialismo.

Más allá de las minucias procesales y de la referencia a casos concretos, es de suponer que ni el “activismo judicial”, ni el “garantismo procesal”,³⁰ ni ninguna postura intelectualmente honesta acerca del funcionamiento de la rama judicial avalaría la pretermisión del derecho de defensa y la posibilidad de condena, civil o penal, sobre suposiciones o elementos que no generen convicción fuera de la duda razonable. Pero, es claro que solemnizar hiperbólicamente el procedimiento y limitar las facultades naturales del juez que mucho tienen que ver con la observación factual de la realidad, mengua su presencia en el interior del Estado y, una vez debilitado, es fácilmente absorbible por los poderes existentes; en consecuencia, no les ejerce contrapeso suficiente.

Decir que el juez no puede ser activista es afirmar que no es un agente de transformación social, que es casi un convidado de piedra frente a la configuración de las relaciones de soberanía que se gestan en el colectivo humano y, en tal sentido, que no tiene dientes para detener atropellos impulsados desde otras ramas del poder público en detrimento de la democracia. Sin embargo, tal proposición no solo niega la historia del devenir jurídico, sino su misma perspectiva de cambio. Las transformaciones sistémicas suceden de forma localizada en pequeños subconjuntos poblacionales que se van gradualmente expandiendo. Es la resolución del caso concreto lo que va creando reglas jurisprudenciales extrapolables a situaciones análogas, mismas reglas que luego sirven para volcar el ordenamiento e instituir visiones reformadoras.

Los derechos, al igual que las historias, admiten más de una narrativa, se pueden contar desde más de una perspectiva. Si los jueces selectivamente silencian una de las dimensiones de los derechos estarán reificándose a sí mismos,

³⁰ La diferenciación entre garantismo procesal y activismo judicial se fundamenta, resumidamente, en el grado de capacidad que tenga el juez de desarrollar actividades investigativas para escudriñar en los hechos de la controversia. El profesor Hernández, que asume una postura opuesta a la sostenida en el presente artículo, así lo señala: “Los planteamientos del garantismo son minoría y adquieren un matiz crítico de la anterior concepción del derecho procesal, en la medida en que esta corriente afirma que, a su juicio, el activismo resulta inconstitucional como quiera que, en lugar de desarrollar un proceso que cual método de debate pacífico y dialéctico permita el libre enfrentamiento entre dos antagonistas ante un tercero imparcial, pugna por robustecer los poderes del juez (en detrimento de los de las partes), y concibe al proceso como un medio de investigación de la verdad real o material” (Hernández Villarreal, “Los fines del proceso civil desde la perspectiva del garantismo procesal”, 891).

cosificándose, sirviendo de medios para los fines de los poderes establecidos. Cuando esto último sucede, solo habla la voz hegemónica del derecho y no la contrapartida en la que mora el débil: se predica como incuestionable el derecho de propiedad, pero apenas se vocifera sobre su función social y ecológica; se exagera el derecho a la libre competencia económica, pero apenas se produce un murmullo sobre quiénes son los que compiten y cómo la desregularización conduce al monopolio; se sacraliza la libertad de prensa, pero no se dice quiénes son los dueños de los medios de comunicación; se habla de pleno empleo, pero no de las condiciones en que tiene lugar. Dos caras de una misma moneda, lo que exige la más fina interpretación del órgano judicial a efectos de determinar cuál cara permanece oculta y cuál se visibiliza.

Así las cosas, una guerra jurídica es más compatible con una pasividad judicial que aproveche las grietas de una justicia aminorada para ingresar por aquellos agujeros e instalarse indefinidamente. En la medida en que la administración de justicia no tenga la capacidad de controlar a los otros poderes del Estado termina, por inercia, adhiriendo a ellos y sirviendo a sus intereses. En contraste, una fortaleza notable en el ejercicio judicial realiza el postulado de “pesos y contrapesos” que justifica los modernos Estados de derecho, y por ese camino, se precaven las interferencias indebidas: siempre será más difícil penetrar una justicia robusta que una blanda. A ese respecto, de forma conclusiva, es conveniente anotar tres puntos:

- i) Por supuesto que los sistemas de elección y nombramiento de empleados judiciales y jueces deben obedecer al mérito; de hecho, así lo señalan la mayoría de constituciones latinoamericanas. El problema radica en el estado de cosas abiertamente inconstitucional cuando los concursos públicos no son convocados o, si lo son, se ralentizan injustificablemente. Esa vía torticera estimula nombramientos en provisionalidad que responden a cercanías con agentes directivos en el interior del mecanismo y crea la externalidad negativa de admitir jueces con compromisos o con favores pendientes de pagar.

La consecuencia es que la atomización de esta categoría de funcionarios empieza a erosionar el funcionamiento sistémico de la justicia y a reflejar, como totalidad, los intereses económicos o de partido político predominante en clara anuencia con los ingredientes teóricos del *lawfare*.

- ii) El artificio de arreglo institucional que ocurre en Colombia sobre la base de que los altos funcionarios del Gobierno y los congresistas sean juzgados por la Corte Suprema de Justicia, y los magistrados de la Corte Suprema de Justicia investigados por un órgano adscrito a la Cámara de Representantes³³¹ (Poder Legislativo) resulta ser una imbricación contraproducente.

³³¹ Véase Carolina Guevara “Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes: una fractura al sistema de responsabilidad de altos jueces en Colombia”, *Revista Estudios Socio-jurídicos* 27, n.º 2 (2015), doi: <https://dx.doi.org/10.12804/esj17.02.2015.03>.

Inconcuso es que la manifestación más ostensible de guerra jurídica se opera en contra de líderes de oposición que pueden haber ocupado altos cargos e intentado aplicar políticas reformistas ulteriormente bloqueadas. Esos funcionarios de oposición serían juzgados por magistrados que le tengan algún temor o manifiesten alguna deferencia respecto del partido político dominante, cuyos miembros investigarían, penalmente, a esos mismos magistrados.

iii) Por último, la reivindicación de los valores de la rama judicial y la afirmación del juez como sujeto idóneo para participar en la evolución jurídica y social se traduce en una solidificación institucional mucho más adversa al riesgo latente de corrupción, que se tiene que repeler bajo todas las circunstancias, en todas las modalidades y en cualquier cuantía.

Bibliografía

Fuente doctrinal

AGUILERA PORTALES, Rafael y Diana ESPINO TAPIA. “Repensar a León Duguit ante la actual crisis del Estado Social”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política* 12 (2010).

BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Editado por F. TOMÁS Y VALIENTE, Madrid: Aguilar, 1974.

BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate, 1998.

CHINCHILLA, Leydy, Carlos ROA y Wildes CEDEÑO. “La carga dinámica de la prueba la protección del derecho a la igualdad en el Código General del proceso”. *Revista Hipótesis Libre* 17 (2017), <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/hipotesis/article/view/274/271>.

COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2.^a ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

CUFRÉ, David. “La mano del mercado no es invisible: no existe”, *El País*, 22 de agosto de 2002, acceso el 20 de abril de 2020, <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-9212-2002-08-22.html>.

EHRlich, Eugene. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1913.

FRANK, Jerome. “Law and the modern mind”, 15.^a ed. Gloucester, Mass: Peter Smith, 1970.

FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*. México D. F.: Siglo Veintiuno, 1975.

GUEVARA, Carolina. “Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes: una fractura al sistema de responsabilidad de altos jueces en Colombia”. *Revista de Estudios Socio-jurídicos* 27, n.º 2 (2015). doi: <https://dx.doi.org/10.12804/esj17.02.2015.03>.

- HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. “Los fines del proceso civil desde la perspectiva del garantismo procesal”. En *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Editado por Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Medellín: Universidad Libre, 2013.
- HOBSBAWM, Eric. *La era de la revolución: 1789-1848*, 6.^a ed. Buenos Aires: Crítica Grupo Editorial Planeta, 2009.
- JOSSEAND, Louis. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Bogotá: Temis, 1982.
- KAFKA, FRANZ. *El proceso*. Bogotá: Panamericana Editorial, 2006.
- “La tutela en peligro”. *Revista Semana*, 3 de agosto de 2003. <https://www.semana.com/nacion/articulo/la-tutela-peligro/59738-3>.
- MARCUSE, Herbert. *El hombre unidimensional*. Barcelona: Seix Barral S.A., 1972.
- MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos, 1972.
- MUÑOZ SABATÉ, Luis. *La prueba de la simulación*, 2.^a ed. Bogotá: Temis, 1980.
- NIETO, Alejandro. “Lo simulado y lo disimulado en la motivación de la sentencia”. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* 89 (2012).
- RAJAGOPAL, Balakrishnan. *El derecho internacional desde abajo*. Bogotá D.C.: ILSA, 2004.
- RIVERO, Jean. *Páginas de derecho administrativo*. Coordinado por Libardo RODRÍGUEZ. Bogotá: Temis, 2002.
- RODRÍGUEZ CRUZ, Alberto. “Escuela de derecho libre”. *Grado Cero Prensa*, 18 de mayo de 2018, <https://gradoceroprensa.wordpress.com/2018/05/18/escuela-de-derecho-libre/>.
- SÁCHICA, Luis Carlos. *Nuevo constitucionalismo colombiano*, 11.^a ed. Bogotá, D.C.: Temis, 1994.
- SOLARI, Gioele. *Filosofía del derecho privado*. Buenos Aires: De Palma, 1946.
- VALLEJO, Fernando. *Peroratas*. Bogotá: Alfaguara, 2013.
- VOLLENWEIDER, Camila y Silvina ROMANO. “Lawfare o la guerra judicial en Argentina y Brasil”, *Celag.org*, 16 de marzo de 2017, <https://www.celag.org/lawfare-o-la-guerra-judicial-en-argentina-y-brasil/#>.
- VOLLENWEIDER, Camila y Silvina ROMANO. “¿Lawfare o lawfear? La guerra judicial y el miedo”. *Celag.org*, 16 de marzo de 2020, <https://www.celag.org/lawfare-o-lawfear-la-guerra-judicial-y-el-miedo/>.

Normas jurídicas y jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1064 de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-622 de 1998.

LEY 1564 DE 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso en Colombia y se dictan otras disposiciones”.

Nicolás Omar Vargas* (Argentina)

Litigios contra la autonomía de la defensa pública: ¿activismo judicial contra la autonomía?¹

RESUMEN

La defensa pública es aquella institución que tiene a su cargo asegurar el derecho a la defensa en el proceso judicial para aquellas personas que no pueden acceder a un abogado. Tanto del derecho internacional de los derechos humanos como del derecho constitucional argentino se desprende que la defensa pública debe ser autónoma. A partir del estudio de dos casos judiciales, este artículo pretende analizar si el activismo judicial fue utilizado para impedir, mediante la judicialización, que procesos de autonomización de la defensa pública sean llevados adelante a partir de planteos contra la constitucionalidad de algunas normas.

Palabras clave: defensa pública; autonomía; activismo judicial.

* Magíster en Derechos Humanos, Universidad Nacional de Lanús. Subdirector y docente de la diplomatura en Derecho Procesal Penal, Universidad Nacional de José C. Paz; docente de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad de Buenos Aires. nicolasvargas7@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-0966-3196>.

** Este trabajo surge a partir de la tesis titulada “La autonomía de la defensa pública como generadora de mejores condiciones para el ejercicio del derecho a la defensa en el proceso penal”, presentada para obtener el título de magíster en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, defendida el 13 de abril de 2020 y calificada como sobresaliente por un jurado conformado por los profesores Alberto Filippi, Gabriel Ignacio Anitua y la profesora Florencia Plazas. Agradezco los comentarios realizados por el comité editorial a la primera versión de este trabajo que, sin lugar a dudas, permitieron mejorar la presentación de mis ideas. Sin perjuicio de ello, debo aclarar, como es de rigor, que los errores y las omisiones son de mi exclusiva responsabilidad.

Litigation against the autonomy of public defense: judicial activism against autonomy?

ABSTRACT

Public defense is the institution responsible for ensuring the right to a defense in judicial proceedings for those who cannot have access to a lawyer. Both International Human Rights Law (IHRL) and Argentine constitutional law provide that public defense must be autonomous. Based on a study of two judicial cases, this article analyzes whether judicial activism was used to impede, through judicialization, processes for the autonomization of public defense, based on arguments against the constitutionality of some regulations.

Keywords: Public defense; autonomy; judicial activism.

Verfahren gegen die Unabhängigkeit des öffentlichen Rechtsschutzes: Begrenzung seiner Autonomie durch juristischen Aktivismus?

ZUSAMMENFASSUNG

Der öffentliche Rechtsschutz dient der Gewährleistung des Rechts auf Verteidigung von Personen, denen es unmöglich ist, für ihre Verteidigung vor Gericht selbst aufzukommen. In den Bestimmungen der internationalen Menschenrechte und des argentinischen Verfassungsrechts ist die Autonomie des öffentlichen Rechtsschutzes verbindlich geregelt. Am Beispiel von zwei Gerichtsverfahren befasst sich der vorliegende Beitrag mit der Frage, ob mithilfe des juristischen Aktivismus versucht wurde, auf dem Weg der Judikalisierung die Durchführung von Verfahren zur Stärkung der Autonomie des öffentlichen Rechtsschutzes auf der Grundlage von Beschwerden gegen die Verfassungsmäßigkeit bestimmter Normen zu verhindern.

Schlagwörter: Öffentlicher Rechtsschutz; Autonomie; juristischer Aktivismus.

Introducción

En este trabajo pretendo determinar si el activismo judicial ha sido utilizado en Argentina para frenar, mediante su judicialización, procesos tendientes a dotar a la defensa pública de autonomía. O, dicho en otras palabras, analizar si los procesos judiciales iniciados en dos provincias argentinas –Buenos Aires y Corrientes– para buscar la anulación de leyes que otorgaban autonomía a la defensa pública son casos de activismo judicial.

Antes de entrar en el análisis de ello, me interesa dar cuenta de la importancia de la defensa pública y de los fundamentos que justifican, y hacen necesaria, su existencia en el marco de un Estado de derecho.

Luego, explico qué implica la autonomía de la defensa pública y por qué existe una obligación para los Estados americanos de asegurarla a partir de la jurisprudencia

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Además, intento mostrar cómo esa misma obligación surge de la estructura constitucional argentina.

Más adelante, abordo el análisis de los dos casos mencionados, en los cuales, a través de acciones judiciales, se buscó frenar la implementación de procesos que buscaban dotar de autonomía a la defensa pública. Antes de analizar el devenir de esos casos me interesa presentar las regulaciones que esas provincias le dieron a la defensa pública, para mostrar cuáles son los cambios producidos con la sanción de nuevas leyes en lo que hace a la regulación de la defensa pública y, en particular, a su autonomía. Me parece importante hacer ese análisis porque la sanción de esas leyes fue lo que activó el litigio en ambos casos.

También quiero dar cuenta del origen del activismo judicial y de las discusiones que existen en torno a su definición, poniendo especial énfasis en la distinción que una parte de la doctrina hace entre un activismo judicial que se puede caracterizar como bueno, justo o razonable, y otro que, en contraste, se puede calificar como malo, injusto o irrazonable.

Por último, luego de realizar ese recorrido, haré algunas reflexiones para determinar si los presentados constituyen casos de activismo judicial; más concretamente, de activismo judicial negativo.

1. Algunas ideas acerca de la defensa pública

La defensa pública es la institución que tiene como fin asegurar el acceso a la justicia de aquellas personas que no cuentan con un abogado para hacer valer sus derechos en el marco de un proceso.

En los casos penales, la defensa pública interviene de forma subsidiaria cuando la persona imputada no cuenta con un abogado –que en nuestra región constituyen la gran mayoría de los casos–.

En los procesos civiles, por lo general, la intervención de un defensor se habilita siempre y cuando se cumplan algunos requisitos vinculados a los ingresos y la situación económica de la persona que lo solicita, es decir que se acredite que no cuenta con medios para contratar a un profesional del derecho.

A su vez, también la defensa pública puede asumir la promoción de los derechos de los colectivos vulnerables² que mencionan las Reglas de Brasilia –migrantes, mujeres víctimas de violencia, personas detenidas, entre otros–, litigando por sus

² La Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre Independencia de los Magistrados y Funcionarios, en su informe del año 2013, exhortó a los Estados a establecer sistemas de asistencia legal que sean eficaces y sostenibles para que las personas vulnerables puedan acceder de forma rápida a los instrumentos para garantizar sus derechos (Asamblea General de las Naciones Unidas, “Informe de la Relatora sobre la independencia de los magistrados y abogados”, 15 de marzo de 2013).

derechos, o también puede crear programas específicos para garantizar el acceso a la justicia de esos sectores.

Asimismo, en algunos lugares se permite que la defensa pública lleve adelante querellas en casos de interés público en clave de derechos humanos o, incluso, para resguardar los derechos de las personas víctimas de un delito.

No en todas las latitudes la defensa pública ejerce todas esas funciones, ni siempre se hace del mismo modo; la realidad de la defensa pública se configura según su contexto, los medios con que cuenta y sus posibilidades de desarrollo. Otorgarle autonomía a la defensa pública, como más adelante veremos con mayor detalle, tiene un rol central para permitir el desarrollo de la institución.

No se puede perder de vista que existe un deber de los Estados de asegurar la existencia de un servicio de defensa pública que sea operativo y eficaz para asegurar el derecho a la defensa en juicio de cada persona que es sometida a un enjuiciamiento penal.³

Los sistemas de defensa pública también deben asegurar el acceso al litigio por los derechos humanos a los grupos desaventajados; porque no se puede perder de vista que si bien el poder judicial es muchas veces la última instancia institucional con que esos grupos cuentan para hacer valer sus derechos,⁴ la defensa pública es la institución que puede permitirle el acceso a los estrados judiciales.

Ferrajoli⁵ ensaya una serie de fundamentos de tipo teórico y axiológico que justifican la existencia de la defensa pública. Si bien sus argumentos están orientados a la actuación de la defensa en el sistema penal, vale la pena también pensar algunos de ellos en una clave más amplia, teniendo como norte, o si se prefiere como sur, el acceso a la justicia.

Así, Ferrajoli afirma que un primer fundamento se da por la existencia del derecho a acceder a la justicia, derecho que por cierto no puede librarse a las reglas de oferta y demanda del mercado. De ese modo, todas las personas sometidas a un proceso penal –y aquí agregamos todas aquellas que tengan algún conflicto judicial que esté atravesado por alguna cuestión de derechos humanos– que no puedan o quieran nombrar un abogado deben poder contar con un defensor oficial. También indica, como segundo fundamento, que el interés público es uno de los fundamentos de la defensa pública, concretamente para que no condene a personas inocentes, y puede agregarse que por fuera del sistema penal la actuación

³ Stella Maris Martínez, “Defensa pública, derecho del pueblo”, *Revista Pena y Estado* 5, n.º 5 (2002): 56.

⁴ Victor Abramovich, “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, *Revista estudios socio-jurídicos*, n.º 9 (2007): 10.

⁵ Luigi Ferrajoli, “Los fundamentos del instituto de la defensa pública”, en *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, coord. por Haydee Birgin y Natalia Gherardi (Buenos Aires: Editorial Biblos, 2006); “La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública”, en *Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia* (Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2008).

de la defensa pública es importante para que trabaje en pos del acceso a la justicia y la vigencia de los derechos humanos. Un tercer fundamento está ligado a la igualdad de armas en el proceso penal, dado que para que pueda llevarse adelante la naturaleza cognitiva del proceso penal es necesario que la defensa pueda refutar las hipótesis acusatorias y producir contrapruebas. El cuarto argumento se encuentra en la existencia del derecho a la defensa en juicio, derecho que, no está de más recordar, es reconocido por los principales instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Por último, el quinto fundamento se sostiene a partir de razones de estricta igualdad porque permite que aquellas personas que no pueden costearse un abogado puedan acceder al sistema judicial en igualdad de condiciones que quienes sí pueden hacerlo.

Las ideas compartidas hasta aquí nos permiten ver la importancia que tiene la defensa pública como institución defensora de los derechos humanos que facilita el acceso a la justicia.

2. La autonomía de la defensa pública

La autonomía de la defensa pública, entendida como la independencia funcional en relación con los otros poderes del Estado, debe pensarse desde diferentes ópticas. Para que pueda realizar todos los actos que demanda su función sin limitaciones, la autonomía debe contemplar la fase operativa;⁶ debe incluir también la fase de la gestión para que pueda solicitar informes, acceder a archivos o recolectar pruebas⁷ y, por último, debe considerar el aspecto financiero para que la defensa pueda tener y gestionar sus propios recursos.⁸

La falta de autonomía de la defensa pública implica su dependencia de otro poder del Estado, por lo general del Poder Judicial, o que pertenezca a la misma institución que el Ministerio Público Fiscal y que tanto fiscales como defensores sean conducidos por una misma persona.

Esta situación ocasiona varios inconvenientes; esencialmente, porque la actuación de los fiscales recibe mayor atención que la de los defensores en materia de asignación de recursos, y porque la falta de autonomía impide que la defensa pública desarrolle un perfil institucional propio en función de su misión institucional, que no debe ser otra que la defensa de los intereses de cada una de las personas que asiste.

⁶ Germán José Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, tomo II (Buenos Aires: Editorial Ediar, 2001), 362; Héctor Fix-Fierro y Alberto Abad Suárez Ávila, “Hacia una defensa pública de calidad: El nuevo diseño institucional de las defensorías públicas en las entidades federativas de la República mexicana”, *Cuestiones Constitucionales*, n.º 32 (2015): 182, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932015000100006&lng=es&tlng=es.

⁷ Fix-Fierro y Suárez Ávila, “Hacia una defensa pública de calidad”, 182.

⁸ Fix-Fierro y Suárez Ávila, “Hacia una defensa pública de calidad”, 183.

La falta de autonomía también puede generar algunos inconvenientes en las personas que se desempeñan en la defensa, los cuales pueden redundar en una mala prestación del servicio. Un ejemplo de ello puede verse en

... el habitual temor de sus agentes a ser pasibles de sanciones disciplinarias por el ejercicio comprometido de su actividad, o de ver recortados o reducidos sus fondos financieros, o de ver interrumpidos sus ascensos o promociones a causa de sus actuaciones. Los distintos modelos de dependencia, pues, incorporan distintas presiones sobre los defensores al momento de ejercer su función y, por tanto, el interés del defendido o defendida dejará de ser su único mandato, de ese modo se fomentan defensas más deficientes, de menor calidad y, muy posiblemente, ineficaces.⁹

La obligación de dotar a la autonomía de defensa pública surge del DIDH. Veamos por qué.

La Corte IDH se ocupó de la autonomía de la defensa pública, enfatizando en un primer momento en la necesidad de la separación entre el órgano acusador y el que defiende, y su vinculación con el derecho a la defensa al afirmar que este derecho “no puede ser satisfecho por quien a la postre realizará la acusación, esto es, el Ministerio Público. La acusación afirma la pretensión penal; la defensa la responde y rechaza. No es razonable depositar funciones naturalmente antagónicas en una sola persona”.¹⁰

Esta idea ha sido profundizada en los fallos “Ruano Torres” y “Martínez Coronado”, donde se estableció cuáles son las garantías con que debe contar la defensa pública, remarcando su importancia como institución que garantiza el ejercicio del derecho a la defensa en juicio, lo que llevó a la Corte IDH a sostener que “es necesario que la institución defensa pública, como medio a través del cual el Estado garantiza el derecho irrenunciable de todo inculpado de un delito a ser asistido por un defensor, sea dotada de garantías suficientes para su actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio”.¹¹

Para cumplir con ese estándar, los defensores deben ser idóneos, capacitados y deben poder actuar con autonomía funcional.¹²

⁹ Stella Maris Martínez, “La autonomía de la defensa pública como garantía del derecho a una defensa técnica eficaz”, *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación*, n.º 12 (2014): 12.

¹⁰ Corte IDH, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 206, párr. 98.

¹¹ Corte IDH, Caso Ruano Torres vs. El Salvador, Sentencia de 25 de marzo de 2017, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 334, párr. 157; Caso Martínez Coronado vs. Guatemala, Sentencia del 10 de mayo de 2019, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 83.

¹² Corte IDH, Caso Ruano Torres vs. El Salvador, Sentencia de 25 de marzo de 2017, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 334, párr. 157; Caso Martínez Coronado vs. Guatemala, Sentencia del 10 de mayo de 2019, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 83.

En resumen, no puede perderse de vista que si bien la defensa pública es un servicio público o una función estatal, debe gozar de la autonomía funcional suficiente para ejercer con la debida diligencia sus funciones de asesoramiento en función del interés que defiende.¹³

Por otra parte, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su informe final relativo a la Argentina, del 22 de marzo de 2010, sostuvo en su Observación N.º 20:

... nota con preocupación que, pese a que un alto porcentaje de personas detenidas y procesadas no cuenta con defensor de su elección y debe utilizar los servicios de la Defensoría Pública, ésta no cuenta con los medios necesarios para proporcionar en todos los casos una asistencia jurídica adecuada. Nota igualmente que, pese a lo previsto en el artículo 120 de la Constitución, la autonomía funcional y presupuestaria de la Defensoría Pública respecto de la Procuraduría no está garantizada en todo el territorio nacional, lo que tendría un impacto negativo en la calidad de los servicios prestados por aquélla. (art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)

El Estado parte debe tomar medidas encaminadas a asegurar que la Defensa pública pueda proporcionar, desde el momento de la aprensión policial, un servicio oportuno, efectivo y encaminado a la protección de los derechos contenidos en el Pacto a toda persona sospechosa de un delito, así como a garantizar la independencia presupuestaria y funcional de este órgano respecto de otros órganos del Estado.¹⁴

El mismo organismo ha insistido en la necesidad de dotar a la defensa pública de autonomía y recursos suficientes, en el informe final relativo al 117º periodo de sesiones, que tuvo lugar entre el 20 de junio y el 15 de julio de 2016, donde se indicó, en las observaciones 33 y 34, que:

33. El Comité reitera su preocupación expresada en sus observaciones finales anteriores... respecto a la falta de autonomía funcional y presupuestaria de la Defensoría Pública, lo cual afecta en la calidad de los servicios prestados. Al Comité le preocupa que la Defensoría Pública Federal, como las provinciales, no cuenten con recursos suficientes para la plena ejecución de sus mandatos (art. 14).

34. El Estado parte debe intensificar sus esfuerzos para asegurar que la Defensa pública Federal y las Provinciales dispongan de los recursos necesarios, así como autonomía funcional y presupuestaria respecto a los otros

¹³ Corte IDH, Caso Ruano Torres vs. El Salvador, Sentencia de 25 de marzo de 2017, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 334, párr. 163.

¹⁴ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Observaciones finales. Examen de los informes presentados por los Estados parte con arreglo al artículo 40 del pacto aprobado durante el 98º periodo de sesiones, 8 a 26 de marzo de 2010, Nueva York.

organismos del Estado, para poder desempeñar sus funciones eficazmente, en todas las regiones del país.¹⁵

Otros organismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH),¹⁶ la Organización de los Estados Americanos (OEA)¹⁷ y el Mercado Común del Sur (Mercosur)¹⁸ también se han pronunciado a favor de la autonomía de la defensa pública.

Además, el caso de Argentina, la obligación de dotar a la defensa pública de autonomía no solo surge del DIDH, sino que también es una obligación emergente de su diseño constitucional.

¹⁵ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 40 del pacto durante el 117° periodo de sesiones, 20 de junio al 15 de julio de 2016.

¹⁶ Los Estados deben otorgar “en su legislación interna, autonomía funcional, administrativa y financiera a los sistemas de defensa pública, procurando la igualdad funcional con la Fiscalía y la estabilidad laboral de los defensores públicos. De forma tal que la defensa pública tenga la misma capacidad institucional de gestionar los procesos que la Fiscalía” (CIDH, “Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas”, p. 25); en otro informe, el mismo organismo ha dicho: “la Comisión considera que se deben evitar adscripciones a otros órganos de justicia o poderes del Estado que podrían poner en juego la objetividad con que actuara el defensor público frente al proceso y, en consecuencia, afectar el derecho a una defensa adecuada, marcando una severa diferencia entre quienes pudieran sufragarse asistencia privada y quienes fueran asistidos por la asistencia gratuita del Estado. Así, por ejemplo, para la CIDH en principio no resultaría aceptable que la Fiscalía pudiera ejercer presiones o instrucciones sobre la defensoría pues es su contraparte en un proceso. Asimismo, no resultaría recomendable que la defensoría pública estuviera subordinada al Poder judicial ya que será un juez o jueza quien decida finalmente la controversia en la que interviene el defensor” (CIDH, “Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de derecho en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II, 5 de diciembre de 2013).

¹⁷ OEA, “Promoción y protección de derechos humanos”, aprobada en la sesión plenaria, 28 de junio de 2019, Resolución AG/RES. 2928 (XLVIII-O/18); “Promoción y protección de derechos humanos”, aprobada en la cuarta sesión plenaria, 5 de junio de 2018, Resolución AG/RES. 2887 (XLVI-O/16); “Promoción y protección de derechos humanos”, aprobada en la segunda sesión plenaria, 14 de junio de 2016, Resolución AG/RES. 2821 (XLIV-O/14); “Hacia el fortalecimiento y la autonomía de la defensa pública oficial como garantía de acceso a la justicia”, aprobada el 4 de junio de 2014, Resolución AG/RES. 2801 (XLIII-O/13); “Hacia la autonomía de la defensa pública oficial como garantía de acceso a la justicia”, aprobada el 5 de junio de 2013, AG/RES 2714 (XLII-O/12) por AG/RES. 2801 (XLIII-O/13); “Defensa pública oficial como garantía de acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad”, aprobada el 4 de junio de 2012 (Resolución AG/RES. 2714 (XLII-o/12) y “Garantías para el acceso a la justicia. El rol de los defensores oficiales”, aprobada el 7 de junio de 2011, Resolución AG/RES 2656.

¹⁸ Mercosur, Recomendación 01/12, adoptada el 29 de junio de 2012; recomendación 3/17, “Defensa pública oficial y su fortalecimiento como garantía de acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad”, adoptada el 20 de julio de 2017, y comunicado conjunto con motivo de la LI reunión del Consejo del Mercado Común en la ciudad de Brasilia el 21 de diciembre de 2017.

La Constitución Nacional (CN) adoptó el sistema federal, lo que implica, en lo que aquí nos interesa, que cada provincia organiza su sistema de administración de justicia, crea sus instituciones judiciales y sanciona sus códigos de procedimiento. A partir de ello, cada estado provincial debe organizar su sistema de defensa pública, pero no puede hacerlo de cualquier modo, sino que, como hemos visto, debe respetar las pautas que surgen del texto constitucional de acuerdo con las cuales la defensa pública debe ser dotada de autonomía y autarquía.¹⁹

Sin lugar a dudas, el diseño del federalismo argentino –que como cada federalismo tiene sus propias particularidades– es un factor que complejiza la situación, en tanto se interseccionan cuestiones que hacen a la autonomía de las provincias y el modo en que organizan sus instituciones con cuestiones vinculadas al respeto de los principios contenidos en la CN. Como imaginará el lector, se trata de un terreno no exento de tensiones e incluso de contradicciones.

Si bien hasta ahora la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) no tuvo oportunidad de resolver ningún caso donde se discuta la adecuación de un servicio público provincial de defensa pública a las pautas de la Constitución Nacional, sí lo ha hecho en otros casos donde existía una contradicción entre una norma provincial y las pautas de la CN en lo que hace a la organización del sistema de administración de justicia.

Así, en un caso declaró inconstitucional el nombramiento de tres jueces realizado en forma de comisión y de manera directa por el Poder Ejecutivo de una provincia sin que interviniera el Poder Legislativo para dar acuerdo como lo exige la CN;²⁰ en otro caso declaró inconstitucional un artículo de una constitución provincial que establecía la edad de jubilación de los jueces a los 65 años de edad, cuando la CN permite que sigan en sus funciones hasta los 75;²¹ y en otra oportunidad afirmó que los salarios de los jueces no pueden ser indexados por un estado provincial porque ello lo impide la garantía de intangibilidad de los salarios prevista en la CN.²²

De ese modo, desde el regreso de la democracia en 1983, se ha ido afirmando una línea jurisprudencial que ha ido impugnando aquellas normas y disposiciones provinciales –incluidas algunas contenidas en sus textos constitucionales– que no

¹⁹ “Art. 120. El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones” (CP).

²⁰ CSJN, “Recurso de hecho deducido por los actores en la causa Suelto de Posleman, Mónica R. y otra s/acción de amparo – medida de no innovar – inconstitucionalidad”, *Fallos* 310:804.

²¹ CSJN, “Iribarren, Casiano Rafael c/Provincia de Santa Fe s/acción declarativa”, *Fallos* 332:1253.

²² CSJN, “Chiara Díaz, Carlos Alberto c/ Estado provincial s/ acción de ejecución”, resuelta el 7 de marzo de 2006.

respetaban los principios, los derechos, las garantías y la forma de gobierno establecida por la CN,²³ entre las que se encuentran las que hacen a la organización de los sistemas de administración de justicia.

A partir de ello, puede afirmarse que “la autonomía e independencia de la defensa pública no es una mera opción organizativa que las legislaturas locales pueden dejar de lado, sino una exigencia ineludible a la hora de aplicar la teoría republicana en el marco de la organización –en clave constitucional– de la administración de justicia.”²⁴

Esto no implica, de ninguna manera, que las instituciones provinciales deban ser un calco o una copia de las previstas en la CN, pero sí que en esa búsqueda de la unidad en la diversidad que implica el federalismo argentino,²⁵ los estados provinciales deben respetar los lineamientos que brinda la CN, entre los que se encuentra dotar a la defensa pública de autonomía y autarquía.

3. Algunas notas sobre los orígenes y la definición del activismo judicial

Algunos antecedentes del activismo judicial pueden verse en intervenciones de órganos judiciales –los tribunales durante la república de Weimar y el tratamiento selectivo que hacían de la violencia política según fuera de izquierda o derecha, la suprema corte de Estados Unidos buscando anular las regulaciones establecidas a partir del *new deal* o el Tribunal Supremo de Chile bloqueando los procesos de nacionalización iniciados durante la presidencia de Allende–²⁶.

En Argentina, se puede decir que el activismo judicial comenzó a tener presencia en la judicatura a partir del regreso de la vida democrática, es decir, a mediados de los años ochenta. La vuelta a la vida democrática en un país que históricamente se caracterizó por la movilización de la sociedad civil y la existencia de una conciencia muy arraigada en torno al ejercicio de los derechos y la justicia social, sumado a la jerarquización de los instrumentos del DIDH –que a partir de la reforma

²³ Alberto Spota (h), “Las constituciones de provincia y el control de constitucionalidad”, en *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencia*, dir. Daniel Sabsay (Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2009), 280.

²⁴ Diego Lucas Fernández, “La autonomía de la defensa pública como existencia republicana en el derecho constitucional argentino”, en *Por una agenda progresista para el sistema penal*, coord. por Fernando Gauna Alsina (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014), 179.

²⁵ En su voto conjunto en el fallo “Chiara Díaz”, los jueces Zaffaroni y Lorenzetti sostuvieron que las provincias deben respetar la sustancia de los principios de la Constitución, pero que ello no es un impedimento para que, por la esencia del federalismo, las provincias ensayen su propia búsqueda para diseñar, mantener y perfeccionar sus sistemas de administración de justicia locales, agregando que muchas veces los desarrollos del constitucionalismo local o provincial terminan siendo una fuente para el constitucionalismo nacional.

²⁶ Boaventura de Sousa Santos, *Construyendo las epistemologías del sur, antología esencial* (Buenos Aires: Clacso, 2018), 135.

constitucional de 1994 pasaron a tener el mismo nivel que la CN–, han permitido que se desarrolle el activismo judicial; si es que se lo define como aquellas acciones y decisiones judiciales que buscan, al adoptar medidas o utilizar criterios novedosos, hacer efectivos los derechos fundamentales.

Se puede afirmar que tal como existe un activismo judicial que puede considerarse justo o razonable, existe otro que puede ser caracterizado como irrazonable o injusto²⁷ –de hecho, en Europa, según Atienza, se utiliza la expresión para referirse a aquellos jueces que no hacen su trabajo como corresponde²⁸–.

Entonces, mientras el activismo justo es aquel que brinda amplias garantías, crea derechos, dicta sentencias como modelo social o señala a los otros poderes públicos la necesidad de ciertas reformas legislativas, el activismo injusto legitima en forma acrítica el accionar gubernamental, convalida normativa de emergencia o los excesos del poder, o impide el avance de procesos que tienden a buscar la satisfacción de derechos.

Así las cosas, no existe una definición en un único sentido de lo que implica la acción desplegada por el activismo judicial, sino que se puede considerar como justo o injusto según la finalidad con que es desplegado. Por ello, se ha afirmado que el activismo judicial no es bueno o malo *per se*, sino que debe ser evaluado en función de sus méritos sustantivos.²⁹

4. Litigios contra la autonomía de la defensa pública

En este apartado presentaré los dos casos en los que a partir de acciones judiciales se buscó frenar procesos de autonomización de la defensa pública en dos provincias, Buenos Aires y Corrientes.

Antes de entrar en el análisis de cada uno de los litigios, voy a presentar las particularidades de los modelos de defensa pública en esas provincias. Como los litigios se activaron a partir de reformas legislativas –una nueva ley en un caso y una reforma a la Constitución provincial en el otro– que buscaban dotar de autonomía a la defensa pública creo necesario dar cuenta de los cambios que implicaban la sanción de esas normas y cuál era la situación de la defensa pública antes, siempre teniendo como eje de análisis a la autonomía. Este recorrido permite conocer el contexto en que surgieron las reformas y entender cuál era su finalidad.

También presentaré el desarrollo de ambos casos. No quiero realizar un análisis pormenorizado de cada una de las cuestiones allí discutidas –sería imposible en

²⁷ Patricio Alejandro Maraniello, “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”, *Revista Pensar en Derecho* 1, n.º 1 (2012): 129 y 130.

²⁸ Manuel Atienza, “Siete tesis sobre el activismo judicial”, s. f., <https://dfddip.ua.es/es/documentos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial.pdf?noCache=1540204326938>.

²⁹ Gabriel Ignacio Anitua, *La justicia penal en cuestión, aproximación genealógica al poder de juzgar* (Madrid: Editorial Iustel, 2012), 125.

un trabajo de esta naturaleza—, sino que pretendo mostrar cómo fue el recorrido de cada uno de los litigios y su resolución.

4. 1. El caso de la provincia de Buenos Aires

4.1.1. *La reforma constitucional de 1994 y la Ley 12.601*

Si bien en el año 1994 la Constitución provincial fue reformada, al igual que la CN, no se realizó ninguna modificación en lo que hace a la situación del Ministerio Público, es decir, se lo mantuvo dentro de la órbita del Poder Judicial y bajo la conducción de un procurador general que es jefe tanto de los fiscales como de los defensores y ejerce la superintendencia de acuerdo con el artículo 189 de la Constitución provincial.

En 1997 se sancionó la Ley 12.061. Esta ley, que ha sido la primera dedicada en forma exclusiva a regular al Ministerio Público en la provincia de Buenos Aires, ha reestructurado dicho ministerio para ponerlo en sintonía con el código procesal penal acusatorio que entró en vigencia en 1998 en Buenos Aires;³⁰ aunque como sostiene Harfuch, a quien le asiste la razón, para que verdaderamente se adecue a los estándares del proceso penal acusatorio la reforma constitucional provincial debería haber creado la figura del defensor general ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia (SJCBA) para que coordine a la defensa pública.³¹

La ley, además de ser criticada por la ubicación institucional que le dio a la defensa pública, también lo fue por establecer, en su artículo primero, que los fiscales, defensores y asesores de incapaces actúan en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones legales y constitucionales. Esta definición choca de frente con la misión de la defensa pública que no debe ser otra que la tutela de un interés exclusivamente individual vinculado al derecho a la defensa en juicio; o como ha dicho la Corte IDH, asesorar según su mejor juicio profesional y en atención a los intereses del imputado.³²

4.1.2. *La Ley 14.442*

La Ley 14.442 vino a sancionar un nuevo régimen para el Ministerio Público bonaerense, estableciendo que si bien continúa formando parte del Poder Judicial y el

³⁰ Carlos Pettoruti, *Ley orgánica del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires* (Buenos Aires: Scotti Editora, 2001), 9.

³¹ Andrés Harfuch, “Principios, instrucciones y organización de la defensa pública”, *Revista Pena y Estado* 5, n.º 5 (2002): 69.

³² Corte IDH, Caso Ruano Torres vs. El Salvador, Sentencia de 5 de octubre de 2015, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 303, párr. 163; Caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 114, párr. 48.

procurador general es su cabeza y quien ejerce las funciones de superintendencia (art. 20), el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa actúan como áreas funcionalmente autónomas (arts. 2 y 3). Esta idea fue reforzada en el artículo 4 donde se estableció, en virtud del principio de autonomía de la defensa pública, que goza de autonomía funcional, independencia técnica y autarquía financiera.

Además, en el tercer inciso del artículo 10 se crearon las figuras del defensor y subdefensor general de la provincia de Buenos Aires, y se establecieron las principales funciones del defensor general: fijar las políticas generales del Ministerio Público de la Defensa y controlar su cumplimiento, pudiendo dictar resoluciones para ello; asignar funciones de defensores departamentales adjuntos a los defensores oficiales que a tal efecto proponga cada defensor departamental; sostener los recursos interpuestos ante la Suprema Corte por el Ministerio Público de la Defensa, y recurrir ante la CSJN cuando lo estime pertinente; intervenir en todas las causas que lleguen a la Suprema Corte de Justicia para las que se encuentre legitimado y dictar reglamentos y resoluciones que hagan al funcionamiento de los órganos que integran el Ministerio Público de la Defensa.

Si bien la sanción de esta norma no implica la autonomía absoluta de la defensa pública, en tanto sigue dependiendo del procurador general para las cuestiones de superintendencia (excluyendo aquellas situaciones que afecten el normal desempeño e independencia de la función de defensa, el debido proceso y la garantía de defensa en juicio), o de la Suprema Corte de Justicia para realizar nombramientos de personal, representa un avance en lo relativo al fortalecimiento de la defensa pública bonaerense³³ y un mayor nivel de autonomía que el que tenía antes de la sanción de la Ley 14.442.

4.1.3. El litigio por la implementación de la Ley 14.442

Ante la sanción de la mencionada Ley 14.442, la entonces procuradora general de la provincia interpuso una acción judicial ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCJBA), donde solicitaba que se declarara la inconstitucionalidad de la ley porque entendía, por un lado, que la norma fue sancionada sin la suficiente deliberación en la legislatura provincial y, por otro, consideraba que si bien el fin de la norma es loable, contradecía al artículo 189 de la Constitución provincial porque las competencias en materia de superintendencia son privativas del procurador general.

De ese modo, la procuradora entendía que para que existiera un Ministerio Público Fiscal y un Ministerio Público de la Defensa se debía reformar la Constitución provincial. También planteaba como un problema la ausencia de normas de transición hasta tanto entrara en vigor la nueva norma. Por ello, solicitó que se

³³ Martínez, “La autonomía de la defensa pública”, 19.

suspendiera la vigencia de la ley mediante una medida cautelar de no innovar hasta tanto se resolviera el litigio sobre su constitucionalidad.

En la primera resolución adoptada³⁴ se decidió, como medida cautelar, suspender la vigencia de la ley. Más allá de que se aclaró que no se trataba de una medida cautelar, claramente se advierte que la resolución adoptada tiene las características propias de una medida de ese tipo.

La decisión fue adoptada por una mayoría de cuatro jueces de los siete que integran la Suprema Corte provincial. El primer voto fue suscrito por los jueces Negri, de Lazzari y Domínguez, quienes decidieron que las facultades establecidas por la Ley 14.442 deben ser ejercidas por el procurador general por ser la cabeza del Ministerio Público y el titular de la superintendencia hasta tanto se resuelva por la ausencia de disposiciones transitorias. Esta resolución, para los jueces, no implica resolver la medida cautelar, sino que se adoptó porque era necesario dar adecuada certeza ante una situación que podía comprometer la regular prestación del servicio de justicia. En su voto concurrente, la jueza Hilda Kogan arribó a la misma conclusión que sus colegas y, además, agregó que la procuradora general debía conservar la superintendencia porque así lo dispone el mencionado artículo 189 de la Constitución provincial y la propia Ley 14.442.

Los tres jueces que, en minoría, decidieron no hacer lugar a la suspensión de la entrada en vigencia de la ley, aportaron sus fundamentos en votos por separado.

El juez Soria consideró que en este caso no existía peligro en la demora para hacer lugar a la medida cautelar. Puntualmente, enfatizó que el hecho de que los nuevos cargos creados (defensor general y subdefensor general) recién asumen sus funciones una vez que entren en funcionamiento los organismos, demuestra que no existe el mentado riesgo en la transición de una norma a otra ni tampoco hay riesgo de que no haya continuidad en el ejercicio de la defensa pública.

El juez Hitters también se inclinó por rechazar la medida cautelar. De este voto vale la pena mencionar que trae a colación los diversos pronunciamientos de organismos internacionales, como el Comité de Derechos Humanos de la ONU o la Asamblea General de la OEA, que recomiendan a la Argentina que la defensa pública goce de independencia y autonomía funcional para garantizar el derecho al acceso a la justicia, situación que desacredita la verosimilitud en el derecho planteada por la procuradora general para suspender la vigencia de la ley.

Por último, el juez Pettigiani también se inclinó por desestimar la medida cautelar entendiendo que no se configura la verosimilitud en el derecho, aunque por la ausencia de disposiciones tendientes a regular la transición entre una norma y otra resolvió que, hasta tanto se sustancie el litigio, el procurador general debe ejercer las funciones asignadas al defensor general.

³⁴ SCJBA, “Procuradora general de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/Inconstitucionalidad de ley 14.442”, resuelta el 11 de marzo de 2013.

De ese modo, la SCJBA suspendió la vigencia de una norma que si bien no aseguraba la plena autonomía e independencia de la defensa pública era un avance con relación a la situación existente en forma anterior a la sanción de la norma.

4.1.4. La resolución del litigio por la autonomía de la defensa pública bonaerense

El 29 de mayo de 2019, la SCJBA finalmente resolvió el fondo del litigio. La Suprema Corte decidió ratificar la constitucionalidad de la Ley 14.442,³⁵ desechando tanto los planteamientos relativos a la falta de deliberación suficiente en el momento de la sanción de la ley como aquellos que objetaban la constitucionalidad de la norma por contradecir el artículo 189 de la Constitución bonaerense, que son los que analizaré aquí.

Una primera idea que surge del fallo es que la Ley 14.442 es un eslabón más en la evolución de la legislación bonaerense sobre la defensa pública. De ese modo, se ha ido avanzando en un proceso de constitucionalización de la defensa pública que da cuenta de su progresiva consolidación, siendo la Ley 14.442 “el jalón principal del ciclo regulatorio en la materia”. Este dinamismo en la configuración de la defensa pública está asociado al hecho de que la institución está vinculada al respeto de una garantía fundamental como es el derecho a la defensa en juicio.

Una segunda idea es que para cumplir con los requerimientos del sistema acusatorio es necesario adecuar las estructuras del Ministerio Público porque el derecho penal exige una división clara y precisa de roles entre las tareas del imputado y su defensor, del fiscal y del juez. Particularmente, se ha hecho hincapié en el hecho de que la norma promueve un nuevo equilibrio entre la parte acusadora y la defensa.

Un tercer aspecto del fallo por destacar es el análisis de las cuestiones de superintendencia, que de acuerdo con la SCJBA comprenden diferentes cuestiones como la actuación presupuestaria, la organización y distribución del trabajo interno, el mantenimiento de la estructura edilicia, la contratación de servicios e insumos, la suscripción de convenios de colaboración con instituciones públicas o de la sociedad civil, la administración del personal, la representación de la institución ante los otros poderes públicos o el ejercicio de potestades reglamentarias. En resumen, todo lo que hace al gobierno de la institución.

Sobre este aspecto, y vinculado a lo mencionado sobre la reforma procesal penal,³⁶ la SCJBA ha entendido que:

³⁵ SCJBA, “Procuradora general de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/Inconstitucionalidad de ley 14.442”, resuelta el 29 de mayo de 2019.

³⁶ Un estudio sobre el ejercicio de la defensa en el sistema acusatorio y las continuidades que existen en relación con el proceso inquisitivo en el proceso penal bonaerense puede verse en Nicolás Vargas, “La producción de prueba de descargo por parte de la defensa en el proceso penal en Argentina durante la etapa de instrucción o investigación. Un análisis comparativo

... la reforma procesal penal, en tanto puso en marcha el sistema acusatorio hizo evidente la necesidad de profundizar la diferenciación de los roles entre acusación y defensa públicas y de adecuar la organización administrativa del Ministerio Público [...] [de ese modo], la idea de potenciar la administración de la defensa viene determinada en cierta medida por la preeminencia cuantitativa y la consideración pública de los asuntos penales.

De ese modo, darle cierta autonomía a la defensa pública bonaerense es necesario para que pueda cumplir con sus funciones y pautas de actuación específicas: representación diligente y leal, independencia técnica, confidencialidad y secreto profesional, trato respetuoso y responsabilidad profesional; pautas que dan sentido al servicio de la defensa pública y permiten asegurar la efectividad de las garantías inherentes al debido proceso.

En cuarto lugar, se hizo un repaso de aquellos precedentes del DIDH –que han sido presentados en este trabajo en el capítulo relativo a la defensa pública– indicando que a la luz de este el texto de la Ley 14.442 no merece reparos porque “está embebido de los principios afirmados por los distintos órganos rectores del sistema internacional y regional de derechos humanos”. Esta mención es importante porque, como hemos visto, al momento de suspenderse la vigencia de la Ley 14.442, los argumentos relativos a la necesidad de asegurar la defensa pública como una obligación emergente del DIDH habían sido dejados de lado, con excepción del voto del juez Hitters.

En quinto y último lugar, se ha afirmado que la Ley 14.442 es coincidente con la finalidad establecida por el artículo 120 de la CN, y se remarca que si bien la regulación de los institutos procesales y de los órganos judiciales pertenece al campo de materias legislativas reservadas por las provincias, la normativa que ellas sancionen debe ser congruente con los principios constitucionales.

Si bien discrepo con el hecho de que la Ley 14.442 cumple con todos los estándares constitucionales y del DIDH por los motivos que ya indiqué al analizar su texto, no puedo dejar de decir que esta ley representa un paso más en la construcción de una defensa pública bonaerense autónoma, así como también, que debe valorarse la decisión tomada por la SCJBA por ser un aporte en ese sentido.

Ante el dictado de la sentencia por parte de la SCJBA, el actual procurador general de la provincia de Buenos Aires interpuso un recurso extraordinario para que la CSJN revise la sentencia, cuya admisibilidad aún no ha sido resuelta. Sin perjuicio de ello, me animo a aventurar que la CSJN va a terminar teniendo la última palabra.

entre procesos acusatorios e inquisitivos”, *Revista Brasileira de Direito Processual* 6, n.º 1 (2020): 329-360.

4.2. El caso de la Provincia de Corrientes

4.2.1. *El modelo de la Constitución de 1993 y el Decreto 21/00*

En Corrientes, de acuerdo con lo prescrito por el Decreto Ley 21/00 –sancionado durante la intervención federal³⁷ que tuvo lugar en esa Provincia–, el Ministerio Público forma parte del Poder Judicial.

Este Decreto Ley, que es reglamentario del texto aprobado por la Convención Constituyente de 1993, en sus considerandos sostiene que el Ministerio Público tiene tres ramas: el Ministerio Público Fiscal que se ocupa de la persecución penal, el Ministerio Pupilar cuya función es la defensa de menores e incapaces y el Ministerio Público de la Defensa cuya misión es la defensa de pobres y ausentes.

Además, allí también se afirmó que la existencia de un sujeto procesal que acusa y la de otro que resiste la imputación hace necesario que cuenten con unidad de acción y control jerárquico de las decisiones; es decir, considera necesaria la unidad de los ministerios Público Fiscal, Defensa y Pupilar.

También se indica que, si bien el Ministerio Público forma parte del Poder Judicial, es su objetivo dotarlo como un órgano independiente. Esta premisa, que es claramente contradictoria en tanto pretende afirmar la independencia del Ministerio Público, pero a su vez ratifica su pertenencia al Poder Judicial, se ve reflejada en el primer artículo, donde se dispone que el Ministerio Público, que es una única institución, forma parte del Poder Judicial y goza de independencia y autonomía orgánica y funcional.

A su turno, en el artículo 4 se dispone que la cabeza del Ministerio Público, es decir, tanto el jefe de los fiscales como de los defensores, es el fiscal general. Un ejemplo de ello es que el fiscal general puede proponer al Poder Ejecutivo los nombres de los candidatos para ocupar los cargos del Ministerio Público y estos, una vez designados, juran ante él.

En lo que tiene que ver con su funcionamiento, es una organización jerárquica, en la que cada funcionario controla el desempeño de quienes lo asisten y puede impartir directivas a los funcionarios inferiores de acuerdo con el artículo 4. Es decir, el fiscal general es quien tiene la última palabra en lo que hace a la actuación de los integrantes del Ministerio Público, dado que ellos deben acatar sus instrucciones –sin perjuicio de que pueden dejar a salvo su opinión–.

Con relación a la defensa pública, su máxima autoridad, por decirlo de algún modo, es el defensor de cámara, quien se encuentra por debajo del fiscal general, el fiscal general adjunto y el fiscal de cámara.

³⁷ La intervención federal es una facultad constitucional que tiene el gobierno federal para, por iniciativa propia o a solicitud de la propia provincia, suspender la autonomía de las provincias cuando sea necesario para garantizar la forma republicana de gobierno, ya sea por la existencia de un conflicto interno de gravedad o por existir una hipótesis de conflicto armado.

Un claro ejemplo de esta dependencia funcional que tienen los defensores se ve en su obligación de remitir, dentro de los cinco primeros días de cada mes, un informe al fiscal general en el que reporten las visitas o comunicaciones realizadas a las personas privadas de la libertad; deben informar, además de los datos de la persona y de la causa judicial, cuáles han sido los planteamientos o las inquietudes expuestas por las personas privadas de la libertad. El incumplimiento de ello puede acarrear sanciones disciplinarias e incluso penales.

Otro ejemplo puede observarse en el deber de patrocinar y representar a personas pobres. Sobre el punto, el mencionado artículo sostiene que cuando el defensor no estime procedente o conveniente patrocinar la acción debe remitir un informe al fiscal general, que puede ratificar esa decisión u ordenar que se brinde el patrocinio.

4.2.2. Corsi e ricorsi de la reforma constitucional de 2007

La reforma constitucional que tuvo lugar en el año 2007, si bien mantuvo la pertenencia del Ministerio Público al Poder Judicial, creó en los artículos 182 y 197 de la Constitución provincial las figuras de defensor general y asesor general, cuyo nombramiento y remoción deben realizarse del mismo modo que el de los miembros del Tribunal Superior de Justicia y el fiscal general.

Luego de esta reforma, surgió la necesidad de dictar una nueva ley orgánica para la defensa pública que reflejara la nueva realidad constitucional. La propia Constitución lo reconoce al establecer en la cláusula transitoria décima del texto constitucional, que en caso de que el defensor y el asesor generales fueran designados con anterioridad a la modificación de la Ley del Ministerio Público, sus respectivas competencias serán las que la ley le asigna al fiscal general.

Antes de que se sancionara una nueva ley, el fiscal general interpuso una acción directa de nulidad parcial contra la última reforma de la Constitución por entender que las mencionadas reformas afectaban la autonomía funcional del Ministerio Público. El principal argumento del fiscal general era que esa modificación del texto constitucional no estaba prevista en las leyes que habilitaban la reforma, como tampoco se encontraba comprendida dentro de los poderes implícitos de la Convención Constituyente, por lo cual ese órgano se extralimitó en sus funciones. Además, remarcó que la reforma implicaba una situación de gravedad institucional por existir un peligro de afectación del sistema de justicia.

El 6 de marzo de 2009, el Tribunal Superior de Justicia resolvió hacer lugar a la demanda en forma parcial, declarando la nulidad de la incorporación de los cargos de defensor general y asesor general, y dejó sin efecto su mención en los artículos 182, 197, así como la cláusula transitoria undécima de la Constitución provincial.

Veamos cuáles son los argumentos por los cuales la mayoría ha adoptado esa decisión. Se sostuvo, como principal argumento, que si bien se reconocen facultades implícitas a la Convención Constituyente, estas existen en función del objeto

prefijado por los instrumentos legales que establecieron las leyes de reforma y no pueden ir más allá de ello. A partir de ese argumento, y luego de analizar las leyes 5.692 y 5.765, así como las novedades incorporadas al texto constitucional durante el proceso de reforma, decidió hacer lugar a la nulidad solicitada por el fiscal general respecto a la creación de los cargos de defensor general y asesor general.

La minoría, por su parte, se inclinó por mantener la validez de la reforma. Para el ministro Guillermo Horacio Sehman, la Convención Constituyente no se excedió en sus facultades al crear las figuras de defensor general y asesor general. Además, puntualizó que el esquema planteado en el nuevo texto constitucional seguía con buen criterio los lineamientos del proceso constitucional penal.

El otro integrante de la minoría, Fernando Augusto Niz, agregó que la reforma no implicaba la creación de órganos con rango constitucional, sino el ejercicio de facultades implícitas por parte de la Convención, con el fin de resguardar la autonomía funcional de las tres ramas del órgano legal en consonancia con los lineamientos del moderno proceso penal y la necesidad de evitar eventuales conflictos de intereses, a fin de preservar el principio de legalidad y la garantía de defensa en juicio. Es decir, para Niz, la reforma constitucional no consagraba estrictamente la autonomía de la defensa.

Mario Midón ha sido crítico de este fallo por varios motivos. En primer lugar, por el uso de la vía contencioso-administrativa para discutir la constitucionalidad de la reforma cuando lo que hubiese correspondido era el uso de las acciones constitucionales como el amparo o la acción declarativa de inconstitucionalidad.³⁸ En segundo lugar, entendió que la reforma apuntaba a generar una racional redistribución del trabajo, compatible con la autonomía del organismo, al otorgarles independencia a sus componentes para que puedan ejercer de modo correcto sus funciones.³⁹ En tercer lugar, la reforma constitucional jerarquizó al Ministerio Público, por lo que puede resultar difícil que ello cause un perjuicio al procurador general. Más aún, por efecto del fallo, al declararse nula la creación de los cargos de asesor general y defensor general, también se ha visto perjudicado el estatus constitucional del fiscal general.⁴⁰ En cuarto lugar, y ello referido al alcance de las facultades de la Convención Constituyente, al encontrarse dentro de los aspectos por reformar en los artículos 54 y 142 –que contenían las únicas menciones al Ministerio Público en todo el texto constitucional– se estaba habilitando la reforma realizada.⁴¹

³⁸ Mario Midón, “Nulidad de una reforma constitucional a pedido de quien carecía de interés”, *La Ley* (Buenos Aires: La Ley, 2009), 626.

³⁹ Midón, “Nulidad de una reforma constitucional a pedido de quien carecía de interés”, 627.

⁴⁰ Midón, “Nulidad de una reforma constitucional a pedido de quien carecía de interés”, 628.

⁴¹ Midón, “Nulidad de una reforma constitucional a pedido de quien carecía de interés”, 630.

Así las cosas, y ante una decisión judicial que dejaba sin efecto una parte del texto constitucional local, la provincia de Corrientes recurrió ante la CSJN, que en una resolución adoptada el 27 de noviembre de 2012⁴² ordenó el dictado de un nuevo fallo.

El argumento esgrimido por la mayoría de la Corte para resolver de ese modo –que se apartó de la solución propuesta por el entonces procurador general⁴³– fue:

... la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Corrientes ha implicado una violación al principio de división de poderes que establece el sistema republicano, dado que creó una nueva norma constitucional sin tomar en cuenta la exclusión del Fiscal General del texto de la norma; es decir sustituyó y usurpó las funciones del poder constituyente. Así las cosas, el Máximo Tribunal ordenó que se dicte una nueva sentencia en la que se analice en primer lugar la legitimación procesal de quien interpuso la acción y el alcance del pronunciamiento.

Finalmente, el 5 de febrero de 2014, el Tribunal Superior provincial resolvió hacer lugar a la excepción de falta de legitimación activa y, en consecuencia, ordenar el levantamiento de la medida cautelar que ordenaba detener los procesos tendientes para cubrir los cargos de asesor general y defensor general.

Si bien quedó allanado el camino para que se avance en la designación de estos funcionarios y para que se sancione una nueva ley del Ministerio Público en consonancia con los postulados constitucionales, y pese a que han transcurrido algunos años desde que ha sido dictado el fallo del Tribunal Superior que terminó validando la reforma constitucional, nada ha cambiado.

5. Consideraciones finales

Al inicio de este trabajo se definió a la defensa pública como aquella institución que tiene a su cargo, entre otras cosas, asegurar el acceso a la justicia a aquellas personas que no pueden acceder a los servicios de un abogado particular.

También se indicó la necesidad de que esta institución sea dotada de autonomía para poder cumplir del mejor modo con su función, y se agregó que dotar a la defensa pública de autonomía es una obligación que surge tanto del DIDH –ámbito en el cual diversos organismos se han expresado en ese sentido, entre los que se destacan la Corte IDH y el Comité de Derechos Humanos de la ONU– como del

⁴² CSJN, S. 357, XLV, “Recurso de hecho deducido por el Estado de la Provincia de Corrientes en la causa Sotelo, César Pedro – fiscal general de la Provincia de Corrientes c/Estado de la Provincia de Corrientes s/ acción contencioso administrativa”.

⁴³ Dictamen del 13 de diciembre de 2010. El procurador entendió que el recurso extraordinario era inadmisibile porque se trataba de una cuestión de derecho público local cuya resolución es competencia del máximo órgano judicial a nivel local.

diseño constitucional argentino, porque si bien cada estado provincial organiza su propio sistema de administración de justicia debe hacerlo respetando las bases de la CN, entre las que se encuentra la autonomía de la defensa pública a partir de la incorporación del artículo 120 a la carta en 1994.

Luego, fueron presentados dos casos en los que, en dos provincias, se judicializaron normas que pretendían dotar, al menos en parte, de autonomía a la defensa pública.

El primer caso presentado fue el de la provincia de Buenos Aires. Resumidamente, se debe recordar que a partir de la sanción de la Ley 14.442, que otorgaba cierta autonomía a la defensa pública, la procuradora general, es decir, quien es la jefa tanto de los fiscales como de los defensores, promovió una acción judicial a fin de que se suspendiera la aplicación de esa ley como medida cautelar y se la declarara inconstitucional. Si bien en un primer momento se suspendió la entrada en vigencia de la ley, al resolver el fondo del asunto la Suprema Corte de Justicia provincial, el tribunal donde tramitó, se inclinó por ratificar la constitucionalidad de la ley; esa resolución no quedó firme porque la procuradora general interpuso un recurso extraordinario ante la CSJN, que es la última instancia judicial que puede intervenir.

El segundo caso presentado fue el de la provincia de Corrientes. Ante una reforma de la Constitución local que sentaba las bases para que se brindara autonomía a la defensa pública y se pusiera en igualdad de condiciones frente al Ministerio Público Fiscal mediante el dictado de una nueva ley, el procurador general de la provincia, al igual que sucedió en el otro caso, planteó su inconstitucionalidad y la suspensión de su entrada en vigencia hasta tanto se resuelva el litigio. El Tribunal Superior de Justicia provincial decidió hacer lugar a la demanda del procurador, pero luego, ante un fallo de la CSJN, cambió su posición.

Al realizar una breve caracterización del activismo judicial sostuve que puede ser pensando tanto en términos positivos, es decir, cuando es utilizado en pos de la vigencia de los derechos humanos, como en términos negativos que, por reverso, podría ser definido como aquel que va contra los derechos humanos.

Al analizar bajo el tamiz del activismo judicial los dos casos presentados se deben decir varias cosas.

Existen algunos motivos para pensar si se trata, o no, de casos de activismo judicial negativo en función de la relevancia que tiene la autonomía de la defensa en clave de derechos humanos.

Los litigios estuvieron dirigidos a dejar sin efecto normas que buscaban, con mayor o menor acierto –pero esto no importa ahora–, dotar de autonomía a la defensa pública; cuestión que, como hemos visto, es una demanda de los organismos encargados de aplicar el DIDH y del diseño constitucional argentino.

Otra cuestión que debe mencionarse es que los litigios fueron promovidos por personas que ocupan sectores clave en las estructuras judiciales, resistiendo modificaciones sobre las estructuras que ellos mismos conducen. Esta situación da la pauta

para señalar que el activismo judicial puede ser utilizado para frenar procesos de reforma de las instituciones judiciales. No puede perderse de vista que la reforma de las estructuras judiciales es un asunto que genera resistencias en el interior del propio sistema judicial –basta con ver desde qué lugar se promovieron las acciones judiciales– que, en algunas ocasiones, lleva a que la cuestión de la autonomía sea negociada a cambio de poder implementar el proceso penal acusatorio en algunas jurisdicciones.

Además, debe señalarse que el litigio en estos casos funcionó como un factor que frenó por seis años los avances en el otorgamiento de autonomía en el caso de la defensa pública de Corrientes y que aún impide que se avance con la designación de un defensor general en la provincia de Buenos Aires.

El análisis realizado hasta acá me permitiría afirmar, de momento, que la presentación de acciones judiciales contra la autonomía de la defensa pública constituye un caso de activismo judicial negativo, si es que se piensa en una definición que no solo considera la actividad de los organismos jurisdiccionales, sino que comprende también la actuación de otros actores judiciales para activar el sistema judicial.

Pero también deben analizarse las respuestas dadas por la agencia judicial; y si bien en un principio, y por razones diferentes, en los dos casos analizados se suspendió la entrada en vigencia de las normas; luego, y también por razones diferentes, se terminó ratificando la constitucionalidad de las mismas.

Tampoco se puede perder de vista que las resoluciones judiciales adoptadas tanto en uno como en otro caso lo han sido por mayorías ajustadas, e incluso con cambios de criterio a lo largo del trámite de las causas, tal como sucedió en Buenos Aires, donde en un primer momento la Suprema Corte provincial decidió, de modo cautelar, suspender la entrada en vigencia de la ley, para luego terminar ratificando su constitucionalidad y, en consecuencia, su vigencia.

Una última cuestión que no puede perderse de vista es que, como se dijo, el abordaje de la autonomía de la defensa pública en las provincias no está exento de tensiones entre la regulación de la CN y las normativas provinciales. A fin de cuentas, se trata de una tensión propia del federalismo.

Estas cuestiones me llevan a matizar aquella afirmación que hice algunos párrafos atrás, según la cual, la presentación de acciones judiciales contra la autonomía de la defensa pública constituye un caso de activismo judicial negativo; sin dejar de lado que la autonomía de la defensa pública es una cuestión de derechos humanos.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor. “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”. *Revista estudios socio-jurídicos*, n.º 9 (2007).
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *La justicia penal en cuestión, aproximación genealógica al poder de juzgar*. Madrid: Editorial Iustel, 2012.

- ATIENZA, Manuel. “Siete tesis sobre el activismo judicial”. s. f. <https://dfddip.ua.es/es/documentos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial.pdf?noCache=1540204326938>.
- BIDART CAMPOS, Germán José. *Manual de la Constitución reformada*, tomo II. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. “Los fundamentos del instituto de la defensa pública”. En *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, coordinado por Haydee BIRGIN y Natalia GHERARDI. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2006.
- FERNÁNDEZ, Diego Lucas. “La autonomía de la defensa pública como existencia republicana en el derecho constitucional argentino”. En *Por una agenda progresista para el sistema penal*, coordinado por Fernando GAUNA ALSINA. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. “La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública”. *Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia*. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2008.
- FIX-FIERRO, Héctor y Alberto Abad SUÁREZ ÁVILA. “Hacia una defensa pública de calidad: el nuevo diseño institucional de las defensorías públicas en las entidades federativas de la República mexicana”. *Cuestiones Constitucionales*, n.º 32 (2015), http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932015000100006&lng=es&tlng=es.
- HARFUCH, Andrés. “Principios, instrucciones y organización de la defensa pública”. *Revista Pena y Estado* 5, n.º 5 (2002).
- MARANIELLO, Patricio Alejandro. “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”. *Revista Pensar en Derecho* 1, n.º 1 (2012).
- MARTÍNEZ, Stella Maris. “Defensa pública, derecho del pueblo”. *Revista Pena y Estado* 5, n.º 5 (2002).
- MARTÍNEZ, Stella Maris. “La autonomía de la defensa pública como garantía del derecho a una defensa técnica eficaz”. *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación*, n.º 12 (2014).
- MIDON, Mario. “Nulidad de una reforma constitucional a pedido de quien carecía de interés”. *La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 2009.
- PETTORUTI, Carlos. *Ley orgánica del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Scotti Editora, 2001.
- SPOTA, Alberto (h). “Las constituciones de provincia y el control de constitucionalidad”, en *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencial*, dirigido por Daniel SABSAY (Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2009).
- VARGAS, Nicolás. “La producción de prueba de descargo por parte de la defensa en el proceso penal en Argentina durante la etapa de instrucción o investigación. Un análisis comparativo entre procesos acusatorios e inquisitivos”. *Revista Brasileira de Direito Processual* 6, n.º 1 (2020).

Glauco Salomao Leite* (Brasil)
Luiz Guilherme Arcaro Conci** (Brasil)

De árbitro a arquiteto: como o ativismo judicial pode redefinir o federalismo brasileiro?

RESUMO

O texto discute o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) na remodelagem do pacto federativo, na medida em que tem reforçado a autonomia dos entes subnacionais em detrimento da tradicional centralização competencial no âmbito da União. Para tanto, resgata aspectos históricos que moldaram o federalismo brasileiro, destacando a importância das inovações da Constituição de 1988. Defende-se que, apesar de uma robusta jurisprudência a favor da União nos conflitos federativos, o ativismo judicial exercido pelo STF, no atual cenário, tem contribuído para uma redefinição das relações institucionais entre os entes federados, ampliando os espaços decisórios dos entes locais.

Palavras-chave: ativismo judicial; federalismo; pandemia da COVID-19.

* Professor de Direito Constitucional do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (Mestrado e Doutorado). Professor de Direito Constitucional da Universidade de Pernambuco e da Universidade Federal da Paraíba. Vice-Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais e Cidadania da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Pernambuco (OAB/PE). glaucosalomao@uol.com.br. <https://orcid.org/0000-0001-5027-1106>.

** Professor de Teoria do Estado e Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, onde coordena o Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional e é Professor Permanente do PEPG em Governança Global e Políticas Públicas Internacionais (*Stricto Sensu*). Professor Titular de Teoria do Estado da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. lgaconci@pucsp.br. <https://orcid.org/0000-0001-8502-8990>.

From arbitrator to architect: how can judicial activism redefine Brazilian federalism?

ABSTRACT:

The paper discusses the role of the Brazilian Supreme Federal Court (STF) in reshaping the federative pact, insofar as it has reinforced the autonomy of subnational entities to the detriment of the traditional centralization of powers within the federal Government. For this purpose, it describes historical aspects that shaped Brazilian federalism, highlighting the importance of the innovations of the 1988 Constitution. It is argued that, despite its solid jurisprudence in favor of the Union in federative conflicts, the judicial activism exercised by the STF, in the current scenario, has contributed to a redefinition of institutional relations between federated entities, expanding the decision-making spaces of local entities.

Keywords: Judicial activism; federalism; COVID-19 pandemic.

Vom Schiedsrichter zum Architekten: Wie der juristische Aktivismus den brasilianischen Föderalismus neu definieren kann

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich mit der Frage, welche Rolle das Oberste Bundesgericht (STF) bei der Umgestaltung des föderativen Pakts spielt, wenn es die Autonomie der bundesstaatlichen Instanzen zulasten der traditionellen Zentralisierung der Kompetenzen auf der Unionsebene stärkt. Vor dem Hintergrund der Verfassungsgeschichte des brasilianischen Föderalismus wird die Bedeutung der Neuerungen der Verfassung von 1988 herausgearbeitet. Dabei wird die Auffassung vertreten, dass bei Konflikten, die das Verhältnis zwischen Union und Bundesstaaten betreffen, trotz der soliden Rechtsprechung zugunsten der Union, der juristische Aktivismus des STF eine Neudefinition der institutionellen Beziehungen zwischen den Bundesstaaten herbeigeführt hat, womit der Entscheidungsspielraum auf lokaler Ebene erweitert wurde.

Schlagwörter: Juristischer Aktivismus; Föderalismus; Covid-19-Pandemie.

1. O movimento pendular do federalismo brasileiro

O protagonismo judicial, especialmente com a pandemia da COVID-19 no Brasil, tem apresentado momentos muito interessantes para aqueles que analisam a performance judicial. Tais acontecimentos parecem ter trazido novos ingredientes que produzem um certo equilíbrio federativo, com empoderamento dos entes subnacionais.

Como pano de fundo, é importante destacar o ambiente de tensão existente entre os Governadores e o Presidente da República, especialmente em razão da condução, por parte deste último, desarticulada e contraditória na gestão da pandemia, perdendo o Governo Federal uma oportunidade importante para apontar

coordenação nesta relação e gerando mormente estresse e competição com os entes subnacionais (Estados-membros, Municípios e Distrito Federal). É verdade que, a um só tempo, o “pior líder mundial”¹ no controle da crise sanitária e a liderança no movimento negacionista da própria pandemia² se negou a coordenar atividades de aproximação com os entes subnacionais. Por outro lado, as autoridades subnacionais têm implementado medidas de isolamento social e paralisação das atividades, como aulas, comércio, eventos e serviços (salvo as essenciais).

No plano federativo, e tendo em vista que também a federação opera em ciclos,³ a depender dos respectivos contextos constitucionais em que nos encontramos se impõe mais centralização ou descentralização, a exigir reequacionamento dos espaços competenciais existentes para todos os entes federativos. Ocorre que a partir de determinados eventos estes espaços podem ser alterados sem planejamento algum, como atualmente se constata, não se podendo negar um grau importante de oportunismo nos federalismos, dado que seus movimentos, no mais das vezes, respeitam as vontades da sociedade por mais ou menos centralização, que não podem ser desprezadas.⁴

Sendo o modelo federal brasileiro marcado por intensa centralização, como veremos, se o comparamos a outros desenhos constitucionais, como o norte-americano, o argentino e o mexicano, por exemplo (aproximando-se mais dos dois últimos),⁵⁻⁶ verifica-se que também estas outras fórmulas federativas passam por momentos pendulares de mais ou menos centralização.⁷ Esses movimentos são usuais em pactos forjados a partir da história e dos contextos constitucionais em que se apresentam.

¹ Editorial Board, “Jair Bolsonaro risks lives by minimizing the coronavirus pandemic”, *Washington Post*, 14 de abril de 2020.

² Uri Friedman, “The Coronavirus-Denial Movement Now Has a Leader”, *The Atlantic*, 27 de marzo de 2020.

³ Richard P. Nathan, “There will always be a new federalism”, *Journal of Public Administration Research and Theory* 16 (2006): 505.

⁴ Nathan, “There will always be a new federalism”, 505.

⁵ Peter Ward, Robert Wilson y Peter Spink, “Decentralization, democracy and sub-national governance: comparative reflections for policy-making in Brazil, Mexico and the US”, *Regional Science Policy & Practice* 2 (2010): 58.

⁶ Antonio Hernández, *Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino* (Córdoba: Academia de Ciencias de Córdoba, 2009), 22.

⁷ Ward, Wilson y Spink, “Decentralization, democracy and sub-national governance: comparative reflections for policy-making in Brazil, Mexico and the US”, 57. “The first major finding emerging from our examination of the evolution of federalism in the three countries over two centuries underscores those tensions and dynamics, alerting us to the dangers of assuming that decentralization is a linear process or that there is a single dynamic or pattern of its implementation: the history of federal systems is far from linear, is certainly not evolutionary, and is rarely stable”.

A tendência de um federalismo autoritário e centralizado, com acentuado poderio fiscal e político no governo federal⁸ é a marca do modelo brasileiro, mas no atual momento se mostram movimentos a exigir que os entes subnacionais explorem com mais rigor as suas competências, de modo a criar um laboratório interessante para o nosso federalismo. Não quero dizer com isto que tanto melhor o pacto federativo quanto maior for a descentralização alcançada. Este é um equívoco bastante bem trabalhado desde há muito no Brasil.⁹ A excessiva centralização também não o seria.¹⁰ O que se defende, por conseguinte, tal qual experiências de federações com pactos federativos mais bem equilibrados (Canadá, Austrália, Alemanha e Suíça), é que se formem “verdadeiras redes que articularam os diversos níveis de governo (no sentido vertical), assim como as unidades subnacionais (governos, províncias, regiões e comunidades locais)”, para que tal união se ambiente em um cenário pródigo de “diversas associações da sociedade civil e de empresas”, fazendo com que “um amplo escopo de decisões e ações no campo das políticas públicas” não (sejam) “responsabilidade exclusiva de um dos níveis de governo”.¹¹

Dada a eventualidade da situação que se apresenta, em que tais mudanças não são fruto de estudos e reflexões, mas de pressões momentâneas, o STF, mesmo contrariando sua tradicional jurisprudência centralizadora, tem desempenhado um papel de contraposição ao governo federal e demonstra, neste momento, um perfil de grande ativismo no espaço político de controle dos excessos de poderes da União Federal (controle vertical) e do seu Chefe de Governo, consequentemente.

Esta participação do STF vai ser analisada, mais à frente, no sentido de verificar seu protagonismo, seus limites e seu potencial como ente a arbitrar o pacto federativo em situação de alta pressão política e sanitária.

2. Entendendo o federalismo centralizador brasileiro

O desenho constitucional da federação brasileira, desde a sua formação, com o ato n. 1 do Governo Provisório, em 15 de novembro de 1891, acabou por sofrer importantes transformações, que passam por momentos de mais descentralização (1891-1930; 1946-1964) e outros de mais centralização (1930-1937; 1937-1945; 1964-1988). Estas fases, ainda que possam ser ainda subdivididas, estão bem marcadas na história constitucional brasileira.

⁸ Marta Arretche, “Relações federativas nas políticas sociais”, *Educação & Sociedade* n.º 23 (2002): 28, doi: 10.1590/S0101-733020020008000003.

⁹ Vitor Nunes Leal, *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo, no Brasil* (São Paulo: Alfa Omega, 1975). Trata sobre o excesso de poder na margem do federalismo brasileiro e os benefícios de alguma centralização.

¹⁰ Levy Carneiro, *Federalismo e judiciário* (Rio de Janeiro: Alba, 1930), 160.

¹¹ Ernest Young, “Two Cheers for Process Federalism”, *Villanova Law Review*, n.º 46 (2001): 1353.

Nos últimos tempos, há um protagonismo saliente advindo da atuação dos Governadores e Prefeitos no planejamento, articulação e execução de medidas relacionadas ao combate da pandemia da COVID-19. Isso tem, de um lado, colocado os entes subnacionais em posição de destaque nas políticas públicas e ações administrativas em meio à crise sanitária, assegurando à descentralização político-administrativa própria ao federalismo dinamismo como há muito não se via, mas, por outro, também impulsionado conflitos constitucionais (e políticos) com o Governo federal.

Essa nova realidade demonstra como o federalismo – assim como tantas outras peças fundamentais da arquitetura constitucional brasileira – também está sujeito aos influxos sociais e políticos de cada tempo, os quais conferem vitalidade às previsões formais dos documentos constitucionais. De fato, apesar da tradição federalista, que remonta à Constituição de 1891, é certo que as relações entre a União e os entes subnacionais, bem como o grau de autonomia que estes possuem, têm oscilado ao longo de nossa história constitucional. O projeto centralizador, já bastante avançado desde o começo dos anos 1920, ganha força com a outorga da Constituição de 1937, em que é possível afirmar, inclusive, da suspensão da cláusula federativa, tendo em vista que no período entre 1937 e 1945 houve “intervenção federal” em todos os Estados-membros, tendo o presidente da república nomeado interventores que, por sua vez, repetiam o processo nos municípios,¹² pelo sistema da necessária confirmação dos mandatos dos então governadores pelo presidente ou da escolha dos interventores (arts. 176), e fazendo uso da prerrogativa de legislar por decretos (art. 181 da CF/1937).

De outra banda, em ambientes democráticos tem-se identificado maior inclinação a favor do federalismo e da descentralização que lhe é inerente, tal como se depreende da Constituição de 1946, e, principalmente, com a redemocratização do país a partir de 1985. Isso resultou em um novo modelo constitucional que buscou reforçar a descentralização, inclusive estimulando fórmulas de cooperação entre os entes subnacionais (art. 23, parágrafo único, CF/88) e buscando atenuar as assimetrias regionais (art. 3º, III, CF/88). Apesar do *espírito federalista*, a CF/88 ainda manteve uma estrutura bastante centralizadora, se levarmos em conta o extenso elenco de matérias incluídas nas competências legislativas da União (art. 22,

¹² Adriano Codato, “Os mecanismos institucionais da ditadura de 1937: uma análise das contradições do regime de Interventorias Federais nos estados”, *História São Paulo*, n.º 32 (2013): 195, doi:10.1590/S0101-90742013000200010. Expediente parecido já havia sido usado por Getúlio Vargas, entre 1930-1935, ainda que de modo mais reduzido e com outro intuito, pois “a intervenção de 1930 visa a desarticular as oligarquias estaduais, num contexto em que não é (ainda) possível destruir os partidos estaduais e encurtar os espaços institucionais de seus políticos profissionais. Já a intervenção de 1937 visa justamente ao oposto: articular as forças regionais, construindo, contra as velhas máquinas dos partidos oligárquicos e sem os tramboelhos que os parlamentos federal e estadual representavam, uma forma de interação política diferente.

CF/88), bem como em suas competências administrativas (art. 21, CF/88). É certo que não se pode olvidar que foi desenvolvido um segmento com competências legislativas compartilhadas com os Estados-membros (art. 24, CF/88), assim como foram delineados os contornos das competências municipais, não obstante através do elástico e impreciso critério da predominância do “interesse local”. Além de esse arranjo já apontar para maiores poderes na esfera federal, também se identifica uma *interpretação centralizadora* por parte do STF ao aplicar essas regras nos conflitos federativos que precisa solucionar.¹³

O movimento de descentralização, como se vê, foi retomado com a Constituinte de 1987-88, pois o pacto formulado para a elaboração e promulgação da Constituição ressaltou, no plano textual, fórmulas de cooperação entre os entes regionais com o intuito de diminuir as assimetrias federativas e concretizar o princípio da solidariedade no plano institucional.¹⁴ O processo de redemocratização, assim, abriu as portas para um federalismo cooperativo¹⁵ e as cláusulas de redução das desigualdades (sociais e regionais, art. 3º. da CF) têm um papel importante nesse quadrante histórico. Significa dizer que o princípio da solidariedade entre os entes está exposto na CF/88 e reproduzido em diversas de suas passagens, mas as duas promessas ligadas à solidariedade e à redução das desigualdades regionais não foram concretizadas.

De toda sorte, é importante que se faça esta leitura do modelo federal brasileiro a partir de dois parâmetros: o primeiro diz respeito ao texto constitucional e ao formato de distribuição de competências e atribuições aos entes nacional e subnacionais. O segundo é a compreensão do quadrante fiscal, do federalismo fiscal brasileiro, a mostrar uma excessiva centralização de recursos no âmbito federal, como veremos.

3. Os paradoxos do federalismo de cooperação no Brasil

Sobre o texto constitucional, apresenta-se uma necessidade de maior aproximação competencial entre os entes da federação, conforme exposta no parágrafo único do artigo 23, que aposta na necessidade de que “leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”. Nessas atividades de cooperação, os entes devem atuar conjuntamente, e não

¹³ Marcelo Labanca Corrêa de Araújo, *Jurisdição Constitucional e Federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF* (Rio de Janeiro: Elsevier, 2009).

¹⁴ Celina Souza, “Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988”, *Revista de sociologia e política*, n.º 24 (2005). Interessa afirmar, especialmente para os leitores estrangeiros, que, apesar da mudança prometida, os estados-membros, historicamente, aprovaram constituições que acabaram por copiar o texto constitucional federal, numa demonstração de certa submissão.

¹⁵ Gilberto Bercovici, *Dilemas do Estado Federal brasileiro* (Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005), 23-24.

de forma isolada. São competências comuns para as quais todos os entes devem executar parcela do todo como meio de atingir os resultados previstos no artigo 3º, que fixa os objetivos do Estado Social brasileiro. O Congresso Nacional, verificando a necessidade de que a cooperação seja formalizada mediante decisão sua, deve elaborar leis federais (Lei Complementar), que exigem quórum aumentado com relação às leis ordinárias, para estabelecer fórmulas de cooperação entre os entes. Tais leis não podem amesquinhar as competências dos entes federados, ainda que ausentes os meios para a realização dos fins planejados, e não podem, por óbvio, avançar sobre competências que não são da União Federal. Ademais, não devem servir para dar preponderância de um ente sobre outro, mas para estipular papéis definidos constitucionalmente de modo mais efetivo.

A fórmula desenhada no parágrafo único do artigo 23, acima referida, não serviu como se esperava. Até a presente data, passadas mais de três décadas da atual Constituição, somente uma Lei Complementar foi editada com fundamento no referido artigo, que trata de matéria ambiental (Lei Complementar 140/2001), o que demonstra a fraqueza de espírito cooperativo derivada de decisão do Congresso Nacional. Claro que não se nega a existência de outros mecanismos constitucionais, que servem também para agravar tal cooperação, como a distribuição de rendas entre os entes (Fundo de Participação dos Estados e Fundo de Participação dos Municípios, por exemplo), ou a criação de sistemas cooperativos de gestão de serviços (como o Sistema Único de Saúde e o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, por exemplo). Mas salta aos olhos a falta de decisões que concretizem tal espírito claramente presente na CF/88. E, na ordem política, o movimento para sua descentralização de políticas sociais dependeu da vontade do Governo Federal, mediante políticas suas, que reforçam o papel de executores pelos entes subnacionais e de elaboradores pelo poder federal.¹⁶⁻¹⁷ A coordenação de tais políticas pelo Governo Federal se fez regra e as transferências federais para os demais entes, um instrumento importante para gerar homogeneidade em tais políticas.¹⁸ Mas não se deu força ao papel de elaboradores de políticas públicas dos entes subnacionais.

Ainda no que se refere ao desenho constitucional, percebe-se que o conjunto de competências comuns distribuídas pela CF/88, previstas no artigo 24, apontam para um espaço de atuação que aprofunda as exigências de coordenação entre os entes. Nesta toada, Estados, Municípios e a União Federal têm de apontar estratégias de atuação que, ainda que gerem certos conflitos – já que terminarão por tratar de

¹⁶ Arretche, “Relações federativas nas políticas sociais”, 45.

¹⁷ Ward, Wilson y Spink, “Decentralization, democracy and sub-national governance: comparative reflections for policy-making in Brazil, Mexico and the US”, 58.

¹⁸ Gabriela Spanghero Lotta, Renata Gonçalves e Marina Farkas Bitelman, “A coordenação federativa de políticas públicas: uma análise das políticas brasileiras nas últimas décadas”, *Cadernos Gestão Pública e Cidadania* 19 (2014): 7.

direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais –, terão impactos que claramente irão além das suas jurisdições. Na ordem da realidade, é neste espaço que os conflitos federativos podem se aprofundar em situações de crise, como a que vivemos atualmente, pois, ausente a necessidade de utilização de recursos financeiros para algumas destas decisões, as assimetrias e a dependência fiscais não limitam o uso de suas competências pelos entes subnacionais. Determinar restrições à circulação de pessoas e coisas, restringir horário de funcionamento do comércio e de atividades industriais ou de serviços, implementar multas pelo descumprimento de tais determinações, dentre outros, não implica em atividades que envolvam uso direto de recursos públicos; isto é: diferem daquelas que demandam compra de bens e serviços, por exemplo, estas sim a dependerem de uso direto de recursos.

Por outro lado, verifica-se um aprofundamento da assimetria financeira entre os entes da federação com a Constituição de 1988 e as mudanças fiscais produzidas, especialmente, a partir da década de 1990, tanto com a criação de novas contribuições sociais, que fazem parte das receitas não distribuídas entre os entes, quanto pela renúncia fiscal sobre impostos compartilhados, muitas vezes reguladas pela União Federal, mas a afetar diretamente os entes subnacionais. A autonomia financeira dos entes federativos é uma característica relevante do Estado Federal¹⁹ e sem ela as assimetrias se revelam mais presentes e reduzem o poder decisório nos planos políticos e administrativo dos entes federados. Não estamos a dizer, que fique claro, que comungamos com ideias que conjugam obrigatoriamente mais descentralização com mais federalismo,²⁰ como sói ouvir-se corriqueiramente entre os fomentadores dos poderes periféricos em uma federação. Aliás, os expedientes de descentralização financeira são inclusive utilizados, habitualmente, em estados ditos unitários.²¹ A nosso sentir, esta assimetria precisa ser vista em números, comparando a evolução do que se tem como receita tributária para os entes e, também, comparando com outras federações, dado que, do contrário, se pode falar em um “federalismo artificial”.²²

No plano doméstico, deve-se ter em conta que em 1983 a União Federal ficava com 70 % da receita pública disponível – aquela verificada após as repartições constitucionais. Desde então, passou-se a ceder aos Estados e Municípios parte dessa receita como forma de diminuição de assimetrias. No início dos anos 1990,

¹⁹ Enrique Ricardo Lewandowski, *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil* (Belo Horizonte: Fórum, 2018), 87.

²⁰ Heleno Taveira Torres, *Direito constitucional financeiro* (São Paulo: Thomson Reuters, 2014), 255. Opina no mesmo sentido.

²¹ OCDE, *Revenue Statistics 2019*, https://www.oecd-ilibrary.org/sites/obbc27da-en/1/2/6/index.html?itemId=/content/publication/obbc27da-en&_csp_=fb15of38de3d79febo40c95e-33debb5&itemIGO=oecd&itemContentType=book.

²² Marta Arretche, “Mitos da descentralização: mais democracia e eficiência nas políticas públicas?”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais* 11 (1996): 48; José Luis Bolzan de Moraes e Roberta Baggio, “Camineiro. Os limites da transição política e (alguns) os dilemas do federalismo brasileiro. Um olhar retrospectivo”, em *Dilemas na Constituição* por Alfredo Copetti Neto, George Salomão Leite e Glauco Salomão Leite (Belo Horizonte: Fórum, 2017), 172.

Municípios e Estados detinham 45 % de participação na receita pública disponível. Os Municípios saltaram de 8,6 %, no começo dos anos 1980, para 15,8 %, em 1993.²³ Em 2013, a receita tributária disponível era de 58 % para a União e o restante para os Estados (22 %) e Municípios (20 %).²⁴ Em outras palavras: no período estudado se reforça a fórmula centralizadora e pouco solidária da federação brasileira, já que 3/5 da receita nacional fica em mãos da União Federal. No caso de outras federações, para se poder comparar, o Brasil somente é superado, em se levando em conta os dados da OCDE ao se referirem ao poderio fiscal central, pela Austrália (80,6 %), México (81,1 %) e Áustria (65,7 %). Nos demais casos, todos os entes nacionais se apropriam de menor parte de recursos fiscais disponíveis: Bélgica (51,4 %), Canadá (40,9 %), Alemanha (29,5 %), Suíça (36,5 %) e EUA (44,5 %).²⁵

Há um terceiro aspecto que merece tratamento, que une os dois primeiros e diz respeito ao avanço da regulação federal sobre outros temas financeiros. Neste sentido, a partir da década de 1990 a intervenção da União Federal sobre os orçamentos dos entes subnacionais aumentou. A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101) fez com que todos os entes tivessem fixados limites de gastos, sob pena de sanção aos seus governantes. E as amarras para Estados e Municípios são ainda mais fortes que aquelas existentes para a União Federal.

Do que se apontou, verifica-se: a) que o rol de competências concorrentes, no plano legislativo, e comuns, no plano administrativo, são em grande número, propondo uma fórmula federativa de pacto territorial; b) o alto empoderamento fiscal da União Federal, por outro lado, impõe um excessivo fortalecimento de suas decisões, especialmente em temas de políticas públicas, para as quais os entes subnacionais passam a ser mais seus executores que seus formuladores.

4. O papel do STF no federalismo brasileiro: de árbitro a arquiteto

É no contexto descrito anteriormente que sobressai a recente posição do STF ao solucionar controvérsias relacionadas à pandemia da COVID-19 e que tem provocado importantes impactos nas relações entre os entes federados.

Como se tem verificado ao longo das últimas décadas, o STF assumiu considerável protagonismo no sistema constitucional brasileiro a partir da redemocratização. Ninguém mais ousaria afirmar que a Corte é uma instituição secundária ou

²³ Marcelo Figueiredo, “Federalismo x centralização: a eterna busca do equilíbrio - a tendência mundial de concentração de poderes na União”, em *As novas fronteiras do federalismo*, ed. por Monica Herman Salem Caggiano y Nina Ranieri (São Paulo: Manole, 2008), 134.

²⁴ José Roberto Afonso, “Pacto Federativo” (PowerPoints, 28 de abril de 2015), <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pacto-federativo/documentos/audiencias-publicas/JosRobertoAfonso.pdf>.

²⁵ OCDE, *Revenue Statistics 2019*.

coadjuvante na engenharia constitucional do país, muito menos um desconhecido.²⁶ Existe razoável consenso sobre o fato de que juízes e tribunais, nos mais diversos lugares pelo mundo afora, passaram a ocupar um lugar sobranceiro na definição de relevantes questões políticas, sociais, morais e econômicas. A *juristocracia*, portanto, é um fenômeno global, identificado em vários países europeus, inclusive do leste europeu, e na América Latina, por meio do qual existe um deslocamento sem precedentes de poderes decisórios das instâncias de representação política para os tribunais.²⁷

Essa nova realidade tem suscitado intensos debates que giram em torno da legitimidade, autoridade e capacidade institucional dos tribunais. Se é certo que o STF apresenta em sua prática decisória significativos exemplos de decisões a favor de direitos individuais, liberdades públicas e proteção de minorias,²⁸ sobretudo quando se constata algum déficit de representatividade nos espaços tradicionais de representação política, o mesmo não se pode afirmar em relação às questões atinentes ao federalismo. Nesta seara, a Corte vinha apresentando sua parcela de contribuição na formação de um federalismo centralizador. Ao dirimir os conflitos competenciais, observa-se, desse modo, uma nítida inclinação a favor da ampliação dos poderes da União em detrimento da autonomia estadual e municipal. Por isso, ao espírito federalista subjacente à CF/88 se contrapôs uma visão conservadora por parte do STF, causando verdadeira asfixia nos entes subnacionais.

Tendo isso em conta, os acontecimentos decorrentes da pandemia parecem ter trazido novos ingredientes que mudaram o equilíbrio federativo, deslocando o pêndulo na direção dos entes subnacionais. Essa nova dinâmica do federalismo foi impulsionada pelas divergências no enfrentamento da pandemia entre o presidente da república, refratário às políticas de isolamento social e defensor do retorno às atividades econômicas, e os governadores e prefeitos, que, em sua grande maioria, seguiam os protocolos internacionais da Organização Mundial da Saúde (OMS) no sentido de impor medidas restritivas e de isolamento.

Nesse ambiente de tensionamento federativo, acrescido da já enorme polarização política que atravessa o país nos últimos anos, o STF, contrariando sua tradicional jurisprudência centralizadora, deu início a uma série de decisões inovadoras. Em 15 de abril, e por unanimidade,²⁹ a Corte entendeu que as medidas tomadas pelo

²⁶ Aliomar Baleeiro, *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido* (Rio de Janeiro: Forense, 1968).

²⁷ Ran Hirschl, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism* (Massachusetts: Harvard University Press, 2004); Siri Gloppen, Roberto Gargarella e Elin Skaar, *Democratization and the Judiciary: the accountability function of Courts in new democracies* (London: Frank Cass, 2004); Torbjörn Vallinder y Neal Tate, *The global expansion of judicial power* (New York: New York University Press, 1995).

²⁸ Glauco Salomão Leite, *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017), 137 e seg.

²⁹ ADI n. 5341, rel. Marco Aurélio, d.j. 15.04.2020.

Governo federal através da Medida Provisória 926/2020 não excluem a competência concorrente e suplementar dos estados e municípios em matéria de proteção à saúde pública, sendo legítima a destes últimos na adoção de medidas de isolamento e de suspensão das atividades e serviços, o que representou uma das mais importantes decisões da Corte rumo a um federalismo efetivamente descentralizado nos últimos anos. Com isso, o tribunal simultaneamente assegurou a decisão pela continuidade das políticas de isolamento e quarentena por parte dos estados-membros e municípios, e proibiu que o presidente da república decidisse unilateralmente em sentido contrário, caso pretendesse sustar os decretos estaduais. Essa decisão representou um marco no redesenho federalista. Com efeito, de um lado ela acentuou a autonomia decisória dos entes subnacionais, especialmente diante das omissões, atrasos e boicotes das autoridades federais no controle da pandemia. Por outro lado é importante perceber que sob a competência compartilhada em matéria de saúde pública existe uma enorme gama de assuntos que são por ela albergados, como a definição do que venham a ser atividades essenciais para fins de paralisação, restrições de viagens, requisições administrativas de bens e serviços, ou a decretação de *lockdown*.

Na mesma época o STF havia, ainda que indiretamente, reforçado os poderes locais ao julgar um caso envolvendo ações do Poder Executivo federal. De fato, enquanto estratégia para flexibilizar a política de isolamento social, foi divulgado vídeo nas redes sociais contendo a campanha publicitária “O Brasil não pode parar”. Através dela, pretendia-se estimular a população a retornar às suas atividades empresariais e profissionais, o que vinha sendo exigido abertamente pelo Presidente da República. Instado a se manifestar, o STF, através de decisão liminar do Min. Roberto Barroso, proibiu não apenas a veiculação dessa campanha publicitária, como determinou que o Governo não mais veiculasse mensagens que sugerissem o retorno das pessoas às suas atividades plenas ou, ainda, que expressassem que a pandemia constituiria evento de menor gravidade para a vida e saúde dos indivíduos.

Tais decisões precisam ser observadas em conjunto com outras que aliviaram as obrigações financeiras dos entes subnacionais e que sinalizam para um maior aporte de recursos diante da diminuição de receitas tributárias em razão da paralisação das atividades econômicas. De fato, antes mesmo de o STF proferir a decisão antes referida, a Corte havia julgado outras duas questões que produziram importantes reflexos na autonomia dos Estados e Municípios. A primeira delas consistiu na suspensão, mediante liminar concedida pelo Min. Alexandre de Moraes, do pagamento das dívidas públicas que os Estados mantêm com o governo federal pelo prazo de 180 dias. Assim, os recursos economizados passam a ser destinados a ações e serviços na área de saúde pública.³⁰ A título de ilustração, o total dessas dívidas supera a marca dos bilhões por Estado. Por mês, o Estado do Paraná deveria pagar uma parcela de 53 milhões de reais à União, enquanto que o Estado de São Paulo, um dos mais afetados pela pandemia, teria que desembolsar

³⁰ ACO n. 3367 e 3363, rel. Min. Alexandre de Moraes.

32 milhões de reais.³¹ A segunda decisão, igualmente concedida por liminar do Min. Alexandre de Moraes,³² flexibilizou dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal – que define critérios e restrições para gastos públicos – permitindo aos estados e municípios a criação de despesas públicas necessárias ao controle da pandemia, diante da gravidade de suas consequências e de sua imprevisibilidade. Em seu conjunto, tais decisões representam um sensível abrandamento das finanças estaduais e municipais para que possam priorizar as políticas sanitárias.

Em outra frente, a Câmara dos Deputados aprovou, em 13 de abril, projeto de lei que visa recompor as perdas fiscais que estados e municípios sofreram com a diminuição da arrecadação do ICMS e do ISS respectivamente, tributos que incidem sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços. Isso acentuou os atritos que já existiam entre o Governo e o Parlamento, tendo Jair Bolsonaro atacado Rodrigo Maia acusando-o de pretender derrubar seu governo.³³

Em seu conjunto, a sequência dos fatos sugere um fortalecimento das competências constitucionais dos estados e municípios no sentido de um federalismo centrífugo – ao contrário do histórico federalismo centrípeta –, embora seja prematuro afirmar cuidar-se de uma tendência do pacto federativo brasileiro ou de uma solução temporária e contingencial.³⁴

Seja como for, é evidente a participação do STF nesse processo de redesenho institucional do federalismo. A descrição dos aspectos históricos que permearam a formação do federalismo brasileiro, sua configuração no plano formal da CF/88, a jurisprudência da Corte nessa matéria e os influxos decorrentes da pandemia são cruciais para se compreender o ativismo judicial recentemente praticado. Se nos afastarmos de concepções que enxergam no ativismo judicial um comportamento abusivo e necessariamente ilegítimo, muitas vezes servindo apenas como categoria retórica para atacar decisões das quais discordamos – por razões as mais variadas possíveis –, é possível se seguir um roteiro epistemológico distinto e mais frutífero. Nesse sentido, assumindo uma abordagem *institucional*,³⁵ percebe-se que um comportamento judicial ativista tende a expandir os poderes das Cortes em detrimento dos de outras autoridades estatais. Em outras palavras: ao pretender decidir uma

³¹ Dados disponíveis em: Fernanda Vivas y Mariana Oliveira, “Doze estados já conseguiram a suspensão das dívidas com a União por conta do coronavírus”, *GI*, 30 de março de 2020.

³² ADI n. 6357, rel. Min. Alexandre de Moraes.

³³ Daniel Carvalho, Ricardo Della Coletta y Danielle Brant, “Bolsonaro acusa Maia de conspiração e diz que atuação do presidente da Câmara é péssima”, *Folha de S. Paulo*, 16 de abril de 2020.

³⁴ Marcelo Casseb Continentino y Ernani Varjal Medicis Pinto, “Estamos diante de um novo federalismo brasileiro?”, *Consultor Jurídico*, 18 de abril de 2020.

³⁵ Ernest Young, “Judicial activism and conservative politics”, *University of Colorado Law Review* 73, n.º 4, (2002): 1.139-1.216; Stefanie Lindquist y Frank Cross, *Measuring judicial activism* (Oxford: Oxford University Press, 2009); Bradley Canon, “Defining the dimensions of judicial activism”, *Judicature* 66, n.º 6 (1983): 236-247; William Marshall, “Conservative and the seven sins of judicial activism”, *University of Colorado Law Review* 73 (2002): 101-140.

controvérsia com independência, o tribunal amplia seu papel institucional frente a outras instâncias de poder. Seguindo o mesmo critério, Richard Posner³⁶ define “autorrestrição estrutural” como uma forma de recuo da Corte, abrindo espaços decisórios a favor de outras instituições e órgãos do Estado. Ativismo e autocontenção judiciais podem, portanto, ser vistos como *tipos ideais* que representam duas tendências da Corte e se manifestam em várias dimensões distintas. O enquadramento de determinadas decisões dessa Corte em uma ou outra categoria dificilmente se fará por completo, preferindo-se compreender tais fenômenos como um *continuum* entre dois polos antagônicos.

Disso resultam duas questões importantes para o tema ora analisado. Em primeiro lugar, o movimento na direção de mais ou menos ativista por parte de uma Corte se distingue conceitualmente da legitimidade de sua atuação em concreto. Isso quer dizer que apenas um olhar contextual, voltado à análise dos desenhos constitucionais particulares, permite concluir se a decisão judicial foi arbitrária ou legítima. Dessa maneira, uma ordem constitucional concreta pode, não só estimular, como exigir posturas ativistas do Poder Judiciário em determinadas circunstâncias. Como resultado, se nem sempre o ativismo resulta em abuso judicial, podendo ser uma exigência do próprio desenho constitucional, a autocontenção nem sempre reflete prudência e moderação, como se fosse o modelo ideal de postura judicial. Ao contrário: a adoção ampla do *self-restraint*, como se fosse o papel universalmente adequado de uma Corte num regime democrático, além de poder ser dogmaticamente ilegítima pode provocar prejuízos em setores onde a atuação expansiva da jurisdição constitucional tem sido decisiva na proteção de valores caros a um sistema constitucional, podendo se converter em omissão judicial inaceitável.

Em segundo lugar, práticas ativistas dependem da existência de determinados elementos institucionais, políticos ou culturais e, muitas vezes, são respostas a esses estímulos. Em outros termos: o ativismo judicial tende a se manifestar em um ambiente político-institucional favorável à expansão dos poderes decisórios das Cortes, especialmente quando tal expansão não põe em risco a sua própria independência institucional. Não basta, portanto, uma Corte pretender *ser* ativista. É preciso, também, *poder* sê-lo.

Tendo isso em vista, as decisões antes citadas do STF apontam para um movimento ativista no sentido de traduzirem uma nova interpretação que, a um só tempo, restringe poderes decisórios das autoridades federais (Governo e Congresso Nacional) e alarga os espaços de autonomia dos entes subnacionais. Se consideramos a postura de recalcitrância e incoerência das autoridades federais no combate à pandemia, não seria exagero afirmar que a Corte operou uma espécie de deslocamento de poderes do âmbito federal, quebrando sua tradicional hegemonia no federalismo brasileiro, para os Estados e Municípios, que passaram a ter, curiosamente, maior

³⁶ Richard Posner, “The meaning of judicial self-restraint”, *Indiana Law Journal* 59, n.º 1 (1983): 1-24.

protagonismo na crise sanitária. Como se vê, a Corte continua desempenhando um significativo papel estratégico na dinâmica de alocação de poderes entre os entes federais, ora com maior concentração na esfera federal, ora na direção oposta. E é esse movimento pendular, de idas e vindas, que exprime atitudes ativistas e de prudência institucional.

Conclusões

Pelo que se expôs, percebemos como o federalismo brasileiro se tem reestruturado ao longo da trajetória política do país, marcada por períodos autoritários e tentativas de redemocratização. Nos diversos cenários, as relações entre os entes federativos têm se modificado, acompanhando os influxos do ambiente político e institucional de cada tempo histórico. Mesmo com a atual CF/88, que pretendeu reconfigurar o federalismo a partir de fórmulas de cooperação e compartilhamento de competências com os entes subnacionais, o certo é que no âmbito federal vinha sendo mantido perfil centralizador, não apenas em razão do extenso elenco de temas de sua competência, como também por força de seu poderio fiscal e orçamentário, que terminara por enfraquecer a autonomia político-administrativa dos estados e municípios.

Esse formato recebeu novos ingredientes no contexto da pandemia, tendo em vista um inusitado processo de judicialização da crise sanitária – diferentemente do que vem se observado em outros países –, que tem repercutido nas relações entre os diferentes níveis de governo. Nesse sentido, o STF tem assumido uma postura ativista em desfavor da tradicional centralização de poderes no âmbito da União, abrindo novos espaços de atuação para os entes subnacionais e promovendo uma reorganização em suas finanças, em sentido diverso da tendência que o próprio tribunal vinha produzindo desde a promulgação da Constituição. Em alguns casos, a nova postura da Corte pode significar, não apenas um compartilhamento de responsabilidades institucionais entre os entes, mas um deslocamento de poderes para os Estados e Municípios, que têm, ao fim e ao cabo, revelado protagonismo nas políticas de combate à pandemia.

Referências

- AFONSO, José Roberto. “Pacto Federativo”. *PowerPoint 28 de abril de 2015*. <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pacto-federativo/documentos/audiencias-publicas/JosRobertoAfonso.pdf>.
- ARRETCHÉ, Marta. “Mitos da descentralização: mais democracia e eficiência nas políticas públicas?”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais* 11 (1996): 44-66.

- ARRETCHE, Marta. “Relações federativas nas políticas sociais”. *Educação & Sociedade*, n.º 23 (2002): 25-48. doi: 10.1590/S0101-733020020008000003.
- BALEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Editora Liv. do Advogado, 2004.
- CANON, Bradley. “Defining the dimensions of judicial activism”, *Judicature* 66, n.º 6 (1983): 236-247.
- CARNEIRO, Levy. *Federalismo e judiciarismo*. Rio de Janeiro: Alba, 1930.
- CODATO, Adriano. “Os mecanismos institucionais da ditadura de 1937: uma análise das contradições do regime de Interventorias Federais nos estados”, *História São Paulo*, n.º 32, (2013): 180-201. doi:10.1590/S0101-90742013000200010.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb y Ernani Varjal MEDICIS PINTO. “Estamos diante de um novo federalismo brasileiro?”. *Consultor Jurídico*, 18 de abril de 2020.
- EDITORIAL BOARD. “Jair Bolsonaro risks lives by minimizing the coronavirus pandemic”. *Washington Post*, 14 de abril de 2020.
- FIGUEIREDO, Marcelo. “Federalismo x centralização: a eterna busca do equilíbrio – a tendência mundial de concentração de poderes na União”. Em *As novas fronteiras do federalismo*, editado por Mônica HERMAN SALEM CAGGIANO y Nina RANIERI. São Paulo: Manole, 2008.
- FRIEDMAN, Uri. “The Coronavirus-Denial Movement Now Has a Leader”. *The Atlantic*, 27 de marzo de 2020.
- GLOPPEN, Siri, Roberto GARGARELLA y Elin SKAAR. *Democratization and the Judiciary: the accountability function of Courts in new democracies*. London: Frank Cass, 2004.
- HERNÁNDEZ, Antonio. *Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino*. Córdoba: Academia de Ciencias de Córdoba, 2009.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Massachusetts: Harvard University Press, 2004.
- LEAL NUNES, Vitor. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo, no Brasil*. São Paulo: Alfa Omega, 1975.
- LEITE SALOMÃO, Glauco. *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- LINDQUIST, Stefanie y Frank CROSS. *Measuring judicial activism*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- LOTTA SPANGHERO, Gabriela, Renata GONÇALVES y Marina FARKAS BITELMAN. “A coordenação federativa de políticas públicas: uma análise das políticas brasileiras nas últimas décadas”. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania* 19 (2014): 2-18.
- MARSHALL, William. “Conservatives and the seven sins of judicial activism”. *University of Colorado Law Review* 73 (2002): 101-140.

- MORAIS BOLZAN, José Luis y Roberta BAGGIO. “Camineiro. Os limites da transição política e (alguns) os dilemas do federalismo brasileiro. Um olhar retrospectivo”. Em *Dilemas na Constituição*, editado por Alfredo COPETTI NETO, George SALOMÃO LEITE e Glauco SALOMÃO LEITE, 44-66. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- NATHAN, Richard P. “There will always be a new federalism”. *Journal of Public Administration Research and Theory* 16 (2006): 499-510.
- POSNER, Richard. “The meaning of judicial self-restraint”. *Indiana Law Journal* 59, n.º 1 (1983): 1-24.
- SOUZA, Celina. “Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988”. *Revista de sociologia e política*, n.º 24 (2005): 105-121.
- TORRES, Heleno Taveiro. *Direito constitucional financeiro*. São Paulo: Thomson Reuters, 2014.
- VALLINDER, Torbjörn y Neal TATE. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.
- WARD, Peter, Robert WILSON y Peter SPINK. “Decentralization, democracy and sub-national governance: comparative reflections for policy-making in Brazil, Mexico and the US”. *Regional Science Policy & Practice* 2 (2010): 51-62.
- YOUNG, Ernest. “Two Cheers for Process Federalism”. *Villanova Law Review*, n.º 46 (2001): 1349-1395.
- YOUNG, Ernest. “Judicial activism and conservative politics”. *University of Colorado Law Review* 73, n.º 4 (2002): 1139-1216.

William Ernesto Santamaría Alvarenga* (El Salvador)

La justicia constitucional en El Salvador: activismo judicial como control de la crisis de gobernabilidad democrática

RESUMEN

Este estudio describe la actividad jurisprudencial de la Sala de lo Constitucional salvadoreña en los últimos meses del periodo 2009-2018 y el proceso de elección de la actual configuración subjetiva de la Sala 2018- 2027; expone la importancia del rol de esta nueva Sala en algunas decisiones del presidente de la República, Nayib Bukele, y de la Asamblea Legislativa, consideradas contrarias al Gobierno democrático; explica el proceso de confrontación entre el Ejecutivo y la Sala de lo Constitucional con respecto a algunos decretos vulneradores de derechos fundamentales de los habitantes en torno al covid-19; finalmente, reflexiona sobre los alcances y límites del poder político frente a la Constitución y la interpretación del Tribunal Constitucional.

Palabras clave: Sala de lo Constitucional; crisis; gobernabilidad democrática.

Constitutional justice in El Salvador: judicial activism as control of the crisis of democratic governance

ABSTRACT

This study describes the jurisprudential activity during the last months of the 2009-2018 Salvadoran Constitutional Chamber and the process of choosing the current subjective configuration of the 2018-2027 Chamber. It discusses the importance of the role of this new Chamber with regard to some decisions of the president of the Republic, Nayib Bukele, and the Legislative Assembly, which were considered to be contrary to democratic governance. It explains the process of confrontation between

* Abogado, notario, docente e investigador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, cursos de Ciencias Políticas, Ética Jurídica y Teoría del Estado. williamsantamaria@hotmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-6765-9078>.

the Executive and the Constitutional Chamber over some decrees that violated the fundamental rights of residents in relation to COVID-19. Finally, it reflects on the scope and limits of political power under the Constitution and the interpretation of the Constitutional Court.

Keywords: Constitutional Chamber; crisis; democratic governance.

Die Verfassungsgerichtsbarkeit in El Salvador: juristischer Aktivismus als Kontrolle der Krise der demokratischen Regierungsführung

ZUSAMMENFASSUNG

Gegenstand dieser Untersuchung ist die Rechtsprechung des salvadorianischen Verfassungssenats im Zeitraum 2009-2018. Des Weiteren wird auf die Wahl des Senats in seiner derzeitigen Zusammensetzung für die Jahre 2018-2027 sowie auf die Rolle eingegangen, die ihm angesichts mehrerer mit einer demokratischen Regierungsführung nicht zu vereinbarenden Entscheidungen des Staatspräsidenten Nayib Bukele und des Parlaments zufällt. Anschließend wird die Konfrontation zwischen der Exekutive und dem Verfassungssenat bezüglich einiger Verordnungen dargelegt, die die staatsbürgerlichen Grundrechte der Bevölkerung im Kontext von Covid-19 verletzen. Einige Überlegungen über den verfassungsmäßigen Geltungsbereich und die Grenzen der politischen Gewalt sowie deren Auslegung durch das Verfassungsgericht schließen den Beitrag ab.

Schlagwörter: Verfassungssenat; Krise; demokratische Regierbarkeit.

Introducción

El objetivo principal de este artículo es describir la actividad de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador, específicamente aquellas resoluciones que han regulado, limitado o prohibido actos de decisión de los titulares de los órganos Legislativo (Sala 2009-2018) y Ejecutivo (Sala 2018, a la fecha). En primer lugar, se abordarán las principales resoluciones de la saliente Sala de lo Constitucional en su último año de mandato, debido a que el autor ya ha presentado en otra publicación de este *Anuario*¹ la principal actividad de esa configuración subjetiva del Tribunal Constitucional, dado que entre 2017 y 2018 hubo algunas resoluciones de esta Sala que son valiosas para el desarrollo del análisis jurídico actual en El Salvador; posteriormente, se tratará la configuración subjetiva de la actual Sala de lo Constitucional, cuyo periodo es, por disposición de

¹ William Ernesto Santamaría, “Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ¿ciudadanización de la democracia?”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2016): 271-296.

la Constitución, de nueve años, el cual empezó en julio de 2018 y concluye en julio de 2027, así como su jurisprudencia; a partir de esta exposición, se describirá el rol de la actual Sala desde el 1 de junio de 2019, fecha en que se posesionó Nayib Armando Bukele Ortiz como presidente de la República, con énfasis en las resoluciones en las que ha habido diferencias entre el Ejecutivo y el Legislativo, en las que la Sala ha debido dirimir las controversias, por ejemplo, en procesos de creación de leyes. Además, se describirá el rol activo de la Sala frente a decisiones consideradas por la jurisprudencia como vulneradoras de la garantía del debido proceso y arbitrariedades por parte del presidente de la República, entre ellas, por ejemplo, despidos injustificados de personas vinculadas a los partidos políticos de la oposición.

Por último, el apartado más relevante del presente estudio consiste en analizar el papel desempeñado por la Sala durante la primera mitad de 2020 frente a las acciones del Ejecutivo y la Asamblea Legislativa, que han sido objeto de debate jurídico-político a nivel nacional e internacional: en primer lugar, una amenaza de “insurrección” convocada por Bukele contra los diputados de la Asamblea Legislativa, que incluyó el ingreso de decenas de elementos de las Fuerzas Armadas a las instalaciones del Parlamento, ante una multitud de miles de personas fuera del recinto legislativo y, en segundo lugar, algunas acciones que la Sala ha cuestionado por rebasar las atribuciones constitucionales del Ejecutivo frente al escenario del covid-19, en las que esta ha dictado una serie de resoluciones que, en un momento determinado, el presidente manifestó públicamente que no acataría. Sobre esto se analizarán las principales reacciones de tres órganos fundamentales: el Estado, la sociedad civil y la comunidad internacional; finalmente, arribaremos a algunas reflexiones conclusivas.

1. El último año de la Sala: periodo 2009-2018

Como se señaló,² la Sala de lo Constitucional 2009-2018 se consolidó como una institución fundamental en el proceso de reforma electoral, de partidos y de nombramiento de funcionarios públicos en El Salvador, debido al carácter vinculante a nivel general de las resoluciones de inconstitucionalidad.

Los análisis sobre el rol de la Sala de lo Constitucional generalmente abordan las resoluciones hasta finales de 2017. Sin embargo, debemos considerar resoluciones que el máximo tribunal de justicia salvadoreño dictó de enero a julio de 2018, fecha en que concluyó su mandato.

Algunas resoluciones permitieron mayor equidad en la inscripción de candidaturas no partidarias de cara a las elecciones legislativas y municipales de inicios

² Santamaría, “Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ¿ciudadanización de la democracia?”, 292.

de 2018.³ Con respecto a los candidatos no partidarios, la Sala también ordenó al Tribunal Supremo Electoral (TSE) inscribir a aquellos que habían obtenido las firmas requeridas, aunque dichas firmas apoyaran a más de un candidato, ya que las disposiciones que regulan a las candidaturas independientes no reglamentaban en ese momento esa limitación y el Tribunal Electoral las había anulado.⁴ Otras versaron sobre la obligación de los partidos políticos de publicar sus fuentes de financiamiento privado, así como del TSE de informar sobre el anticipo de dinero al partido político Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) por parte del Ministerio de Hacienda.⁵

Además, admitió una demanda contra la inscripción de un viceministro como candidato a diputado a la Asamblea Legislativa por parte del partido político FMLN, que le permitía participar en las elecciones, pero advirtiendo que, de resultar electo y si se consideraba que su inscripción había sido inconstitucional, se le separaría del cargo y asumiría su suplente.⁶

Sin embargo, en este periodo de tiempo la resolución más controversial de esta Sala fue, precisamente, la última que dictaron en la materia que nos ocupa: la Ley de Partidos Políticos que determina las causales por las que se deberá ordenar la cancelación de estas entidades.⁷ Entre esas causales está la de no haber obtenido al menos cincuenta mil votos válidos (art. 47, lits. c y g). Según el diseño constitucional salvadoreño, los diputados a la Asamblea Legislativa duran en sus funciones tres años,⁸ por lo que cada tres años se deben celebrar elecciones para renovar la Asamblea y los concejos municipales, que duran el mismo periodo.⁹

En las elecciones legislativas del 1 de marzo de 2015 hubo dos partidos políticos, Cambio Democrático (CD) y el Partido Social Demócrata (PSD) que, además de no haber ganado un solo diputado, no sobrepasaron la barrera electoral de los cincuenta mil votos,¹⁰ por tanto, el TSE inició el proceso de cancelación de ambos. Sin embargo, el Tribunal decidió inaplicar el artículo 47, literales c y g, de la Ley de Partidos Políticos, por considerar que contravienen principios democráticos

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Admisión de amparo 59 de 2017.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Admisión de amparo 21-2018 de 17 de enero de 2018.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Resolución de seguimiento de Sentencia 43-2013 de 10 de enero de 2018.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Admisión de demanda 14-2018 de 26 de febrero de 2018.

⁷ Decreto Legislativo 307 de 14 de febrero de 2013.

⁸ Constitución Política de El Salvador, artículo 124.

⁹ Constitución Política de El Salvador, artículo 202.

¹⁰ Acta de escrutinio final de la elección de diputadas y diputados a la asamblea legislativa, https://www.tse.gob.sv/laip_tse/documentos/ACTESCDEFASAMLEG2015.pdf.

constitucionales de representación política y pluralismo (control difuso).¹¹ Por tanto, en lugar de cancelar a los partidos, inaplicó esas disposiciones de la mencionada Ley y, siguiendo el procedimiento, remitió a la Sala de lo Constitucional ambos expedientes para que esta se pronunciara sobre la existencia de la inaplicabilidad (control concentrado de constitucionalidad).

La Sala recibió el proceso de inaplicabilidad, pero no resolvió de ninguna manera, de tal forma que, como formalmente no habían sido cancelados, decidieron participar en las elecciones legislativas y municipales de 2018. En ese contexto, el CD logró obtener un diputado.¹²

No obstante, el 10 de julio de 2018, cinco días antes de concluir su mandato, la Sala de lo Constitucional resolvió la inaplicabilidad presentada por el TSE en octubre de 2015, declarando que, en primer lugar, no existía la inconstitucionalidad por inaplicabilidad alegada, y que esa resolución del TSE fue inexistente por haberse dado con solo tres votos cuando, según precedentes, se requieren al menos cuatro votos del colegiado para tomar esa decisión, por tanto, ordenó al TSE emitir la resolución correspondiente en cada uno de los procesos de cancelación de partidos políticos, conforme a los parámetros contenidos en esta sentencia.¹³ En atención a esta sentencia, el TSE decidió, en esta ocasión con los votos requeridos, ordenar la cancelación del PSD¹⁴ y del CD.¹⁵

Anteriormente se señaló que esta resolución de la Sala causó polémica. Esto se debe a que el recién exalcalde de San Salvador, Nayib Armando Bukele Ortez, quien el 10 de octubre de 2017 fue expulsado del FMLN, partido con el que llegó a la Alcaldía de la Capital para el periodo 2015-2018, había expresado manifiestamente su interés en participar en las elecciones presidenciales de 2019, pero, para no caer en el supuesto jurídico del transfuguismo y sus consecuencias, manifestó mediáticamente esta posición hasta terminar su mandato como alcalde, lo que sucedió el 1 de mayo de 2018.

Este personaje político había acrecentado su nivel de popularidad, sobre todo al ser crítico del principal oponente, Alianza Republicana Nacionalista (Arena), e incluso de su propio partido, el FMLN. Este último decidió expulsarlo por medio de una resolución de un tribunal de ética conformado a nivel interno debido a que,

¹¹ Tribunal Supremo Electoral, resoluciones de proceso de cancelación CPP-01-2015 (caso CD) de 25 de julio de 2018, CPP-02-2015 (caso PSD), de 25 de julio de 2018. Ambas resoluciones fueron dictadas por el Tribunal Supremo Electoral el 13 de octubre de 2015.

¹² Tribunal Supremo Electoral, Acta de escrutinio definitivo, 4 de abril de 2018.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Sentencia 64-2015, de 10 de julio de 2018.

¹⁴ Tribunal Supremo Electoral, Resolución de Cancelación de partido político CPP-02-2015.

¹⁵ Tribunal Supremo Electoral, Resolución de Cancelación de partido político CPP-01-2015.

a su juicio, las acciones del entonces alcalde promovían la separación del partido político y otras acciones de violencia.¹⁶

Al terminar su mandato como alcalde, Bukele expresó su interés en ser presidente, para lo cual crearía un nuevo partido político, al que desde ese momento denominó Nuevas Ideas (NI). Sin embargo, según el calendario electoral, el proceso de creación del nuevo partido no estaría formalmente completo antes de la fecha límite de inscribir su precandidatura para las elecciones internas, por lo que decidió inscribirse en un partido político ya constituido; para ello, el 28 de junio logró afiliarse al CD para luego inscribirse como precandidato a la presidencia por este partido, el 18 de julio. Como se señaló, la sentencia de la Sala de lo Constitucional obligó al TSE a cancelar dicho partido político, lo que frustró la posibilidad de Bukele de participar en las elecciones por esa vía, ante lo cual manifestó que la Sala y el TSE habían sido utilizados como instrumentos de Arena y el FMLN para evitar su participación.

Dado ese escenario, y bajo un contexto de polémica, el mismo día que el TSE ordenó la cancelación del CD, Bukele se inscribió en otro partido político: Gran Alianza por la Unidad (GANA) y, tras consolidarse como precandidato único, se convirtió en candidato oficial a la presidencia, teniendo como fórmula para la vicepresidencia al abogado Félix Ulloa; finalmente, estos obtuvieron mayoría de votos en la elección presidencial del 3 de febrero de 2019.¹⁷

2. Elección y configuración subjetiva de la Sala 2018-2027

El diseño constitucional salvadoreño¹⁸ ordena que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia duren en sus funciones nueve años y sean renovados cada tres años por terceras partes, es decir que cada tres años se eligen cinco magistrados en propiedad y sus cinco suplentes.

En ese contexto, a partir del 16 de julio de 2018 se debieron haber renovado los cuatro magistrados¹⁹ de la Sala de lo Constitucional para el periodo 2018-2027.

La elección de los magistrados, que son funcionarios públicos de segundo grado, le corresponde constitucionalmente a la Asamblea Legislativa, y debe hacerlo con mayoría calificada, es decir, al menos 56 de los 84 votos posibles.

Para cumplir con este mandato hay un proceso de preselección de dos listas, una por parte de los concejales del Consejo Nacional de la Judicatura (15 precandidaturas)

¹⁶ Nayib Bukele, “Discurso completo del presidente desde la Asamblea Legislativa”, YouTube, <https://www.youtube.com/watch?v=oHmdqgyRXmA>.

¹⁷ Tribunal Supremo Electoral, Acta de escrutinio final de las elecciones de presidente y vicepresidente de El Salvador, San Salvador, 3 de febrero de 2019.

¹⁸ Constitución Política de El Salvador, artículos 174 y 183.

¹⁹ La Sala de lo Constitucional está conformada por cinco magistraturas y sus suplentes. Además, quien ejerza la presidencia de esta Sala se convierte a la vez en presidente del órgano judicial y de la Corte Suprema de Justicia.

y la otra por votación de los abogados en ejercicio de la profesión en todo el país (15 precandidaturas).

Sin embargo, por razones de orden político, pues los dos listados fueron remitidos en los plazos establecidos, la Asamblea Legislativa no eligió a los nuevos magistrados sino hasta el 16 de noviembre de 2018, es decir que El Salvador no tuvo Tribunal Constitucional durante cuatro meses, ya que solo estaba integrado por su presidente. Durante ese tiempo hubo una constante presión por parte de sectores de la sociedad civil hacia el Parlamento, ya que el Estado estaba sin cumplir la función de ejercer justicia constitucional.

Finalmente, los cuatro nuevos magistrados de la Sala de lo Constitucional nombrados fueron: Aldo Enrique Cader Camilot, Carlos Sergio Avilés Velásquez, Carlos Ernesto Sánchez Escobar y Marina de Jesús Marengo de Torreto. Los suplentes de estos magistrados son: José Cristóbal Reyes Sánchez, Jorge Alfonso Quinteros, José Luis Lovo Castelar y Sonia Elizabeth Cortez de Madriz.

El mandato de los cuatro nuevos magistrados y suplentes concluye el 15 de noviembre de 2027.

Como presidente de la Sala se mantuvo al quinto miembro que había quedado de la anterior configuración, el magistrado José Oscar Pineda Navas, cuyo mandato como presidente termina el 30 de junio de 2021.²⁰

2.1. Resoluciones en materia político-electoral, noviembre 2018 a mayo 2019

La nueva actividad jurisprudencial de la Sala 2018-2027 en materia de derechos políticos y derecho electoral inició con una resolución de improcedencia a una demanda de inconstitucionalidad de Nayib Bukele. La demanda sostenía que el rápido cambio de partidos políticos manifestaba una especie de transfuguismo por conveniencia. La Sala desestimó la pretensión por considerar defectuosos dichos argumentos, especialmente porque en el país no existe la figura del transfuguismo en materia de elección presidencial.²¹

Posteriormente, admitió una demanda de inconstitucionalidad contra el candidato a la presidencia por el partido político Vamos, debido a que era pastor de una Iglesia, y la Constitución prohíbe expresamente esta vinculación debido a los valores del Estado laico. No obstante, la Sala no impidió su participación, sino que aclaró

²⁰ Decreto Legislativo 174 de 16 de noviembre de 2018, *Diario Oficial* 216, tomo 421 del 19 de noviembre de 2018.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Resolución 106-2018 de 14 de diciembre de 2018.

en la resolución que, de resultar electo y posteriormente encontrarse la inconstitucionalidad demandada, tendría que ser separado de su cargo.²²

Posterior a esta última resolución, y como se señaló, se celebraron las elecciones presidenciales, en las que la fórmula conformada por Nayib Bukele y Félix Ulloa fue proclamada ganadora por mayoría de votos, el segundo partido más votado fue Arena en coalición con otros partidos políticos minoritarios, en tercer lugar estuvo el FMLN y en cuarto lugar el partido Vamos.

Entre la elección y la toma de posesión presidencial, ocurrida por mandato constitucional el 1 de junio de 2020, no hubo resoluciones de la Sala de lo Constitucional que sean relevantes para el tema que nos ocupa.

3. Jurisprudencia constitucional frente a la actual Presidencia de la República

Como se constata por lo descrito supra, durante la campaña electoral la relación de Nayib Bukele con Arena y, en especial, con el FMLN se caracterizó por su gran tensión. El discurso utilizado por el candidato Bukele identificó a estos dos partidos como la causa de los males sociales del país, denominándolos “los mismos de siempre”, y prometiendo que, de ganar la presidencia, ellos no volverían a estar en situación de poder.

Por tanto, no fue motivo de sorpresa que los primeros decretos presidenciales estuvieran destinados a destituir personas vinculadas al FMLN en distintas instituciones; así, durante los primeros dos meses de su gobierno, el presidente ordenó públicamente la destitución de varias personas, incluyendo en la comunicación de cada destitución la vinculación con el precitado partido político, así como el salario que percibía, usando para eso su cuenta de Twitter y una página en Facebook, situación que se mantiene a la fecha.

3.1. Amparos ante despidos injustificados

Esas decisiones con respecto a funcionarios o empleados de confianza están dentro de sus potestades en la administración pública. La situación se tornó un problema debido a que, además, fueron despedidos una gran cantidad de empleados públicos, sin seguir ningún procedimiento que garantizara su derecho de audiencia y de defensa.

Fue en este escenario donde la Sala de lo Constitucional se volvió, una vez más, una institución jurídicamente relevante, ya que, para inicios de septiembre, la Sala admitió trece demandas de amparo presentadas por personas que habían sido

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Resolución de admisibilidad 117-2018 de 11 de enero de 2019.

despedidas sin seguir el debido proceso, ordenando al Ejecutivo, como medida cautelar, el reintegro inmediato de estas personas mientras duraba el proceso.²³

De igual forma, para octubre, la Sala admitió una demanda de inconstitucionalidad contra un decreto que ordenó la supresión de varias secretarías de la presidencia y las respectivas plazas de quienes ahí laboraban; la causal fue la misma, es decir que no se siguieron las reglas establecidas para la garantía del debido proceso.²⁴

3.2. La Sala ante desacuerdos entre el Legislativo y el Ejecutivo en materia electoral

3.2.1. *Voto desde el exterior*

En agosto de 2019, la Sala dictó resolución de seguimiento de la sentencia en la que se reconoció el derecho al voto desde el exterior a los ciudadanos salvadoreños que residen fuera de las fronteras del país, ampliando este derecho a las elecciones de Asamblea Legislativa, concejos municipales y Parlamento Centroamericano; a la fecha, la Asamblea no había decretado ninguna disposición para hacer efectivo ese derecho, por lo que ordenó que se hiciera antes de terminar el plazo en que está permitido realizar ese tipo de reformas, es decir, un año antes del siguiente proceso electoral.²⁵

La Plataforma Ciudadana Electoral, un conglomerado que reúne a distintas organizaciones de la sociedad civil, presentó en octubre una serie de recomendaciones para garantizar el derecho al sufragio desde el exterior.

Incluso el Ejecutivo envió su propia propuesta de regulación de este derecho, que incluía una profunda reforma a la ley ya existente y que puso en debate cambiar la forma de votar que se ha usado desde 2014, es decir, voto postal, y sustituirlo por la modalidad de voto electrónico por internet sin supervisión.

Finalmente, a finales de enero de 2020, la Asamblea aprobó una serie de reformas a la ley. Estas reformas deben tener la aprobación del presidente de la República para ser publicadas en el *Diario Oficial*; sin embargo, el presidente Bukele decidió vetar el decreto por dos motivos: en primer lugar, no se incluyó el voto para concejos municipales, y, en segundo lugar, porque no se tomó en cuenta la modalidad de voto electrónico que el Ejecutivo había propuesto.

La Asamblea tomó en cuenta la omisión del sufragio desde el exterior para concejos municipales y dictó un nuevo decreto, que volvió a ser vetado por el presidente por el debate sobre el voto electrónico, entre otros motivos. Finalmente, la Asamblea

²³ Corte Suprema de Justicia, Comunicado de Prensa, 6 de septiembre de 2019.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Admisibilidad 61-2019 de 14 de octubre de 2019.

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Resolución de seguimiento 156-2012 de 23 de agosto de 2019.

ratificó el decreto vetado, por lo que le correspondió a la Sala resolver la controversia, la cual finalmente determinó que de las cuatro razones que motivaron el veto, el presidente tenía razón en una, que fue declarada inconstitucional por omisión, pero que en las otras tres no existía la inconstitucionalidad alegada, por lo que ordenó, en primer lugar, mandar a publicar en el *Diario Oficial* el decreto legislativo para que los salvadoreños desde el exterior puedan votar por diputados y concejos municipales en 2024²⁶ y, en segundo lugar, a través de resolución de seguimiento de la sentencia, ordenó a la Asamblea Legislativa que, a más tardar el 20 de diciembre de 2020, legisle adecuadamente los mecanismos de postulación de salvadoreños en el exterior para los distintos cargos de elección popular a celebrarse a partir de las elecciones de 2024.²⁷

3.2.2. *Voto por rostro para candidaturas a alcaldías*

En noviembre de 2019, la Asamblea Legislativa aprobó una reforma al Código Electoral para que en la papeleta electoral correspondiente a los concejos municipales se incluyera, además de la bandera de cada partido en competencia, la fotografía de sus correspondientes candidaturas a alcaldes o alcaldesas.

Este decreto fue vetado por el presidente a finales de noviembre de 2019, ya que, a su juicio, la reforma debería incluir no solo a los candidatos a la Alcaldía, sino a los candidatos al resto del concejo municipal.

Los diputados decidieron ratificar el decreto, por lo que se produjo una controversia entre ambos órganos del Estado, situación en la que la Sala de lo Constitucional es la institución que debe resolver.²⁸

En ese sentido, la sala dictó resolución de controversia el 26 de febrero de 2020, en la que ratificó el decreto legislativo debido a que, a criterio de la Sala, la situación de las fotografías para candidaturas de alcaldes, pero no para concejales, no ponía a ambos en situación de desigualdad, ya que los candidatos a concejales no compiten con los candidatos a alcaldes, por ser cargos distintos con funciones diferenciadas. Por tanto, la reforma se publicó en el *Diario Oficial* a mitad de marzo de 2020.

3.3. **Rol de la Sala de lo Constitucional ante el intento “insurreccional” del Parlamento por parte del presidente de la República**

Uno de los propósitos del actual gobierno gira en torno a la seguridad pública. Para ello, el presidente presentó un plan de desarrollo territorial que, en esencia, implica

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Resolución de Controversia 1-2020 de 24 de julio de 2020.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional Resolución de seguimiento 156-2012 de 24 de julio de 2020.

²⁸ Constitución Política de El Salvador, artículo 138.

una serie de fases que giran alrededor del fortalecimiento de la policía y el apoyo de la fuerza armada en el combate hacia la delincuencia, especialmente la organizada. El análisis sobre la eficacia y legalidad de esta política escapa de nuestro objeto de estudio, pero sí es relevante explicar que cada nueva fase implicó solicitudes de préstamos, permisos que solo la Asamblea Legislativa puede otorgarle.

La inversión proyectada para todo el plan es de 572,2 millones de dólares, de los cuales una importante cantidad sería obtenida a través de préstamos internacionales.²⁹

La autorización de préstamos de las primeras dos fases se realizó por parte de la Asamblea, luego de días de debates y acuerdos, pero en el proceso de negociación para aprobar la fase tres, los diputados inicialmente mostraron signos de apoyar el nuevo préstamo de 109 millones de dólares, pero en un momento, a finales de enero, se retractaron y manifestaron no apoyar la autorización.³⁰

La reacción del presidente fue intentar presionar a los diputados para obtener la autorización. Para ello, recurrió a una medida que ha sido ampliamente cuestionada a nivel interno e internacional. El Consejo de Ministros, amparado en artículo 167, numeral 7, de la Constitución, que dispone como atribución “Convocar extraordinariamente a la Asamblea Legislativa, cuando los intereses de la República lo demanden”, realizó un acuerdo de convocatoria a los diputados para el día domingo 9 de febrero a las tres de la tarde, a fin de votar por el citado préstamo.

El presidente, en su cuenta de Twitter, manifestó que si los diputados no atendían a la convocatoria, estarían rompiendo el orden constitucional y, en ese caso, el pueblo podría hacer uso del derecho que confiere el artículo 87, es decir, el derecho de insurrección.³¹

De hecho, además de esa afirmación, Bukele convocó por medio de su cuenta en Twitter a la población a estar presente fuera de la Asamblea Legislativa ese día y hora.³²

²⁹ Gobierno de El Salvador – Ministerio de Hacienda, Propuesta de financiamiento plan de control territorial (San Salvador: Minhacieda, s. f.), 1-20, <https://www.mh.gob.sv/downloads/pdf/700-SEDE-PPX-2019-21299.pdf>.

³⁰ “Diputados se retractan y no aprueban fondos para Fase III del plan control territorial”, *Punto de Vista*, 31 de enero de 2020, <https://radioyskl.com/2020/01/31/diputados-se-retractan-y-no-aprueban-fondos-para-fase-iii-del-plan-control-territorial/>.

³¹ Textualmente publicó: “El artículo 167, numeral 7 de nuestra Constitución es claro y no autoriza a los diputados a agregarle o quitarle palabras. Están obligados constitucionalmente a asistir a la sesión extraordinaria. Si alguien rompe el orden constitucional, el pueblo tiene el artículo 87” (Nayib Bukele, 7 de febrero de 2020 (12:04 p.m.), entrada de Twitter, <https://twitter.com/nayibbukele/status/1225842779475075072>).

³² Cita textual: “Convoco al pueblo salvadoreño a presentarse a la @AsambleaSV, este domingo a las 3pm, a ser testigos de la sesión extraordinaria para la votación sobre el financiamiento de la #Fase3 del #PlanControlTerritorial y darle a nuestros policías y soldados las condiciones que necesitan (Nayib Bukele, 7 de febrero de 2020 (10:37 a.m.), entrada de Twitter, <https://twitter.com/nayibbukele/status/1225820885761888256>).

Dado este escenario, ningún diputado del FMLN ni la mayoría de los diputados de Arena asistieron, argumentando que había una errónea interpretación tanto de la facultad de convocar extraordinariamente como de la aplicación del derecho a la insurrección. El sábado 8 se presentó una demanda de inconstitucionalidad de la convocatoria y del llamado a la insurrección. Del mismo modo, el domingo por la mañana se presentó otra demanda en el mismo sentido.

Una de las medidas más alarmantes fue la de ordenar a varios elementos de las Fuerzas Armadas permanecer en el interior del recinto legislativo, al que solo habían llegado unos pocos diputados, pertenecientes a partidos con poca representación parlamentaria. Una imagen así, de militarización de la Asamblea Legislativa, no había sido vista en El Salvador desde finales de la década de los setenta, previo al conflicto armado, por lo que para muchos esta acción significó un mensaje de retorno al autoritarismo.

La convocatoria se llevó a cabo y en horas de la tarde del domingo 9 de febrero, se instaló una tarima o plataforma afuera del Parlamento, y frente a miles de personas, Nayib Bukele dio un discurso, en el que expresó la claridad del texto constitucional y la existencia de “pseudo abogados” (refiriéndose a los abogados que en los días anteriores habían comunicado ante los medios que la convocatoria del Consejo de Ministros era inconstitucional) que pretenden interpretar como si fueran la Sala de lo Constitucional. Y agregó: “No necesitamos que la Sala interprete un artículo textual. ¿Quién nos va a decir cómo se lee algo que está claro?”.³³ Ante las aclamaciones de “insurrección”, Bukele les pidió un momento de calma para ingresar al Parlamento a pedirle a Dios sabiduría; después “la decisión estará en ustedes”.

Dicho esto, Nayib Bukele ingresó al Salón Azul, se sentó en la silla del presidente de la Asamblea Legislativa, y desde allí se dirigió a los pocos diputados presentes: “Ahora creo que está muy claro quién tiene el control de la situación y la decisión que vamos a tomar ahora la vamos a poner en manos de Dios. Así que vamos a hacer una oración”. Acto seguido, hizo una plegaria cubriendo su rostro con las manos, y después salió nuevamente ante la multitud.

Ante la gente y los medios de comunicación expresó:

Con toda humildad, ustedes saben, el pueblo salvadoreño completo sabe, nuestros adversarios saben, la comunidad internacional lo sabe, nuestra Fuerza Armada lo sabe, nuestra Policía lo sabe, todos los poderes fácticos del país lo saben: si quisiéramos *apretar el botón, solo apretamos el botón*. Pero yo le pregunté a Dios y Dios me dijo “paciencia”. (Énfasis agregado)

³³ El texto del discurso completo se puede leer en Carlos Martínez, “Ahora creo que está muy claro quién tiene el control de la situación”, *El Faro*, 10 de febrero de 2020, https://elfaro.net/es/202002/el_salvador/24006/%E2%80%9CAhora-creo-que-est%C3%A1-muy-claro-qui%C3%A9n-tiene-el-control-de-la-situaci%C3%B3n%E2%80%9D.htm. También se puede ver en video desde: “Discurso completo del presidente Nayib Bukele desde la Asamblea Legislativa”, YouTube, <https://www.youtube.com/watch?v=TowL9J4bpIg>.

Acto seguido, les pidió a los presentes que fueran pacientes, y que, si dentro de la siguiente semana los diputados no aprobaban el préstamo, volverían nuevamente al siguiente domingo, y dio por finalizada la convocatoria.

De inmediato, distintos actores se pronunciaron negativamente sobre lo sucedido, desde el embajador de Estados Unidos, hasta diversas organizaciones internacionales cuyo trabajo son los temas de Estado de derecho, y, desde luego, las asociaciones de abogados y universidades del país. Los pronunciamientos planteaban que más que insurrección, lo que se estaba promoviendo era un tipo de golpe a la Asamblea Legislativa, utilizando como excusa la autorización de un préstamo para financiar un plan de seguridad.

Ante lo anterior, la Sala de lo Constitucional admitió una de las demandas de inconstitucionalidad, ordenando las siguientes medidas cautelares:

- (i) ordenar al Consejo de Ministros, del cual forma parte el presidente de la República, el cese de los efectos de la convocatoria con el propósito de que la Asamblea Legislativa sesione extraordinariamente a fin de que se apruebe el préstamo con el Banco Centroamericano de Integración Económica para la implementación de la fase III del Plan de Control Territorial, así como cualquier otra convocatoria en relación con el tema;
- (ii) suspender los efectos de cualquier acto o norma que sea consecuencia del acuerdo de convocatoria que se impugna;
- (iii) ordenar al presidente de la República que se abstenga de hacer uso de la Fuerza Armada contrario a los fines constitucionalmente establecidos y de poner en riesgo la forma de gobierno republicano, democrático y representativo, el sistema político pluralista y de manera particular la separación de poderes; y
- (iv) ordenar al ministro de la Defensa Nacional y al director de la Policía Nacional Civil que no ejerzan funciones y actividades distintas a las que constitucional y legalmente están obligados.³⁴

Ante esta resolución, el presidente decidió no promover la convocatoria para el domingo siguiente. Los diputados se reunieron el lunes 10 en sesión extraordinaria y con 65 votos de los 84 posibles, y 9 abstenciones, aprobaron un pronunciamiento en el que, textualmente, la Asamblea Legislativa:

Condena enérgicamente la irrupción y toma militarizada de las instalaciones donde se congrega el Pleno Legislativo, por instrucciones del Presidente de la República y Comandante General de la Fuerza Armada, Señor Nayib Armando Bukele Ortiz, lo cual constituye “exhibición de fuerza bruta”, para

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Admisión de demanda de inconstitucionalidad, 6-2020 de 10 de febrero de 2020.

intimidar a los parlamentarios y parlamentarias mediante el ingreso de militares y policías armados de fusiles y con actitudes amenazantes, expresión de violencia propia de los momentos más oscuros de la historia de El Salvador.³⁵

Además, se acordó realizar investigaciones sobre estos hechos, solicitando informes a los ministros relacionados con el uso ilegal de las Fuerzas Armadas.

La Sala de lo Constitucional, a la fecha, no se ha pronunciado más allá de esas oportunas medidas cautelares.

3.4. Activismo de la Sala frente a decretos en torno al covid-19

En el marco de la pandemia covid-19, muchos países han destacado de manera positiva las medidas de contención tomadas por el Gobierno salvadoreño; sobre esto, se considera valioso realizar una descripción que matice algunos puntos en que se ha llegado a vulnerar principios del Estado constitucional de derecho.

A la fecha, desde mediados de marzo, se han dictado más de 65 decretos legislativos, y, especialmente, ejecutivos que contienen diversas medidas. En algunas de ellas ha sido necesaria la intervención de la Sala de lo Constitucional que, en el mismo periodo de tiempo, ha dictado al menos 45 resoluciones vinculadas al tratamiento de las medidas de contención.

Las medidas más relevantes para el tema que nos ocupa son tres:

- a) El decreto de emergencia nacional y sus prórrogas.
- b) El decreto de restricción temporal de derechos constitucionales concretos.
- c) Las medidas extraordinarias de prevención y contención.

En esencia, estas medidas, en especial los literales a y c, han sido importantes para mantener una medida denominada cuarentena domiciliar completa desde el 21 de marzo, a través de la cual se ha suspendido una cantidad sin precedentes de trabajos, sistema educativo, entre otros, con el fin de evitar que las personas se contagien.

Eso ha implicado un reto para los trabajadores y emprendedores de la micro, pequeña y mediana empresa, ya que entre las medidas está la obligación de los empleadores de pagar el 100 % del salario de sus empleados, sin permitir de ninguna manera su disminución o despidos. Esta regulación –que en principio parece justa sobre todo por las grandes empresas que en el país perciben suficientes ganancias como para pagar esas obligaciones– indudablemente afecta a muchos micro y pequeños empresarios que, sin percibir ingresos en sus negocios, se están viendo sumamente afectados, situación que agravará la inminente crisis económica que sufrirá el mundo, en especial países como El Salvador.

³⁵ Texto del pronunciamiento en: Asamblea Legislativa, 10 de febrero de 2020 (21:40 p.m.), entrada de Twitter, <https://twitter.com/AsambleaSV/status/1227074820682256384>.

Pero el debate del mes de marzo ha girado en torno al decreto de restricción de derechos constitucionales, que es una manifestación de la figura del Estado de excepción, institución regulada en la Constitución para casos graves, que permite suspender derechos de libertad ambulatoria, expresión, reunión, inviolabilidad de las telecomunicaciones, etc.

En este contexto, el presidente solicitó a la Asamblea que, durante 30 días, se suspendieran los derechos de libre tránsito, de reunión y de no obligación de cambiar de domicilio, se diera a la policía nacional civil la potestad de interrogar a las personas que salieran de sus residencias y que, si a juicio del agente, la persona estaba fuera sin justificación (laborar en lugares permitidos, comprar comida o medicinas), sería llevada a centros de contención. Cabe decir que en el país había centros de contención desde inicios de marzo ya que, de manera escalonada, se detuvo en ellos a personas que provenían de los países donde los casos de contagios encabezaban las listas mundiales, hasta que finalmente se cerró el aeropuerto y no se recibió a nadie más.

Los diputados decidieron aprobar esta propuesta del presidente, pero primero hicieron algunas modificaciones para que la norma no fuera violatoria de los derechos fundamentales de las personas, y evitar abusos de autoridad. Las modificaciones más relevantes fueron dos. En primer lugar, el decreto tendría 15 días de vigencia, y si se quería prolongar sería necesaria la presentación de un informe. En segundo lugar, se anuló la intervención de las Fuerzas Armadas en las medidas de contención de los ciudadanos, su rol sería secundario o en las fronteras, donde decenas de personas de otros países intentaban ingresar.

De hecho, tanto fue el nivel de alarma por parte de algunas personas, dado el escenario de militarización de la Asamblea Legislativa que el presidente había producido hacía poco más de un mes, que se presentaron cinco demandas de inconstitucionalidad ante el decreto de restricción de derechos constitucionales. En ese momento, la Sala admitió solo tres de esas demandas, pero no dictó medida cautelar para mantener las medidas de cuarentena.³⁶

A pesar de esas medidas, los abusos de autoridad no se pudieron evitar. Desde el Decreto Ejecutivo (DE) de Medidas extraordinarias de contención (cuarentena domiciliar obligatoria), la policía detuvo a decenas de personas, que después fueron cientos e incluso miles. Los primeros días, las detenciones se hicieron efectivas en las delegaciones de la policía, con el argumento de que todavía no se habían asignado centros de contención para personas que “violaban la cuarentena”.

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Admisión de demanda con referencia 21-2020 de 19 de marzo de 2020.

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Admisión de demanda con referencia 23-2020 de 19 de marzo de 2020.

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Admisión de demanda con referencia 24-2020 de 19 de marzo de 2020.

En los días siguientes, la Sala admitió varios procesos de *habeas corpus* de personas que se encontraban en centros de contención instalados por el Ejecutivo y que, a pesar de sufrir padecimientos crónicos, no habían recibido tratamiento médico alguno, por lo que su derecho a la salud y a la vida estaban en peligro debido a la restricción de su libertad ambulatoria. En esos casos, junto a la admisibilidad, la Sala ordenó a las autoridades de Salud administrar el tratamiento necesario.³⁷

Uno de los casos más emblemáticos sobre detenciones arbitrarias ocurrió cuando unos agentes de la policía detuvieron y llevaron a la delegación policial a tres señoras que estaban haciendo sus compras en el mercado local. La sala admitió la demanda y en la misma resolución ordenó que las decenas de personas que habían sido detenidas y conducidas a un lugar distinto de un centro de contención fueran llevadas de inmediato a sus respectivas residencias para que cumplieran allí el resto de la cuarentena.³⁸

Estos casos indignaron a las personas vinculadas con la protección de los derechos humanos y constitucionales, pero también hubo sectores que se expresaron negativamente contra la Sala por estar “obstaculizando” el trabajo del presidente.

Otro tipo de demandas provenía de personas en centros de contención a quienes les habían practicado pruebas de covid-19, pero no les habían dado ningún resultado. La Sala, además de admitir el caso, ordenó que se entregaran dichos resultados, ya que esto hace parte del respeto a su derecho a la salud.³⁹

Además, hubo presentación de demandas por parte de salvadoreños que estaban en otros países y que solicitaban ingresar a El Salvador, pero el Gobierno no permitía su ingreso, argumentando el riesgo de contagios. A medida que las demandas sobre este caso aumentaron –a la fecha son más de dieciocho–, la Sala ordenó al Ejecutivo que en un plazo de seis días le presentara un informe de medidas que garantizaran el reingreso de estas personas al país, de forma escalonada, es decir, primero las más vulnerables por su edad o condición de salud, y después las demás, y que se instalaran centros de contención para que, una vez ingresaran al país, fueran llevadas a esos centros para ser monitoreadas. El Gobierno aseguró que a partir del 1.º de mayo se empezaría a hacer el ingreso de estas personas.

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Admisión de *habeas corpus* con referencia 140-2020, de 24 de marzo de 2020.

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Admisión de *habeas corpus* con referencia 143-2020 de 25 de marzo de 2020.

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Admisión de *habeas corpus* con referencia 141-2020 de 26 de marzo de 2020.

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Admisión de *habeas corpus* con referencia 147-2020 de 26 de marzo de 2020.

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Admisión de *habeas corpus* 148-2020 de 27 de marzo 2020.

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Admisión de *habeas corpus* 150-2020, de 1 de abril de 2020.

A pesar de estas resoluciones, el Ejecutivo, que ya había designado centros de contención y había presionado a la Asamblea Legislativa para prorrogar la suspensión de derechos constitucionales por 15 días más, sin mayores modificaciones,⁴⁰ lejos de minimizar el impacto de las detenciones, las endureció, al punto que el mismo presidente de la República publicó en su cuenta de Twitter a inicios de abril que las personas detenidas serían llevadas a centros de contención por ser foco de infección, y que ahí pasarían 30 días, o hasta que las autoridades de salud pudieran comprobar que no eran portadoras del virus; esto, continúa expresando el presidente, podría durar mucho tiempo, ya que ellos no serían prioridad en el momento de practicar pruebas.⁴¹

Ante este y otros comunicados similares en el mismo sentido, la Sala dictó una resolución de seguimiento debido al no cumplimiento de la medida cautelar ordenada en el caso de las detenciones arbitrarias. En esta resolución reiteró todas las medidas cautelares, incluida la exhortación al Ministerio de Salud y a la Asamblea Legislativa a fin de que coordinaran esfuerzos para legislar debidamente las medidas limitadoras de la libertad física de las personas.⁴²

Esta resolución fue vista positivamente por importantes institutos en materia de derechos constitucionales, particularmente por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, que publicó un comunicado expresando su preocupación por el manejo represivo que el Gobierno hacía de la crisis, y esperando que el sistema de frenos y contrapesos del país funcionara para evitar continuar con medidas arbitrarias.⁴³

Pero la situación se tornó delicada para la institucionalidad del país cuando la Sala volvió a dictar resolución de seguimiento por incumplimiento de medida cautelar.⁴⁴ En esta resolución la Sala resolvió:

1. Ordénase el cumplimiento pleno y efectivo de las medidas cautelares y de tutela adoptadas en este proceso para garantizar los derechos fundamentales de libertad e integridad física relacionados con el *habeas corpus*.

⁴⁰ Algunos diputados, principalmente de Arena y el FMLN, habían presentado modificaciones al decreto para incluirlas en las resoluciones de la Sala de lo Constitucional, pero la presión presidencial a través de Twitter fue tal que decidieron ampliar el decreto con mínimas modificaciones.

⁴¹ Nayib Bukele, 8 abril de 2020 (22:34 p.m.), entrada de Twitter, <https://twitter.com/nayibbukele/status/1248091836046073857>.

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Resolución de seguimiento 148-2020 de 8 de abril de 2020.

⁴³ IIDC Sección El Salvador, 9 abril de 2020 (9:30 a.m.), entrada de Twitter, https://twitter.com/iidc_sv/status/1248256913181151232/photo/1.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional. Resolución de seguimiento 148-2020, de 15 de abril de 2020.

2. Se ordena a las autoridades responsables de ejecutar los decretos 19 y 20 del ramo de salud y las disposiciones del código de salud atenerse estrictamente a la interpretación que ha realizado esta Sala en el presente auto.
3. Reitérase la urgente necesidad de que la Asamblea Legislativa regule mediante una ley formal, en coordinación con el Ministerio de Salud, las medidas limitadoras de la libertad física derivadas de la grave situación de emergencia por la pandemia del covid-19, cumpliendo con los requisitos exigidos por la Constitución y la jurisprudencia de esta Sala.
4. Delégase al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, para verificar el cumplimiento de las medidas cautelares y de tutela adoptadas en relación al internamiento o confinamiento sanitario forzoso por el mero incumplimiento de la cuarentena domiciliar, ante lo cual deberá enviar un informe cada cinco días hábiles, a partir de la notificación de esta resolución y mientras duren las acciones gubernamentales en relación con la pandemia del covid-19, sobre el grado de acatamiento de lo ordenado por este Tribunal.

Ante esto, la reacción de Bukele fue de desprecio hacia el cumplimiento de la resolución, y su forma de comunicarlo resulta preocupante para la democracia constitucional. En aras de evitar juicios de valor, se reproduce en su literalidad el mensaje completo y su correspondiente fuente:⁴⁵

¿La @SalaCnalSV delega al procurador inconstitucional⁴⁶ para que tutele la cuarentena y trata de quitarnos todas las facultades para hacerla cumplir? El chiste se cuenta solo. NINGUNA resolución está por encima del derecho constitucional a la vida y salud del pueblo salvadoreño.

No entiendo el deseo mórbido que tienen de que nuestra gente muera, pero juré que cumpliría y haría cumplir la constitución. Así como no acataría una resolución que me ordene matar salvadoreños, tampoco puedo acatar una resolución que me ordena dejarlos morir.

5 personas no van a decidir la muerte de cientos de miles de salvadoreños. Por más tinta y sellos que tengan.

⁴⁵ Nayib Bukele, 15 abril de 2020 (22:13 p.m.), entrada de Twitter, <https://twitter.com/nayibbukele/status/1250623308418224130>.

⁴⁶ Actualmente hay una demanda de inconstitucionalidad contra el nombramiento del procurador para la defensa de los derechos humanos, debido a que se argumentó que tiene vinculaciones con el partido FMLN; de momento, esto no ha implicado la separación del cargo del procurador, y dado que todavía no hay sentencia sobre este caso, su nombramiento no es inconstitucional. (Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Admisión de demanda de inconstitucionalidad 84-2019 de 22 de enero de 2020).

Una cosa es interpretar la Constitución, otra muy diferente es ordenar la muerte del pueblo. La Sala no tiene facultades para implementar o quitar medidas sanitarias, ni para decidir sobre contenciones epidemiológicas.

Esas son facultades del Ministerio de Salud, conferidas en el Código de Salud, el cual la Constitución NO PERMITE derogar con una resolución de seguimiento de un Habeas Corpus. La Sala, en sumisión a las órdenes de sus financistas, intenta cruzar sus propias limitantes.

El Gobierno de El Salvador continuará ejecutando al 100 % el Decreto Ejecutivo 19. Todas sus disposiciones siguen intactas. Vamos a luchar contra la pandemia y los salvadoreños vamos a ganar. Sigamos las medidas y recuerda, si no es Estrictamente necesario, #QuedateEnCasa.

Es pertinente aclarar que el 13 de abril venció la segunda vigencia del decreto de restricción de derechos constitucionales y que, debido a estas y otras arbitrariedades, que incluyen el caso de un joven al que un oficial de policía le disparó en las piernas,⁴⁷ ante lo cual la Policía Nacional Civil señaló que esto había sido un “accidente” y que el joven “no se mostraba ofendido”,⁴⁸ los diputados decidieron no prorrogar dicho decreto. Desde luego, la Fiscalía General de la República ordenó la inmediata detención del agente.

La manifestación de no acatar resoluciones judiciales, sobre todo las dictadas por la Sala de lo Constitucional, puso nuevamente al presidente en el mapa de gobernantes con tendencias autoritarias. Ha habido comunicados de organizaciones de todo el continente preocupadas por el tema de derechos humanos y Estado de derecho, incluso de algunas personas del Congreso de Estados Unidos. Medios de difusión extranjeros como el alemán *Deutsche Welle*,⁴⁹ o incluso el emblemático reportaje del *New York Times*⁵⁰ titulado “Bukele el autoritario”, y el del *Wall Street Journal*⁵¹ titulado, según traducción al español, “El presidente de El Salvador no es amigo de Estados Unidos”, entre otros, han coincidido en la preocupante forma en que el presidente Bukele toma decisiones, y su rechazo hacia la justicia constitucional.

⁴⁷ Jorge Beltrán Luna, “En San Julián, un joven fue baleado por policía que le pidió soborno de \$50 para no enviarlo a albergue”, *El Salvador*, 11 de abril de 2020, <https://www.elsalvador.com/eldiariodehoy/sonsonate-cuarentena-covid-19/704907/2020/>.

⁴⁸ Jorge Beltrán Luna, “Familia de joven baleado desmiente a la Policía y dice que no fue un accidente”, *El Salvador*, 13 de abril de 2020, <https://www.elsalvador.com/noticias/nacional/policia-abuso-policial-joven-baleado-sonsonate-cuarentena/705200/2020/>.

⁴⁹ DW Español, 24 abril de 2020 (21:17 p.m.), entrada de Twitter, https://twitter.com/dw_espanol/status/1253870805437595648.

⁵⁰ Óscar Martínez, “Bukele, el autoritario”, *The New York Times*, 20 de abril de 2020, <https://www.nytimes.com/es/2020/04/20/espanol/opinion/bukele-el-salvador-virus.html>.

⁵¹ Mary Anastasia O’Grady, “El Salvador’s President is no Friend of the U.S.”, *WSJ*, 26 de abril de 2020, <https://www.wsj.com/articles/el-salvadors-president-is-no-friend-of-the-u-s-11587930559>.

El 16 de mayo terminaba la vigencia del decreto de emergencia nacional por la pandemia del covid-19;⁵² el Ejecutivo solicitó una nueva prórroga, por 30 días. El 14 de mayo los diputados se reunieron, pero no lograron llegar a un acuerdo para prorrogar la emergencia, argumentando que el Decreto en sí mismo no permitía ni impedía la continuidad de la cuarentena ordenada por el Ejecutivo, y que lo único que impedía era el uso expedito de recursos del Estado por parte del presidente. Lo único que aprobaron en esa sesión fue continuar la suspensión de plazos judiciales y administrativos, para garantizar que la mayoría de empleados del Órgano Judicial que acudieran a los juzgados se vieran en riesgo de contagio por aglomeraciones.⁵³ La discusión de la emergencia se aplazó para el lunes 18 de mayo, fecha en que se convocó a los diputados.

Ante esto, el 16 de mayo, el presidente de la República decretó el Estado de emergencia nacional por la vía del Decreto Ejecutivo 18, amparado en el inciso segundo del artículo 24 de la ley de protección civil, prevención y mitigación de desastres, que faculta al presidente a emitirlo “si la asamblea no estuviere reunida”; dicho decreto, además de declarar la emergencia nacional, habilitaba al Ejecutivo, a través del Ministerio de Hacienda, a hacer compras y contrataciones de emergencia (arts. 10 y 11).⁵⁴

Para el 18 mayo, la Sala de lo Constitucional admitió tres demandas de inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo 18, dos presentadas por abogados particulares y la otra por el fiscal general de la República. La demandante, Ruth Eleonora López Alfaro, advirtió que este decreto

... conllevaría, por una parte, a la violación del principio de separación orgánica de funciones (art. 86 Cn.), ya que existe una usurpación de atribuciones constitucionales reservadas a la Asamblea Legislativa; y, por otra parte, a la infracción al principio de reserva de ley en materia de adquisiciones de bienes y servicios públicos (art. 234 CN).

La demandante sostuvo que la interpretación por medio de la cual se fundamenta la emisión del Decreto 18 constituye un fraude a la Constitución, debido a que, según ella, el presidente hizo una errónea interpretación de la expresión “si la asamblea no estuviere reunida”, ya que el órgano legislativo está en permanente reunión y que esta expresión se refiere a cuando por razones de fuerza mayor (terremoto, tormentas) la Asamblea se vea imposibilitada de sesionar. Además, afirmó que dicho decreto contraviene el principio de separación orgánica de funciones en relación

⁵² Decreto Legislativo 593 de 14 de marzo de 2020, *Diario Oficial* n.º 52, tomo 426, de esa misma fecha, con vigencia de 15 días, y que se había estado prorrogando sucesivamente hasta el 16 de mayo.

⁵³ Decreto Legislativo 644 de 14 de mayo de 2020, *Diario Oficial* n.º 99, tomo 427, de 16 de mayo de 2020.

⁵⁴ Decreto Ejecutivo 18 de 16 de mayo de 2020, *Diario Oficial* n.º 99, tomo 427, de 16 de mayo de 2020.

con el principio de reserva de ley en las contrataciones públicas (art. 234 Cn.). En este punto subraya que la Constitución ordena:

... las excepciones en las formas de contratar bienes y servicios con dinero del erario público, provengan de una ley secundaria que se emita conforme a los procedimientos emanados del proceso de formación de ley que establece la Constitución y por ende que sea la Asamblea Legislativa el ente encargado de su emisión conforme a la separación de funciones que rige las actuaciones de todas las entidades del Estado.

Por tanto, la Sala, además de admitir la demanda, ordenó suspender temporalmente los efectos del Decreto Ejecutivo 18.⁵⁵

Ante esta resolución, el presidente decidió dictar el Decreto Ejecutivo 19, en el que derogó el DE 18 y en el que declaró emergencia nacional, sin incluir atribuciones sobre contrataciones y compras de emergencia.⁵⁶

La sociedad civil vio en este Decreto un fraude a la Constitución, ya que, en opinión de algunos, el Ejecutivo derogó el DE 18 para evitar que siguiera siendo objeto de control constitucional, pero creó el DE 19 que mantiene el vicio advertido por la Sala en el sentido de que este órgano no puede declarar estado de emergencia. En ese contexto, la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador publicó un pronunciamiento expresando estas circunstancias en un análisis jurisprudencial e interpretación conforme a la Constitución del significado de la expresión “si la asamblea no estuviere reunida”.⁵⁷

De hecho, la respuesta de la Sala no se hizo esperar; en un auto de seguimiento de uno de los procesos iniciados contra el DE 18, la Sala determinó que el Decreto 19 posee

... una vocación normativa de desarrollar 24 de la Ley de Protección Civil, Prevención y Mitigación de Desastres (considerando IX), de la misma manera en que lo fue el Decreto n° 18 (considerando IX), se hará un traslado del control de constitucionalidad al Decreto n° 19 y la presente decisión girará en torno a él.

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Resolución de admisibilidad del proceso de inconstitucionalidad 62-2020, de 18 de mayo de 2020; Corte Suprema de Justicia, Resolución de admisibilidad del proceso de inconstitucionalidad 69-2020; Corte Suprema de Justicia, Resolución de admisibilidad del proceso de inconstitucionalidad 63-2020.

⁵⁶ Decreto Ejecutivo 19 de 19 de mayo de 2020, *Diario Oficial* n.º 101, tomo 427, de la misma fecha.

⁵⁷ “Postura de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES ante declaratoria de emergencia por medio del Decreto Ejecutivo No. 18”, *El Universitario*, 18 mayo 2020, <https://eluniversitario.ues.edu.sv/postura-de-la-facultad-de-jurisprudencia-y-ciencias-sociales-de-la-ues-ante-la-declaratoria-de-emergencia-por-medio-del-decreto-ejecutivo-no-18/>.

En ese sentido, dictó medida cautelar de suspensión de los efectos del DE 19, pero en la misma resolución decidió recurrir a la teoría de la reviviscencia, y ordenó que el Decreto de emergencia vigente del 14 de marzo al 16 de mayo de 2020 volviera a la vida jurídica con una vigencia temporal del 22 al 29 de mayo, “tiempo durante el cual el órgano ejecutivo y la Asamblea Legislativa deben cumplir sus obligaciones constitucionales, procurando los consensos necesarios para la creación de una normativa que garantice los derechos fundamentales de los habitantes en esta pandemia”,⁵⁸ instando especialmente a la Asamblea Legislativa a asumir su rol sin más demora, por la garantía de los derechos de los salvadoreños.

Para contextualizar las tensiones entre el Ejecutivo y el Legislativo, desde mediados de mayo estas giraron alrededor de la reactivación de las labores y de la economía de forma paulatina.

El 18 de mayo, la Asamblea decretó la “Ley especial transitoria para la atención integral de la salud y la reanudación de labores en el marco de la pandemia por covid-19”,⁵⁹ pero el presidente Bukele fue enfático en advertir que la vetaría, tomándose todo el tiempo que la Constitución le otorga para decidir el veto (ocho días hábiles desde que recibe el decreto aprobado), argumentando en su cuenta en Twitter: “Esta es una ley que busca el contagio masivo de los salvadoreños. Solo hay que leer este tipo de artículos para comprobarlo. La historia los recordará, por esta infamia. Gracias a Dios, que puedo VETARLA. A menos que la @SalaCnalSV me quiera quitar esa facultad también”.⁶⁰ “Pues no. ¡VETO! Y me voy a tomar mi tiempo para enviárselos de regreso”.⁶¹

Lo curioso es que el 21 de mayo el presidente Bukele presentó una iniciativa de ley de “Reapertura económica, de atención integral a la vida y la salud y declaratoria de estado de emergencia en relación con la pandemia por COVID-19”,⁶² que en esencia era prácticamente igual al Decreto Legislativo aprobado el 18 de mayo por los diputados y que él anunció vetar.

En ese contexto, nuevamente la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador publicó un análisis comparativo entre el Decreto Legislativo aprobado el 18 de mayo, amenazado por el presidente Bukele de veto por

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Resolución de seguimiento y medidas cautelares del proceso de inconstitucionalidad 63-2020 de 22 de mayo de 2020.

⁵⁹ Decreto Legislativo 645 de 18 de mayo de 2020.

⁶⁰ Nayib Bukele, 19 mayo de 2020 (12:22 p.m.), entrada de Twitter, <https://twitter.com/nayibbukele/status/1262614578707529728>.

⁶¹ Nayib Bukele, 19 mayo de 2020 (12:09 p.m.), entrada de Twitter, <https://twitter.com/nayibbukele/status/1262611243308810242>.

⁶² Iniciativa de ley de “Reapertura económica, de atención integral a la vida y la salud y declaratoria de estado de emergencia en relación con la pandemia por Covid-19”, <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/correspondencia/5387DBB3-798E-4349-A221-7D6CEB3CFEE0.pdf>.

supuestamente ser “una ley que busca el contagio masivo de los salvadoreños”, y la propuesta del Ejecutivo presentada el 21 de mayo.

El resultado de la comparación fue que ambos proyectos eran similares, que planteaban reapertura laboral en cuatro fases, de 120 días en total, y que sus diferencias estaban en que la propuesta del presidente Bukele contenía menos controles del uso de los recursos financieros en contrataciones y compras de emergencia, mientras que la propuesta de la Asamblea presentaba más controles a dichas operaciones; además, la propuesta del presidente Bukele planteaba más restricciones a la población.

Entre las conclusiones del análisis de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador se destacan las siguiente:

Tampoco resulta coherente y racional que el presidente vete el D.L. No. 645, ya que al realizar un análisis de ambas propuestas se evidencia que la propuesta del Ejecutivo es una combinación desordenada del D.L. No. 645, D.E. No. 26 y la Ley de Declaratoria de Emergencia, denotando falta de sistematización y limitada técnica jurídica, situación que ocasiona normas redundantes; sin embargo, *existe identidad en los aspectos medulares sobre las fases y actividades de reactivación*, a manera de ejemplo: las personas excluidas de la obligación de asistir al centro de trabajo, distanciamiento que debe respetarse en los mismos, repatriación, prohibición de las mismas actividades, plazos de las cuatro fases, y en casi la totalidad de actividades que se irán activando en cada fase, entre otros elementos.

Las principales diferencias sustanciales estriban en el hecho que en la *propuesta del Ejecutivo se eliminan casi todas las medidas de auditoría y control que contiene el proyecto de la Asamblea hacia el Presidente*; y en el hecho de que el Ejecutivo se auto atribuye la facultad para que a través de decretos ejecutivos se reforme la ley en lo relativo a lo dispuesto en las fases, violentando el Principio del paralelismo de las formas y la Constitución en lo relativo al procedimiento de creación, modificación y derogación de las leyes, por lo que el proyecto del Ejecutivo evidencia vicios materiales de inconstitucionalidad. Por otra parte, *en la propuesta del Ejecutivo, se quiere atribuir la potestad de limitar derechos fundamentales en las diferentes etapas, siendo tal situación contraria a la Constitución pues, ello solo se puede hacer mediante ley formal*.⁶³ (Énfasis agregado)

Una vez contextualizado el motivo de las tensiones, se precisa que, entre el lunes 25 y el sábado 30 de mayo, se sostuvieron reuniones entre la comisión política de la Asamblea Legislativa y representantes del órgano Legislativo para acordar tanto

⁶³ Véase estudio comparativo completo en “Comparativa entre el proyecto de ley del presidente y el decreto No. 645 aprobado por la Asamblea Legislativa”, *El Universitario*, 6 de mayo de 2020, <https://eluniversitario.ues.edu.sv/comparativa-entre-el-proyecto-de-ley-del-presidente-y-el-decreto-no-645-aprobado-por-la-asamblea-legislativa/>.

un decreto legislativo de emergencia nacional como una ley especial que permita la reactivación de la actividad laboral, ya que la economía ha estado paralizada desde que se decretó la cuarentena domiciliar obligatoria a finales de marzo, y existen miles de familias que durante ese espacio de tiempo no han percibido ningún tipo de ingresos, lo que ha afectado el derecho a la alimentación de millones de personas.

Producto de esas reuniones hubo muchos acuerdos en común, excepto en puntos como la fecha de reapertura de labores del sector privado para la fase uno, ya que para la Asamblea debía iniciar el 8 de junio, mientras que para el presidente Bukele esta fecha sería el 15 de junio.

El 29 de mayo vencía la vigencia de la emergencia nacional que la Sala decretó por la reviviscencia. Ese mismo día, el secretario jurídico de la Presidencia le solicitó a la Sala que ampliara la vigencia de la emergencia por la vía de la reviviscencia por 15 días adicionales, a lo que la Sala resolvió no ha lugar, debido a que la medida era de manera temporal, y que si la ampliaba estaría invadiendo funciones del órgano ejecutivo.⁶⁴

Por tanto, en sesión plenaria, el 30 de mayo, la Asamblea aprobó el Decreto Legislativo 648 que contiene la ley especial transitoria de emergencia por la pandemia del covid-19, atención integral de la vida, la salud y reapertura de la economía.⁶⁵

El decreto aprobado habilitaba que el inicio de la fase uno para el sector privado fuera el 8 de junio y no el 15, como Bukele quería. Este punto hizo que el presidente expresara que ese decreto legislativo sería vetado: “Ellos saben que esta propuesta de ley, será vetada. Su interés no es reactivar la economía. Mucho menos les interesa la vida y la salud del pueblo. *Su trabajo es meterle sancadía al Gobierno, boicotearlo y así poder apuntar el dedo acusador, cuando las cosas se desborden*”⁶⁶ (énfasis agregado).

Ese mismo día se supo que el presidente vetó el Decreto Legislativo 645 el 29 de mayo, es decir, el último día que la Constitución otorga al mandatario para decidir vetar o publicar en el *Diario Oficial* un decreto.⁶⁷ Esto a pesar de que, como se señaló, este decreto era similar al proyecto que él mismo presentó el 21 de mayo. Por tanto, la reapertura de las actividades laborales fue decidida por el mismo presidente de la República en un decreto ejecutivo que regula cinco fases en que progresivamente se llevará a cabo la apertura de la economía, a partir de la primera fase; la de las demás sería decisión del Ejecutivo con base en el

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia Sala de lo Constitucional, Resolución del proceso de inconstitucionalidad 63-2020 de 29 de mayo de 2020.

⁶⁵ Mayra Escobar, “Emiten decreto que contiene ley estado de emergencia nacional, salud integral ante covid-19 y reapertura económica”, *Asamblea Legislativa*, 30 de mayo de 2020, <https://www.asamblea.gob.sv/node/10318>.

⁶⁶ Nayib Bukele, 30 mayo de 2020 (4:43 p.m.), entrada de Twitter, <https://twitter.com/nayibbukele/status/1266847666782248960>.

⁶⁷ Alfredo Hernández, “Presidente Bukele veta el Decreto Legislativo 645”, *La Prensa Gráfica*, 30 de mayo de 2020, <https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/Presidente-Bukele-veta-el-decreto-legislativo-645--20200530-0068.html>.

comportamiento de la pandemia en el país.⁶⁸ Nuevamente se observa el evidente parecido entre este decreto y los decretos legislativos que el presidente había vetado. Actualmente, el decreto sigue vigente, pero se han presentado escritos a la Sala para que estudie su constitucionalidad, debido a que, a juicio de algunos, contiene ciertos vicios por los que ya la misma Sala había sacado del ordenamiento jurídico los citados decretos. Esta es la más reciente actualización de la crisis de gobernabilidad democrática en El Salvador, y el rol de la Sala de lo Constitucional para controlar las actuaciones arbitrarias de ambos órganos del Estado.

4. Consideraciones sobre el activismo judicial

Esta descripción de la situación de crisis de gobernabilidad democrática de El Salvador no escapa a la reflexión sobre el activismo judicial que la Sala de lo Constitucional ha manifestado en la última década.

Como se sabe, el activismo judicial es un concepto que no es inequívoco. Juristas como Manuel Atienza han señalado que este concepto se puede entender tanto en sentido positivo –de hecho, en sus orígenes así se comprendió– como en sentido negativo, definido inicialmente como las decisiones que los jueces toman sobre una cuestión jurídica de acuerdo con sus opiniones de lo que es justo, aunque ello suponga transgredir los límites fijados por el derecho.⁶⁹

Los distintos países de América Latina, así como España, emplean la noción de activismo judicial en ambos sentidos, según su propio contexto. Se ha señalado que esta multiplicidad de comprensiones equivale a la dificultad que tiene la doctrina de estos Estados para entender y utilizar adecuadamente una noción para que esta no pierda su sentido y utilidad práctica.⁷⁰

Desde la perspectiva del activismo judicial como algo positivo para la democracia, se destaca la resolución de *habeas corpus* 148-2020; esta resolución, y sus reiterados seguimientos de cumplimiento de medida cautelar, evidenciaron las diversas detenciones arbitrarias que el Ejecutivo hizo durante la vigencia de la suspensión de derechos constitucionales y decretos similares, por lo cual ordenó que las personas detenidas fueran puestas en libertad, a menos que presentaran síntomas de covid-19, en cuyo caso debían ser tratadas como pacientes en centros de cuarentena con la garantía de todas las medidas de salud, además de prohibir nuevas detenciones hasta que se regulara debidamente desde el órgano legislativo un procedimiento específico.

⁶⁸ Decreto Ejecutivo 31 de 14 de junio de 2020, *Diario Oficial* n.º 121, tomo 427 de 14 de junio de 2020.

⁶⁹ Manuel Atienza, *Siete tesis sobre el activismo judicial* (Bogotá: Legis, 2019), <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial>.

⁷⁰ Carlos Mario Molina Bentancur y Sergio Orlando Silva Arroyave, “El activismo judicial del juez en Iberoamérica”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (2020): 121.

Esta resolución fue recientemente comentada por Roberto Gargarella y Jorge Roa,⁷¹ como ejemplo del rol que juegan las judicaturas en el contexto de la pandemia. Sobre esto, los autores ubican a El Salvador entre los Estados en que la ecuación: democracia, política y social, está profundamente desequilibrada. De hecho, identifican a El Salvador como el Estado con la ecuación “probablemente más desequilibrada de Centroamérica”:

El presidente ordenó a los militares que detuvieran a todas las personas que estuvieran en la calle durante la cuarentena y utilizó una expresión que tiene un fuerte contenido histórico en el contexto salvadoreño. En efecto, ordenó a la policía que saliera a las calles a *quebrar muñecas*, lo cual hace referencia a una política de detenciones ilegales y desapariciones forzadas en la historia de ese país.⁷²

Y, más adelante, destacan el rol de algunos tribunales constitucionales, que han tomado decisiones cuyos efectos han sido cuestionar, matizar o directamente invalidar determinadas medidas de los gobiernos durante la pandemia. En el caso de la Sala de lo Constitucional salvadoreña, expresaron:

Frente a las órdenes de detenciones masivas del presidente, la Corte Suprema transformó una decisión concreta de *habeas corpus* en un fallo mucho más amplio. En efecto, el recurso se había interpuesto para obtener la libertad de tres mujeres que habían sido detenidas arbitrariamente porque estaban *incumpliendo* las medidas de aislamiento. Sin embargo, la Corte ordenó revisar la situación tanto de las tres mujeres como de otras 670 personas que habían sido detenidas. El tribunal dejó muy claro que la excepcionalidad y la emergencia no justificaban las detenciones masivas, arbitrarias y sistemáticas por parte de las autoridades del Estado.

Sin embargo, estos autores reconocen de inmediato que estas decisiones son ejemplos localizados, limitados y excepcionales:

De la forma como los tribunales asumen la función clásica de mantener abiertos los canales del cambio político y de representar a las minorías, pero también [del] papel de contener el autoritarismo, el abuso del poder, mantener abierto el espacio público y preservar la libre circulación de la información. Esto es poco, quizá muy poco, pero es el rol que le corresponde a nuestras judicaturas en tiempos de pandemia, emergencia y coronavirus.⁷³

⁷¹ Roberto Gargarella y Jorge Ernesto Roa Roa, *Diálogo democrático y emergencia en América Latina* (s. l.: Max Planck Institute, 2020), 22-3.

⁷² Gargarella y Roa, *Diálogo...*, 25-6.

⁷³ Gargarella y Roa, *Diálogo...*, 27.

Por otro lado, desde el punto de vista del activismo judicial en sentido negativo, es decir, como Atienza expresa que se entiende en países como España, cuando reconocen que el derecho es una práctica autoritativa. Según el jurista español, esto implica que los jueces consideren que los preceptos constitucionales los vinculan, no solo porque su contenido se adecue a su forma personal de pensar, sino también en los casos en los que pueden tener razones fundadas, ya sean estas morales o políticas, para pensar que alguno de esos preceptos, es decir, sus contenidos, carecen de justificación.⁷⁴

Recientemente se han expuesto las definiciones de activismo judicial predominantes en el continente americano, así como sus principales críticas.⁷⁵ Entre esas definiciones destaca la que objeta el activismo judicial por considerarlo sinónimo de “política judicial”, al afirmar que este no se limita a anular las decisiones de las otras ramas del poder o a no reivindicar las reglas de previsibilidad o de uniformidad, sino –y en esto reside la clave de esta concepción– en que los jueces actúan de esa manera porque obedecen al interés de conseguir un objetivo no oficial, es decir que en esta definición que los autores citan, hay activismo judicial solo cuando: a) los jueces tienen “motivos ocultos” para tomar una decisión, y b) la decisión parte de una correcta “línea de base”. Esta definición, como otras que se presentan en ese estudio, tiene diversas críticas; en este caso, radica en la dificultad de identificar los supuestos motivos ocultos que llevan a los jueces a decidir la manera en que lo hacen.

También, los precitados autores rescatan la definición de activismo judicial, entendido como “abuso de poder”, es decir, cuando los jueces deciden sobre los temas con exceso de discrecionalidad, abusando de su poder, ya que el mismo tiene pocos parámetros de supervisión.⁷⁶

Estas definiciones suelen ser utilizadas con mayor frecuencia en el contexto salvadoreño; los ejemplos de las resoluciones expuestas durante el contexto de la pandemia, y las reacciones del presidente de la República ante algunas de ellas, parecen indicar que intentan reducir mediáticamente su legitimidad, basándose en que con ellas se está “mandando a morir a miles de salvadoreños”, es decir, que están descontextualizadas de la realidad, o que los cinco magistrados están cumpliendo órdenes de sus jefes (los diputados de la oposición que los nombraron en 2018). Este tipo de argumentos fue utilizado también contra la Sala anterior por representantes del FMLN, que en ese entonces era el partido político que controlaba el órgano ejecutivo.⁷⁷

Más allá de lo anterior, se considera de importancia prestar atención al gran margen de maniobra que la Sala de lo Constitucional, como institución jurídico-política,

⁷⁴ Atienza, *Siete tesis sobre el activismo judicial*.

⁷⁵ Molina Bentancur y Silva Arroyave, “El activismo judicial del juez en Iberoamérica”, 121.

⁷⁶ Molina Bentancur y Silva Arroyave, “El activismo judicial del juez en Iberoamérica”, 135.

⁷⁷ Santamaría, “Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ¿ciudadanización de la democracia?”, 288.

tiene para decidir e incluso bloquear políticas de gobierno, leyes y reformas legislativas, utilizando, si es necesario, los plazos procesales con mucha flexibilidad, de tal forma que hay casos que conocen más rápido que otros que llevan meses o incluso años a la espera de una resolución.

Esta situación, aunque puede llegar a ser en ocasiones justificada, se agrava con el hecho de que en el diseño constitucional salvadoreño hay pocas posibilidades de ejercer algún tipo de control sobre el Tribunal Constitucional, lo que, en palabras de Pedro Salazar Ugarte, representa una de las principales tensiones en el pensamiento democrático del siglo XXI, al punto que se afirma que los jueces constitucionales empobrecen el procedimiento democrático porque sustraen a los ciudadanos (a través de sus representantes elegidos democráticamente) el poder de decisión sobre cuestiones fundamentales, lo que lleva al debate sobre ejercer mayores controles a los tribunales constitucionales a través de, por ejemplo, el órgano legislativo.⁷⁸ Esto es parte de los temas de debate en toda democracia constitucional, que han cobrado mayor vigencia en el contexto de la pandemia.

Sobre este último aspecto, a la fecha de terminar este estudio descriptivo, El Salvador ha dejado de estar en cuarentena domiciliar obligatoria, y desde junio se ha activado la primera de cinco fases de reapertura laboral, circunstancia que se prolongará hasta que las condiciones de la pandemia en el país sean más propicias para activar progresivamente el resto de fases. El escenario político actual se desarrolla cada vez con mayor énfasis en las elecciones parlamentarias y locales de 2021, en las que la Sala de lo Constitucional ha ejercido un rol protagónico con respecto al voto de los salvadoreños en el exterior.

Con respecto a la situación del coronavirus, la página oficial del Gobierno indica que, a la fecha, en El Salvador se registran 15.446 casos positivos, de los cuales 7.126 son activos, hay 7.903 pacientes curados y 417 casos de personas fallecidas.⁷⁹ Los casos han aumentado considerablemente desde que la cuarentena dejó de ser obligatoria pero, debido a la crisis de gobernabilidad democrática que impera en esta coyuntura preelectoral, el Ejecutivo y el Legislativo no han logrado puntos de consenso para regular una cuarentena que cumpla con los criterios de racionalidad jurídica que la Sala de lo Constitucional ha dictado en sus resoluciones, con el fin de evitar que nuevamente ocurran hechos arbitrarios bajo la excusa de salvaguardar la salud y la vida de la colectividad.

5. Reflexiones finales

1. La Sala de lo Constitucional, independientemente de su configuración subjetiva, sigue siendo en El Salvador una institución esencial para garantizar, no

⁷⁸ Pedro Salazar, *La democracia constitucional* (México: Fondo de Cultura Económica, 2006), 254-263; 271-274.

⁷⁹ Gobierno de El Salvador, "Situación nacional Covid-19", <https://covid19.gob.sv/>.

solo los derechos fundamentales de los habitantes, sino también para recordar a las demás instituciones que tienen límites en el ejercicio de sus funciones y que deben atenerse a ellos.

2. Se debe hacer el análisis necesario para explicar, especialmente a la población, que garantizar derechos fundamentales de personas particulares no es sinónimo de confrontar las medidas impuestas en todo el mundo ante esta crisis que indudablemente cambiará paradigmas en nuestras relaciones sociales y, por tanto, jurídicas. Si bien es cierto que los derechos no son absolutos, eso no es base para vulnerarlos en aparente nombre de otros derechos.
3. Si la Sala de lo Constitucional anterior, 2009-2018, tuvo confrontación con la Asamblea Legislativa, la actual Sala ha debido dirigir su jurisprudencia contra algunas medidas del Ejecutivo. Es valioso expresar que, a pesar de los ataques mediáticos, se ha evidenciado que el presidente ha acatado dichas resoluciones.
4. En la gestión del covid-19 es innegable que muchas decisiones tomadas por el presidente fueron acertadas y que ayudaron a evitar mayores contagios. Además, hay medidas de orden económico producto de otro millonario préstamo, cuya finalidad consiste en tener un respaldo financiero en la futura recesión económica que se espera se produzca.
5. No obstante, también es preocupante observar sus reacciones de ataque a la institucionalidad del país, tanto a la Asamblea Legislativa como a la Sala de lo Constitucional, la Fiscalía General de la República, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos y, en fin, cualquier funcionario cuyas decisiones sean contrarias a los efectos deseados por él. Negar la recurrente inclinación autoritaria del presidente, aunque general sea a nivel mediático, sería irresponsable por parte de cualquier profesional del derecho, ya que la historia nacional y regional nos ha demostrado que los gobiernos autoritarios terminan por ser negativos para los derechos de las personas, aunque al inicio parezcan que son la panacea para los problemas de la población.
6. Es necesario fortalecer la democratización de las instituciones salvadoreñas –especialmente de la Asamblea Legislativa–, en las que todavía se encuentra fuertemente arraigada la poca transparencia en las decisiones tomadas, así como denuncias por corrupción, ilegalidades y toma de decisiones basada en intereses empresariales antes que en el interés general con enfoque en la población. Esta forma de administrar el Estado es lo que produce en gran medida la crisis de representación política entre los ciudadanos y los partidos políticos y, por ende, la poca confianza de la población hacia el sistema judicial y la institucionalidad. Esta crisis de representación termina siendo, a final de cuentas, una crisis de gobernabilidad democrática, y es el caldo de cultivo para el ascenso de gobiernos populistas, que en el ejercicio del poder buscan maneras de perpetuarse en los cargos, o de cambiar la legislación

necesaria para conservar cuotas de poder aun fuera estos, usando para ello el apoyo popular, ahora en redes sociales.

7. Finalmente, el ejercicio de la actual Sala frente a la arbitrariedad, y el paulatino incremento del respaldo nacional e internacional ante esas medidas son hechos positivos, aunque muy pocas de sus resoluciones puedan considerarse como activistas según las definiciones citadas. En este momento, más que nunca, El Salvador necesita que los diversos actores políticos aprendan a llegar a acuerdos no conflictivos que benefician a la población y, en definitiva, al Estado constitucional y democrático de derecho, aún en construcción. Desde luego, esto no debe interpretarse de ninguna manera como otorgar un “cheque en blanco” a la totalidad de las actuaciones de los tribunales constitucionales, por lo que debe incentivarse la mayor observación y denuncia ciudadana a través de los canales institucionales ante toda arbitrariedad de cualquier órgano del Estado.

Bibliografía

- ATIENZA, Manuel. *Siete tesis sobre el activismo judicial*. Bogotá: Legis, 2019. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial>.
- BELTRÁN LUNA, Jorge. “En San Julián, un joven fue baleado por policía que le pidió soborno de \$50 para no enviarlo a albergue”. *El Salvador*, 11 abril 2020. <https://www.elsalvador.com/eldiariodehoy/sonsonate-cuarentena-covid-19/704907/2020/>.
- BELTRÁN LUNA, Jorge. “Familia de joven baleado desmiente a la Policía y dice que no fue un accidente”. *El Salvador*, 13 abril 2020. <https://www.elsalvador.com/noticias/nacional/policia-abuso-policial-joven-baleado-sonsonate-cuarentena/705200/2020/>.
- BUKELE, Nayib. “Discurso completo del presidente desde la Asamblea Legislativa”. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=TowL9J4bpIg>.
- “Comparativa entre el proyecto de ley del Presidente y el decreto No. 645 aprobado por la Asamblea Legislativa”. *El Universitario*, 6 mayo de 2020. <https://eluniversitario.ues.edu.sv/comparativa-entre-el-proyecto-de-ley-del-presidente-y-el-decreto-no-645-aprobado-por-la-asamblea-legislativa/>.
- “Diputados se retractan y no aprueban fondos para Fase III del plan control territorial”. *Punto de Vista*, 31 de enero de 2020. <https://radioyskl.com/2020/01/31/diputados-se-retractan-y-no-aprueban-fondos-para-fase-iii-del-plan-control-territorial/>.
- GARGARELLA, Roberto y Jorge Ernesto ROA ROA. *Diálogo democrático y emergencia en América Latina*. s. l.: Max Planck Institute, 2020.
- GOBIERNO DE EL SALVADOR. “Situación Nacional Covid-19”. <https://covid19.gob.sv/>.

HERNÁNDEZ, Alfredo. “Presidente Bukele veta el Decreto Legislativo 645”. *La Prensa Gráfica*, 30 mayo de 2020. <https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/Presidente-Bukele-veta-el-decreto-legislativo-645--20200530-0068.html>.

MARTÍNEZ, Carlos. “Ahora creo que está muy claro quién tiene el control de la situación”. *El Faro*, 10 febrero 2020. <https://elfaro.net/es/202002/el-salvador/24006/%E2%80%9CAhora-creo-que-est%C3%A1-muy-claro-qui%C3%A9n-tiene-el-control-de-la-situaci%C3%B3n%E2%80%9D.htm>.

MARTÍNEZ, Óscar. “Bukele, el autoritario”. *The New York Times*, 20 de abril de 2020. <https://www.nytimes.com/es/2020/04/20/espanol/opinion/bukele-el-salvador-virus.html>.

MOLINA BENTANCUR, Carlos Mario y Sergio Orlando SILVA ARROYAVE. “El activismo judicial del juez en Iberoamérica”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (2020).

O’GRADY, Mary Anastasia. “El Salvador’s President Is No Friend of the U.S.”. *WSJ*, 26 de abril de 2020. <https://www.wsj.com/articles/el-salvadors-president-is-no-friend-of-the-u-s-11587930559>.

“Postura de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES ante declaratoria de emergencia por medio del Decreto Ejecutivo No. 18”. *El Universitario*, 18 mayo 2020. <https://eluniversitario.ues.edu.sv/postura-de-la-facultad-de-jurisprudencia-y-ciencias-sociales-de-la-ues-ante-la-declaratoria-de-emergencia-por-medio-del-decreto-ejecutivo-no-18/>.

SALAZAR, Pedro. *La democracia constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

SANTAMARÍA ALVARENGA, William Ernesto. “Sentencias de la Sala de lo Constitucional ¿ciudadanización de la democracia?”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2016).

Normas jurídicas y jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Admisibilidad 61-2019 de 14 de octubre de 2019.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Admisión de amparo 59-2017.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Admisión de amparo 21-2018 de 17 de enero de 2018.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Admisión de demanda 14-2018 de 26 de febrero de 2018.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Admisión de *habeas corpus* 148-2020 de 27 de marzo de 2020.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Admisión de *habeas corpus* 150-2020 de 1 de abril de 2020.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Admisión de demanda de inconstitucionalidad 84-2019 de 22 de enero de 2020.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Admisión de demanda de inconstitucionalidad referencia 6-2020 de 10 de febrero de 2020.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Admisión de demanda con referencia 21-2020 de 19 de marzo de 2020.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Admisión de demanda con referencia 23-2020 de 19 de marzo de 2020.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Admisión de demanda con referencia 24-2020 de 19 de marzo de 2020.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Admisión de *habeas corpus* con referencia 140-2020 de 24 de marzo de 2020.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Admisión de *habeas corpus* con referencia 143-2020 de 25 de marzo de 2020.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Admisión de *habeas corpus* con referencia 141-2020 de 26 de marzo de 2020.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Admisión de *habeas corpus* con referencia 147-2020 de 26 de marzo de 2020.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Resolución de seguimiento de sentencia 43-2013 de 10 de enero de 2018.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Resolución de seguimiento 148-2020 de 8 de abril de 2020.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Resolución de seguimiento 148-2020 de 15 de abril de 2020.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Resolución 106-2018 de 14 de diciembre de 2018.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Resolución de admisibilidad 117-2018 de 11 de enero de 2019.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Resolución de seguimiento 156-2012 de 23 de agosto de 2019.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Resolución de admisibilidad del proceso de inconstitucionalidad 62-2020 de 18 de mayo de 2020.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Resolución de admisibilidad del proceso de inconstitucionalidad 69-2020 de 18 de mayo de 2020.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Resolución de admisibilidad del proceso de inconstitucionalidad 63-2020 de 18 de mayo de 2020.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Resolución de seguimiento y medidas cautelares del proceso de inconstitucionalidad 63-2020 del 22 de mayo de 2020.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Resolución del proceso de inconstitucionalidad 63-2020 de 29 de mayo de 2020.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Resolución de Controversia 1-2020 de 24 de julio de 2020.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Resolución de seguimiento 156-2012 de 24 de julio de 2020.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Constitucional. Sentencia 64-2015 de 10 de julio de 2018.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Comunicado de Prensa de 6 de septiembre de 2019.
- DECRETO EJECUTIVO 18 DE 16 DE MAYO DE 2020. *Diario Oficial* n.º 99, tomo 427 de 16 de mayo de 2020.
- DECRETO EJECUTIVO 19 DE 19 DE MAYO DE 2020. *Diario Oficial* n.º 101, tomo 427 de 19 de mayo de 2020.
- DECRETO EJECUTIVO 31 DE 14 DE JUNIO DE 2020. *Diario Oficial* n.º 121, tomo 427 del 14 de junio de 2020.
- DECRETO LEGISLATIVO 174 DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2018. *Diario Oficial* n.º 216, tomo 421 de 19 de noviembre de 2018.
- DECRETO LEGISLATIVO 593 DE 14 DE MARZO DE 2020. *Diario Oficial* n.º 52, tomo 426, de 14 marzo de 2020.
- DECRETO LEGISLATIVO 644 DE 14 DE MAYO DE 2020. *Diario Oficial* n.º 99, tomo 427, de 16 de mayo de 2020.
- DECRETO LEGISLATIVO 645 DE 18 DE MAYO DE 2020.
- TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL. Acta de escrutinio definitivo de 4 de abril de 2018.
- TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL. Acta de escrutinio final de las elecciones de presidente y vicepresidente de El Salvador, San Salvador, de 3 de febrero de 2019.
- TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL. Resolución de Cancelación de partido político CPP-02-2015 de 25 de julio de 2018.
- TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL. Resolución de Cancelación de partido político CPP-01-2015 de 25 de julio de 2018.

César Francisco Gallegos Pazmiño* (Ecuador)

Activismo judicial y estado de emergencia: un estudio comparado**

RESUMEN

En tiempos de ruptura de la normalidad política, económica y social, como en emergencias similares a la ocasionada por el covid-19, los tribunales constitucionales se transforman en actores altamente políticos al permitir mayor poder a los demás poderes públicos sin su respectivo control, en atención al interés privativo de la élite gobernante. Se recopilan ciertas características esenciales de los tribunales en tiempos de crisis, a saber: centralidad institucional, liderazgo judicial fuerte y personalizado, y división entre las ramas elegidas del Estado. Estos factores se combinan con una visión constitucional derivada de un tribunal que sustenta su legitimidad.

Palabras clave: estado de emergencia; tribunal intervencionista; activismo judicial.

Judicial activism and states of emergency: a comparative study

ABSTRACT

In times of the rupture of political, economic and social normality, as in emergencies similar to the one caused by COVID-19, the constitutional courts are transformed into highly political actors by allowing other public powers to exercise greater power without the respective judicial review, in attention to the exclusive interests of the

* Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, Universidad Central del Ecuador; estudiante de la maestría en Derechos de la naturaleza y justicia intercultural, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Miembro del Departamento de Investigación e Innovación del Estudio Jurídico Integral (I+D); asesor adscrito del Comité Ejecutivo del Centro Educativo Latinoamericano de Investigaciones Sociales para el Siglo XXI. cesargalpaz@gmail.com. <https://orcid.0000-0001-9349-7658>.

** Agradezco el apoyo, la confianza, el esfuerzo y las valiosas opiniones de Gladys Verónica Potes Guerra (Universidad Central del Ecuador), amiga, revisora y más fuerte crítica del texto. Agradezco las valiosas observaciones y sugerencias de los revisores del artículo postulado. Los errores que subsistan son enteramente míos.

ruling elite. This article discusses certain essential characteristics of the courts in times of crisis, namely: institutional centrality, strong and personalized judicial leadership, and division between the elected branches of the State. These factors are combined with a constitutional vision derived from a court that sustains its legitimacy.

Keywords: State of emergency; interventionist court; judicial activism.

Juristischer Aktivismus im Notstand: eine vergleichende Untersuchung

ZUSAMMENFASSUNG

In Zeiten eines Bruchs der politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Normalität, aber auch bei Notständen wie Covid-19 werden Verfassungsgerichte zu klar politischen Akteuren, indem sie den übrigen öffentlichen Gewalten in Anerkennung des spezifischen Interesses der Regierungselite erweiterte Machtbefugnisse ohne die entsprechende Kontrolle zugestehen. Der Beitrag stellt einige wesentliche Charakteristiken von Gerichten in Krisenzeiten zusammen: zentrale institutionelle Stellung, eine starke, personalisierte Führung der Justiz, und die Machtverteilung zwischen den gewählten Gewalten. Diese Faktoren sind mit einem Verfassungsverständnis verbunden, dessen Legitimität durch das Gericht selbst begründet wird.

Schlagwörter: Notstand; interventionistisches Gericht; juristischer Aktivismus.

Introducción

En tiempos de emergencia los tribunales constitucionales se transforman en actores importantes en un régimen democrático. Se puede incluso afirmar que se convierten en actores altamente políticos; por un lado, siendo sumisos al poder político sin ejercer su control; o por otro lado, siendo intervencionistas en cada acción del Gobierno, dentro del límite de sus competencias, como máximos intérpretes de las constituciones nacionales.

El objetivo de esta investigación es identificar criterios legítimos y políticamente defendibles para el activismo judicial como instrumento de contención del poder político en periodos de crisis. A la fecha, se ha revisado literatura especializada sobre la función política de los tribunales constitucionales. A partir de esa revisión se han identificado tres características de las cortes altamente intervencionistas: centralidad institucional, liderazgo fuerte y personalizado, y división entre las ramas elegidas del Estado. A partir de esto será posible entender lo que motiva la intervención de estos tribunales y lo que sucede cuando deciden hacerlo.

El universo de casos por estudiar es grande si se consideran todos los Estados con tribunales constitucionales preexistentes o establecidos durante un periodo de crisis. Sin embargo, es solo un subconjunto mucho más pequeño de este universo el que realmente decide intervenir en las decisiones de gobierno, lo que demuestra la

compleja constelación de factores que parecen ser necesarios para que un tribunal muestre sus colores políticos. En este número limitado de casos, según la literatura recabada, los tribunales constitucionales de Hungría, Rusia, Sudáfrica y Turquía desplegaron sus funciones jurisdiccionales de manera extremadamente ambiciosa. Estos cuatro fueron elegidos por el amplio desarrollo analítico en la literatura y por la aparición de las características que son materia de este trabajo.

En este documento se desarrollan los hallazgos parciales de una investigación en curso frente y durante la emergencia por el covid-19. A primera vista, el contexto de los tribunales reseñados se distingue claramente del ámbito en el que se enmarca una crisis sanitaria; no obstante, comparten características como la respuesta del poder político y el ambiente de incertidumbre que la acompaña. Este artículo interseca las características de tribunales intervencionistas con las características de la crisis sanitaria actual, que anticipan la posibilidad/conveniencia de un rol activista de los tribunales constitucionales.

Este trabajo no busca atacar o defender ninguna noción particular de activismo judicial, ni ofrece una teoría completamente nueva del término. Tampoco se pretende hacer un examen de las cortes latinoamericanas, pues deben ser analizadas en obras especializadas según los criterios desarrollados a continuación. Por el hecho de ser una investigación en curso, la evaluación del desempeño de las cortes latinoamericanas durante la emergencia sanitaria por covid-19 sucederá a este reporte, como parte de una investigación más extensa que pretende elaborar conclusiones y recomendaciones contextualizadas a cada ámbito nacional.

Este trabajo busca reunir ejemplos desarrollados en la bibliografía sobre cortes altamente intervencionistas que han ganado una amplia aceptación, vinculándolas con la historia y, en este estudio, con las razones que envuelven su éxito. Su propósito es aclarar el impacto del activismo judicial cuando se usa en diferentes contextos.

1. Tribunales intervencionistas en entornos extremadamente inciertos

Las democracias alrededor del mundo entraron a un trance inesperado. La capacidad de los sistemas de salud ha sido puesta a prueba por el covid-19;¹ de la misma manera, la eficacia de las instituciones públicas en los regímenes democráticos se ha visto retada a superar las vicisitudes que acompañan el apareamiento de una enfermedad que ha mermado parte de la población mundial.² La declaración de

¹ Frank Lizaraso Caparó y José Carlos del Carmen Sara, “Coronavirus y las amenazas a la salud mundial”, *Horizonte Médico* 20, n.º 1 (2020): 4-5.

² Organización Panamericana de la Salud y Organización Mundial de la Salud, *Actualización epidemiológica: nuevo coronavirus (covid-19)* (Washington, D.C.: OPS/OMS, 2020).

estados de emergencia,³ el despliegue de las fuerzas de seguridad interna⁴ y la utilización del aparato punitivo⁵ han sido herramientas populares en el esfuerzo por mantener el orden y controlar el aumento de contagios alrededor del mundo.

En Latinoamérica, previo a la declaración del covid-19 como pandemia global,⁶ la ciudadanía reclamó un mejor desempeño gubernamental y eficacia de las instituciones democráticas en países como Chile,⁷ Ecuador⁸ y Colombia.⁹ Estas manifestaciones esporádicas desembocaron en graves crisis sociales que, a su vez, provocaron la declaración de estados de emergencia, el despliegue de las fuerzas de seguridad interna y la utilización del aparato punitivo para la represión de las personas que ejercieron su legítimo derecho a la protesta.¹⁰

En un continente tan convulsionado como Latinoamérica, el ejercicio de poderes extraordinarios es similar tanto en el manejo de una crisis política como en el manejo de la crisis sanitaria. La declaración de estados de emergencia, el despliegue de las fuerzas de seguridad y la utilización del aparato punitivo fueron similares tanto para controlar el número de personas contagiadas como para la represión de manifestantes.

El ejercicio de facultades excepcionales, tanto en períodos de crisis política como en crisis sanitaria, amerita el protagonismo de un tribunal constitucional que ejerza con probidad, entereza y valentía su sagrada facultad de intérprete de la constitución y, a través de esta, la contención de los poderes públicos. Los tribunales constitucionales se presentan a los ciudadanos precisamente como organismos que emiten juicios en los que una disputa legal (y a menudo política) se basa en parte en cómo debe entenderse y aplicarse la constitución.¹¹

³ Organización Mundial de la Salud, *Actualización de la estrategia frente a la covid-19* (Ginebra: OMS, 2020).

⁴ Organización Internacional de Policía Criminal, *Pandemia de covid-19. Directrices para las fuerzas del orden* (Lyon: Interpol, 2020).

⁵ Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/Sida, *Los derechos humanos en tiempos de covid-19* (Ginebra: Onusida, 2020), párr. 16.

⁶ Hacia el 11 de marzo de 2020, la OMS determina en su evaluación que el covid-19 puede caracterizarse como una pandemia. Organización Mundial de la Salud, *Covid-19: cronología de la actuación de la OMS* (Ginebra: OMS, 2020), <https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>.

⁷ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, *Informe sobre la Misión a Chile* (Santiago: Acnudh, 2019).

⁸ Alianza de Organizaciones por los Derechos Humanos, *Verdad, justicia y reparación. Informe de verificación sobre DD.HH. Paro nacional y levantamiento indígena* (Quito: AODH, 2019).

⁹ Daniel Pardo, BBC News Mundo, *Paro nacional en Colombia: 3 factores inéditos que hicieron del 21 de noviembre un día histórico* (Bogotá: BBC News Mundo, 2019).

¹⁰ Alejandro Alvarado Alcázar, "La criminalización de la protesta social: un estado de la cuestión", *Revista Rupturas* 10, n.º 1 (2020): 25-43.

¹¹ Peter Häberle, "El tribunal constitucional como poder político", *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), n.º 125 (2004): 9-38.

Debido a que desempeñan un papel estratégico al abordar cuestiones fundamentales, los tribunales constitucionales y sus jueces a veces pueden adoptar un aura que se extiende más allá de lo estrictamente resolutorio.¹² A menudo sirven como símbolos finales de la permanencia y legitimidad del Estado, por encima de las vicisitudes de la política partidista.¹³ Los tribunales constitucionales se posicionan como instituciones que se encuentran tan por encima o fuera del proceso político, que son el último recurso para quienes buscan el lugar de soberanía.¹⁴

Por supuesto, los tribunales constitucionales a veces actúan no solo por encima de la política, sino que también se enredan en concursos políticos. De hecho, algunos tribunales y sus jueces también son actores políticos muy importantes por derecho propio.¹⁵ Son actores institucionales con sus propios intereses y, a menudo, poseen suficiente identidad corporativa para poder definir y perseguir esos intereses.

Puede haber momentos en que los intereses de los tribunales constitucionales sean contrarios a los intereses privativos de la élite de gobierno y, en estados de excepción o emergencia, el desempeño institucional de ambos puede determinar la vigencia de la Constitución, la democracia y el orden nacional. Únicamente para efectos de esta investigación, defino como “estado de excepción o emergencia” a la institución jurídica contenida en las constituciones nacionales, activada para dotar de atribuciones excepcionales a los gobiernos civiles y afrontar situaciones que dañan o ponen en riesgo el Estado de derecho, la integridad nacional, la estabilidad democrática, y que causan grave conmoción interna que no pueda ser controlada en el ejercicio de sus facultades ordinarias.¹⁶ En las constituciones de cada Estado se han regulado los motivos, las autoridades encargadas de reconocer una situación excepcional de emergencia y los límites en virtud de ese reconocimiento.¹⁷

Para efectos de esta investigación, se demarcan conceptualmente los tribunales constitucionales políticamente intervencionistas en periodos de crisis y se los separa de la extensa literatura sobre tribunales “activistas”, un concepto fácilmente diferenciable y muy importante con derecho propio de ser identificado.¹⁸ Los tribunales

¹² Häberle, “El tribunal constitucional”, 9-38.

¹³ Tom Ginsburg, “Governing without judges’: The politics of the Constitutional Court in Serbia”, *International Journal of Constitutional Law* 12, n.º 4 (2014): 954-979.

¹⁴ Ginsburg, “Governing without judges”, 954-979.

¹⁵ Häberle, “El tribunal constitucional”, 9-38.

¹⁶ Véase, Miguel A. López, “Garantías en los estados de emergencia”, *Foro UASB-EC*, n.º 13 (2010): 77-96.

¹⁷ López, “Garantías en los estados de emergencia”, 79.

¹⁸ Para algunos ejemplos que abordan la cuestión de activismo judicial, véase Kermit Roosevelt, *The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions* (New Haven: Yale University Press, 2006); Keenan D. Kmiec, “The origin and current meanings of ‘judicial activism’”, *California Law Review* 92, n.º 5 (2004): 1441; Manuel José Cepeda-Espinosa, “Judicial activism in a violent context: The origin, role, and impact of the colombian constitutional court”, *Washington University Global Studies Law Review*, n.º 3 (2004): 539, 668; David Rudovsky, “The qualified immunity doctrine in the Supreme Court: Judicial activism and the

constitucionales que participan en una intervención política durante un periodo de crisis, no actúan de acuerdo con la política más estable de un régimen.¹⁹ Los factores que conducen a un ritmo constante de activismo judicial dentro de un régimen político estable pueden, de hecho, ser muy diferentes de los que impulsan a los tribunales a la intervención política en tiempos de crisis del régimen.

2. Recopilación de estudios sobre tribunales interventores

Los tribunales constitucionales en escenarios de crisis son actores del drama político y otros actores políticos actúan sobre ellos. Aunque su origen a menudo se encuentra en las instituciones más antiguas a un régimen autoritario o como resultado de procesos de negociación previos a una transición política propiamente dicha, pueden convertirse en actores por derecho propio.²⁰ Están fuertemente motivados por los deseos de proteger sus facultades y privilegios institucionales, que los tribunales entienden a través de la lente de su papel en el régimen o en las normas oficiales establecidas durante la crisis.²¹ Como actores institucionales en el caos del estado de emergencia, los tribunales constitucionales deben tomar decisiones sobre si desempeñar un papel más activo o pasivo en la política y deben lidiar con los diseños que otros actores políticos tienen sobre ellos.

restriction of constitutional rights”, *University of Pennsylvania Law Review* 138, n.º 1 (1989): 23-82. Para una discusión sobre el activismo judicial respecto a las divisiones y alianzas políticas (en este caso, las sociopolíticas), véase Ceren Belge, “Friends of the Court: The republican alliance and selective activism of the Constitutional Court of Turkey”, *Law & Society Review* 40, n.º 3 (2006): 653-692.

¹⁹ Véase Gerald N. Rosenberg, “Judicial Independence and the Reality of Political Power”, *Review of Politics* 54, n.º 3 (Edición especial de derecho público) (1992): 369-398. Para un enfoque similar al de este documento respecto a las acciones judiciales, en su caso, buscando una variación en la independencia judicial de la Corte Suprema de Estados Unidos a través de diferentes periodos temporales de oposición en el Congreso, cuando la independencia de la Corte dependió en gran medida de los resultados electorales de sus oponentes, el número de oponentes, la capacidad de los oponentes de la Corte para unirse y la intensidad de la reacción a la acción de la Corte. Otros ejemplos de trabajos que analizan la interacción de los tribunales y la sociedad, específicamente el papel de la revisión judicial en estos momentos (y más allá de las condiciones del alcance de este artículo) incluyen a Michael H. Davis, “A government of judges: An historical review”, *American Journal of Comparative Law* 35, n.º 3 (1987): 559-580; Erwin Chemerinsky, “Parity reconsidered: Defining a role for the federal judiciary”, *UCLA Law Review* 36 (1988-1989): 233-328; John Ferejohn, “Independent judges, dependent judiciary: Explaining judicial independence”, *Southern California Law Review* 72 (1998-1999): 353, 365; Jeremy Waldron, “Judicial review and the conditions of democracy”, *Journal of Political Philosophy* 6, n.º 4 (1998): 335-355; Jeremy Waldron, “The core of the case against judicial review”, *Yale Law Journal* 115, n.º 6 (2006): 1346-1407.

²⁰ Häberle, “El tribunal constitucional”, 9-38.

²¹ Ginsburg, “Governing without judges”, 954-979.

Los intereses institucionales fundamentales de un tribunal son simples. Primero, a menudo están bastante preocupados por su propia supervivencia, en especial en casos de incertidumbre política provocada por la crisis.²² Segundo, los tribunales constitucionales en tales entornos buscarán garantizar que sus privilegios y facultades se mantengan y respeten.²³ Estas prerrogativas están consignadas en el texto constitucional que el tribunal tiene el mandato de defender, así como cualquier tipo de visión constitucional que haya sido desarrollada por el tribunal en su conjunto (o incluso solo su líder) durante el periodo de emergencia.²⁴ Esta visión puede expandir o cambiar dichas prerrogativas para perseguir un mandato mucho más amplio de lo que dirían las palabras en la constitución, si tal texto existe. Por tanto, los intereses de un tribunal activo son la supervivencia, manteniendo sus viejos privilegios y, críticamente, defendiendo las nuevas prerrogativas que se han formado a partir de su misma visión constitucional y la confluencia de los factores que la respaldan.

2.1. Tribunales constitucionales intervencionistas recopilados

Cuatro casos tomados de una ola de crisis políticas, económicas y sociales²⁵ que, aunque están lejos de ser parecidas a la que enfrentamos en estos momentos por el covid-19, sirven para ilustrar el objeto de este artículo y, por ello, son brevemente recorridos, en gran medida para resaltar la importancia constante de un tribunal constitucional activo durante un estado de emergencia.

2.1.1. Hungría 1990-1998

El Tribunal Constitucional húngaro, bajo el liderazgo del presidente de la corte, László Sólyom, personificó a un tribunal intervencionista en una ruptura constitucional. La visión constitucional de Sólyom, la llamada “constitución invisible”,²⁶ demostró ser una base poderosa desde la cual operar, y reforzó los reclamos de la

²² Kathryn Hendley, “Remaking an institution: The transition in Russia from state Arbitrazh to Arbitrazh Courts”, *American Journal of Comparative Law* 46, n.º 1 (1998): 93-127.

²³ Para trabajos sobre el interés institucional de las cortes, véase Stephen M. Engel, “Constructing courts: Judicial institutional change embedded in larger political dynamics”, *Tulsa Law Review* 49, n.º 2 (2013): 291-303; Michael J. Glennon, “Protecting the court’s institutional interests: Why not the Marbury approach?”, *American Journal of International Law* 81, n.º 1 (1987): 121-129; y Lee Epstein, Thomas G. Walker y William J. Dixon, “The Supreme Court and criminal justice disputes: A neo-institutional perspective”, *American Journal of Political Science* 33, n.º 4 (1989): 825-841.

²⁴ Véase infra casos de Hungría y Turquía.

²⁵ Véase, por ejemplo, Samuel Huntington, *The Third Wave: Democratization in the late twentieth century* (Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1993), para una discusión de la cascada de cambios de régimen que ocurrieron entre las décadas de los ochenta y los noventa.

²⁶ András Sajó, “Reading the invisible constitution: Judicial review in Hungary”, *Oxford Journal of Legal Studies* 15, n.º 2 (1995): 253, 257.

corte al poder político. El Tribunal era institucionalmente enérgico, ya que se le habían otorgado fuertes poderes de revisión en el acuerdo de transición negociado. La personalidad del antiguo activista opositor Sólyom también demostró ser crítica, ya que este presidente de la corte se convirtió en el principal ideólogo y promotor de una visión constitucional y jugó un papel agresivo en la agitada vorágine de la política de transición.²⁷ Esto fue reforzado aún más por las continuas divisiones dentro de una legislatura frenética, lo que condujo a una constante fricción política a medida que se debatía la legislación para dar forma al nuevo Estado húngaro poscomunista. La corte demostraría ser muy activa en un sentido político hasta el final de la presidencia de Sólyom en 1998. La salida de Sólyom debido a los límites del mandato provocó una ronda de empaquetamiento de la corte por parte del Gobierno que la hizo finalmente mansa y tranquila, pero solo después de un notable periodo de extraordinario poder.

La visión constitucional del Tribunal de Sólyom era la de una “constitución invisible”, concebida como una ley básica más pura y democrática que el documento de compromiso que se había armado durante la transición negociada del comunismo. De manera crítica, el concepto fue aceptado por el entorno político más amplio de transición. La excusa de las “circunstancias únicas y especiales de la transformación del régimen”²⁸ fue utilizada de forma explícita por el Tribunal como una técnica de legitimación para su controvertido intervencionismo. Para gran parte de sus fallos, el Tribunal finalmente optó por aplicar esta “constitución invisible” e ignorar de facto la Constitución escrita real. También, decidió referirse a precedentes jurídicos internacionales, de nuevo sorprendentemente con la aquiescencia de las instituciones elegidas del país.

En términos de poder institucional, el Tribunal húngaro fue notable en su fortaleza, una característica en gran parte debida a las preocupaciones que todos los actores que negociaban la transición tenían sobre mirar hacia el futuro. El Tribunal se creó en 1989 como una enmienda a la Constitución comunista existente, por lo que un grado de continuidad formal después de la transición completa le dio un peso adicional en el periodo inmediatamente posterior al comunismo.²⁹ El Tribunal húngaro tenía un amplio mandato constitucional, incluido el poder de la resolución abstracta y la capacidad de revisar la legislación tanto antes como después de la promulgación, tal como lo solicitaron los legisladores o incluso ciudadanos comunes.³⁰

²⁷ Para una explicación detallada del propio Sólyom sobre el propósito y los objetivos del tribunal constitucional húngaro, véase László Sólyom y Georg Brunner, *Constitutional judiciary in a new democracy: The Hungarian Constitutional Court* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 2000).

²⁸ Sajó, “Reading the invisible constitution”, 257.

²⁹ Peter Paczolay, “Constitutional Transition and Legal Continuity”, *Connecticut Journal of International Law* 8 (1992): 559.

³⁰ Ethan Klingsberg, “Judicial Review and Hungary’s Transition from Communism to Democracy: The Constitutional Court, the Continuity of Law, and the Redefinition of Property

Mirando la importancia de la personalidad en la dinámica del activismo del Tribunal Constitucional, la figura de László Sólyom es un punto de referencia indiscutible. Sólyom estuvo allí en primer lugar como parte del acuerdo constitucional negociado entre los titulares comunistas y las crecientes fuerzas de oposición durante la transición pactada en la Hungría del autoritarismo. El propio presidente de la corte era un exlíder de la oposición,³¹ reforzando su posición política desde el principio, y desde su oficina judicial intervino regularmente en cuestiones políticas, habló a los medios con frecuencia e incluso llegó a criticar de manera abierta al Gobierno.

El Tribunal húngaro reaccionó ante la sensación de verse atraído por escaramuzas entre el Parlamento y el presidente en 1990, y buscó asumir un papel como “intérprete supremo”, en lugar de “solucionador de disputas”.³² La visión constitucional de la corte se expresó popularmente como una “revolución bajo el imperio de la ley” y proporcionó una base amplia para que la institución reuniera en torno a ella la legitimidad popular al tratar con un ambiente institucional lleno de rezagos comunistas.³³ La fractura persistente de la legislatura, la inestabilidad de las coaliciones gubernamentales y el Ejecutivo, a veces opositorista, ayudaron en gran medida a la corte húngara a dejar espacio para maniobras políticas. La corte, finalmente, derogó cerca de un tercio³⁴ de todas las leyes que revisó en la década de los noventa.³⁵ Una intervención provocó, incluso, un ataque frontal del Gobierno contra la corte, pero la oposición se unió a esta y obligó al Gobierno a retroceder.³⁶ En todos los casos, el Parlamento cumplió con el fallo de la corte y accedió a su visión más amplia. Al mirar más de cerca los proyectos de ley que fueron reescritos debido a un fallo de la corte constitucional, uno ve que la ley final a menudo se vería como un compromiso político entre el parlamento y la corte, ya que no necesariamente

Rights”, *BYU Law Review* 1 (1992): 41, 55.

³¹ Kim Lane Scheppele, “Guardian of the constitution: Constitutional court presidents and the struggle for the rule of law in post-soviet Europe”, *University of Pennsylvania Law Review*, 154. (2006): 1757.

³² Klingsberg, “Judicial Review and Hungary’s Transition”, 55.

³³ Jonathan Bond, “Concerning Constitutional Courts in Central and Eastern Europe”, *International Public Policy Review* 2, n.º 2 (2006): 25-87.

³⁴ Bond, “Concerning Constitutional Courts”, 25-87.

³⁵ Las leyes derogadas incluían la Ley Zétényi-Takács que habría permitido el enjuiciamiento retroactivo ilimitado de excomunistas (un fallo que frustraba profundamente al gobierno en funciones) y el paquete Bokros de reformas de austeridad que se consideró demasiado duro socialmente. La declaración de inconstitucionalidad de la última reforma hizo que el Gobierno atacara a la Corte, pero la oposición cerró filas para protegerla y obligó al Gobierno a retroceder. Para más información, véase Luc Huyse, “Justice after transition: On the choices successor elites make in dealing with the past”, *Law and Social Inquiry* 20, n.º 1 (1995): 51-78; Scheppele, “Guardian of the constitution”, 1757; Kim Lane Scheppele, “Constitutional negotiations: Political contexts of judicial activism in post-soviet Europe”, *International Sociology* 18 (2003): 219, 222.

³⁶ Scheppele, “Guardian of the constitution”, 1757.

contendría todos los cambios que la corte había requerido originalmente.³⁷ El Tribunal constitucional húngaro demostró ser un actor político muy exitoso, ayudado por su jurisdicción expansiva, su presidente ambicioso y las divisiones políticas entre el Ejecutivo y la Legislatura. Sin embargo, incluso dado todo eso, la salida del presidente de la corte Sólyom debido a los límites de mandato en 1998 y coincidir con una coalición más unida en las ramas elegidas contra el continuo intervencionismo del Tribunal conduciría en última instancia a una disminución significativa de su poder político de facto.

2.1.2. *Rusia 1993-1994*

En Rusia, el Tribunal Constitucional enfrentó un ambiente político mucho más traicionero que el de Hungría y, finalmente, pagó un precio mucho más alto por su intervencionismo. Al igual que en Hungría, el Tribunal, en gran parte no contaminado por la herencia institucional del antiguo régimen, recibió importantes poderes formales, y su presidente vocal, Valery Zorkin, vio el papel del Tribunal como uno de activismo en la transición política en curso del comunismo. La división entre el Ejecutivo y la Legislatura en Rusia fue aún más pronunciada que en Hungría, y proporcionó la oportunidad perfecta para el activismo judicial. Sin embargo, la situación de la corte constitucional rusa difería marcadamente en la disposición de otros actores políticos para tomarla en serio y cumplir con sus fallos. Los poderes abstractos de la corte fallaron frente a las regiones advenedizas que simplemente se negaron a cumplir con las sentencias del Tribunal y las instituciones a nivel federal que no tomaron amablemente la intromisión de la corte en los asuntos políticos. La división política que en un principio fortaleció la posición de la corte y le brindó espacio para la intervención resultó ser una situación demasiado tempestuosa para navegar por la perspicacia política mediocre de Zorkin. El Tribunal ruso se encontró en una posición de sobrepolitización, sin una base de apoyo a la cual recurrir y poca aplicación de sus fallos, que finalmente lo dejaron varado políticamente.

En el caso ruso, la visión constitucional de la corte de Zorkin era igualmente potente en su deseo de moldear el panorama de transición poscomunista, pero no contaba con el apoyo inequívoco de otras instituciones o elementos más amplios de la sociedad. El Tribunal Constitucional ruso fue producto de la transición reformista iniciada en 1990 en la Unión Soviética, y el mismo Zorkin había encontrado originalmente su camino en los altos asuntos judiciales como miembro del comité oficial que buscaba rehacer la Constitución soviética a fines de la década de los ochenta. Esta plataforma de lanzamiento lo llevó a la presidencia de la corte con su creación, y mantuvo una fuerte creencia en la importancia del Estado de derecho y la responsabilidad constitucional formal, dos elementos que habían faltado en el modelo institucional judicial soviético, así como en la realidad institucional general

³⁷ Scheppele, "Constitutional Negotiations", 219, 222.

de la política soviética. La visión del Tribunal ruso era, por tanto, un recurso más básico, pero muy inflexible, para la conducta adecuada de las instituciones basadas en líneas claras y constitucionales.

Las sentencias judiciales en el caso ruso intentaron cumplir con los estándares establecidos en los documentos constitucionales de transición, pero sufrieron una falta de voluntad para hacerlas cumplir. Teóricamente, el Tribunal tenía amplios poderes institucionales que podían exigir cuentas a otras ramas del Gobierno, pero el alcance de estos poderes por parte de esas ramas fue, en el mejor de los casos, irregular.³⁸ La dotación institucional que supuestamente disfrutó el Tribunal constitucional ruso se vio terriblemente socavada por los problemas de la aplicación efectiva, y lo dejó en una posición institucional mucho más baja de lo que se concibió y proporcionó una razón importante para dudar de la legitimidad o la eficacia política de la institución, ya que intervino más en la política.

La posición de Valery Zorkin como presidente del Tribunal Constitucional ruso fue clave para la postura política directa y agresiva de la institución. Al cortar los dientes en las discusiones sobre el orden constitucional soviético revisado a fines de la década de los ochenta como un estudioso judicial imparcial en el comité directivo, vio que el papel principal del tribunal de transición era defender el incipiente orden constitucional. Al hacerlo, se vio envuelto en un conflicto con el presidente soviético Mikhail Gorbachev y luego con el presidente ruso Boris Yeltsin. Zorkin también intentó negociar personalmente entre la Legislatura y el Ejecutivo mientras corrían de un conflicto a otro.

A diferencia de su contraparte húngara, el Tribunal ruso no pudo reclamar el alto nivel de autoridad moral y política en la nueva federación, sino que actuó como una entidad menor entre las disputas de las ramas elegidas con mejores pretensiones de legitimidad popular. El Tribunal Constitucional ruso se lanzó de cabeza a la controversia que rodeaba las negociaciones sobre una nueva constitución en 1992, entre la Legislatura y el Ejecutivo, buscando utilizar las divisiones agudas que caracterizaban a la política en ese momento. La corte y, en particular Zorkin, su presidente, apoyaron al Parlamento públicamente en los últimos días de la crisis

³⁸ La Corte logró mediar con éxito un acuerdo de compromiso entre la mayoría parlamentaria de izquierda y la administración Yeltsin sobre la legalidad del Partido Comunista y sus sucesores, pero demostró ser incapaz de evitar las declaraciones de soberanía de las repúblicas étnicas en el llamado caso Tartaristán: véase el Decreto del Tribunal Constitucional de la RSFSR, de 13 de marzo de 1992, *Statutes & Decisions: The Laws of the USSR and its Successor States* 30, n.º 3 (mayo-junio de 1994): 32-44; el caso de la verificación de la constitucionalidad de la declaración de soberanía estatal de la República de Tartaristán, del 20 de agosto de 1990; la Ley de la República de Tartaristán de 18 de abril de 1991 sobre las enmiendas y adiciones a la Constitución (Ley fundamental) de la República de Tartaristán; la Ley de la República Tartaristán de 19 de noviembre de 1991 sobre referéndum de la República de Tartaristán, y el Decreto del Supremo Soviético de la República de Tartaristán de 21 de febrero de 1992 sobre la realización de un referéndum en la República de Tartaristán sobre la situación del Estado de la República de Tartaristán. Para más detalles, véase Scheppele, "Guardian of the constitution".

ejecutivo-legislativa. Para resolver la crisis, Yeltsin disolvió el Parlamento y Zorkin se unió a una conferencia de prensa con otros líderes parlamentarios que denunciaron la medida como un golpe de Estado; incluso cuando otros miembros de la corte se opusieron a esta posición.³⁹ El resultado final de la crisis de 1993 fue la exitosa victoria de Yeltsin sobre la oposición parlamentaria-judicial y la disolución ignominiosa del Tribunal Constitucional en buena medida. La influencia institucional del Tribunal fue bloqueada por la mala aplicación y el bajo respeto entre las ramas del poder público; aunque su liderazgo era agresivo, carecía de aliados, y el poder político del Ejecutivo resultó ser demasiado grande para equilibrarlo. El Tribunal no se restablecería hasta 1995, y como un cuerpo manso y pasivo.⁴⁰

2.1.3. *Turquía 2002-2008*

Al observar el alcance de los tribunales constitucionales altamente intervencionistas en periodos de ruptura constitucional, Turquía parece ser un ejemplo importante pero distinto, que subraya la importancia de los tres factores señalados en este análisis. El caso turco es notable por no ser una situación revolucionaria, sino más bien un lento proceso de cambio fundamental a través del triunfo de las mayorías electorales y el debilitamiento del legado estatista de larga data con sus bastiones más fuertes en el ejército y la burocracia. Se incluye en este estudio porque ilustra la misma dinámica del activismo judicial que, con un cambio de régimen más rápido –aunque la transformación turca fue más gradual–, vivió una ruptura fundamental de un periodo constitucional.⁴¹

La Corte Constitucional turca se hallaba cada vez más abierta y activista en sus tratos con otros actores políticos, a medida que el Estado se encontró con el fuerte surgimiento de un movimiento islamista popular en los años noventa y 2000. La Corte, en defensa del viejo orden en el que el liderazgo político estableció los límites de la competencia aceptable y la base ideológica básica del Estado, intentó evitar victorias políticas islamistas. La visión constitucional de la Corte turca fue

³⁹ Inmediatamente después de esto, la Corte empujó a través del decreto que hace eco de esta condena: véase el Decreto de la Corte Constitucional de la Federación Rusa de 23 de marzo de 1993, sobre el cumplimiento de la Constitución de la Federación Rusa y las decisiones de su presidente, B. N. Yeltsin, en relación con la percepción de los ciudadanos de Rusia, de 20 de marzo de 1993, http://old.nasledie.ru//oboz/No9_93/9_02.HTM.

⁴⁰ Scheppele, “Constitutional Negotiations”; Scheppele, “Guardian of the constitution”; Lee Epstein, Jack Knight y Olga Shevtsova, “The role of constitutional courts in the establishment and maintenance of democratic systems of government”, *Law & Society Review* 35, n.º 1 (2001): 117-164.

⁴¹ En este sentido, el caso turco no solo puede parecerse en términos del orden constitucional cambiante, si no del intervencionismo judicial. Al respecto, véase Lisa Hilbink, *Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011) y Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge: Harvard University Press, 2007).

impresionantemente fuerte, y se posicionó como el árbitro fundamental, junto con los militares, que determinó el legado de Mustafa Kamal Atatürk y la acción de la política legítima permitida dentro de tal ideología. Al tribunal turco se le otorgaron amplios poderes de revisión y protección, lo que le permitió intervenir institucionalmente en muchos asuntos políticos. Sin embargo, las personalidades de la Corte eran más débiles que en los casos húngaros o rusos. La Corte actuaba mucho más como un cuerpo corporativo que uno dirigido por una sola figura popular o políticamente agresiva, una función del mayor tribunal del poder judicial turco que en general ha jugado como un estrato más amplio de la élite política.

La visión constitucional que dominó la experiencia turca fue una de las más poderosas entre los casos que se consideran en este estudio. El tribunal constitucional de Turquía, y el poder judicial en general, estaban fuertemente asociados con el legado iliberal y secularista de Atatürk. La Corte había sido durante mucho tiempo un baluarte y promotor del secularismo turco y estaba particularmente alineada con los militares. Podemos concebir la visión constitucional de la Corte turca basada en una afirmación de su propio papel en mantener un monopolio sobre la interpretación de lo que es ideológicamente permisible y ortodoxo en el Estado turco moderno. El surgimiento del islam político como un movimiento electoralmente competitivo provocó grandes temores de una amenaza a gran escala a la ideología del Estado, especialmente a medida que la verdadera circunscripción de la élite secular se hizo cada vez más pequeña en comparación con sus competidores islámicos, lo que llevó a la sensación de que cualquier grado de cambio era un sistema completo.

La Corte Constitucional turca está poderosamente equipada con el arsenal judicial necesario para intervenir en asuntos políticos. Además de la capacidad amenazante de actuar como un tribunal penal supremo en lo que respecta a los procesos penales contra las principales figuras políticas, tiene poderes de revisión abstracta sobre la legislación y se le puede solicitar que los ejerza a instancias de un elemento relativamente pequeño de la oposición política.⁴² El tribunal selecciona su propia composición y está fuertemente integrado al complejo judicial turco más amplio, que le proporciona una red sólida y una base de apoyo dentro del Estado secularista. Estas capacidades institucionales facilitaron las acciones políticas de la Corte en la década de 2000, ya que otros elementos del sistema político demostraron ser incapaces de superar la marea creciente de los movimientos islamistas políticos populares.

El tribunal constitucional turco tenía poca influencia en personalidades específicas que lideraban la acusación en política. El tribunal fue durante mucho tiempo un cuerpo corporativo, parte de la élite judicial más amplia que formó un pilar importante del orden secular. Ni los jefes de la Corte, Mustafa Bumin, ni Tülay Tuğcu se mostraron particularmente como líderes del tribunal a medida que el islam político aumentó su influencia durante su mandato. Sin embargo, la fuerza de la judicatura

⁴² Yasushi Hazama, "Constitutional Review and the Parliamentary Opposition in Turkey", *Development Economics* 34, n.º 3 (1996): 316-338.

turca en su conjunto sí tuvo un papel poderoso en apuntalar la visión constitucional de la Corte. En cierto sentido, esta personalidad corporativa demostró ser útil para garantizar que el tribunal considerara a la política como un lugar legítimo para actuar, pero la falta de un líder dinámico a la cabeza no lo ayudó a entrenar con una fuerza antitética y poderosamente electoral.

A medida que el moderado Partido Islámico de Justicia y Desarrollo (Partido AK o PAK) ganó más fuerza, estalló una serie de crisis entre el tribunal constitucional secularista y los islamistas en ascenso.⁴³ Tras los exitosos intentos de la Corte de prohibir los partidos políticos totalmente islamistas –los partidos de Bienestar y Virtud, surgidos a fines de los años noventa y principios de 2000–, el establecimiento secularista encontró un oponente más formidable en el Partido AK. Después de que el PAK tomó el parlamento en un notable triunfo electoral en las elecciones libres de 2002, el tribunal luchó para evitar una nueva victoria en las elecciones presidenciales de 2007, en las que la Corte Constitucional anuló la victoria de la primera vuelta del candidato islamista.⁴⁴ Posteriormente, en 2008, el tribunal también intentó intervenir en asuntos políticos sobre la derogación de una prohibición del *hiyab* o velo de las mujeres musulmanas,⁴⁵ que fue declarada inconstitucional, a pesar de haberse aprobado como una enmienda constitucional.⁴⁶ El tribunal constitucional turco asumió decisivamente el papel de un actor político importante a medida que la oposición electoral al islam político se desmoronaba y los militares parecían incapaces de intervenir. Este movimiento para dirigir la oposición contra una fuerza ahora dominante y electoralmente legítima resultó ser un error crítico, ya que la Corte estaba fuertemente ligada al pasado autoritario y a una ideología cuya circunscripción pública se estaba reduciendo notablemente.⁴⁷ La Corte tenía poderosas palancas institucionales y su liderazgo despersonalizado se basaba poderosamente en las tradiciones del Estado secular, pero la Corte turca simplemente no podía librar una batalla unilateral con un bloque unido de instituciones elegidas dispuestas a oponerse a ella. La aprobación de una serie de enmiendas constitucionales en 2010 por parte de la mayoría islamista resultó en un empaquetamiento total de la Corte que neutralizó su amenaza.

⁴³ Ahmet Kuru y Alfred Stepan, *Democracy, Islam, and Secularism in Turkey* 158 (New York: Columbia University Press, 2014).

⁴⁴ Véase Decisión E. 2007/45, K. 2007/54, de 5 de enero de 2007, *Resmi Gazete* 26565, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/06/20070627-17.htm>.

⁴⁵ Véase Decisión E. 2008/16, K. 2008/116, de 22 de junio de 2008, *Resmi Gazete* 27032, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/10/20081022-15.htm>.

⁴⁶ Asli Ü. Bâli, “The perils of judicial independence: Constitutional transition and the turkish example”, *Virginia Journal of International Law* 52 (2012): 235-320.

⁴⁷ Para una discusión más completa sobre la legitimidad del tribunal turco, véase Ergun Özbudun, “Political origins of the turkish Constitutional Court and the problem of democratic legitimacy”, *European Public Law* 12 (2006): 213-223.

2.1.4. Sudáfrica 1994

Finalmente, la Corte Constitucional sudafricana –en muchos aspectos un tribunal modelo construido para defender una constitución modelo– tiene una reputación internacional muy fuerte, pero solo puede considerarse verdaderamente intervencionista en sus primeros días. Pasó con éxito el proceso de elaboración de la Constitución del Estado sudafricano posterior al *apartheid* e intervino fuertemente para garantizar que sus propias prerrogativas estuvieran aseguradas y que los redactores de la constitución respetaran los acuerdos de transición anteriores. La visión constitucional de la Corte sudafricana se enmarcaba principalmente en términos de garantizar una transición pacífica y legal y, por tanto, era menos capaz de informar o proporcionar justificaciones de intervención para la política después de la transición. Sin embargo, luego del valiente esfuerzo de la Corte durante las negociaciones de redacción de la Constitución, las preocupaciones sobre el partidismo y su bajo nivel de legitimidad popular, así como la creciente dominación de la política y el Estado por el partido gobernante, el Congreso Nacional Africano (CNA), llevaron a la Corte a minimizar su papel y centrarse en decisiones no controvertidas. El tribunal utilizó su centralidad institucional con gran efecto en la etapa de redacción de la Constitución y fue dotado de poderes de revisión concomitantes con la Constitución sudafricana altamente liberal y progresista, pero no utilizó estas herramientas de manera efectiva después de la conclusión de las negociaciones. Las personalidades de la Corte eran menos fuertes, y las insinuaciones negativas de partidismo abierto debido al proceso de selección de los jueces hicieron que los miembros individuales de la Corte estuvieran más limitados, ya que sus posiciones comprometidas los hicieron más vulnerables a las amenazas de reemplazo.

El tribunal constitucional de Sudáfrica se centró en gran medida en el tema de redactar una constitución final para poner fin a la era del *apartheid* y marcar el comienzo de una nueva vida democrática para el país. La visión constitucional de la Corte, por tanto, fue ampliamente adoptada al garantizar que la Constitución se ajustara tanto a los estándares democráticos generales como a los compromisos que se habían alcanzado durante el periodo prolongado de moderación y reformismo del régimen que sirvió como preludio de la redacción formal de la carta. Esta visión del papel de la Corte se enfrentó a una asamblea constituyente que deseaba un acuerdo constitucional que afirmara una mayoría más plena que, esencialmente, repudiara los cuidadosos compromisos hechos entre el gobierno saliente del *apartheid* y la nueva mayoría entrante. La visión constitucional de la Corte, de una Sudáfrica totalmente pluralista y liberal, con fuertes protecciones contramayoritarias, incluso al tiempo que preveía el tan esperado gobierno de la mayoría, resultó ser decisiva y altamente influyente durante este periodo de transición. Sin embargo, la visión estaba tan ligada a garantizar los derechos institucionales formales y el equilibrio, que tuvo problemas para adaptarse al entorno posterior a la Constitución.

La Corte sudafricana se creó a partir de un compromiso desordenado cuando el equilibrio del *apartheid* y las fuerzas mayoritarias todavía estaban en disputa, y los negociadores de la transición se encargaron directamente de garantizar que la constitución que pronto se redactaría seguiría lo acordado a lo largo de ese camino. La extraña visión de un tribunal constitucional preconstitucional, que supervisaba la redacción de la constitución que luego se encargaría de defender, era una condición necesaria para la transición, ya que la élite saliente vio al tribunal como una forma de contrarrestar la presunta mayoría legislativa futura con las protecciones constitucionales antimayoritarias. Por tanto, el tribunal tenía fuertes poderes institucionales de revisión, pero también la expectativa de que actuaría como un organismo con agencia política legítima para hacer cumplir el curso de la transición.⁴⁸ El tribunal obligó a una cámara alta de la legislatura, constituida por las regiones federales, a establecer protecciones contra la incautación de propiedades, requisitos para la aprobación supermayoritaria de todos los cambios a la Declaración de Derechos, relaciones federalizadas con las provincias, revisión judicial completa y la consideración obligatoria del derecho internacional en las decisiones legales y políticas nacionales.⁴⁹ El poderoso papel de la Corte aseguró que el estado de transición de Sudáfrica pudiera incluso denominarse como una “democracia restringida”, es decir, una que no siempre correspondería por completo a los deseos de la mayoría elegida democráticamente.⁵⁰

El presidente (luego, presidente de justicia) del tribunal sudafricano posterior al *apartheid* era una figura de gran estatura intelectual, pero ambición política limitada. Arthur Chaskalson fue el jefe del tribunal constitucional desde su creación y estuvo profundamente involucrado en las negociaciones de transición como jefe del comité técnico. La exitosa dirección de lo constitucional a lo largo de su negociación llevó a la Corte a enfocarse fuertemente en asuntos de derechos humanos⁵¹ y al descuido de un papel más abiertamente político. Chaskalson había sido el jefe de una oficina legal altamente exitosa que había defendido a los sudafricanos negros dentro del marco del *apartheid* y, por tanto, tenía una tremenda autoridad moral para hacer cumplir la visión constitucional de la Corte. El interés indudablemente mayor del presidente de la Corte en los derechos humanos (la Corte revocaría la pena de muerte desde 1995⁵²)

⁴⁸ Jeremy Sarkin, “The Drafting of South Africa’s Final Constitution from a Human-Rights Perspective”, *American Journal of Comparative Law* 47, n.º 1 (1999): 67, 72.

⁴⁹ Samuel Issacharoff, “Constitutionalizing Democracy in Fractured Societies”, *Texas Law Review* 82 (2003): 1861, 1870.

⁵⁰ Samuel Issacharoff, *The Democratic Risk to Democratic Transitions*, N.Y.U. Public Law and Legal Theory Working Papers, 9 de enero de 2013, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2324861.

⁵¹ Las decisiones sobre la pena de muerte, el matrimonio igualitario y el apoyo gubernamental a los programas contra el SIDA son bien conocidas.

⁵² Véase *S. v. Makwanyane y otros* (CCT3/94) [1995] Z.A.C.C. 3.

dejó a un lado la intervención en la mayoría de los asuntos políticos y la Corte nunca encontró una gran voz en tales temas bajo su mandato.⁵³

La posición de la Corte sudafricana como poderoso actor político no duró mucho.⁵⁴ La preocupación por la naturaleza partidista de su creación y la creciente dominación del CNA gobernante significaba que el tribunal quería evitar la mayor confrontación posible,⁵⁵ sumado a una situación de baja legitimidad, poder y unidad abrumadores por parte de las ramas elegidas del Gobierno. Por ello, el tribunal buscó gestionar la relación con las otras ramas y evitó intervenir directamente en asuntos políticos.⁵⁶ Este deseo de evitar conflictos ha tenido el efecto perverso de mantener bajos niveles de legitimidad, así como un cierto grado de incertidumbre sobre si se aceptarán decisiones controvertidas.⁵⁷ El tribunal constitucional permaneció activo cuando se ocupó de defender los derechos individuales y las protecciones sociales,⁵⁸ pero huyó de cuestiones políticas, lo que permitió al CNA consolidar y capturar aún más la política sudafricana.⁵⁹ Los fuertes poderes institucionales de la Corte Constitucional sudafricana se vieron debilitados por un liderazgo moralmente fuerte, que no quería intervenir en el ámbito político, altamente unilateral.

3. Algunas reflexiones preliminares

Sobre la base de los patrones explicados en la sección anterior, se pueden aislar algunos elementos que parecen surgir regularmente entre los casos de intervencionismo judicial en entornos de conmoción política y emergencia realizados en estudios

⁵³ Para una discusión detallada sobre la fuerte visión de Chaskalson sobre asuntos sociales y la deferencia más amplia de la Corte en asuntos políticos, véase Theunis Roux, “Principle and pragmatism in the Constitutional Court of South Africa”, *International Journal of Constitutional Law* 7, n.º 1 (2009): 106, 118.

⁵⁴ Para una discusión del enfoque cauteloso de la Corte en los primeros años después de la promulgación de la Constitución, véase Lynn Berat, “The Constitutional Court of South Africa and jurisdictional questions: In the interest of justice”, *International Journal of Constitutional Law* 3 (2005): 39-76.

⁵⁵ Por ejemplo, el cuidado sobre las reglas en el nombrado caso Fourie (Fourie and Another v. Minister of Home Affairs and Another (CCT25/03) [2003] Z.A.C.C. 11) con respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo, en el que el tribunal fijó las protecciones sociales garantizadas en la Constitución, pero se aseguró de que sería el Parlamento el que tomaría una decisión final sobre la modificación del Marriage Act, [Beth Goldblatt, “Same-sex Marriage in South Africa: The Constitutional Court’s Judgement”, *Feminist Legal Studies* 14 (2006): 261-270].

⁵⁶ Roux, “Principle and pragmatism”, 106, 118.

⁵⁷ James L. Gibson y Gregory A. Caldeira, Defenders of democracy? Legitimacy, popular acceptance, and the South African Constitutional Court, *Journal of Politics* 65, n.º 1 (2013): 1-30.

⁵⁸ Véase las decisiones sobre pena de muerte en Makwanyane [1995] Z.A.C.C. 3 y Fourie [2003] Z.A.C.C. 11; y sobre la política contra el Sida, véase, por ejemplo, Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others (No. 2) (CCT8/02) [2002] Z.A.C.C. 15.

⁵⁹ Issacharoff, *The Democratic Risk to Democratic Transitions*.

anglosajones y recopilados para esta investigación en curso. Cada caso ha demostrado la importancia de una visión constitucional como factor legitimador para el activismo de las cortes constitucionales, que a su vez fue asistido por un conjunto de factores estructurales. La existencia de mecanismos institucionales poderosos que sugieren un papel decisivo formal fuerte y central parece ser crítica. Sin centralidad institucional, los tribunales nunca podrían actuar como lo hicieron, en primer lugar. La presencia de un liderazgo fuerte, con una visión ambiciosa, también es clave en muchos de los casos, incluidos los más llamativos de Hungría y Rusia. Finalmente, esta profunda división entre los cuerpos políticos elegidos del Estado permite mayores oportunidades para aprovechar el momento de crisis en favor de la protección de los derechos de la población y el desarrollo de la jurisprudencia constitucional.

El primer factor que alienta el intervencionismo de los tribunales constitucionales no es sorprendente: el de la centralidad institucional. La presencia formal de una amplia revisión judicial, el tipo de revisión legalmente permitida y la independencia del poder judicial del dominio político directo de otra rama son todas fuentes críticas y tradicionales de poder judicial. Los tribunales que son el punto de decisión final para la legislación son más fuertes que los que pueden ser revocados por votación legislativa. Los tribunales que pueden ser recurridos por una variedad de actores interesados (el poder ejecutivo, miembros de la legislatura o incluso ciudadanos promedio) tendrán oportunidades adicionales para hacer sentir su presencia política y otorgar licencia para considerar problemas bajo revisión abstracta, y no solo para pronunciarse en términos específicos y concretos; estas son oportunidades para intervenir profundamente en las decisiones políticas. Los tribunales constitucionales institucionalmente centrales tienen las herramientas formales para actuar; pero, por supuesto, tener estos poderes no es suficiente para garantizar que se utilizarán. En resumen, este papel es una condición necesaria, pero apenas suficiente para el activismo.

Una fuente menos ortodoxa de intervencionismo potencial es la presencia de un liderazgo judicial fuerte y ambicioso. Cuanto más el líder de las altas cortes⁶⁰ piensa en sí mismo como un actor político autoritario, más empleará un tribunal sus poderes formales en asuntos políticos. Los líderes fuertes tienden a articular mejor las visiones claras y a establecer las prioridades de la corte que lideran; dada una situación en la que el tribunal tiene un amplio alcance, decidir qué hacer y qué dejar a otros actores estatales puede ser decisivo. Los líderes judiciales ambiciosos tienen una visión de su lugar en la historia, especialmente en momentos tan profundos de incertidumbre. Es importante destacar que las figuras clave de la corte están mejor posicionadas para encarnar su intervención en la política de una manera clara, personalizando la legitimidad que una corte activista tiene –o debería tener– durante la terrible incertidumbre de momentos de crisis.

⁶⁰ A veces, llamado “presidente” o algún otro ostentoso título que refleje su magistratura, importancia y poder en la Constitución.

Finalmente, los tribunales constitucionales que se encuentran en medio de un fuerte periodo de crisis, que no deja un vencedor singular entre las ramas elegidas, tendrán una mayor oportunidad de convertir sus poderes institucionales formales y las visiones desarrolladas por sus líderes en acciones políticas reales. Otros actores políticos se centrarán en los tribunales constitucionales en los casos en que actúen de manera asertiva. En casos de legislaturas y ejecutivos divididos, puede haber un fuerte impulso de ambas partes para aliarse con el tribunal constitucional. Las batallas entre las ramas elegidas brindan a los tribunales la oportunidad de aumentar su papel como actores políticos, pero a costa de potencialmente exagerar su oficio en términos del equilibrio de poder y los límites de la aceptación de sus decisiones por parte de otros actores. Según este modelo,⁶¹ los tribunales que se enfrentan a un frente unido entre las ramas elegidas (o al ascenso de una sola rama) serán rápidamente superados, silenciados o reformados por la fuerza de ese actor o de esos actores aliados.

Los tribunales más intervencionistas están dotados de notables poderes formales que brindan peso a sus decisiones y, a menudo, están dominados por personalidades fuertes; tales tribunales tienden a verse a sí mismos como garantes de lo mejor de lo viejo, los principios aún no expresados de lo nuevo, o lo esencial del orden constitucional, cualesquiera que sean esos principios. Los tribunales constitucionales altamente activistas buscan proteger sus propios intereses de manera agresiva y pueden traducir la incertidumbre o la oscuridad al poder político, ya que dichos tribunales afirman ser los portadores de alguna forma de legitimidad o confianza popular.⁶² La realidad del “legado de Kelsen”, el uso cada vez mayor de la revisión judicial con respecto a las decisiones políticas en los tribunales que utilizan el sistema legal continental, ha dado a muchos tribunales los mecanismos institucionales adicionales para participar directamente en la política.⁶³ Tales mecanismos pueden ayudar a convertir los tribunales constitucionales en cuerpos políticamente centrales que se expanden más allá de las cuestiones puramente judiciales, utilizando de manera controvertida su poder inherentemente contramayoritario de forma influyente.⁶⁴ Esto se fomenta aún más a medida que el campo de la política se convierte en un terreno de disputa y equilibrio entre grupos políticos rivales, cada uno ansioso por ganar un amigo en la corte para sus propios fines. Los tribunales constitucionales

⁶¹ Para una discusión sobre las gamas de tolerancia, véase Epstein *et al.*, “The role of constitutional courts”, 117-164.

⁶² Para un interesante punto de vista sobre la legitimidad judicial y cómo las cortes perciben su propio rol, véase Richard H. Fallon, Jr., “Judicial legitimacy and the unwritten constitution: A comment on Miranda and Dickerson”, *New York Law School Law Review* 45 (2001-2002): 119-136.

⁶³ Bojan Bugaric, “Courts as Policy-Makers: Lessons from Transition”, *Harvard International Law Journal* 42 (2001): 247, 250; Patricia J. Woods y Lisa Hilbink, “Comparative sources of judicial empowerment: Ideas and interests”, *Political Research Quarterly* 62, n.º 4 (2009): 745-752.

⁶⁴ Lisa Hilbink, “Assessing the New Constitutionalism”, *Comparative Politics* 40, n.º 2 (2008): 227-245.

activistas pueden interpretar el texto fundamental de la nación de manera liberal, alegando una comprensión superior de la constitución “verdadera”, o una “visión constitucional”. Esta visión se desarrolla como una consecuencia natural de la contestación ideológica del momento de emergencia, y proporciona al tribunal una razón para existir y una luz guía para proporcionar estructura y autoridad en un momento de emergencia.

Los tribunales constitucionales también pueden trabajar de una manera más pasiva cuando no logran desarrollar una visión constitucional ambiciosa (debido a un sentimiento de muy poca legitimidad para hacer otra cosa que no sea quedarse sentado) o están profundamente amenazados por la fuerza abrumadora de otras instituciones de Estado. Un tribunal al que no se le otorguen herramientas de revisión de las actuaciones de los demás poderes públicos; uno compuesto por figuras grises, pasivas o cautelosas, o uno sin división política, con el que pueda equilibrarse y cambiar, tendrá problemas. Aquí, el papel político de un tribunal constitucional es gestionar sus relaciones con otras ramas y garantizar que no provoque la ira de los actores políticos más poderosos. Las situaciones de una legislatura y un ejecutivo unidos, vistos con mayor frecuencia en la forma de un partido político victorioso y dominante, o una base institucional comprometida o débil sobre la que se construyó el tribunal pueden obligar a los tribunales constitucionales a apartarse de la política. Estos tribunales, aunque se involucren en el activismo en ciertas áreas de gobierno menos sensibles, no están dispuestos a ingresar verdaderamente en la arena política y establecerse como actores importantes por derecho propio.

Los tribunales constitucionales intervencionistas protegen tanto su papel institucional como su visión constitucional. Esto se logra a través de una variedad de acciones, que van desde declarar ciertos proyectos legislativos inválidos e inconstitucionales, hasta el extremo de actuar como una “tercera cámara” del parlamento⁶⁵ y estar en diálogo a nivel político con los legisladores, para intervenir directamente de un cierto lado en las disputas institucionales entre las ramas elegidas. Los tribunales constitucionales intervencionistas se pueden encontrar en el centro de los debates sobre los proyectos legislativos dentro del contexto de la emergencia, e incluso han utilizado su autoridad, derivada del orden político o alternatively de un sentido de legitimidad popular asociado con su propia falta de vínculos con el régimen, para garantizar un resultado aceptable para el orden constitucional.

Los tribunales constitucionales, a menudo, se comportan con un alto grado de moderación en los escenarios de crisis y emergencia. Algunos están condicionados por los límites de sus capacidades de revisión u otros elementos de centralidad institucional. Otros carecen de un liderazgo decisivo y ambicioso, lo que los lleva a ceder responsabilidades y prerrogativas políticas en un esfuerzo por aferrarse a la vida. Otros se enfrentan a un poder abrumador por parte de las instituciones elegidas y

⁶⁵ También referida como “legislatura negativa”. Véase Scheppele, “Guardian of the constitution”, 1769.

no pueden arriesgarse a enfurecer a las ramas que fácilmente podrían difamar incluso los poderes formales de un tribunal constitucional. En todos los casos, muchos tribunales constitucionales se ven potencialmente empoderados por la situación de emergencia, pero son incapaces o no están dispuestos a actuar. Calculan que la pasividad es la mejor manera de garantizar sus intereses, sobrevivir y mantener los privilegios que tienen frente a los desafíos de los órganos de poder elegidos.

Conclusión

Este trabajo se ha centrado en diversos aspectos de los tribunales constitucionales en graves períodos de crisis política. Algunos otros trabajos se enfocan en la importancia (o el peligro) de la revisión judicial y su difusión en muchos entornos institucionales divergentes o en la dinámica del activismo judicial, pero la mayoría de estos centran sus argumentos en el contexto de países sólidamente democráticos. En aquellas obras que han analizado los casos de democratización o algún tipo de momento de crisis política, económica o social, no se han examinado los problemas específicos que enfrentan los tribunales en tiempos de emergencia con un alto grado de esfuerzo comparativo, y en gran parte se han limitado a estudios de casos muy bien discutidos de un solo país o de una región en específico. Este trabajo se ha enfocado específicamente en un estrecho campo de tribunales constitucionales intervencionistas, con el intento de reconocer patrones teóricos que resulten en criterios para el activismo judicial de las altas cortes en periodos de crisis.

Los estados de emergencia parecerían ser momentos en que el *statu quo*, al menos en lo que respecta a cuestiones políticas normales, se suspende. De hecho, esa idea a menudo se adopta explícitamente en algunos entornos, ya que los líderes locales hablan de suspensión de ciertas garantías en el marco de las constituciones nacionales y de los tratados internacionales de derechos humanos. No obstante, hay pocos intentos por ocultar el hecho de que las reglas básicas del juego político podrían reescribirse.

Y a la larga, ese es el caso. Pero a corto plazo pueden suceder muchas cosas, y si la influencia de un tribunal constitucional es efímera en tales entornos, el impacto de sus fallos no lo es. Los acontecimientos que marcaron los periodos de emergencia a veces desviaron momentáneamente el camino de los países cubiertos en este estudio, pero a veces también lo cambiaron radicalmente.

Los tribunales que entran en una ruptura con una posición fuerte, un liderazgo coherente y ambicioso, y un campo político lleno de aperturas pueden (según la perspectiva) guiar cuidadosamente el sistema o causar estragos. Pero el acto de hacerlo generalmente socava las condiciones que hacen posibles tales logros.

Estos argumentos no buscan llegar demasiado lejos en sus conclusiones por el hecho de ser una investigación en curso durante la emergencia sanitaria por el covid-19. El examen especial sobre la actuación de las cortes latinoamericanas durante

la emergencia sanitaria sucederá a este reporte bibliográfico como parte de una investigación más extensa que pretende elaborar conclusiones y recomendaciones contextualizadas a cada ámbito nacional. La dinámica de un tribunal constitucional intervencionista en tiempos problemáticos no necesariamente debe corresponder a tales dinámicas en tiempos de calma y certeza.

Bibliografía

- ALIANZA DE ORGANIZACIONES POR LOS DERECHOS HUMANOS. *Verdad, justicia y reparación. Informe de verificación sobre DDHH. Paro nacional y levantamiento indígena*. Quito: AODH, 2019.
- ALVARADO ALCÁZAR, Alejandro. “La criminalización de la protesta social: un estado de la cuestión”. *Revista Rupturas* 10, n.º 1 (2020): 25-43.
- BÂLI, Asli Ü. “The perils of judicial independence: Constitutional transition and the turkish example”. *Virginia Journal of International Law* 52 (2012): 235, 320.
- BELGE, Ceren. “Friends of the court: The republican alliance and selective activism of the Constitutional Court of Turkey”. *Law & Society Review* 40, n.º 3 (2006): 653-692.
- BERAT, Lynn. “The Constitutional Court of South Africa and jurisdictional questions: In the interest of justice”. *International Journal of Constitutional Law* 3, (2005): 39-76.
- BOND, Jonathan. “Concerning constitutional courts in central and eastern Europe”. *International Public Policy Review* 2, n.º 2 (2006): 25-87.
- BUGARIC, Bojan. “Courts as policy-makers: Lessons from transition”. *Harvard International Law Journal* 42, (2001).
- CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. “Judicial activism in a violent context: The origin, role, and impact of the colombian Constitutional Court”. *Washington University Global Studies Law Review*, n.º 3 (2004): 539-668.
- CHEMERINSKY, Erwin. “Parity reconsidered: Defining a role for the federal judiciary”. *UCLA Law Review* 36, (1988-1989): 233-328.
- DAVIS, Michael H. “A government of judges: An historical re-view”. *American Journal of Comparative Law* 35, n.º 3 (1987): 559-580.
- ENGEL, Stephen M. “Constructing courts: Judicial institutional change embedded in larger political dynamics”. *Tulsa Law Review* 49, n.º 2 (2013): 291-303.
- EPSTEIN, Lee, Jack KNIGHT y Olga SHEVTSOVA. “The role of constitutional courts in the establishment and maintenance of democratic systems of government”. *Law & Society Review* 35, n.º 1 (2001): 117-164.
- EPSTEIN, Lee, Thomas G. WALKER y William J. DIXON. “The supreme court and criminal justice disputes: A neo-institutional perspective”. *American Journal of Political Science* 33, n.º 4 (1989): 825-841.

- FALLON, Richard H. Jr. "Judicial legitimacy and the unwritten constitution: A comment on Miranda and Dickerson". *New York Law School Law Review* 45, (2001-2002): 119-136.
- FEREJOHN, John. "Independent judges, dependent judiciary: Explaining judicial independence". *Southern California Law Review* 72, (1998-1999).
- GIBSON, James L. y Gregory A. CALDEIRA. "Defenders of democracy? Legitimacy, popular acceptance, and the South African Constitutional Court". *Journal of Politics* 65, n.º 1 (2013): 1-30.
- GINSBURG, Tom. "Governing without judges: The politics of the Constitutional Court in Serbia". *International Journal of Constitutional Law* 12, n.º 4 (2014): 954-979.
- GLENNON, Michael J. "Protecting the court's institutional interests: Why not the Marbury approach?". *American Journal of International Law* 81, n.º 1 (1987): 121-129.
- GOLDBLATT, Beth. "Same-sex marriage in South Africa: The Constitutional Court's judgement". *Feminist Legal Studies* 14, (2006): 261-270.
- HÄBERLE, Peter. "El tribunal constitucional como poder político". *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), n.º 125 (2004): 9-38.
- HAZAMA, Yasushi. "Constitutional review and the parliamentary opposition in Turkey". *Development Economics* 34, n.º 3 (1996): 316-338.
- HENDLEY, Kathryn. "Remaking an institution: The transition in Russia from State Arbitrazh to Arbitrazh Courts". *American Journal of Comparative Law* 46, n.º 1 (1998): 93-127.
- HILBINK, Lisa. "Assessing the new constitutionalism". *Comparative Politics* 40, n.º 2 (2008): 227-245.
- HILBINK, Lisa. *Judges beyond politics in democracy and dictatorship: Lessons from Chile*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- HUNTINGTON, Samuel. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*. Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1993.
- HUYSE, Luc. "Justice after transition: On the choices successor elites make in dealing with the past". *Law and Social Inquiry* 20, n.º 1 (1995): 51-78.
- ISSACHAROFF, Samuel. "Constitutionalizing democracy in fractured societies". *Texas Law Review* 82, (2003).
- ISSACHAROFF, Samuel. "The democratic risk to democratic transitions". N.Y.U. Public Law and Legal Theory Working Papers (2013). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2324861.
- KLINGSBERG, Ethan. "Judicial review and Hungary's transition from communism to democracy: The Constitutional Court, the continuity of law, and the redefinition of property rights". *BYU Law Review* 1 (1992).
- KMIEC, Keenan D. "The origin and current meanings of 'judicial activism'". *California Law Review* 92, n.º 5 (2004).

- KURU, Ahmet y Alfred STEPAN. *Democracy, Islam, and Secularism in Turkey*. New York: Columbia University Press, 2014.
- LIZARASO CAPARÓ, Frank y José Carlos del Carmen SARA. “Coronavirus y las amenazas a la salud mundial”. *Horizonte Médico* 20, n.º 1 (2020).
- LÓPEZ, Miguel A. “Garantías en los estados de emergencia”. *Foro UASB-EC*, n.º 13 (2010): 77-96.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre la Misión a Chile*. Santiago: Acnuth, 2019.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE POLICÍA CRIMINAL (INTERPOL). *Pandemia de covid-19. Directrices para las fuerzas del orden*. Lyon: Interpol, 2020.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). *Actualización de la estrategia frente a la covid-19*. Ginebra: OMS, 2020.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). Covid-19: cronología de la actuación de la OMS. Ginebra: OMS, 2020. <https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD Y ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS/OPS). *Actualización epidemiológica: nuevo coronavirus (covid-19)*. Washington D.C.: OPS/OMS, 2020.
- ÖZBUDUN, Ergun. “Political origins of the turkish Constitutional Court and the problem of democratic legitimacy”. *European Public Law* 12, (2006): 213-223.
- PACZOLAY, Peter. “Constitutional transition and legal continuity”. *Connecticut Journal of International Law* 8 (1992).
- PARDO, Daniel. *Paro nacional en Colombia: 3 factores inéditos que hicieron del 21 de noviembre un día histórico*. Bogotá: BBC News Mundo, 2019.
- PROGRAMA CONJUNTO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL VIH/SIDA (ONUSIDA). *Los derechos humanos en tiempos de covid-19*. Ginebra: Onusida, 2020.
- ROOSEVELT, Kermit. *The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions*. New Haven: Yale University Press, 2006.
- ROSENBERG, Gerald N. “Judicial Independence and the Reality of Political Power”. *Review of Politics* 54, n.º 3 (edición especial de derecho público) (1992): 369-398.
- ROUX, Theunis. “Pragmatism in the Constitutional Court of South Africa”. *International Journal of Constitutional Law* 7, n.º 1 (2009).
- RUDOVSKY, David. “The qualified immunity doctrine in the Supreme Court: Judicial activism and the restriction of constitutional rights”. *University of Pennsylvania Law Review* 138, n.º 1 (1989): 23-82.
- SAJÓ, András. “Reading the invisible Constitution: Judicial review in Hungary”. *Oxford Journal of Legal Studies* 15, n.º 2 (1995).
- SARKIN, Jeremy. “The drafting of South Africa’s Final Constitution from a human-rights perspective”. *American Journal of Comparative Law* 47, n.º 1 (1999): 67, 72.
- SCHEPPELE, Kim Lane. “Constitutional negotiations: Political contexts of judicial activism in post-soviet Europe”. *INT’L SOC* 18, (2003).

- SCHEPPELE, Kim Lane. "Guardian of the constitution: Constitutional court presidents and the struggle for the rule of law in post-soviet Europe". *University of Pennsylvania Law Review* 154, (2006).
- SÓLYOM, László y Georg BRUNNER. *Constitutional Judiciary in a New Democracy: The Hungarian Constitutional Court*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2000.
- WALDRON, Jeremy. "Judicial review and the conditions of democracy". *Journal of Political Philosophy* 6, n.º 4 (1998): 335-355.
- WALDRON, Jeremy. "The core of the case against judicial review". *Yale Law Journal* 115, n.º 6 (2006): 1346-1407.
- WOODS, Patricia J. y Lisa HILBINK. "Comparative sources of judicial empowerment: Ideas and interests". *POL. RES. Q.* 62, n.º 4 (2009): 745-752.

Normas jurídicas y jurisprudencia

- CONSTITUTIONAL COURT OF THE RUSSIAN FEDERATION. Decreto de 23 de marzo de 1993. Sobre el cumplimiento de la Constitución de la Federación Rusa y las decisiones del presidente de la Federación Rusa B. N. Yeltsin, en relación con la percepción de los ciudadanos de Rusia del 20 de marzo de 1993. http://old.nasledie.ru//oboz/No9_93/9_02.HTM.
- CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. Fourie and Another v. Minister of Home Affairs and Another (CCT25/03) [2003] Z.A.C.C. 11.
- CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others (No. 2) (CCT8/02) [2002] Z.A.C.C. 15.
- CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. S. v. Makwanyane y otros (CCT3/94) [1995] Z.A.C.C. 3.
- CONSTITUTIONAL COURT OF TURKEY. Decisión E. 2007/45, K. 2007/54, 5 de enero de 2007, *Resmi Gazette* 26565. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/06/20070627-17.htm>.
- CONSTITUTIONAL COURT OF TURKEY. Decisión E. 2008/16, K. 2008/116, 22 de junio de 2008, *Resmi Gazette* 27032. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/10/20081022-15.htm>.
- CONSTITUTIONAL COURT OF THE RSFSR. Decreto de 13 de marzo de 1992, *Statutes & Decisions: The Laws of the USSR and its Successor States* 30, n.º 3 (mayo-junio de 1994): 32-44.

Miguel Polo Rosero* (Colombia)

Democracia, electorado y justicia constitucional

RESUMEN

El presente texto es producto de una reflexión académica en torno a la teoría de la división de los poderes públicos y al papel que juegan nuevos actores en los Estados democráticos. Tiene por objeto sugerir un nuevo esquema para las democracias del siglo XXI, en el sentido de incorporar –a las ya tradicionales ramas– al electorado (como actor político y como sujeto del proceso electoral), y a la justicia constitucional (como órgano de defensa del orden constitucional).

Palabras clave: democracia; electorado; justicia constitucional.

Democracy, the electorate and constitutional justice

ABSTRACT

This text is the product of an academic reflection on the theory of the division of public powers and the role played by new actors in democratic States. Its purpose is to suggest a new scheme for the democracies of the 21st century, in the sense of incorporating – in the traditional branches – the electorate (as political actor and as subject of the electoral process), and constitutional justice (as an organ of defense of the constitutional order).

Keywords: Democracy; electorate; constitutional justice.

* Abogado, Pontificia Universidad Javeriana, especialista en Derecho Comercial, Derecho Administrativo y Políticas Públicas con Enfoque de Género, y estudios de maestría en Gobernanza y Derechos Humanos, y Derecho Constitucional. polo43599@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-0329-0210>.

Demokratie, Wählerschaft und Verfassungsgerichtsbarkeit

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Text ist das Ergebnis einer akademischen Forschungsarbeit über die Theorie der Gewaltenteilung und die Rolle von neuen Akteuren in demokratischen Staaten. Die Arbeit beabsichtigt, ein neues Demokratiemodell für das 21. Jahrhundert vorzuschlagen, das die traditionellen Gewalten um die Wählerschaft (als politischer Akteur und Subjekt des Wahlprozesses) und die Verfassungsgerichtsbarkeit (als mit der Verteidigung der Verfassungsordnung betrautem Organ) erweitert.

Schlagwörter: Demokratie; Wählerschaft; Verfassungsgerichtsbarkeit.

1. La democracia liberal en los inicios del siglo XXI

Más allá de las distintas definiciones que puedan existir sobre la democracia, una de las nociones que brinda una conceptualización amplia de su alcance corresponde a la propuesta por Juan José Linz, para quien, en términos generales, la citada figura se sintetiza en un sistema político para gobernar basado en la libertad para formular y proclamar alternativas políticas dentro de una sociedad, con base en las libertades de asociación, expresión y otras que aseguren una competencia libre y no violenta entre líderes, con una revalidación periódica de quienes ejercen el gobierno y con el derecho de participación de todos los miembros de la comunidad en el acceso efectivo a cargos públicos, cualquiera que fuesen sus preferencias políticas, siempre que se expresen pacíficamente.¹

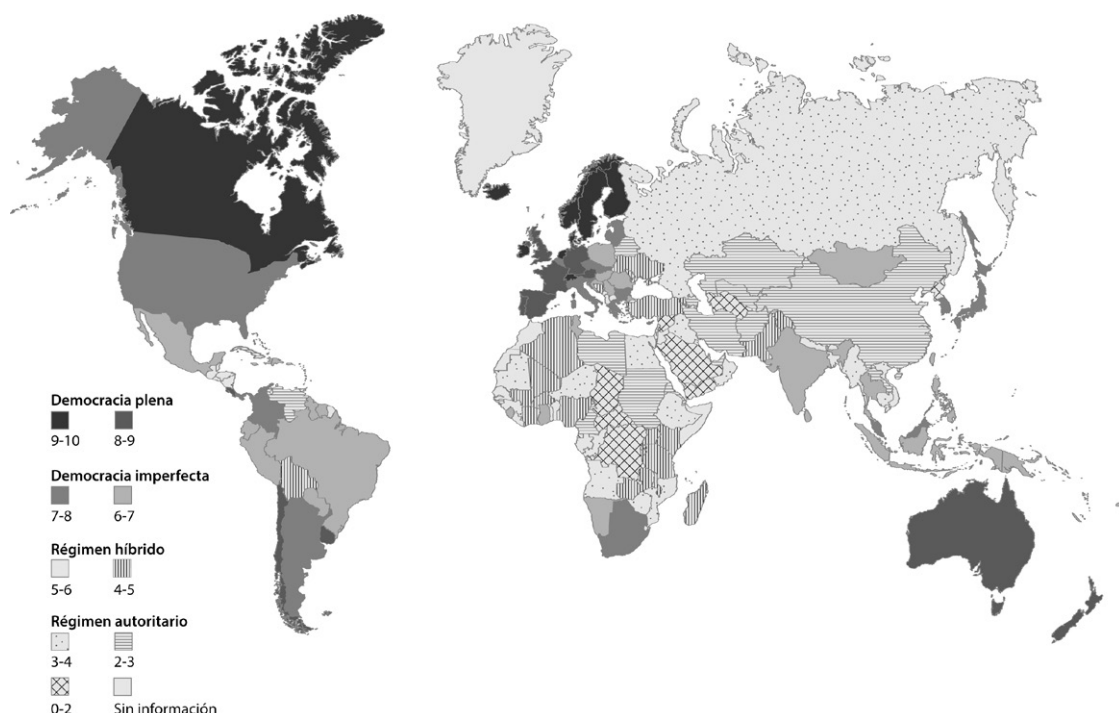
Aun cuando no cabe duda de que esta noción permite entender la forma como opera la democracia, incluyendo conceptos clave como *sistema de gobierno* (esto es, la forma en la que el Estado se organiza para ejercer el poder), *libertad de alternativas políticas* (lo que permite separar a este régimen de otros como las monarquías o el comunismo), *libertad de asociación* (que se explica por el papel que cumplen los partidos políticos), *libertad de expresión* (que se exterioriza en la presentación de programas de gobierno o de política pública), *revalidación periódica* (que introduce la exigibilidad del sufragio) y *expresión pacífica* (para entender que se trata de un sistema reglado y sometido al imperio de la ley, a diferencia de lo que ocurre con las autocracias), lo cierto es que no incorpora criterio alguno que permita distinguir los casos en los que ella opera como un sistema consolidado que se manifiesta en los elementos ya expuestos, respecto de lo que hoy en día se denomina democracias defectuosas.²

¹ Juan J. Linz, “Los problemas de las democracias y la diversidad de democracias”, en *Doce lecturas fundamentales de ciencia política*, ed. por Irene Delgado y Lourdes López Nieto (Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2013), 40.

² Merkel Wolfgang y Auriel Croissant, “La democracia defectuosa como régimen político: instituciones formales e informales”, en *Construcción de Europa, democracia y globalización*,

No cabe duda de que la democracia, como sistema de gobierno, ha crecido de forma vertiginosa en los últimos años, pasando de un porcentaje de 27 % sobre el total de los países en 1974,³ a un 58 % –calculado sobre el mismo indicador– en el año 2019.⁴ Tal realidad ha servido, por una parte, como lo propone Samuel P. Hun-

Gráfico 1.
Extensión de la democracia 2019



Fuente: Elaborado con base en The Economist Intelligence Unit, “Democracy Index 2019”, 5.

ed. por Ramón Máiz (Santiago de Compostela: Universidad Santiago de Compostela, 2001), 121-149.

³ El dato se explica por el número de países reconocidos en 1974 (150), sobre el total de democracias existentes en ese momento (41). Se toma como punto de partida el año de 1974, por cuanto representa el inicio de la tercera ola democrática, que se origina con la Revolución de los Claveles ocurrida el 25 de abril del año en cita, a partir de un levantamiento que provocó la restauración de la democracia en Portugal, casi cincuenta años después de la última convocatoria a elecciones (Larry Diamond, “¿Puede el mundo entero ser democrático? Democracia, desarrollo y factores internacionales”, *Revista Española de Ciencia Política*, <https://recyt.fecyt.es/index.php/recp/article/viewFile/37345/20863>).

⁴ El porcentaje corresponde al total de países en 2019 (194), sobre el número de democracias (completas, defectuosas y expresiones híbridas) que se encuentran en el mundo (113) (The Economist Intelligence Unit, “Democracy Index 2019: A year of democratic setbacks and popular protest”, <http://www.eiu.com/Handlers/WhitepaperHandler.ashx?fi=Democracy-Index-2019.pdf&mode=wp&campaignid=democracyindex2019>).

tington, para distinguir la existencia de olas históricas de democratización;⁵ y, por la otra, para expresar doctrinalmente, tal y como lo hizo Francis Fukuyama, su triunfo aparente como régimen político sobre el resto de sistemas, poco después de la implosión de los gobiernos comunistas de Europa del Este, apelando a una supuesta irracionalidad de acudir a una alternativa distinta (asistido en tal propósito del sistema capitalista liberal).⁶

El mapa global 2019, conforme a The Economist Intelligence Unit, se observa en el gráfico 1.

A pesar del crecimiento expuesto, los indicadores actuales demuestran que no es cierto que la democracia haya triunfado como régimen político, pese a que, al menos, más de la mitad del planeta vive en alguna de sus modalidades; y que, si bien tuvo un auge importante desde los años noventa hasta comienzos del nuevo siglo, con porcentajes de cobertura que llegaron hasta el 62 %, ⁷ los últimos indicadores advierten una regresión en su implementación, con la consecuente expansión de los regímenes autoritarios.

Ante este panorama, el informe de Economist Intelligence Unit resume lo ocurrido en el año 2019, con la expresión: “un año de contratiempos democráticos y protestas sociales”, advirtiendo una caída en el Índice Democrático Global (que se mide del 0 al 10) de un 5,44 %, sobre la base de la valoración de cinco pilares democráticos: el proceso electoral y el pluralismo,⁸ el respeto y la protección de las libertades civiles,⁹ el funcionamiento del Gobierno,¹⁰ la participación política¹¹ y la cultura política.¹² Este resultado se torna en el peor dato hasta la fecha, desde cuando se implementó tal medición en el año 2006. Precisamente, el índice de 2018 era

⁵ Samuel Huntington, *La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX* (Barcelona: Paidós Ibérica, 1994).

⁶ Francis Fukuyama, *El fin de la historia y el último hombre* (Barcelona: Planeta, 1992).

⁷ Diamond, “¿Puede el mundo entero ser democrático?”, 11.

⁸ Para su medición se valoran, entre otros, los siguientes elementos: la existencia de elecciones libres, el sufragio universal para todos los adultos, la seguridad en las jornadas electorales, la equidad en la competencia electoral, la financiación transparente de los partidos y la consagración de medios legales para la transferencia del poder.

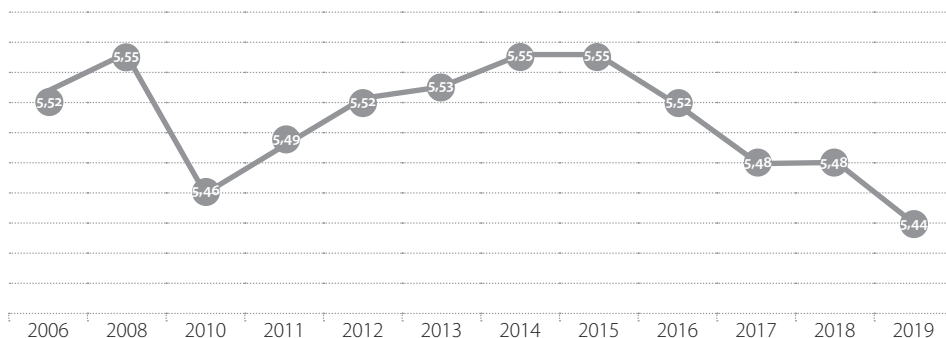
⁹ En este criterio se examinan la libertad de prensa, la libertad de expresión, el libre acceso a internet, la libertad de asociación, la consagración del derecho de petición, la libertad y tolerancia religiosa, la igualdad ante la ley y el amparo (en general) de los derechos humanos.

¹⁰ En su categorización se incluyen: la libre elección de los representantes del pueblo, la existencia de un efectivo sistema de frenos y contrapesos, la obligación de rendir cuentas, la no intervención de gobiernos extranjeros en el funcionamiento democrático, etc.

¹¹ Para su estudio se exploran, entre otros, la autonomía y la voz de los grupos étnicos y de otras minorías en el proceso electoral, la participación de las mujeres en el parlamento, la libertad de acceso a cargos públicos y el compromiso ciudadano con la política.

¹² Este criterio valora, por ejemplo, la existencia de consensos en la sociedad, la percepción sobre el sometimiento de los militares a la ley, el cumplimiento de las propuestas electorales y la defensa ciudadana de los beneficios del sistema democrático.

Gráfico 2.
Índice democrático global 2006-2019



Nota: Este gráfico se elaboró con base en el informe de Economist Intelligence Unit de 2019 ya citado, junto con el documento de la misma fuente que recoge los datos de 2018. Para efectos de consulta, véase The Economist Intelligence Unit, “Democracy Index 2018: Me too? Political participation, protest and democracy”, http://www.eiu.com/public/thankyou_download.aspx?activity=download&campaignid=Democracy2018.

Fuente: The Economist Intelligence Unit, “Democracy Index 2018: Me too? Political participation, protest and democracy”.

de 5,48, en el 2010 de 5,46 % (año de la crisis económica y financiera global) y en el 2006 de 5,52 %.

Las democracias que se consideran *completas*, no solo por tener una política de defensa de los derechos humanos, sino también por construir puentes de florecimiento de la cultura política, por garantizar el sometimiento de los poderes públicos al imperio de la ley, por tener un efectivo sistema de frenos y contrapesos, por salvaguardar la diversidad y el pluralismo, y por contar con un sistema judicial independiente cuyas decisiones gozan de carácter vinculante, más allá de que, por efectos del devenir político, tengan algunas dificultades menores en su funcionamiento, son realmente pocas. De acuerdo con los resultados del Índice Democrático Global, tan solo 22 países de todo el mundo –en el año 2019– cumplen con dichas exigencias.¹³ Entre ellos se destacan Noruega, Islandia, Suecia, Nueva Zelanda, Australia, Reino Unido, Uruguay, Austria, Francia, Portugal, Mauricio y Costa Rica.

Por el contrario, tal como se señaló, la mayoría de la población vive en lo que se suele denominar democracias *defectuosas*, por tener problemas en la protección de las libertades civiles, en la gobernanza o en la participación democrática ciudadana. Este fenómeno se extiende a lo que se denomina en el Índice Democrático Global regímenes *híbridos*, en los que, aunado a lo anterior, y muy próximos a los sistemas autoritarios, se advierten irregularidades sustanciales en las elecciones, en

¹³ The Economist Intelligence Unit, “Democracy Index 2019”, 3.

la alternancia del poder, en la sujeción al imperio de la ley, y en la falta de independencia del poder judicial.

El estancamiento y la regresión que se advierten en el régimen democrático supone entrar a considerar, como se mencionó al inicio de este documento, los criterios que permiten distinguir los casos en que el sistema opera de forma consolidada, respecto de aquellos en los que su funcionamiento es defectuoso. Para el efecto, se tomará como base el estudio de Merkel Wolfgang y Auriel Croissant, que distinguen las democracias de las autocracias y, dentro de las primeras, las democracias liberales (o completas) de las democracias defectuosas.

Utilizando los parámetros señalados por dichos autores, y teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en este escrito, en las democracias consolidadas se exigen tres criterios esenciales.¹⁴ En primer lugar, la soberanía debe radicar en el pueblo como soporte del poder político, la cual debe ejercerse directa o indirectamente, a través de representantes elegidos mediante sufragio universal. Esto implica, por una parte, abrir las puertas a la participación directa de la ciudadanía en la decisión de los asuntos públicos y, por la otra, garantizar la celebración de elecciones justas, libres, generales y secretas. Cuando un grupo de la población es excluido del derecho al sufragio universal, la democracia defectuosa asume el calificativo de *democracia excluyente*.¹⁵

En segundo lugar, el monopolio efectivo de los poderes del Estado debe ser ejercido por los representantes elegidos democráticamente. Si ello no ocurre y surgen poderes de veto o de dominación por parte de los militares, grupos armados ilegales o empresas multinacionales, la democracia defectuosa se cataloga como *democracia de dominios*.¹⁶

En tercer lugar, la democracia requiere la existencia de una constitución liberal (o del sometimiento de las autoridades al imperio de la ley). Este elemento exige, por un lado, la presencia de un sistema de frenos y contrapesos a través de la división de poder y, por el otro, la consagración y el respeto de los derechos humanos. Para Wolfgang y Croissant, “si los representantes electos en elecciones libres y generales quiebran estas reglas fundamentales, si los frenos mutuos al poder son eliminados mediante el soslayamiento del parlamento y del poder judicial, o si el imperio de la ley es menoscabado deliberada y crónicamente”,¹⁷ se está en presencia de una democracia defectuosa que recibe el nombre de *democracia iliberal*.¹⁸

Lo anterior plantea un vínculo inescindible entre el constitucionalismo y la democracia, pues se entiende que la constitución se convierte en el instrumento creado y validado por el pueblo, como poder soberano, para establecer límites al ejercicio del

¹⁴ Wolfgang y Croissant, “La democracia defectuosa”, 121-149.

¹⁵ Wolfgang y Croissant, “La democracia defectuosa”, 125.

¹⁶ Wolfgang y Croissant, “La democracia defectuosa”, 126.

¹⁷ Wolfgang y Croissant, “La democracia defectuosa”, 127.

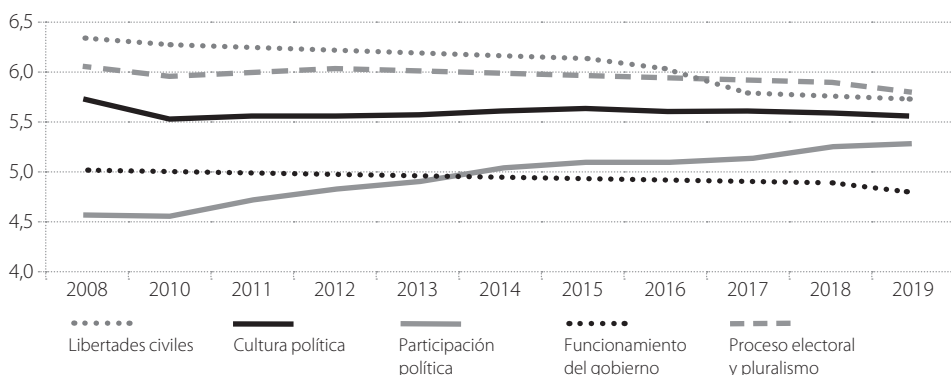
¹⁸ Wolfgang y Croissant, “La democracia defectuosa”.

poder público, previa organización y segmentación de las funciones a cargo de cada autoridad (lo que se conoce como la teoría de la división de los poderes), así como para sujetar a las mayorías y a los gobernantes a los deberes de respeto, garantía y protección de los derechos humanos, como pretensiones universales, inalienables e indivisibles de toda persona, incluyendo para el efecto sistemas eficientes de amparo.

Retomando el Índice Democrático Global y los cinco pilares que son objeto de examen, se advierte cierta estabilidad en los componentes referentes a la cultura política y al proceso electoral, lo que se justifica con la existencia de elecciones, partidos políticos y competencia electoral en la mayoría de los países que se registran como democráticos. No obstante, dos factores exteriorizan desde el año 2008 una tendencia a la baja: la protección de las libertades civiles y el funcionamiento correcto del Estado.

Se trata de dos indicadores verdaderamente preocupantes, pues exteriorizan que, por una parte, a pesar de la invención o el descubrimiento de los derechos humanos y de su consagración por vía de declaraciones, tratados, convenios y observaciones a nivel internacional, y de su réplica en textos constitucionales o legales en la órbita del derecho interno, persiste su desconocimiento y se mantiene la viciosa paradoja de su infracción y, por la otra, que existe un descontento en la labor de los poderes públicos (incluyendo por esa vía a los partidos políticos), que se viene exteriorizando cada vez más en los últimos tiempos, al considerar que su rol no se cumple de forma eficiente y que no actúan en dirección del bienestar general, por la creencia de que responden a intereses de otros agentes (empresas, multinacionales, gobiernos extranjeros o por la presión de la globalización), o por la convicción de que no son transparentes o que están cooptados por la corrupción.¹⁹ Lo expuesto hasta el momento se ilustra en el gráfico 3.

Gráfico 3. Índice Democrático Global 2008-2019



Fuente: The Economist Intelligence Unit, “Democracy Index 2019”, 7.

¹⁹ Sobre el particular pueden consultarse Elena García Guitián, “Los diagnósticos sobre la crisis de las democracias: desde la lucha por la etiqueta a las propuestas de reforma

Los hechos de los últimos años, sin duda, han venido mostrando lo que se refleja en el gráfico 3, esto es, que existe una caída en el índice referente a la protección de los derechos humanos, cuya regresión se expresa en el peor desplome de todos, en una proyección cercana del 6,4 al 5,6, y que ello es concomitante con la pérdida de confianza en el funcionamiento de las autoridades del Estado, que se proyecta en una disminución de su indicador del 5,0 al 4,6.

Se trata de dos pilares que se encuentran unidos y que, como se expuso, fueron identificados como parte del tercer criterio que demanda una democracia completa, esto es, la consagración de una auténtica constitución liberal, en la que el sistema de frenos y contrapesos funcione adecuadamente y en la que la protección de los derechos humanos se torne en una realidad. Por tal razón, el descontento que la sociedad democrática mundial viene expresando recientemente, en cierta medida impulsado desde el año 2005,²⁰ se concentra de forma particular en esos dos pilares como parte de un mismo criterio de construcción del sistema democrático.

Sin pretender realizar un listado taxativo de las razones que justifican ese descontento, cabe mencionar, al menos, los siguientes factores: el cuestionamiento hacia las democracias representativas, que se resume en las expresiones acuñadas de “no nos representan” o “democracia real, ya”,²¹ entre cuyas reclamaciones se exige un mayor control a los procesos de decisión política, la transformación hacia la democracia interna de los partidos, la eliminación de obstáculos para el ingreso de nuevos movimientos sociales, una verdadera lucha contra la corrupción, la

institucionales”, en *La democracia herida*, ed. por Álvaro Soto Carmona (Madrid: Biblioteca de Gobernanza y Derechos Humanos 5, Marcial Pons, 2019), 37-57; Fernando Flores Giménez, “Los partidos políticos: intervención legal y espacio político, a la búsqueda del equilibrio”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 35 (2015): 355-381; Miguel Ángel Presno Linera, “Partidos políticos y movimientos ciudadanos en la sociedad del riesgo y la desconfianza”, en *La metamorfosis del Estado y del derecho*, ed. por Miguel Ángel Presno Linera (Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, 2014), 213-252.

²⁰ Álvaro Soto Carmona, “El triunfo de la democracia (Las transiciones: un camino hacia la democracia)”, en *Gobernanza democrática*, ed. por Antonio Rovira (Madrid: Marcial Pons, 2013), 197-231.

²¹ En América Latina, por ejemplo, el Latinobarómetro expresa que entre 2006 y 2018 aumentó de 61 a 79 % los ciudadanos que dicen que se gobierna “para unos cuantos grupos poderosos en su propio beneficio”, con un porcentaje del 90 % en el caso de Brasil y de 88 % en México. En contrapartida, el indicador de quienes dicen que “se gobierna para el bien de todo el pueblo” viene bajando, pasando de un 36 % en 2011 a 17 % –menos de la mitad– en 2018, una caída de 19 puntos porcentuales. En términos de confianza, las peores valoraciones las tienen el poder judicial (24 puntos), el gobierno (22 puntos) y el congreso (21 puntos) (Corporación Latinobarómetro, *Informe 2018*, <http://www.latinobarometro.org/lat.jsp>). La situación en Europa no es alentadora, el Eurobarómetro 2018 indica una estimación favorable de tan solo un 29 % en el parlamento nacional y un 13 % en los partidos políticos, a pesar de cierta estabilidad en el sistema judicial cercana al 50 %. En el caso de España, la situación es aún peor, el Congreso obtiene una calificación de menos del 15 % y los partidos de alrededor del 8 % (Eurobarómetro, “Sondeos de opinión de 2018”, <https://europarl.europa.eu/at-your-service/es/be-heard/eurobarometer>).

eliminación de los privilegios de la clase política y la consagración de canales efectivos para la participación del pueblo, de forma directa, en la toma de decisiones públicas.

También se advierte la profundización en las desigualdades sociales, vinculadas con las crisis económicas recurrentes desde el año 2007, que han cuestionado los procesos de globalización, el funcionamiento multinivel del Estado (como es el caso de la Unión Europea), los flujos migratorios y las políticas para la realización de derechos sociales, tales como el trabajo, la vivienda, la salud y el acceso a servicios públicos de calidad.

Por último, se constata un crecimiento en la protesta social, con diferentes acciones colectivas alrededor del mundo democrático (los pingüinos en Chile, el 15-M de 2011 en España, los chalecos amarillos en Francia o las marchas de Colombia a finales de 2019). Incluso, en un reciente estudio –World Protests 2006-2013²²– se confirma el aumento continuo, año tras año, de las jornadas de protesta a nivel mundial, llegando a la cifra de 112 eventos en tan solo seis meses de 2013. Aun cuando gran parte de las demandas se centralizan en la obtención de justicia económica (en aspectos como el control a las entidades bancarias, la eliminación de cualquier tipo de rescate, el aumento impositivo en términos de progresividad, el control a la fuga de capitales a paraísos fiscales, etc.), el dato más relevante es la cifra abrumadora de reclamaciones que demandan por una real democracia (218 manifestaciones globales sobre un total de 843), básicamente, como lo expone el citado autor, por la creencia de que “los gobiernos y [los] diseñadores de políticas públicas no han priorizado a la ciudadanía, [aunado a] una frustración con los sistemas políticos tradicionales, y una falta de confianza en los partidos políticos en escena, sean de izquierda o derecha”.²³

Lo anterior nos constata que estamos ante un mundo democrático que ha venido y que sigue cambiando, y que ello no solo ha ocurrido por los fenómenos de la globalización, el multinivel, la lucha contra el terrorismo o la revolución de las tecnologías digitales, sino también por el impacto y la preocupación que se advierte en sus pilares y criterios definitorios, algunos con tendencia a la estabilidad, otros con una exteriorización sensible a la baja y uno de ellos creciendo y demandando una especial consideración.

¿Cuál es, entonces, el camino que tenemos que seguir para que la democracia sea efectivamente completa? No me atrevería a dar una respuesta al respecto. Pero, en su lugar, sí quisiera proponer en el resto de estas líneas, lo que es el objeto final de este trabajo, esto es, proponer que en el esquema del principio de división poderes, como parte esencial de la democracia, por una parte, se incorpore una respuesta a la preocupante situación en la que se encuentra el pilar referente a la protección de

²² Ortiz, Isabel *et al.* *World Protests 2006-2013* (New York: Initiative for Policy Dialogue and Friedrich-Ebert-Stiftung, 2013).

²³ Presno Linera, “Partidos políticos y movimientos ciudadanos”, 238.

los derechos humanos y, por la otra, se fortalezca el funcionamiento correcto del Estado, con el paso de una democracia inactiva a una democracia participativa.

2. La teoría de la división de poderes

En sus orígenes, el constitucionalismo liberal –inspirado en las ideas de Montesquieu y de Locke– consolidó un principio de organización política conocido como la teoría de la división de poderes, en virtud de la cual las funciones del Estado se disgregarían entre sí y serían repartidas a órganos distintos y separados. Precisamente, para Montesquieu, el hombre que tiene poder se inclina a abusar del mismo y para evitar que ello ocurra, por disposición de las cosas, es necesario que el poder detenga al poder. De ahí que, a su juicio, no pueda existir libertad si el poder de juzgar no está apartado de los poderes legislativo y ejecutivo. Se confió entonces en que estos tres poderes, entre ellos mismos, fuesen capaces cada uno de vigilar, controlar y detener los excesos de los otros, para impedir que alguno de ellos predominara sobre los demás.

Los tres poderes básicos se convirtieron en el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Y con la asignación de sus funciones separadas, se buscó no solo impedir la afectación de los derechos de los ciudadanos (mediante el control de las decisiones que los afectarían²⁴), sino igualmente la proscripción del abuso de autoridad, cuya expresión, para la época en que emerge la teoría de la división, se vinculaba con los excesos de las monarquías absolutas. Igualmente, cabe aclarar que la proyección de esta herramienta se extendió a la segmentación del poder político en las esferas federales o territoriales, cada una con sus propias autoridades y atribuciones, lo que dio origen a la existencia de un límite adicional, vinculado con la forma o estructura del Estado.

Si bien la teoría de la división se enfocó inicialmente en la estructuración de los distintos poderes como mecanismo de control, y así se manifestó en las primeras declaraciones de derechos humanos y en los primeros textos constitucionales, con el paso de los años, y sin dejar de lado los objetivos de su creación, fue adquiriendo –poco a poco– mayor preponderancia una circunstancia que le es inherente y que consiste en la fijación del conjunto de atribuciones a cargo de cada uno de los órganos establecidos, para efectos de exigir su cumplimiento, incluso bajo el auxilio del principio de colaboración armónica, con lo cual se pasó de un modelo rígido de separación a uno más flexible de cooperación entre las distintas ramas. Ya no se trata de que cada poder solo cumpla una función y que la ejerza de forma absolutamente

²⁴ Por ejemplo, mediante la figura de la reserva de ley para la regulación de los derechos. Como lo prescribe el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, conforme al cual: “La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. *Tales límites solo pueden ser determinados por la ley*”.

separada (el *poder legislativo* haciendo leyes, el *poder judicial* administrando justicia, y el *poder ejecutivo* dirigiendo la política y la administración civil, y ejerciendo la potestad reglamentaria), sino que, en ciertos casos y bajo determinadas premisas, esos poderes se interrelacionan, entran en esquemas de dependencia e incluso autorizan cierta flexibilización en el desempeño de sus funciones.

El cumplimiento de las funciones se convierte en el elemento más importante de la teoría de la división, pues por esa vía se logran los objetivos del Estado, en especial, en lo que refiere a la satisfacción de los derechos de las personas, para lo cual ya no basta una posición pasiva de las autoridades, sino que se exige un proceder de forma activa y encaminado de manera directa a su realización.²⁵

De esta manera, la teoría de la división asegura que la estructura del poder político se encuentre limitada y controlada, a la vez que se orienta a la realización de los objetivos del Estado, con la determinación y la exigibilidad de las funciones que se asignan a cada autoridad. Los poderes tradicionales siguen existiendo y el verdadero equilibrio entre ellos es un indicador fehaciente del estado de salud de una democracia, como se expuso en el apartado anterior. No obstante, es preciso tener en cuenta tres circunstancias que hoy en día determinan la forma como operan.

En primer lugar, en la actualidad los poderes públicos se encuentran sujetos en gran medida a la acción de los partidos políticos, como entes capaces de expresar una ideología de política general, que busca convertirse en directriz de funcionamiento del Estado. Los partidos concurren a las elecciones y obtienen curules en las asambleas legislativas, y desde ellas, o consolidan los gobiernos, como ocurre en el régimen parlamentario,²⁶ o ayudan a impulsar sus agendas, con ocasión de los procesos de negociación política que identifican al régimen presidencial.

En segundo lugar, el ejercicio de los poderes públicos igualmente se ha visto impactado por el fenómeno de la globalización, por lo que las constituciones autorizan la cesión o transferencia de competencias soberanas a autoridades supranacionales, con el fin de mantener un esquema de unidad derivado de procesos de integración, en términos normativos y de justicia. Ello se advierte en el caso de la Unión Europea, con los poderes legislativos del Parlamento Europeo y el Consejo de Europa,

²⁵ A título de ilustración, el numeral 2 del artículo 9 de la Constitución Española establece: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Por su parte, el numeral 1 del artículo 3 de la Constitución de Ecuador dispone: “Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”.

²⁶ Véase, al respecto, el artículo 99 de la Constitución de España.

con los poderes ejecutivos que desempeña la Comisión Europea, y con los poderes judiciales en cabeza del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.²⁷

En tercer lugar, al lado de los tradicionales poderes del Estado, algunas constituciones han establecido otros “poderes” –que suelen denominarse organismos autónomos e independientes–, los cuales se crean por las particularidades de cada país, por los fines prioritarios que marcan su desarrollo y por los propósitos que guían el desenvolvimiento de la función pública. Así, por ejemplo, existen organismos especiales de control fiscal (como las cortes de cuentas o las contralorías), los órganos de defensa y protección de los derechos humanos (como las defensorías del pueblo o el *ombudsman*), otros de control monetario (como los bancos centrales) y algunos para la regulación de ciertos sectores económicos de impacto social (como las agencias o comisiones de televisión).

En general, como lo advierte Ramón Punset, cabría señalar que la división de poderes, como teoría jurídica de la organización constitucional, siempre ha significado “pluralidad institucionalizada de centros de poder”.²⁸ Una pluralidad orgánico-funcional del Estado cuya amplitud o estrechez depende de cada ordenamiento jurídico, cuya finalidad es, hoy en día, garantizar los derechos y las libertades de las personas “mediante la distribución del ejercicio de las funciones estatales entre [dicha] pluralidad de órganos situados en la cúspide”²⁹ del poder público del Estado.

Dentro de esa pluralidad institucionalizada de centros de poder, la democracia de inicios del siglo XXI demanda la participación activa de dos actores, cuyo propósito es el de contribuir a dar respuesta a la preocupante situación en la que se encuentra el pilar referente a la protección de los derechos humanos y, a su vez, fortalecer el indicador concerniente al funcionamiento correcto del Estado, tal como se mencionó. Esos actores, que deben estar presentes más allá de los esquemas propios que se adopten por parte de cada Estado, son, por una parte, el órgano titular de la soberanía popular, esto es, el *electorado*, como sujeto del proceso electoral y de otros esquemas de participación; y por el otro, la *justicia constitucional* o, lo que es lo mismo, la presencia de un tribunal constitucional o de un órgano que tenga la atribución de aplicar y hacer efectivos los mandatos previstos en la Constitución, en especial, en lo que atañe a su componente de la protección de los derechos humanos.

²⁷ Sobre el particular, se puede consultar el siguiente texto: Daniel Sarmiento, *El derecho de la Unión Europea* (Madrid: Marcial Pons, 2018).

²⁸ Ramón Punset, “¿De nuevo sobre la división de poderes?”, en *Fundamentos 5. La división de poderes* (Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, 2009), 16.

²⁹ Punset, “¿De nuevo sobre la división de poderes?”, 16.

3. El electorado y la división de poderes

Hacia 1920, Hans Kelsen habló de la “fatiga del parlamentarismo” y apeló a la necesaria democratización de los partidos y de las instituciones representativas.³⁰ De ahí en adelante hemos venido siendo testigos de un inconformismo general respecto de la forma como operan, en especial, los parlamentos y, a través de ellos, los partidos políticos. Se cuestiona que la toma de decisiones en estos últimos no es consensuada, sino que proviene de centros internos de poder, mediante esquemas secretos y no públicos; se alega que su financiación con recursos públicos los convierte en máquinas electorales que poco responden ante el electorado; se considera que los parlamentarios son una casta privilegiada que no se preocupa por la política, sino por vivir de ella; se sostiene que el sistema electoral beneficia a los partidos de siempre y que ello excluye a un margen importante de la ciudadanía de una efectiva representación; se afirma que son escasos los procesos deliberativos que se llevan a cabo en las asambleas legislativas, sobre todo cuando se trata de decisiones relevantes para la comunidad.³¹

A la par, existe una tendencia a identificar a la democracia con los procesos electorales, cuando en realidad ella va mucho más allá del componente del sufragio, al incluir al electorado, como sujeto político, en expresiones que manifiestan su voluntad, tales como las iniciativas legislativas populares, las consultas ciudadanas, los procesos de *referéndum* e, incluso, cuando se trata de un esquema organizado y representativo, las propias manifestaciones y concentraciones ciudadanas.

Por ello, Kelsen, cuando hablaba de la “fatiga del parlamentarismo”, también proponía la necesidad de fortalecerlo, no directamente, sino de forma indirecta, a través de la defensa de la democracia, esto es, haciendo “partícipe [al pueblo] en la legislación en mayor medida de lo que es común en el sistema parlamentario donde el pueblo queda limitado al acto de la elección”,³² y si bien él alude, como instrumentos, al *referéndum* y a la iniciativa legislativa popular, ello no excluye la apertura a otros esquemas democráticos que le otorguen a la ciudadanía un poder decisorio.

Esta apertura logra tres propósitos. El primero es que fortalece los canales de diálogo y articulación entre el poder legislativo y el electorado, lo que permite que este último se haga partícipe de las decisiones que le impactan. El segundo es que brinda escenarios de control para que la ciudadanía pueda, incluso contra el querer de los partidos políticos, establecer lineamientos de acción, en aquellas materias de difícil cambio normativo. Y, el tercero, es que contribuiría a la integración de sectores que se sienten excluidos y no representados dentro de la sociedad, en lo que últimamente se ha denominado como los antisistema. La democracia no

³⁰ Presno Linera, “Partidos políticos y movimientos ciudadanos”, 235.

³¹ Presno Linera, “Partidos políticos y movimientos ciudadanos”, 227-236.

³² Hans Kelsen, *De la esencia y valor de la democracia* (Granada: Comares, 2002), 113.

solo protege la libertad, sino que, de forma esencial, se nutre de la máxima participación en libertad del ciudadano.

Como afirma Miguel Ángel Presno Linera, este cambio de orientación no pretende instaurar una democracia participativa en reemplazo de la democracia representativa; al contrario, lo que busca es darle un nuevo aire democrático a la sociedad, haciendo más participativa a la democracia.³³ En sus propias palabras: “La democracia *realizada* exige una noción distinta de lo político y otras instituciones más ajustadas a unos ciudadanos conscientes de sus derechos y dispuestos a la participación. En suma, la cesura creciente y cada vez más perceptible entre las reclamaciones ciudadanas y su representación en el espectro de los partidos dota de más fuerza y apoyo a las iniciativas ciudadanas y a los nuevos movimientos sociales”.³⁴

Para el efecto, el ordenamiento jurídico debe considerar que el *electorado* constituye un nuevo centro de poder dentro de la teoría de la división de poderes, y que es preciso abrir canales para que los ciudadanos se hagan partícipes directos en la toma de decisiones públicas, lo que, además, conlleva el ejercicio de derechos fundamentales propios del sistema democrático, como la libertad de expresión, el derecho de reunión y el derecho de asociación. Esas vías, incluidas la iniciativa legislativa popular y el *referéndum*,³⁵ se podrían ampliar con las consultas ciudadanas, los plebiscitos, las consultas previas, las revocatorias de mandatos, y con la flexibilización hacia canales que permitan el desarrollo de los movimientos ciudadanos, siempre sujetos al orden público y a la no infracción de los derechos de los demás.

Reconocer al *electorado* como un nuevo poder, ampliando sus escenarios de decisión, conduce a que el pilar de la democracia identificado como la *participación política* necesariamente crezca y, por esa vía, también se mejore el indicador referente al *funcionamiento correcto del Estado*, pues las instituciones tradicionales entenderán que han dejado de ser el único ámbito en el que se decide la transformación del futuro social, y ello las invitará a reforzar internamente sus esquemas de actuación para mejorar en la confianza ciudadana y articular con el pueblo la realización de sus demandas. Se lograría entonces una sociedad más democrática y con mayor control sobre la labor de los poderes públicos tradicionales.

No obstante, para evitar los riesgos que podrían recaer en un gobierno de las mayorías, vinculado a esquemas populistas que lleven a un uso inapropiado de la participación para negar los derechos de las minorías o para traicionar al régimen democrático, es necesario entender, por una parte, que el *electorado* debe ser considerado un centro adicional de poder dentro del esquema de división de poderes, mas no el único, ni tampoco el superior a cada uno de ellos. Por el

³³ Presno Linera, “Partidos políticos y movimientos ciudadanos”, 239.

³⁴ Presno Linera, “Partidos políticos y movimientos ciudadanos”, 236.

³⁵ Es el caso de España, en el que tan solo se prevén estas dos alternativas, en los artículos 87.3, 92 y 149.32 de la Constitución.

contrario, bajo el *esquema funcional* ya explicado, es necesario que se establezca la forma como debe operar el principio democrático, los canales permitidos y el alcance de la decisión sin que, en ningún caso, se pueda obrar más allá de lo estrictamente permitido. Y, por la otra, es necesario que se introduzcan *cláusulas de intangibilidad* o la exigencia de *mayorías calificadas* para referendos o iniciativas legislativas populares, en asuntos que puedan impactar –directa o indirectamente– en los derechos humanos, en la protección de las minorías, en el sistema electoral, en el régimen de los partidos políticos y en los propios mecanismos de participación ciudadana.

4. La justicia constitucional y su importancia en la división de poderes

Más allá de los antecedentes remotos que se citan para referir al origen del constitucionalismo y del control de constitucionalidad, lo cierto es que la fuente por excelencia de este último se halla en la conocida sentencia *Marbury vs. Madison*, de 1803, dictada por el juez Marshall, en la que se resolvió que, en caso de conflicto entre la legislatura y la constitución, no había alternativa distinta a entender que esta última es la ley suprema y que, por ello, su contenido es inalterable por los medios ordinarios. En consecuencia, una ley contraria a la constitución no es ley, y si, por alguna razón, se llegase a una conclusión distinta, el único resultado que se tendría es que las constituciones no serían nada distinto a absurdos intentos del pueblo por limitar un poder (en este caso, del legislativo) cuya naturaleza devendría en ilimitable.

Esta sentencia originó un esquema de control de constitucionalidad denominado *difuso o americano*, cuyas notas particulares son: i) todos los jueces están habilitados para inaplicar las leyes cuando las juzgan contrarias a la constitución; ii) el control surge de casos concretos y no de planteamientos abstractos de constitucionalidad; iii) la legitimación para provocar el juicio radica en cabeza de los ciudadanos inmersos dentro del proceso; iv) la decisión que se adopta únicamente produce consecuencias para el asunto objeto de estudio, esto es, origina efectos *inter-partes*, salvo cuando se aplica la teoría del precedente judicial, a través del *stare decisis*.³⁶

En la historia constitucional, años más adelante, surgió un segundo esquema de control, en el que la defensa de la constitución se otorgó a un *tribunal especial* denominado, por lo general, tribunal constitucional, corte constitucional o corte de constitucionalidad, siguiendo las pautas marcadas por Kelsen en la Constitución austriaca de 1920. Sus principales características son: i) el control se realiza a través de un juicio concentrado en la citada autoridad, cuya decisión se traduce en la posibilidad de decretar la nulidad de lo dispuesto en la ley (de ahí el

³⁶ Aun cuando surgió en Estados Unidos, se ha replicado en varias partes del mundo, como en Argentina, Grecia, Dinamarca, Suecia o Finlandia.

nombre de *legislador negativo*); ii) el proceso que se adelanta es independiente de la existencia de una causa particular, por lo que se entiende que es abstracto, teórico y directo; iii) la legitimación para provocar su inicio se sujeta al actuar restringido de ciertos órganos del Estado (como el Gobierno, un determinado número de parlamentarios, el defensor del pueblo o las autoridades de los estados federados), excepcionalmente se autoriza su origen por los ciudadanos, como ocurre en el caso de Colombia, Austria y Bélgica; iv) por su naturaleza abstracta permite tanto modalidades de control posterior como de control preventivo³⁷ o, lo que es lo mismo, con anterioridad a la publicación y promulgación de los actos (tradicionalmente limitado al caso de los tratados internacionales³⁸); v) la decisión que se adopta produce efectos *erga omnes*, esto es, con un alcance general para todas las personas, alterando de manera inmediata el ordenamiento jurídico. Este sistema suele recibir el nombre de control *européo*, *concentrado*, *kelseniano* o *austriaco*, a partir de las distintas notas que lo identifican.³⁹

Lo cierto es que hoy en día difícilmente se encuentran sistemas puros de control (*difuso* o *concentrado*), por lo que los esquemas suelen ser *mixtos*, especialmente por la introducción de figuras como: i) la cuestión de inconstitucionalidad⁴⁰

³⁷ Especialmente relevante en el modelo francés, a través del control *ex officio* de las leyes orgánicas y del control previo del resto de leyes, siempre que medie petición reservada de ciertas autoridades legitimadas para el efecto. Recientemente, a partir del 1° de marzo de 2010, se creó un control posterior a cargo del Consejo Constitucional francés, sometido al reenvío de la controversia por parte del Consejo de Estado o de la Corte de Casación, con miras a determinar si una disposición en aplicación vulnera los derechos y las libertades garantizados en la Constitución. En esta hipótesis se exige el requerimiento de las citadas autoridades judiciales, por lo que esta figura se conoce con el nombre de cuestión prioritaria de constitucionalidad (QPC).

³⁸ Esta alternativa se constata en el artículo 241.10 de la Constitución Política de Colombia y en el artículo 95 de la Constitución de España. En el primero se dispone: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: [...] 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva”; mientras que, en el segundo, se señala lo siguiente: “La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”.

³⁹ Se encuentra en Alemania, Bulgaria, Colombia, Ecuador, España, Italia, Letonia, Perú, Polonia, República Checa, Venezuela, etc.

⁴⁰ A través de la *cuestión de inconstitucionalidad* cabe que, en un litigio concreto, el juez de la causa someta a decisión del tribunal constitucional el examen de las normas legales que tiene que aplicar de forma decisoria en un proceso determinado. Por ejemplo, el artículo 163 de la Constitución Española establece: “Cuando un órgano judicial considere, en algún

y ii) la excepción de inconstitucionalidad,⁴¹ así como por el auge de modelos amplios de control derivados de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos (lo que se ha llamado el control de convencionalidad⁴² y el control multinivel⁴³).

Pero, más allá del sistema que se adopte y del tipo de juez que exista, es claro que el control de constitucionalidad se dirige básicamente a incorporar un conjunto de procedimientos en garantía del respeto al texto fundamental en todas sus partes, y es allí en donde adquiere una especial trascendencia, pues sin perjuicio de lo amplio o reducido que pueden llegar a ser los textos constitucionales, dos elementos esenciales siempre suelen estar presentes, por un lado, la *parte orgánica*, que refiere a la estructura del Estado, a las funciones que se cumplen por sus órganos y a los límites

proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”.

⁴¹ La *excepción de inconstitucionalidad* constituye una figura que permite inaplicar una norma jurídica en un caso concreto cuando se advierte que la misma es incompatible en su contenido normativo con lo dispuesto en la Constitución. En algunos países, esta figura puede ser activada por cualquier autoridad pública (como es el caso de Colombia) y en otros solo en el desarrollo de actuaciones judiciales (como ocurre en Perú). Precisamente, respecto de esta última alternativa, el artículo 4 del Código Procesal Constitucional de Perú establece: “Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución”.

⁴² El *control de convencionalidad* supone que todas las autoridades de un Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) tienen la obligación de inaplicar su regulación interna, cuando ella desconozca el *corpus juris interamericano*, compuesto, en esencia, por las disposiciones del Pacto de San José y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Se trata propiamente de un *control difuso* que, por excelencia, se confiere a los jueces y a los tribunales constitucionales. Su origen deviene de casos como *Almonacid Arellano vs. Chile*; *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*; *Gelmán vs. Uruguay*.

⁴³ El *control multinivel* es propio de Europa y se caracteriza, por una parte, por la sujeción de los Estados miembros a lo previsto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Su lógica implica que las decisiones del Tribunal de Estrasburgo son vinculantes no solo para resolver los asuntos que se le someten, sino con más amplitud para aclarar, amparar y desarrollar las normas del Convenio (*Caso Irlanda vs. Reino Unido*, 18 enero 1978, párr. 154), de suerte que su doctrina obliga de buena fe a que las normas internas sobre derechos fundamentales solo puedan operar autónomamente en aquellos sectores que no hayan sido tocados por la jurisprudencia del citado Tribunal. No existen en este esquema posibilidades de inaplicación de normas, como en el sistema interamericano, y lo único que se advierte es el Protocolo 16, en el que se establece que los altos tribunales de los Estados miembros pueden presentarle al Tribunal de Estrasburgo opiniones consultivas sobre la interpretación de las disposiciones del tratado. Por otro lado, cabe señalar que la Unión Europea cuenta con su propia Carta de Derechos Fundamentales, la cual resulta obligatoria para los Estados partícipes de dicho esquema de organización, y como consecuencia de su efecto directo, debe aplicarse de forma prioritaria sobre las normas internas de los países miembros. Así lo ha admitido el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, por ejemplo, en las sentencias *Volker und Markus Schecke* (C-92 y 93/09, EU:C:2010:662), apartados 58 y 60, y *DEB* (C-279/09, EU:C:2010:811), apartado 40.

que condicionan su actuación (*check and balances*) y, por la otra, la *parte dogmática*, esto es, la consagración de los principios del Estado y de los derechos inalienables de las personas (derechos fundamentales; derechos políticos; derechos económicos, sociales y culturales (DESC); derechos colectivos, etc.).

La justicia constitucional cumple entonces una atribución específica y concreta dentro de la estructura del Estado, la cual corresponde a la *función de defensa del orden constitucional*. Esta labor se expresa, en esencia, en el cumplimiento de dos mandatos principales:⁴⁴

- En primer lugar, se asigna la *protección del Estado constitucional de derecho*, mediante la preservación de los mandatos consagrados en el texto superior, lo que implica un rol dirigido a preservar los límites de los poderes públicos, a controlar el ejercicio del poder (incluso en circunstancias extraordinarias de orden constitucional), a afirmar la igualdad ante la ley, a verificar que funcionen los controles inter e intraorgánicos, a proteger la independencia judicial, a mantener el pluralismo, a garantizar la libertad del sufragio y a salvaguardar el contenido abstracto de los derechos. Todos estos objetivos se alcanzan cuando se elimina (o inaplica) una norma por inconstitucional, asegurando que la justicia constitucional se convierta en la autoridad que reafirma la voluntad popular, que protege la democracia y que ratifica la supremacía de la Constitución.⁴⁵
- En segundo lugar, se le otorga el rol de *defender los derechos humanos*, especialmente a través de figuras como el amparo o la tutela judicial. Se trata de una atribución que goza de especial trascendencia en el sistema difuso,⁴⁶ pero

⁴⁴ Por fuera de ellas existen materias muy dispares, según los países, como la revisión de procesos electorales, el enjuiciamiento penal de altos cargos del Estado, la garantía de autonomía de entes territoriales, la definición de conflictos de competencia, etc.

⁴⁵ Al respecto, Pablo Dermizaky señala: “Para preservar el Estado de derecho la justicia constitucional se erige en árbitro de las grandes cuestiones que dividen y enfrentan a los actores políticos. Es asimismo un factor de cohesión, de integración y de pacificación de la sociedad política cuando, por ejemplo, pone el contrapeso necesario en las relaciones mayoría-oposición parlamentaria, evitando que la primera abuse de su poder numérico en detrimento de los derechos de la segunda. Recordemos que Benjamín Constant decía, a propósito de esto, que ‘cuando a la autoridad representativa (léase el parlamento) no se le impone límites, los representantes del pueblo no son ya defensores de la libertad, sino candidatos de la tiranía, puesto que cuando la tiranía está constituida, puede ser mucho más horrible cuanto más numerosos sean los tiranos’” [Pablo Dermizaky, “Justicia constitucional y democracia”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 13 (2009): 219].

⁴⁶ Al respecto, Benigno Pendás pone de presente que, en el caso de Estados Unidos, su sistema de control “ofrece muchos hitos en una historia que cuenta ya dos siglos largos. Recordemos los últimos tramos. Los tribunales Warren y Burger se asociaron con la consolidación de los derechos civiles: Brown (1954) pone fin a la segregación racial en la escuela. [...] Roe (1973) [...] admit[e] con restricciones [la interrupción del embarazo]; [y] Bakke (1978) es una decisión crucial a favor de la discriminación positiva, en concreto, sobre la cuota racial en las

que generalmente suele tener limitaciones en el sistema concentrado, pues los textos constitucionales reducen su alcance –en muchas oportunidades– a los derechos fundamentales.⁴⁷ A pesar de ello, y sin desconocer el uso de figuras jurisprudenciales que han permitido la ampliación de la protección,⁴⁸ no cabe duda de que esta función es esencial en la democracia, pues permite que la gente entienda que las instituciones la protegen, a la vez que siembra una cultura a favor de la institucionalidad.

Dentro del escenario en el que se desenvuelven ambas atribuciones, cabe reconocer que la justicia constitucional también desempeña un rol adicional, consistente en la protección de las minorías. Pablo Dermizaky se refiere a este objetivo en los siguientes términos:

En el Estado constitucional de nuestros días la democracia no es igual a gobierno de la mayoría, porque las minorías tienen derechos consagrados en las Constituciones escritas, la mayoría de las cuales cuentan con declaraciones de derechos, que deben ser protegidos por la justicia constitucional. El Juez de la Corte Suprema de Estados Unidos de América, Robert H. Jackson, dijo en una opinión que emitió en 1943, que “el propósito de la Declaración de Derechos fue liberar [a] ciertas materias de las vicisitudes de las controversias políticas, sustrayéndolas del alcance de las mayorías y de los empleados del gobierno, y estableciéndolas como principios legales a ser aplicados por los tribunales” (*West Virginia State Board of Education vs Barnette*).⁴⁹

La justicia constitucional aparece, entonces, como la autoridad que, a la vez que defiende la constitución y somete a ella a todos los poderes, garantiza la vigencia del sistema democrático, pues su norte de acción es, por excelencia, la protección de las libertades civiles de los ciudadanos. Es un órgano que, aun cuando en el sistema difuso se fusiona con la rama judicial (un mismo sujeto con doble ropaje), y en el sistema concentrado suele estar separado y actuar como un órgano autónomo (un

universidades” [Benigno Pendás, “División de poderes y formas de gobierno. Una perspectiva contemporánea”, *La división de poderes* (Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, 2009), 228-229].

⁴⁷ Así ocurre, por ejemplo, en el caso de España (como se constata en el art. 41 de la LO 2 de 1979) o de Colombia (según se advierte en el art. 86 de la CP).

⁴⁸ En algunos países, como Colombia, se han utilizado las técnicas de la conexidad y de la transmutación de derechos. En el primer caso, a través del entendimiento de que la violación de un derecho de contenido no fundamental es susceptible de amparo por la vía de la conexidad, cuando su desconocimiento implica a la vez la infracción de una garantía que sí tiene dicho contenido (v. gr., se ampara el derecho a la vivienda por la vulneración del debido proceso). En el segundo caso, mediante la reclasificación del lugar que ocupa un derecho, tal como ocurrió con la salud que, en el país objeto de ejemplo, transmutó a fundamental previo reconocimiento de su carácter de DESC (Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008).

⁴⁹ Dermizaky, “Justicia constitucional y democracia”, 214.

tribunal especial por fuera de las ramas del poder, tal como lo concibió Hans Kelsen) –aunque ello no siempre ocurre así, en la medida en que algunos países que adoptan este sistema lo consagran como parte de salas especiales dentro de los tribunales ordinarios o como un miembro adicional de la Rama Judicial–, lo cierto es que su función es distinta a la que se concibe como originaria de este poder, ya que, tal y como se explicó, su labor se concreta en la *defensa del orden constitucional*, con las implicaciones políticas, sociales y jurídicas que ello envuelve.

Por consiguiente, es claro que la existencia de dicha función específica dentro de la estructura constitucional, que se convierte en esencial para el adecuado funcionamiento del sistema democrático, torna a la justicia constitucional en un nuevo centro de poder para el correcto desarrollo de las democracias del siglo XXI, por lo que debe reconocerse su rol dentro del esquema de división de poderes, incluso en los sistemas difusos, con el señalamiento concreto de la doble función que cumplen sus jueces, según se constató, en términos de autonomía e independencia.

Conclusión

Tomando las palabras de Fernando Vallespín, existe un hecho que es incontrovertible y es que toda “crisis acaba teniendo consecuencias políticas, [y] crea las condiciones para la gestación de nuevas formas de poder y de reorganización del Estado”.⁵⁰ Esta realidad se constata en el presente escrito, en el que, luego de referir a las dificultades que se vienen exteriorizado en el sistema democrático, se concluye que, en las democracias del siglo XXI, valdría la pena revisar el esquema de división tradicional de poderes con miras, por una parte, a incorporar dentro del mismo al *electorado*, no solo como sujeto del proceso electoral, sino también como actor político –al que deben otorgarse opciones efectivas de participación en la toma de decisiones públicas–; y, por la otra, a la *justicia constitucional*, como órgano indispensable para la protección del Estado constitucional de derecho y para la realización de los derechos humanos, mediante el ejercicio de la función específica de defensa del orden constitucional.

Bibliografía

CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. “Informe 2018”, <http://www.latinobarometro.org/lat.jsp>.

DERMIZAKY, Pablo. “Justicia constitucional y democracia”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 13 (2009).

⁵⁰ Fernando Vallespín, “El Estado y la crisis económica”, en *Gobernanza democrática*, ed. por Antonio Rovira (Madrid: Marcial Pons, 2013), 54.

- DIAMOND, Larry. “¿Puede el mundo entero ser democrático? Democracia, desarrollo y factores internacionales”. *Revista Española de Ciencia Política*, n.º 9 (2003): 9-38. <https://recyt.fecyt.es/index.php/recp/article/viewFile/37345/20863>.
- EUROBARÓMETRO. “Sondeos de opinión de 2018”. <https://europarl.europa.eu/at-your-service/es/be-heard/eurobarometer>.
- FUKUYAMA, Francis. *El fin de la historia y el último hombre*. Barcelona: Planeta, 1992.
- FLORES GIMÉNEZ, Fernando. “Los partidos políticos: intervención legal y espacio político, a la búsqueda del equilibrio”. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 35 (2015).
- GARCÍA GUTIÁN, Elena. “Los diagnósticos sobre la crisis de las democracias: desde la lucha por la etiqueta a las propuestas de reforma institucionales”. En *La democracia herida*, editado por Álvaro SOTO CARMONA. Madrid: Biblioteca de Gobernanza y Derechos Humanos 5, Marcial Pons, 2019.
- HUNTINGTON, Samuel. *La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1994.
- KELSEN, Hans. *De la esencia y valor de la democracia*. Granada: Comares, 2002.
- LINZ, Juan J. “Los problemas de las democracias y la diversidad de democracias”. En *Doce lecturas fundamentales de ciencia política*, editado por Irene DELGADO y Lourdes LÓPEZ NIETO. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2013.
- MERKEL, Wolfgang y Auriel CROISSANT. “La democracia defectuosa como régimen político: instituciones formales e informales”. En *Construcción de Europa, democracia y globalización*, editado por Ramón MÁIZ. Santiago de Compostela: Universidad Santiago de Compostela, 2001.
- ORTIZ, Isabel et al. *World Protests 2006-2013*. New York: Initiative for Policy Dialogue and Friedrich-Ebert-Stiftung, 2013.
- PENDÁS, Benigno. “División de poderes y formas de gobierno. Una perspectiva contemporánea”. En *La división de poderes*. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, 2009.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel. “Partidos políticos y movimientos ciudadanos en la sociedad del riesgo y la desconfianza”. En *La metamorfosis del Estado y del derecho*, editado por Miguel Ángel PRESNO LINERA. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, 2014.
- PUNSET, Ramón, coord. “¿De nuevo sobre la división de poderes?”. En *Fundamentos 5. La división de poderes*. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, 2009. <https://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/quinto/pdfs/presentacion.pdf>.
- SARMIENTO, Daniel. *El derecho de la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons, 2018.
- SOTO CARMONA, Álvaro. “El triunfo de la democracia (Las transiciones: un camino hacia la democracia)”. En *Gobernanza democrática*, editado por Antonio ROVIRA. Madrid: Marcial Pons, 2013.

THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. “Democracy Index 2018: Me too? Political participation, protest and democracy”. http://www.eiu.com/public/thankyou_download.aspx?activity=download&campaignid=Democracy2018.

THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. “Democracy Index 2019: A year of democratic setbacks and popular protest”. <http://www.eiu.com/Handlers/WhitepaperHandler.ashx?fi=Democracy-Index-2019.pdf&mode=wp&campaignid=democracyindex2019>.

VALLESPÍN, Fernando. “El Estado y la crisis económica”. En *Gobernanza democrática*, editado por Antonio ROVIRA. Madrid: Marcial Pons, 2013.

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera* (Perú)

Juez constitucional y activismo: entre lo constitucionalmente necesario y lo constitucionalmente recusable. Legitimidad, límites y retos**

RESUMEN

El tema de la legitimidad del juez constitucional es tan crucial como polémico. Es más, a lo largo de los años ha habido justificaciones y críticas diversas. Considero, luego de realizar algunas anotaciones, que existe sustento para asumir que el juez constitucional hoy se encuentra legitimado en su labor. Ahora bien, sugiero también que podría explorarse cómo enriquecer esa legitimidad apuntalando para ello el uso de dinámicas deliberativas.

La materia en que, sin embargo, he centrado aquí mi atención, después de reseñar los actuales alcances de la labor de los jueces constitucionales, se encuentra relacionada con los límites al quehacer del juez constitucional, y los riesgos que estas limitaciones pueden generar, así como a los retos que enfrenta la labor activista del juez constitucional.

Palabras clave: jurisdicción constitucional; activismo judicial; límites.

* Doctor en Derecho con mención sobresaliente summa cum laude, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Catedrático de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Procesal Constitucional. Magistrado y exvicepresidente del Tribunal Constitucional del Perú; profesor visitante o conferencista invitado en el Parlamento Europeo y universidades, centros de estudios y cortes constitucionales de Alemania, Italia, Francia, España, Suiza, Polonia, Brasil, Argentina, México y Corea del Sur, entre otros países europeos, latinoamericanos, asiáticos y africanos. Integrante de las mesas directivas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, la Red Peruana de Docentes de Derecho Constitucional, y las Asociaciones Peruanas de Derecho Administrativo y Derecho Procesal Penal. Perito por la Comisión ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Autor de diversos libros y artículos sobre su especialidad. eaespino@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-1205-448X>.

** Este texto recoge en gran parte las reflexiones hechas en un capítulo de mi libro *Sobre los límites al juez constitucional* (Lima: *Gaceta Jurídica*, 2019) (ya hay una segunda edición corregida y ampliada en imprenta).

Constitutional judges and activism: between the constitutionally necessary and the constitutionally objectionable. Legitimacy, limits and challenges

ABSTRACT

The issue of the legitimacy of constitutional judges is as crucial as it is controversial. Furthermore, over the years there have been different justifications and criticisms. After making some observations, I believe that there is support for assuming that the work of constitutional judges is legitimate. Now, I also suggest exploring how that legitimacy could be enriched by shoring up the use of deliberative dynamics. However, the subject on which I have focused my attention, after reviewing the current work of constitutional judges, is related to the limits on that work, and the risks that those limitations may generate, as well as the challenges faced by the activist work of constitutional judges.

Keywords: Constitutional judge and jurisdiction; judicial activism; limits.

Zum Aktivismus von Verfassungsrichtern: zwischen dem verfassungsrechtlich Notwendigen und Verwerflichen. Legitimität, Grenzen und Herausforderungen

ZUSAMMENFASSUNG

Die Frage der Legitimität von Verfassungsrichterinnen und -richtern hat grundlegenden Charakter und ist zugleich umstritten. Zudem haben sich die Begründungen und Kritiken im Lauf der Jahre geändert. Der Beitrag legt die Legitimitätssicherung der Tätigkeiten von Verfassungsrichterinnen und -richtern dar und zeigt die Möglichkeit der Festigung dieser Legitimität durch den verstärkten Einsatz von Verhandlungsdynamiken auf. Neben der Darstellung des Geltungsbereichs der verfassungsrichterlichen Tätigkeit richtet sich das Hauptaugenmerk des Beitrags zum einen auf die Grenzen, die dem Handeln von Verfassungsrichtern gezogen sind, und auf die damit verbundenen Risiken, zum anderen aber auch auf die Herausforderungen, vor denen ihr juristischer Aktivismus steht.

Schlagwörter: Verfassungsrichter/-innen; juristischer Aktivismus; Grenzen.

1. Anotaciones iniciales

Muchas veces he considerado –y coincido con otros– que Kelsen jamás pensó que un juez constitucional podía limitarse a ser un legislador negativo, circunscribido a detectar qué se puede hacer desde una comprensión de control (y no de interpretación), que no quería hacer frente a un contexto donde (en mi opinión, erróneamente) se hablaba de una supremacía de los parlamentos o congresos (y, en ese mismo sentido, de los legisladores). Y es que, como siempre debió ser, y en la misma línea de lo adelantado por la Suprema Corte Federal estadounidense en *Marbury vs. Madison*, los jueces constitucionales deben ser intérpretes

vinculantes y no meros controladores del cumplimiento del parámetro constitucional.

El parámetro constitucional debe ser entendido como un punto de partida para concretizar, materializar y llevar a la práctica los diversos principios, deberes, derechos y demás preceptos recogidos en la literalidad del texto constitucional, o deducidos de su interpretación sistemática e incluso convencionalizada. Aquello lleva a contar con jueces activistas, dedicados a dirigir (sin convertirse en dictadores del proceso) lo puesto en su conocimiento para así buscar asegurar la plena vigencia de los derechos de todos, potenciando para ello límites al ejercicio del poder en sus diversas manifestaciones.

Ese necesario activismo de los jueces constitucionales no implica dejar todo a su capricho, ni descartar que estos juzgadores deben desenvolverse dentro del escenario de poder limitado, propio de todo Estado constitucional contemporáneo. Así, estos requieren legitimidad; deben reconocer que se desenvuelven en escenarios de inevitable tensión; tienen que respetar diferentes tipos de límites, los cuales van más allá de su autorrestricción; y, por no hacer una lista interminable, deben tener presente que su quehacer genera retos prácticamente todos los días, ante los cuales es indispensable que fije posición (lo suficientemente firme para atender los requerimientos inmediatos, pero también lo debidamente dinámica para entender, y, eventualmente, incluir los cambios que demande el contexto existente).

Si los jueces constitucionales actúan sin legitimidad, no perciben los necesarios límites a su labor, no se dan cuenta de las tensiones a las cuales deben hacer frente, o no se preparan ante los riesgos que puedan desvirtuar su labor y solamente se dedican a imponer su voluntad para así favorecer simpatías políticas, atender lo deseado por sectores económicos o de otra índole, caen en lo que el gran procesalista Augusto Morello, entre otros, denominó hiperactivismo,¹ lo cual se encuentra en las antípodas de lo que el Estado constitucional y la ciudadanía requieren de un juez constitucional. Ese hiperactivismo es una situación que a todas luces debe evitarse, y si dicho quehacer no puede ser dejado de lado, se hace indispensable descalificarlo desde la sociedad civil, la academia y el foro, sin perjuicio de otras medidas que puedan tomarse.

Sobre todas estas materias hablaremos en el presente texto, en el cual terminamos invocando pasar a un juez constitucional mejor legitimado y más comprometido con su quehacer, recurriendo, por ejemplo, a procesos y sentencias dialógicas. Así se abandonaría la idea de contar con jueces que, prácticamente desde una torre de marfil, se pronuncian casi sin contacto alguno sobre los diversos conflictos o situaciones de incertidumbre con relevancia constitucional que ocurran en su entorno. Ojalá lo aquí planteado les sea de alguna utilidad.

¹ Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, “Las difíciles relaciones entre los jueces constitucionales y la judicatura ordinaria”, en *Rigor doctrinal y práctica forense*, ed. por José Luis Vázquez Sotelo (Barcelona: Atelier, 2009), 389.

2. El cuestionamiento a la legitimidad del activismo del juez constitucional: las ventajas de usar una dinámica dialógica

2.1. Legitimidad y el margen de acción del juez constitucional en un Estado constitucional y democrático

Un cuestionamiento actual a la judicatura constitucional, directamente vinculado con los temores que se muestran frente al activismo judicial (en mi opinión, más dirigida a un hiperactivismo), alude a su alegada carencia de legitimidad democrática. Al respecto, se señala que existe una tensión entre el pleno respeto a la voluntad popular (y a lo decidido por quienes son representantes del pueblo) y la idea de que existen “cotos vedados”, espacios extraídos de la deliberación colectiva, en tanto y en cuanto han sido colocados en la Constitución (como es el caso emblemático de los derechos fundamentales). La cuestión de fondo es, entonces, si los jueces están legitimados para limitar las decisiones del soberano (según la perspectiva que se opte, el pueblo o sus representantes), en nombre de la Constitución o de los derechos fundamentales.

Al respecto, debo empezar por esclarecer que existen diferentes manifestaciones de esta tensión, la cual, por cierto, para algunas posiciones aparece como una cuestión superada, mientras que para otras más bien sigue constituyendo un enfrentamiento irresoluble. Estas diferentes posiciones, ciertamente, parten de distintos presupuestos, los cuales no siempre son incompatibles entre sí o, cuando menos, no lo son del todo. Pasaré a exponer seguidamente estas diferentes posiciones, haciendo un recuento sucinto y rescatando aquello que, para efectos de este texto, pareciera más pertinente dentro de cada una de ellas.

En primer lugar, menciono a la posición que alude a la llamada “objeción” o “dificultad contramayoritaria”.² Esto debido a que las magistraturas constitucionales en muchas ocasiones avanzan con sus decisiones en un sentido contrario a lo que la mayor parte de la ciudadanía o de los actores políticos prefieren, o que incluso han decidido ya. Dicho con otras palabras, se señala que los tribunales y los jueces constitucionales, al realizar sus tareas de concretizar y de defender la Constitución y lo que esta contiene, en muchas ocasiones deciden en contra de la voluntad de las mayorías o de sus representantes, cuando en realidad todo acto de poder debe encontrarse democráticamente legitimado (ya que el poder “emana del pueblo” y la justicia se imparte “en nombre del pueblo”).

Así, la judicatura constitucional, al resolver la abrogación de normas con rango de ley por ser contrarias a la Constitución, o la protección de los derechos

² Cfr. Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch* (Indianapolis: Bobbs-Merrill Educational Publishing, 1978); Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2011).

fundamentales frente al poder político o al poder social, conforme a sus competencias ordinarias, corre el riesgo de ser considerada por algunos como ente de carácter “contramayoritario” y, en tal sentido, sería una institución típica o tendencialmente antidemocrática (entendida, ciertamente, la democracia como el gobierno o el régimen de las mayorías).

En este orden de ideas, se discute entonces a quién principalmente le corresponde pronunciarse, legítimamente, sobre las cuestiones más importantes o polémicas de una sociedad determinada (las cuales, por cierto, tienden a ser cuestiones constitucionales), susceptibles de ser enfrentadas aplicando los principios, valores, derechos y disposiciones previstas en una Constitución (o que se infieren de ella o que resultan incluso de su lectura sistemática o convencionalizada).

En esa misma línea de pensamiento, además, contemporáneamente hay una tendencia a darles el papel de “órgano de cierre” en materia constitucional a algunas altas cortes (sean tribunales constitucionales, salas constitucionales dentro de algunas cortes, o supremas cortes que cuentan con dicha atribución). Independientemente de cualquier reparo, es cierto que hoy en muchos Estados se resalta la relevancia de los pronunciamientos (y, por ende, del rol mismo) de entidades con atribuciones jurisdiccionales. Sin embargo, justo es reconocer que existe otra posibilidad: que esa respuesta final o “última palabra” en materia constitucional recaiga en el pueblo o en sus representantes como, por ejemplo, promueve el llamado “constitucionalismo del Commonwealth”, y como también lo sostiene el denominado “constitucionalismo democrático”, tal como lo sustenta cierto sector de la doctrina.³

Al respecto, se señala que darles la “última palabra” a los jueces implicaría incurrir en un indeseable “elitismo”, que se sustentaría en prejuicios tanto sobre la democracia como acerca de aquello que pueda decidir el pueblo democráticamente. Esta perspectiva, se indica, sería abiertamente contraria al principio de “igual dignidad” de las personas.⁴ No obstante ello, otros plantean que también es cierto que dejar, sin más, en manos de las mayorías los contenidos constitucionales, o su eventual limitación, representa un serio riesgo que no puede pasarse por alto. Recordemos, al respecto, que tanto la Constitución como la judicatura constitucional surgieron con la finalidad de limitar efectivamente el poder y, en especial, el poder político de espacios como las asambleas legislativas, aun cuando dichas asambleas son entidades compuestas por representantes del pueblo.

Ahora bien, y frente a esta posición referida a la “objeción contramayoritaria”, la cual discute sobre en quién debe recaer la “última palabra” en relación con la interpretación constitucional, se erige una concepción diferente, vinculada a la idea de democracia sustancial. Aquí se abandona un entendimiento meramente formal de democracia (vinculada al respeto irrestricto del “principio de mayoría”

³ Ver Roberto Niembro, “Una mirada al constitucionalismo popular”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 38 (2013): 191-224.

⁴ Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdo* (Madrid: Marcial Pons, 2005).

y los procedimientos para la conformación de las decisiones políticas), para plantear más bien que, en el marco de los Estados constitucionales contemporáneos, la democracia solo puede ser entendida debidamente como limitada por contenidos calificados como “sustantivos”.⁵ Al respecto, se considera que su límite más importante es, precisamente, el sustento material en el que se basa este sistema político: el valor de la persona humana. Así visto, se ha considerado a la democracia como la consecuencia organizativa del valor de la persona humana.⁶

En este sentido es que se entiende al “gobierno de las mayorías” como un gobierno intrínsecamente limitado: las mayorías no pueden decidir destruir las premisas en las que se sustenta y que hacen posible la democracia. De este modo, se sostiene que existe un espacio material indisponible, una especie de “cotos vedados” o “esferas de lo no decidible”.⁸ O incluso se va más allá, pues se encuentra que los derechos constitucionales son entendidos como “triumfos” frente a las mayorías,⁹ o también se les considera como “cortafuegos” frente a la discrecionalidad (en rigor, ante el riesgo de confundir discrecionalidad con arbitrariedad).¹⁰

Necesario se hace anotar aquí cómo la concepción a la cual acabo de hacer referencia no reconoce inmediatamente que los derechos, o más específicamente su contenido y alcances, no están necesariamente claros (por el carácter abierto e indeterminado que hoy suele reconocérsele a los derechos) y, por ende, el afirmar que se trata de ámbitos infranqueables supone, de manera previa al apostar por su protección frente a las mayorías, que alguien haya esclarecido (determinado, decidido) su contenido. En ese marco, sí podría ser razonable el cuestionamiento que se hace a la falta de legitimidad democrática de los jueces, si es que estos resuelven cuestiones polémicas en función de sus propias concepciones sobre el mundo, sobre lo justo o sobre los derechos fundamentales, a pesar de que dichas perspectivas no coincidan con el parámetro constitucional.

Al respecto, corresponde señalar que si bien los jueces no deben decidir los casos complejos buscando dar gusto a las mayorías (pues su relación con los ciudadanos no es de representación política), tampoco es deseable que ellos decidan de manera subjetiva o antojadiza, como podría ocurrir. Y es que nunca debe perderse

⁵ Hago aquí mía la idea de “democracia sustancial” en el sentido indicado por Luigi Ferrajoli [*La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político* (Madrid: Trotta, 2014), 51 y ss.], antes que, por cierto, en el sentido usado, por ejemplo, por Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica), 1986.

⁶ Véase Peter Häberle, *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2002), 65.

⁷ Ernesto Garzón Valdés, “Algo más acerca del ‘coto vedado’”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 6 (1989): 209 y ss.

⁸ Luigi Ferrajoli, “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, *Estudios Constitucionales* 6, n.º 1 (2008): 337 y ss.

⁹ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona, Ariel, 1989), 37.

¹⁰ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez* (Madrid, Trotta, 1998), 332.

que quienes imparten justicia constitucional no deben resolver conforme a más consideraciones que las que provienen de la concretización de las disposiciones de la Constitución, lo que se desprende de dichas disposiciones, o lo que puede deducirse de una interpretación sistemática e incluso convencionalizada de estas. Una interpretación fuera de estos parámetros sin duda puede ser muy respetable, pero no es la que corresponde a un juez constitucional.

Una tercera concepción, también vinculada con la relación entre democracia y justicia constitucional, concibe a los tribunales constitucionales más bien como defensores o promotores del sistema democrático, contando entonces con la importante misión de garantizar el adecuado funcionamiento de los mecanismos procedimentales que permiten la conformación libre y plural de la voluntad de los ciudadanos. Conforme a esta postura, los tribunales básicamente “deben garantizar la limpieza y apertura de los canales de participación en el proceso político, así como que las minorías también puedan tomar parte en dicho proceso”.¹¹

Desde esta perspectiva que parte, digamos, de una concepción “procedimental” de democracia,¹² la judicatura constitucional no se encarga de la protección de contenidos considerados como “sustantivos” (como serían, conforme a lo indicado incluso en ese mismo texto, los derechos fundamentales). La judicatura constitucional tendría más bien como labor la destinada a salvaguardar algunos elementos que, independientemente de poder ser o no considerados derechos, son considerados sin duda presupuestos operativos o funcionales de la democracia, como puede ser el caso de los derechos al sufragio o de la libertad de expresión, o valores tales como el pluralismo o la alternancia en el poder.

En ese marco, y para quienes defienden esta postura, no les correspondería a los jueces decidir sobre el contenido material de la Constitución o sobre el alcance de los derechos, pues ello es labor de la política. La labor jurisdiccional sería la de garantizar que dichos contenidos sean estatuidos por los órganos democráticos. Ello dentro del marco de un sistema político plural, abierto e inclusivo que funcione efectivamente, en el marco de aquellas reglas procedimentales que, también desde la posición que vengo reseñando, sí le toca salvaguardar a los tribunales constitucionales.

En este sentido, John Hart Ely ha anotado:

En una democracia representativa, las determinaciones valorativas deben ser adoptadas por nuestros representantes elegidos y si, de hecho, la mayor parte de nosotros no está de acuerdo, podemos votar para removerlos de sus

¹¹ Francisco Javier Díaz Revorio, *La ‘Constitución abierta’ y su interpretación* (Lima: Palestra, 2004), 206-207.

¹² Ely parte de la idea de que “la Constitución norteamericana contiene procedimientos y estructuras, no valores sustantivos, lo cual permite la máxima apertura, que posibilita la participación de todos en el proceso político y en el sistema”. Coincido entonces aquí con lo manifestado por Díaz Revorio, *La ‘Constitución abierta’...*, 203.

cargos [...] Los magistrados nombrados, no obstante, son comparativamente ajenos al sistema gubernamental, y solo indirectamente deben preocuparse por continuar en sus cargos. Esto no les da acceso especial a los auténticos valores de los norteamericanos: por el contrario, en gran medida, garantiza que no lo tendrán. Sin embargo, sí los coloca en una posición que les permite evaluar objetivamente las acusaciones [...] de que, al taponar los canales del cambio, o actuar como instrumentos de la tiranía mayoritaria, nuestros representantes elegidos no están representando los intereses de quienes el sistema cree que defienden.¹³

Finalmente, procedo ahora a hacer referencia a una concepción “deliberativa”, no solamente de democracia, sino incluso de judicatura constitucional. Conforme a ella, la democracia no se restringe tan solo a las decisiones adoptadas por las mayorías o al respeto del proceso de toma de decisiones. La versión deliberativa o dialógica de democracia pone énfasis más bien, y basa su legitimidad, en la participación más amplia posible y en el debate robusto y activo sobre las cuestiones que le conciernen a la ciudadanía.¹⁴

En el ámbito específico de las relaciones entre democracia y judicatura constitucional, esta versión de democracia aportaría básicamente dos cosas: en primer término, que en atención a este tipo de democracia debe privilegiarse el diálogo político incluyente, que implica a los actores sociales e institucionales interesados o involucrados con la decisión que debe tomarse; la judicatura constitucional no necesariamente se concibe a sí misma reservándose la “última palabra” en el momento de resolver cuestiones constitucionales relevantes. Más bien, y en diferente sentido, en los denominados “casos difíciles” se reconocerían auténticas oportunidades para incentivar el diálogo público colectivo, con la finalidad de resolver, valga la redundancia, dialógicamente ese tipo de cuestiones (en este sentido, esta forma de resolver ha sido denominada, por ejemplo, “justicia dialógica”, así como algunas decisiones tomadas siguiendo estas dinámicas han sido calificadas como “sentencias dialógicas”).

En segundo lugar, y en la órbita de lo que algunos denominan constitucionalismo dialógico, o también, como en el caso anterior, “justicia dialógica”, se concibe a los tribunales constitucionales como agentes institucionales que tienen un rol social (y hasta político) que no debe ejercerse de espaldas a la ciudadanía y a los actores políticos e institucionales, sino más bien promover su inclusión en los procesos de

¹³ John Hart Ely, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional* (Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 1997), 130.

¹⁴ Cfr. AA. VV., “La democracia deliberativa a debate”, *Cuadernos de Investigación*, n.º 85 (2011); Leonardo García Jaramillo, *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal regulativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario* (México D.F.: UNAM-III, 2015).

toma de decisión.¹⁵ En este sentido, es posible concebir a los jueces constitucionales como actores que pueden, o incluso deben legitimar democráticamente sus decisiones a través del diálogo colectivo en el marco de los procesos constitucionales, lo cual puede lograrse a través del uso de mecanismos como son, por ejemplo, las audiencias públicas, la intervención de terceros o *amicus curiae* en los procesos, o la publicidad de las deliberaciones del colegiado, entre otras posibilidades.¹⁶

Todo lo expuesto tendrá especial relevancia en relación con los límites a la judicatura constitucional y su activismo a la luz de su rol y legitimidad política-democrática. Por pronto, resulta evidente señalar que las relaciones entre democracia y judicatura constitucional no están exentas de diversas tensiones y, por ende, algunas de las críticas que han surgido cuentan con cierto sustento.

En efecto, y con cargo a desarrollar mejor este punto en otro momento, hay cuestionamientos a la legitimidad del activismo del juez constitucional, pero dichos cuestionamientos tienden a diluirse si quienes juzgan emplean, al resolver, una dinámica deliberativa. Ese es, sin duda, un tema por analizar. Es más, cualquier respuesta que se erija en torno a los límites y las posibilidades de la judicatura constitucional no puede perder de vista un análisis al respecto. En otras palabras, tal como anotaré en el acápite correspondiente, plantear una propuesta sobre los límites para la judicatura constitucional se encuentra directamente vinculado a la legitimidad político-democrática de las decisiones de los jueces constitucionales.

2.2. Un necesario respeto a la corrección funcional como indispensable antídoto contra el hiperactivismo del juez constitucional, y el aporte de otros actores fuera de la judicatura

2.2.1. Multiplicidad de intérpretes y judicatura constitucional

Hoy, un tema de especial relevancia es el de la “constitucionalización del derecho” (entendido como ordenamiento jurídico). El hecho de que la Constitución irradie su fuerza por todo el ordenamiento y, por ello, deba ser observada por todos, permite entender con facilidad que su interpretación requiere inexorablemente la participación de múltiples actores. Y es que, como quiera que los preceptos constitucionales resultan de aplicación a todo espacio o ámbito en que se ejerce poder o autoridad,

¹⁵ Algo de esto he explicado en Eloy Espinosa-Saldaña, “Diferencias entre activismo judicial y activismo judicial dialógico”, *Gaceta Constitucional* 123 (2018).

¹⁶ Juan Manuel Sosa Sacio, “Los derechos sociales, su exigibilidad y el activismo judicial dialógico como modelo a seguir”, en *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional*, coord. por Juan Manuel Sosa Sacio (Lima: Palestra, 2017), 89-90.

qué duda cabe que, finalmente, todo operador del derecho tarde o temprano terminará siendo un intérprete de la Constitución.

En ese orden de ideas puede afirmarse que, en mérito de lo recientemente señalado, dentro de las labores de interpretación constitucional están potencialmente incluidos todos los organismos u órganos del Estado, todos los poderes públicos e incluso todos los ciudadanos, las ciudadanas y grupos organizados. Y es que, en última instancia, todos los que viven en y con las situaciones de hecho reguladas por la norma son intérpretes de esta de manera indirecta e incluso directa. Aquí conviene anotar cómo hoy el mismo destinatario de las normas participa más vigorosamente en el proceso interpretativo de lo que comúnmente se acepta.

Además, no se puede soslayar la función cointerpretadora del experto (intérprete en sentido estricto) y del perito (intérprete en sentido amplio) en los procedimientos legislativo y judicial.¹⁷ Ahora bien, y no obstante aceptar la existencia de una pluralidad de exégetas constitucionales de acuerdo con los términos descritos, lo aquí planteado puede resultar difícil de materializar de cara al afán de la teoría constitucional de promover la unidad política y enfatizar el criterio de unidad de la Constitución, toda vez que se comprende como intérpretes incluso a quienes no han sido designados “formal u oficialmente” como intérpretes de la Constitución.¹⁸ Para superar este difícil escollo conviene sostener que, sin perjuicio de la multiplicidad de intérpretes constitucionales, la valoración que corresponde hacer respecto de las interpretaciones que realizan dependerá de los alcances vinculantes de sus pronunciamientos, tema que guarda estrecha relación con la función que les haya sido encomendada, así como con la competencia formal que, para dichos efectos, les ha conferido la propia Constitución de cada Estado en particular.¹⁹

Así se tiene, por un lado, la potestad normativa que da lugar a reglas de naturaleza jurídica. Por supuesto, dentro de esta potestad normativa podría hacerse una distinción entre potestad legislativa y reglamentaria, donde mientras que el ejercicio de la

¹⁷ Peter Häberle, *El Estado constitucional* (Lima: Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003), 151.

¹⁸ Häberle, *El Estado...*, 155.

¹⁹ Y es que todo ordenamiento jurídico, a fin de garantizar predictibilidad, transparencia y seguridad jurídica, y sin perjuicio de reconocer la multiplicidad de intérpretes constitucionales, opta por otorgarles tan solo a algunos de ellos la función y competencia para obligar o vincular a terceros con sus sentidos interpretativos. Así es como aparecen los llamados intérpretes vinculantes de la Constitución: es decir, aquellos órganos, organismos o autoridades que, por la naturaleza de la función que les ha sido confiada, van a ser capaces de vincular a otros organismos, órganos, autoridades o personas con sus interpretaciones. Desde luego, ello va a tener que ver, en primer lugar, con la función que les es confiada a esos organismos, órganos, autoridades o personas; y, en segundo término, con la competencia que les ha sido otorgada. Desde esa perspectiva, mientras la función determinará la naturaleza vinculante o no de sus interpretaciones, la competencia no dirá con qué alcances se da dicha obligatoriedad. En este sentido, si se parte de la noción de que existen funciones que involucran como producto de su ejercicio la emisión de actos de poder con efectos vinculantes hacia terceros, corresponderá en esos casos hablar de intérprete vinculante.

primera permitirá la expedición de normas con rango de ley, la segunda se traduce en la emisión de reglamentos, o normativa con ese mismo rango.²⁰

Al respecto, es claro que la autoridad tiene a su cargo el ejercicio de una función que va a significar el dictado de normas jurídicas, y que esa labor debe desempeñarla sobre la base de lo que ya se ha dicho respecto a la Constitución. Y es que, muy especialmente atendiendo a su condición de parámetro de validez formal y material de todo el ordenamiento jurídico, no podrá hacerse a un lado la norma fundamental, por lo menos si actuamos dentro de los parámetros propios de un Estado constitucional. De esta manera, la autoridad o funcionario que expide normas se erigirá, en cierta medida, en un intérprete que incluso en ocasiones desarrollará interpretaciones con algún efecto vinculante de la Constitución.²¹

Ahora bien, la potestad normativa no es la única a través de la cual se revela la naturaleza vinculante de las interpretaciones de la Constitución que pueden realizar las autoridades. En definitiva, lo mismo incluso puede predicarse con mayor contundencia de quienes desempeñan función jurisdiccional. Y es que, en efecto, si se entiende a la función jurisdiccional como aquel poder-deber del Estado de resolver conflictos de intereses o situaciones de incertidumbre con relevancia jurídica con carácter de cosa juzgada,²² no resulta muy difícil entender que quienes cuentan con función jurisdiccional son, pues, intérpretes vinculantes de una Constitución.²³

²⁰ Conviene, eso sí, efectuar ciertos matices. El papel dado a los reglamentos en Francia, por ejemplo. En el caso peruano, existe una norma denominada reglamento que es, en rigor, una norma con rango de ley, el Reglamento del Congreso. Esas son algunas de las posibilidades existentes como excepción a lo que se nos presenta como regla en el derecho comparado.

²¹ Así, por ejemplo, el Congreso de la República –que tiene a su cargo, aunque no exclusivamente, la función legislativa– es, sin lugar a dudas, un intérprete vinculante, como quiera que sus interpretaciones se verán reflejadas, básicamente, en las leyes que expide, las cuales por definición son de obligatorio cumplimiento. De este modo, la potestad legislativa que reposa en el legislador trae consigo que sus interpretaciones ostentan un alcance vinculante, y si tomamos en cuenta que en el contexto actual no cabe el ejercicio de cuotas de poder o autoridad al margen de la Constitución, no puede menos que concluirse que cuando nos encontramos ante el Congreso estamos ante un intérprete vinculante del texto constitucional. En el caso peruano, además, lo mismo puede decirse del Gobierno, que, por lo menos en nuestro país, goza de potestad legislativa para emitir decretos de urgencia y decretos legislativos. Vistas así las cosas, el ejercicio de la potestad reglamentaria no corre suerte diferente. En efecto, si, conforme a nuestra Constitución, al gobierno de turno le corresponde reglamentar las leyes sin desnaturalizarlas, en puridad, por lo que ya se ha dicho, ello dará lugar a reglamentos que no podrán estar alejados de los planteamientos constitucionales. En este sentido, ya no solo por la antes mencionada potestad legislativa que recae en el Poder Ejecutivo o Gobierno se deduce su condición de intérprete vinculante de la Constitución, sino también por la potestad reglamentaria que le ha sido confiada.

²² Juan Monroy Gálvez, *Introducción al proceso civil* (Bogotá: Temis, 1996).

²³ En esa línea de pensamiento conviene resaltar cómo, en el caso peruano, el Poder Judicial es intérprete vinculante de la Constitución en el momento de resolver las materias ordinarias que se someten a su conocimiento (civil, penal, laboral, comercial, entre otros). Lo mismo puede predicarse en el Perú del Jurado Nacional de Elecciones (suerte de corte suprema en

Como se ha dicho, en buena cuenta, será la competencia de una autoridad (entendida como el ámbito o espacio dentro del cual va a ejercer la potestad o potestades que le han sido confiadas) la que resulta esencial para entrar a definir el radio de la obligatoriedad que subyace a sus interpretaciones. Es en este sentido, por ejemplo, y dependiendo de la posición que tenga la autoridad judicial involucrada dentro de la judicatura ordinaria, que podríamos estar hablando de algunas interpretaciones que obligan a las partes, mientras que otras obligan incluso a otros órganos del hoy habitualmente denominado poder judicial. Tal es el caso, por ejemplo, de las decisiones de las cortes supremas, cuyas interpretaciones, sin perjuicio de generar efectos obligatorios inmediatos para las partes de los procesos que lleguen a su conocimiento, terminan vinculando a los demás órganos de la judicatura ordinaria.

De esta forma, y en contra de lo que algunos podrían considerar inicialmente, el juez constitucional no es el único intérprete en un proceso constitucional, ni el único que cuenta con interpretación vinculante de una constitución en un Estado constitucional, sino que existe una amplia tribuna para que diversos sectores, claro está, dentro de ciertos parámetros (respeto a los diferentes intervinientes en el proceso, respeto a la reserva de ciertas actuaciones dentro de dicho proceso, etcétera) se manifiesten en el “campo previo” a la interpretación jurídica “de cierre” de la constitución, a cargo de los jueces constitucionales. Con lo anotado, es claro que en un Estado constitucional la sociedad puede expresar su opinión frente a las diversas disposiciones constitucionales, pues su interpretación se encuentra disponible para todos los miembros de la sociedad.

Por otro lado, resulta necesario anotar que, por lo menos hoy, los ciudadanos no solo tienen la posibilidad de interpretar las cláusulas constitucionales, sino que de alguna manera también asumen un rol tuitivo de las mismas. Ello en el sentido de que esa labor de protección ya no es solo privilegio de algunos altos funcionarios, como el presidente de la República o quienes integran un Tribunal Constitucional, sino que constituye un deber que, desde el lugar que corresponde a cada cual, atañe hoy a toda la comunidad. Dicho con otras palabras, la tutela de la carta magna ha dejado de ser monopolizada por determinadas personas, para constituirse en un “asunto de todos”;²⁴ una tarea de todos los ciudadanos y ciudadanas. Por ende, hoy se entiende mejor que, por ejemplo, y dependiendo de cada ordenamiento jurídico, los ciudadanos y ciudadanas, individualmente consideradas o en grupo, puedan interponer demandas, presentar recursos y pedidos, o tener diversos niveles de intervención en diferentes procesos constitucionales.

Cabe decir, en todo caso, y para concluir esta parte, que la labor del tribunal constitucional en materia de interpretación de la constitución sí puede ser considerada

materia electoral) en asuntos electorales, la justicia militar en materia castrense y el Tribunal Constitucional en lo que concierne a lo que pueda ser considerado constitucional en sí mismo.

²⁴ Vide Niembro, “Una mirada al constitucionalismo popular”, 191-224; John Rawls, *Liberalismo político* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1995), 205 y ss.

–como de hecho ocurre en la mayoría de los ordenamientos donde existe este tipo de tribunales– como la de un “intérprete final”, es decir, que hace las veces de un órgano “de cierre” del círculo de interpretación constitucional vinculante en un Estado en particular.

De esta forma, y tal como fue indicado, la magistratura constitucional no se constituye como “único intérprete”, y menos aún como un único intérprete de la Constitución con carácter vinculante. Sin embargo, sí puede reconocerse que, dentro del circuito de interpretaciones constitucionales posibles en una comunidad, o en el interior de la llamada “sociedad abierta de intérpretes” de la Constitución,²⁵ a un órgano como el tribunal constitucional –o a quien asuma alguna de sus funciones en el ámbito de la judicatura ordinaria– se le puede asignar esta función de cerrar o terminar el ciclo interpretativo (que es precisamente lo que suele ocurrir en los países fuera del entorno del llamado “constitucionalismo del Commonwealth”).

2.2.2. Las difíciles relaciones entre jurisdicción constitucional y política

He señalado que, en realidad, todas las personas en un Estado asumimos en mayor o en menor medida el rol de intérpretes de su constitución, si bien en ello nos toca desempeñar diferentes tareas y responsabilidades. Asimismo, también asumimos que, por lo general, se le atribuye a los tribunales constitucionales la función de “órgano de cierre”, es decir, con la “última palabra” en materia de interpretación constitucional en los Estados donde existen.

En este sentido, se entiende que los jueces de la magistratura constitucional hoy se erigen como las autoridades llamadas a resolver, en principio desde una perspectiva jurisdiccional, los principales conflictos políticos, sociales y económicos de un país. Esa labor, sin duda, le genera a estos juzgadores verdaderas situaciones de tensión con otros poderes públicos, lo cual ciertamente nunca debería ser una excusa para que algunos de esos jueces puedan rehuirle a esa responsabilidad, o, de otro lado, se consagren pautas de condicionamiento a su independencia funcional.

Dicho esto, lo cierto es que seguramente deberían ser pocos los casos de jueces constitucionales que no estén dispuestos a asumir aquel papel que hoy les reclama el Estado constitucional. Es más, en este escenario, una eventual falta de voluntad del juez constitucional para cumplir con sus obligaciones no puede entenderse como un riesgo para su legitimidad. Puede más bien relacionarse con el hecho de que se dejen seducir por el afán de ser los protagonistas de los principales cambios en la sociedad, al extremo de que aquello termine desnaturalizando su función y sobrepasando los límites que en este sentido deben observar. Coincido entonces con Zagrebelsky en que, en lo referido a las relaciones entre la justicia constitucional y la democracia

²⁵ Waldron, *Derecho...*; Häberle, *El Estado...*, 150-153.

... un tema de intensidad variable, según los diversos contextos históricos y jurídicos, que los jueces advierten cotidianamente, en su trabajo, como crucial en el equilibrio de poderes. Saben bien que la acusación de actuar como legisladores, esto es, políticamente, en vez de como jueces, es la más grave que pueda ser dirigida en su contra.²⁶

El juez constitucional debe ser activista, pero no caer en el descontrolado hiperactivismo que tanto cuestionaba Augusto Mario Morello desde Argentina.

De ahí la necesidad e importancia de ubicar al juez constitucional dentro de la naturaleza de las funciones que le han sido confiadas, entre estas en primer lugar la jurisdiccional, si bien esta función hoy se ejerce en el marco de los roles o funciones que ha ido adquiriendo el quehacer de dichos juzgadores. Será teniendo en cuenta esto que podrán deducirse adecuadamente una serie de parámetros dentro de los cuales indefectiblemente dichos juzgadores y juzgadoras tendrían que manejarse.

Como seguramente es posible apreciar, cada vez tiende a admitirse con mayor facilidad un creciente nivel de revisión y control, y ese control ahora suele materializarse en sede jurisdiccional. Sin embargo, todavía existe un debate acerca de si esta labor contralora puede abarcar a todas las actuaciones efectuadas por reparticiones gubernamentales o parlamentarias; e incluso, luego de especificados ya los actos susceptibles de ser revisados en sede jurisdiccional, queda pendiente aún la discusión sobre con base en qué parámetros pueden ejercerse las tareas de control que se van a asumir. Conviene entonces efectuar algún análisis al respecto.

Un primer aspecto por esclarecer es el de, por ponerlo en términos más bien gráficos, explicitar de qué hablamos cuando nos referimos a “actos políticos”, “actos de gobierno” o a “cuestiones políticas no justiciables”. Y es aquí, para no abrir innecesariamente la puerta a una inmunidad que bien puede disfrazar la intención de obtener impunidad, donde debe entrar a precisarse qué se está entendiendo cuando nos referimos a categorías ante las cuales incluso sus iniciales promotores y defensores reconocían que debían ser comprendidas en forma restrictiva.

En ese sentido, no se discute que el respeto a una corrección funcional sea parte central en el desenvolvimiento de todo Estado constitucional que se precie de serlo, pues este, por cierto, no riñe con el establecimiento de competencias (o de cuotas de poder o autoridad), sino más bien implica la existencia de límites, de instancias y parámetros de control, e incluso la posibilidad de incurrir en diversos tipos de responsabilidad. Sin embargo, la alegación de encontrarse ante un acto privativo o de competencia exclusiva de algún funcionario o alguna funcionaria no lo hace, en principio, libre de ser revisable judicialmente.

De otro lado, y aun cuando concuerdo con Néstor Sagüés en la dificultad de despojar de carácter, o por lo menos, de matizar una connotación política (incluso

²⁶ Gustavo Zagrebelsky, “Jueces constitucionales”, *Pensamiento Constitucional*, n.º 12 (2007): 505.

político-partidaria) a muchas actuaciones de quien es o cuenta con autoridad,²⁷ aquello tampoco puede llevarnos a que identifiquemos los “actos privativos” o de competencia exclusiva de ciertas autoridades, como aspectos por lo menos cercanos a categorías como las de “actos de gobierno”, “actos políticos” o “cuestiones políticas no justiciables”. Cuando se hace referencia a estas, se alude en realidad solo a algunas, pero no a todas las competencias propias y únicamente confiadas a dichas autoridades. En tal caso, en rigor, se estaría hablando únicamente de aquellas responsabilidades que se encuentran referidas a las decisiones más relevantes para el gobierno de un Estado, las cuales hoy no deben ser eximidas de una interpretación conforme y un control de constitucionalidad ejercido principalmente desde sede jurisdiccional.

Justo es también tener presente que hoy, siguiendo una línea de pensamiento esbozada ya desde la doctrina y jurisprudencia norteamericanas, existen quienes admiten la revisión judicial de las denominadas *political questions* en materias o pautas de procedimiento, y también los que, además, reconocen la posibilidad de efectuar incluso un control sobre el contenido y sentido de los actos habitualmente considerados cuestiones políticas. Ahora bien, es cierto que estas perspectivas de revisión, en cualquier caso, deberán materializarse dentro de ciertos parámetros, escenario en el cual, justo es anotarlo, tampoco existe coincidencia incluso entre quienes acogen la posibilidad revisora a la que me he referido.

Así algunos, por ejemplo, en función de darle una mayor predictibilidad y objetividad a su labor revisora, y asumiendo que en puridad estos actos o cuestiones son actos administrativos de carácter discrecional, emplean las diferentes técnicas utilizadas para el control jurídico de la discrecionalidad administrativa, muy a despecho de los reparos que otros tienen de invocar estas técnicas fuera del ámbito estrictamente administrativo. Como parte de la perspectiva revisora cuyos alcances acabo de reseñar, y como de alguna manera ya se ha señalado en varias oportunidades, se apela al análisis de conceptos jurídicos indeterminados; al control sobre los elementos reglados del acto; a la revisión de aquellos hechos considerados determinantes; a la supervisión del respeto y cumplimiento de los principios generales del derecho, o al seguimiento efectuado para garantizar que se alcance la finalidad que buscaba ser obtenida por la administración.

En el primer caso, el parámetro de control serán algunos conceptos definidos más bien genéricamente por los ordenamientos jurídicos de cada Estado (“interés general”, “interés social”, etcétera). En el segundo supuesto se parte de la constatación de que, en tanto existe un sometimiento de la administración al principio de juridicidad o legalidad, ninguna actuación administrativa es enteramente discrecional, sino que siempre contiene algún aspecto establecido o posible de regulación por una norma, aspecto que es precisamente aquel que se va a controlar.

²⁷ Véase en ese sentido lo señalado por Néstor Sagüés, *Mundo jurídico y mundo político* (Buenos Aires: Depalma, 1978), 91 y ss., especialmente.

Por otro lado, se consideran hechos determinantes (y por ello, susceptible de ser revisados incluso en sede judicial) aquellos que servirán de presupuesto para la adopción de una decisión administrativa discrecional. De otra parte, es insoslayable la labor de los principios generales del derecho, ya sea como origen o fundamento de toda norma jurídica (y entre ellas, de aquellas propias del derecho administrativo en particular), o como pauta que fija sus alcances, y por ello, permiten servir como guía para efectuar tareas de control.

Finalmente, al tomar en cuenta lo que se buscaba en el acto sujeto a revisión se pretendía evitar vicios como el de la desviación de poder o, dicho con otras palabras, el uso de las potestades otorgadas para satisfacer intereses distintos a aquellos que debían ser atendidos si se actuaba de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente.

En otros contextos no se recurrirá a estas técnicas, sino que la justificación de la actividad revisora (y sobre todo la de jueces) irá por otros derroteros, arguyéndose como alternativas a tomar en cuenta la de la realización de labores de ponderación (con las ventajas, pero también con la carga subjetiva que ello suele tener), o espacios de libre configuración de la ley por el legislador, entre otras opciones.

Es pues grande el abanico de posibilidades de control jurídico frente a estos conceptos. Sin embargo, justo y necesario es anotar que el control de la discrecionalidad de quien toma las más relevantes decisiones de gobierno dentro de un Estado también puede darse bajo parámetros que no son jurídicos. Esta no es una cuestión menor, pues si el control por efectuarse respondiera, por ejemplo, a parámetros de calidad u oportunidad, dicha tarea contralora no debería corresponder en principio a un juez, quien desarrolla una labor jurisdiccional que sigue otros derroteros.

Ello, desde luego, no implicaría una ausencia de control, sino la intervención de otras entidades contraloras y bajo otros parámetros, los cuales contarán con sus propios canales para materializarse, y que, además, tendrán sus propias fortalezas y debilidades, coexistiendo con mecanismos y perspectivas contraloras de otra naturaleza. Es más, si el ejercicio de este control político viola preceptos constitucionales (leídos literal, sistemática o convencionalmente) es posible un control jurisdiccional, posición cada vez más consolidada a nivel mundial.

2.2.3. Las siempre complejas relaciones entre jurisdicción (judicatura) constitucional y jurisdicción (judicatura) ordinaria

Conforme a lo indicado líneas arriba, ha quedado claro que todos los jueces –ordinarios y constitucionales– son a la vez intérpretes de la constitución, aunque son las cortes constitucionales las que suelen hacer las veces de órgano de cierre. Asimismo, queda claro que no existen zonas “exentas de control”, es decir, inmunes a la fuerza jurídica vinculante de la Constitución. Ahora bien, y no obstante lo indicado, queda la duda acerca de cuáles serían los alcances de un eventual control constitucional a la judicatura ordinaria. En otras palabras, hasta dónde podrían ingresar los jueces constitucionales a revisar una sentencia o cualquier

otra actuación jurisdiccional de la judicatura ordinaria cuando esta es acusada de afectar derechos fundamentales.

Conforme ha sido descrito, en los ordenamientos contemporáneos ha existido una manifiesta tendencia (o por lo menos, el esfuerzo a impulsar una sentencia) hacia la constitucionalización, lo cual ha implicado, desde luego, que todas y cada una de las áreas o ramas del derecho se vean influenciadas, impregnadas de los principios, derechos, deberes, valores y preceptos que contiene la Constitución, o lo que pueda inferirse de su interpretación sistematizada o convencionalizada. Este proceso, como ha sido puntualizado tantas veces, incide tanto en los jueces ordinarios como en los constitucionales.

Siendo así, ¿en qué medida, so pretexto de analizar o controlar la validez constitucional de una decisión judicial ordinaria, la judicatura constitucional podría revisar, cuestionar o modificar la interpretación legal realizada por la judicatura ordinaria? Incluso más, ¿podrá analizarse, por ejemplo, la conformidad constitucional de la valoración de las pruebas, o la razonabilidad en la imposición de una pena o la determinación de una indemnización?

Al respecto, una primera afirmación que seguramente no sería difícil de aceptar está relacionada con que las decisiones judiciales, provengan de quien provengan, deben encontrarse debidamente motivadas. Otra, vinculada a la anterior, tendría relación con que el derecho a la motivación de las decisiones judiciales es un auténtico derecho fundamental, el cual a su vez forma parte del derecho a un debido proceso.

Sin embargo, y pese al eventual consenso sobre lo anterior, aun no queda claro aquello que, razonablemente, y en concreto, cabría considerar como objeto de control constitucional y distinguirlo de aquello que no debiera tener esa condición. Frente a estos efectos, entonces, creo que vale la pena echar mano de la distinción entre los diferentes problemas relacionados con las premisas de la decisión judicial, o también, siguiendo aquí la terminología de Neil MacCormick,²⁸ entre problemas de relevancia, de interpretación, de prueba o de calificación.

Hecha esta distinción, convendría tener presente que la corrección de una decisión judicial ordinaria, en gran parte, e incluso con base en la distinción presentada, está atada a consideraciones y valoraciones que corresponden de manera exclusiva a la judicatura ordinaria. En ese sentido, la corrección o pertinencia de su contenido solo podría ser meritada y evaluada en dicho ámbito (es decir, por los jueces de grado superior, hasta llegar a los órganos de vértice). Dicho de otro modo, en materia de interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria existe, y debe reconocerse, un margen de discrecionalidad a favor de los jueces ordinarios, indudablemente dentro del marco de sus competencias constitucionales, y la proscripción de la arbitrariedad. Esto, desde luego, valga precisarlo, no altera el hecho de que los jueces constitucionales sigan siendo jueces de la constitución y de la constitucionalidad,

²⁸ Neil MacCormick, *Retórica y Estado de derecho. Una teoría del razonamiento jurídico* (Lima: Palestra, 2016), 95 y ss.

y que el tribunal constitucional siga jugando su papel central como intérprete final o de cierre de la constitución y de la interpretación conforme a esta de todo el ordenamiento jurídico.

De esta manera, surge de inmediato la siguiente pregunta: ¿en qué medida, entonces, los problemas antes mencionados (de relevancia, interpretación, prueba o calificación) pueden ser conocidos por los jueces de amparo en los llamados “amparos contra resoluciones judiciales”?

Al respecto creo que, aunque de modo preliminar, y sin perjuicio de lo que precisaré en otro apartado de este y otros textos, podría decir que en el ámbito del control constitucional de las resoluciones judiciales ordinarias existe, o debería existir, un reparto de competencias o alcances sobre el control como el que consigno a continuación:

1. Los problemas de relevancia normativa quedan básicamente a cargo del juez ordinario, pudiendo tan solo el juez constitucional referirse a causas en las que se hayan aplicado disposiciones o normas que claramente no formen parte del ordenamiento jurídico.
2. Los problemas de interpretación, en principio, siguen la misma línea de tratamiento que la mencionada en el acápite anterior.
3. Los problemas de calificación, en similar sentido, son de competencia de la judicatura ordinaria, pero pueden ser revisados a través del amparo en el caso en que en la labor de los jueces ordinarios hayan existido errores o déficits en la interpretación de derechos fundamentales (que pueden ser: a) errores de exclusión de derecho fundamental, b) errores en la delimitación del derecho fundamental y c) errores en la aplicación del principio de proporcionalidad).
4. Por último, los problemas de prueba también deben ser analizados y valorados por los jueces ordinarios, si bien en el ámbito de la judicatura constitucional pueden ser cuestionados asuntos vinculados con el ejercicio del derecho a la prueba o con los límites a la actividad probatoria.

Lo señalado revela, entonces, que si bien es necesario establecer la posibilidad de que las decisiones judiciales que provienen de la judicatura ordinaria no queden exentas de control constitucional (pues es cierto que en muchas ocasiones estas pueden ser dictadas al margen de la constitución y los derechos que ella establece), es necesario afirmar, al mismo tiempo, que esta labor de control no puede establecerse ni llevarse a cabo avasallando al poder judicial, ni arrogándose competencias de interpretación o de valoración que solo les corresponden a los jueces de la judicatura ordinaria.

2.2.4. *Notas sobre la relación entre la jurisdicción constitucional y otros organismos constitucionales*

Con lo expuesto, no cabe mayor duda de que el posicionamiento del juez constitucional en la fórmula política del Estado lo obliga a manejarse con plena conciencia de las competencias reputadas como propias de los demás organismos, órganos y entidades del Estado. En este escenario, el juez constitucional no es más que una autoridad en el seno del aparato estatal, aunque sin duda con una competencia muy singular. Por ende, deberá desempeñar su labor dentro de ciertos límites.

Y es que la limitación y el control del poder, como pauta propia de un Estado constitucional, demanda del juez constitucional un ejercicio razonable y responsable de sus atribuciones, a fin de que no termine asumiendo funciones que, en rigor, no le son propias. Esto se hace patente también de cara a cómo ejercen su margen de acción los otros organismos constitucionales.

Así, por ejemplo, y tomando un par de ejemplos sucedidos en el Perú, tenemos que su Tribunal Constitucional emitió en algún momento resoluciones de naturaleza jurisdiccional, si bien no siempre formalmente presentadas como precedentes (aunque, por lo menos al parecer, buscando que cumplieran ese rol), destinadas a habilitar su capacidad de revisar las labores emprendidas por distintas estancias estatales, dejando incluso de lado lo que expresaba una comprensión literal del texto constitucional vigente.

En efecto, y es que a partir de una lectura más bien literal de lo prescrito en el artículo 142 de la carta peruana de 1993, muchos consideran que no podría efectuarse una revisión judicial (sea a nivel de la judicatura ordinaria o del Tribunal Constitucional) de los pronunciamientos del Jurado Nacional de Elecciones (institución que ha venido consolidándose como una suerte de corte suprema en materia electoral) o del Consejo Nacional de la Magistratura (entidad administrativa hasta hace poco responsable del nombramiento, ascenso, evaluación de desempeño y destitución de prácticamente todos los jueces y fiscales del Perú, y que recientemente ha sido sustituida por la Junta Nacional de Justicia, que progresivamente asumirá las funciones del antiguo Consejo). Sin embargo, y en una línea que resulta moneda corriente en la interpretación constitucional, esa lectura literal pronto fue dejada de lado y tomó otros derroteros.

Así, el Tribunal Constitucional peruano –en casos como “Espino Espino” (STC 02366-2003-AA/TC), “Lizana Puelles” (STC 05854-2005-AA/TC) o “Castillo Chirinos” (STC 02730-2006-AA/TC)– emitió pronunciamientos que tienen como rasgo común habilitar la posibilidad de revisar decisiones tomadas en temas electorales por el Jurado Nacional de Elecciones. En dichas sentencias señaló que la actuación del Jurado Electoral no podía ser contraria al ejercicio de derechos fundamentales como el debido proceso, así como a la comprensión que existe sobre dichos derechos en el sistema interamericano de derechos humanos, comprensión que es de obligatorio cumplimiento en el Perú, de acuerdo con lo previsto en la Cuarta Disposición

Final y Transitoria de la Constitución peruana actualmente vigente. Es más, en el Caso “Lizana Puelles”, el Tribunal Constitucional peruano afirmó que aplicar una interpretación literal y no sistemática de lo recogido en la Carta peruana de 1993 al respecto sería en puridad una respuesta inconstitucional, afirmación cuya radicalidad no dejó de generar alguna controversia.

En este escenario se inscriben también otros pronunciamientos dados por el Tribunal Constitucional peruano, esta vez en relación con la actuación del entonces existente Consejo Nacional de la Magistratura del Perú en el tema de las ratificaciones judiciales y fiscales, pauta actualmente prevista para la evaluación del desempeño de estos altos funcionarios.²⁹ La incorporación de estas ratificaciones al ordenamiento jurídico peruano generó importantes cuestionamientos, muchos de los cuales en líneas generales suscribo, tal como lo he explicitado en varios otros textos.³⁰ La configuración de esas ratificaciones, llena de peligrosas imprecisiones, unida a la comprensión que el entonces existente Consejo Nacional de la Magistratura hizo de las mismas, ha llevado a que, independientemente de los múltiples reparos existentes en el Perú a la subsistencia de este modelo de evaluación de desempeño, el Tribunal Constitucional peruano emita una serie de sentencias mediante las cuales no solamente habilita la revisión en sede jurisdiccional de lo resuelto por el Consejo, sino que incluso ha buscado delinear mejor los alcances de dichas ratificaciones.³¹

²⁹ Mediante reforma constitucional aprobada a través de referéndum del 9 de diciembre de 2018, se viene sustituyendo al Consejo Nacional de la Magistratura del Perú por una Junta Nacional de Justicia cuya materialización recién está comenzando a materializarse.

³⁰ Véase al respecto lo señalado, entre otros trabajos, en mi libro: Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso* (Lima: Ara, 2003); *En defensa de la Constitución* (Lima: Gaceta Jurídica, 2018).

³¹ Así pues, y en lo referido al cómputo del periodo que deberá tomarse en cuenta para evaluar en una ratificación judicial o fiscal, el Tribunal Constitucional, en el Caso “Gonzales Ríos”, establecerá con claridad que se trata de siete años continuos en el ejercicio de la función jurisdiccional o fiscal. Luego, en sentencias como la emitida en el Caso “Peña Bernaola”, el Tribunal, muy a despecho de lo que consideraba el Consejo, obligará a que esta última entidad haga traslado de las imputaciones hechas contra algún juez o fiscal dentro de un procedimiento de ratificación para que estos magistrados puedan ejercer su derecho de defensa en esa esencia. Y por si lo expuesto no fuese suficiente, el Tribunal Constitucional peruano, en una verdadera mutación (reforma que no sigue los mecanismos formalmente establecidos para ello) del texto de 1993, en el Caso “Jacobó Romero Quispe” señalará que la no ratificación de un juez o fiscal no impide al no ratificado postular y volver a ingresar a estas instituciones. Sin embargo, mención aparte merece lo resuelto en lo referido a la motivación de las resoluciones de ratificación. Allí, luego de una a todas luces errónea comprensión que antepone un supuesto criterio de conciencia al deber de motivar (en este sentido lo resuelto en “Almenara Bryson” y algunas otras resoluciones), el Tribunal enmienda criterios y pasará a exigir al Consejo la motivación de todos estos pronunciamientos, primero con una eficacia reducida a casos futuros (Caso “Álvarez Guillén”) y, luego, como pauta para aplicación a todas las situaciones, incluso a las generadas antes de la expedición del Código Procesal Constitucional (Caso “Juan de Dios Lara Contreras”). Es pues el Tribunal Constitucional peruano el que le va a señalar al Consejo cómo y a quién ratificar; y, además, se reserva el derecho de revisar lo prescrito por el Consejo al respecto, si considera que lo hecho no se acomoda a los parámetros que este alto

Asimismo, sobre el hasta hace poco existente Consejo Nacional de la Magistratura del Perú, vale la pena mencionar que la actual composición del Tribunal Constitucional peruano, al emitir sus dos primeras resoluciones como órgano colegiado, dejó sin efectos algunas resoluciones (denominadas sentencias, pero que en rigor eran autos en sentido material dentro de la búsqueda de la ejecución de sentencias ya pronunciadas) emitidas por la anterior composición del Tribunal –en los casos “Mateo Castañeda Segovia” (STC 00791-2014-PA/TC) y “César Hinostroza Pariachi” (STC 01034-2013-PA/TC). Ello en mérito a que en esas resoluciones se le ordenó al Consejo Nacional de la Magistratura, ni más ni menos, que nombrara a los demandantes como fiscales supremos, lo cual es una competencia exclusiva y excluyente del Consejo, por mandato expreso de las disposiciones entonces vigentes dentro de la Constitución peruana de 1993.³² Una necesaria corrección de una actuación aberrante que, hasta hoy, lamentablemente, no ha llevado a la necesaria determinación de esta flagrante violación a la Constitución y hasta al sentido común.

Lo ocurrido con el Jurado Nacional de Elecciones y el entonces existente Consejo Nacional de la Magistratura peruanos pone de manifiesto, por un lado, el importante papel que está llamado a cumplir el juez constitucional. De este modo, en un esquema en el que coexisten diversas entidades, muchas de ellas con autonomía constitucionalmente reconocida, el juez constitucional no debe ser ajeno al ámbito de competencia propio de cada una de dichas entidades. De hecho, si como se dijo, su función es garantizar la supremacía constitucional, parte de ello debe buscar reivindicar, cuando sea necesario, los límites y las competencias constitucionalmente asignadas a cada quien en general, y a sí mismo en particular. Eso infortunadamente no ocurrió con lo hecho por la anterior composición del Tribunal Constitucional que, lo peor, ha quedado impune.

Los ejemplos permiten poner de manifiesto que, en ocasiones, dicha labor en manos de la magistratura constitucional puede resultar polémica, sobre todo en los casos en los que la competencia de hacer valer la Constitución es ejercida con inculcables excesos o injustificable arbitrariedad. De allí la relevancia de que, máxime si estamos inscritos dentro de un Estado constitucional, el quehacer de jueces constitucionales esté sujeto a límites.

tribunal ya hubiese fijado de acuerdo, claro está, en lo dispuesto en el texto constitucional o conforme a lo que se desprende de él.

³² La anterior composición del Tribunal Constitucional peruano incluso había nombrado directamente a dichos demandantes como fiscales supremos. Sin embargo, retrocedieron en su decisión debido a los cuestionamientos que surgieron, y optaron por ordenarle en una siguiente resolución al Consejo que haga dichos nombramientos.

3. Sistematización y concreción de algunos límites: un planteamiento

3.1. Consideraciones generales

Si tuviera que formularse una sistematización de los diversos tipos de límites invocables, bien convendría resaltar, en primer término, la insuficiencia de la autorrestricción como límite. Luego, pareciera adecuado distinguir entre límites intrínsecos o estáticos, más bien relacionados con la naturaleza de autoridades con atribuciones jurisdiccionales de jueces, juezas y tribunales constitucionales, y límites extrínsecos o dinámicos, vinculados más bien con las funciones o tareas de los jueces y tribunales constitucionales (y entre ellos, la naturaleza de los casos que resuelven).

Para precisar lo antes dicho, límites intrínsecos serían aquellos que apelan a aspectos propios de la naturaleza jurisdiccional de los tribunales, esto es, aquellos que se van a presentar, siempre que estemos ante autoridades jurisdiccionales, como es el caso de los jueces constitucionales.

Estos límites intrínsecos, como se verá, a su vez pueden distinguirse entre límites de carácter general, en la medida que son aplicables por igual a toda autoridad, tenga o no atribuciones jurisdiccionales. Asimismo, es posible hacer referencia a límites específicos, relacionados con la labor propia de los jueces, y, específicamente, a aquellos con competencias en lo constitucional.

Es posible, entonces, hablar de límites que más bien podemos calificar como extrínsecos o dinámicos. Ello en la medida que no son inherentes a la naturaleza de la jurisdicción constitucional, sino que están relacionados o bien con los casos que los jueces deben resolver, o bien con su precaución por legitimar sus decisiones.

Esos límites, por su parte, también pueden ser divididos en dos tipos: algunos relacionados con el carácter de los casos que deben ser resueltos (pues ciertamente no es igual enfrentar casos fáciles, difíciles o trágicos), y otros vinculados con la necesidad de la judicatura constitucional, en especial atendiendo a su rol social y político, a su necesidad de legitimación político-democrática.

Esta clasificación, desde luego, no pretende ser exhaustiva ni está conformada por criterios estancos o impermeables entre sí. Seguramente, en el marco de nuevas indagaciones, los criterios que ofrezco podrían perfeccionarse o precisarse.

3.2. La insuficiencia de la autorrestricción como límite

Sin duda alguna, uno de los principales propósitos de este texto es detectar y resaltar la existencia de algunos límites para la labor de la judicatura constitucional, en el entendido de que esta se mueve en la órbita de los poderes constituidos y, por ende, *prima facie* se encuentra subordinada al ordenamiento jurídico constitucional, en el ámbito estrictamente jurídico-normativo, pero también a algunas

consideraciones relacionadas con la naturaleza y el rol de esta judicatura constitucional en el marco de un Estado constitucional.

Llegado a este punto, y sobre la base o como consecuencia de todo lo anotado, se está ya en condiciones de formular y sistematizar algunos criterios que ofrezcan pautas claras que limiten o delimiten correctamente la labor de los jueces constitucionales. Ahora bien, considero que el respeto a los límites que vamos a explorar coadyuva a dar cuenta tanto de la corrección como de la legitimidad de las decisiones que se toman a nivel de los tribunales o las cortes constitucionales.

Asimismo, los criterios esbozados tienen en cuenta las peculiaridades relacionadas con la judicatura constitucional y el especial rol que cumple, así como la importancia contemporánea de la constitución y el proceso de constitucionalización del derecho (entendido como ordenamiento jurídico). En este sentido, debe considerarse que no son igualmente aplicables (o por lo menos, no sin importantes y necesarios matices) al ámbito de la judicatura ordinaria. Estamos, con lo indicado, ante un escenario complejo, por lo cual es aconsejable, cuando no necesario, tomar en cuenta todos estos elementos.

En este orden de ideas, además, la noción misma de autorrestricción debe ser manejada con mucho cuidado. De este modo, conviene tomar en cuenta lo anotado con Pritchett al respecto, muy a despecho de que lo señalado por dicho autor se refiere a una alta corte que no es en rigor un tribunal constitucional, la Suprema Corte federal estadounidense:

... La autorrestricción aconseja a la Corte aproximarse a las cuestiones judiciales con renuencia y a ser cauta en sus desacuerdos con las legislaturas y ejecutivos, sean nacionales o estatales. Pero la autorrestricción no es el fin último en la sabiduría judicial. La obligación primaria de la Corte no es la de evitar la controversia. Su obligación primordial es aportar todo el discernimiento que poseen sus miembros y la mejor sabiduría que permitan los tiempos, para la interpretación de las normas básicas propugnadas por la Constitución, para la dirección de una sociedad libre. La Suprema Corte tiene un deber de autorrestricción, pero no hasta el punto de negar a la nación su guía en los problemas básicos de la democracia, que su situación sin igual le permite prever.³³

Efectivamente, ocurre que apostar por la autorrestricción como límite para la judicatura constitucional es impreciso, cuando no inocuo. Impreciso, en la medida que –como se acaba de ver, siguiendo a Pritchett– no se espera de los jueces constitucionales la mera abstención frente a cuestiones complicadas, sino más bien que tales operadores busquen resolver lo controvertido obrando con prudencia, sin

³³ C. Herman Pritchett, *La Constitución Americana* (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1965), 208-209.

claudicar con ello a su rol tuitivo. Para esto, ciertamente, no basta con recomendar la inactividad o la contención, sino más bien se hace necesario contar con criterios relativos que, al permitir la defensa efectiva de la Constitución, no impliquen excesos o la vulneración (o amenaza de vulneración) de bienes constitucionales valiosos.

Por otra parte, la autocontención puede ser considerada como inocua, si en ella se quiere ver a un límite *efectivo* para los tribunales constitucionales, y más aun si se le concibe como el límite único posible para estos órganos –como cuando se alega como alternativa frente al *activismo* (en rigor, hiperactivismo) *judicial*–.³⁴ Al respecto, parece claro que es un límite insuficiente o que, incluso, no puede ser considerada realmente como un límite a la sola “buena voluntad” de autocontención por parte de las cortes constitucionales. Efectivamente, no es difícil reconocer que, una limitación de cuyos contornos se le encarga al propio limitado, en rigor no puede ser considerada como un verdadero límite. Es necesario contar siempre con una pauta externa para que quien es limitado oriente o delimite su actuación.

En este orden de ideas, es importante tener presente lo que ha señalado Konrad Hesse en torno al alcance de los límites a los cuales estoy haciendo referencia. Al respecto, para Hesse los límites dependen “en gran medida de la interpretación, amplia o estricta, de las normas de la Constitución aplicables y, en función de ello, se amplía o se estrecha la medida del control”.³⁵ De esta manera, los límites son fluidos, pero ello no significa que no los haya. Más bien se trata de que se debe trabajar y hacer comprensibles los parámetros y puntos de vista conforme a los cuales deben regirse el alcance y la intensidad del control judicial.

Como también indica Hesse, la determinación de los límites no puede basarse solo en el principio de la autorrestricción judicial. Dicho con otras palabras, en la mera discreción de los jueces, en su decisión de restringirse o no. El control judicial más bien debe venir regido según sus tareas jurídico-constitucionalmente normadas, las cuales incluso en algún caso pueden exigirles a los jueces actuar en un sentido “totalmente contrario a la prudencia”, es decir, exigirles una intervención decidida.³⁶

3.3. Límites intrínsecos

3.3.1. Límites al juez constitucional en función de su carácter de autoridad

Con lo señalado queda claro que me inscribo, entonces, entre quienes creen que los límites a la labor de un juez constitucional van más allá de su autolimitación. Estas restricciones pueden provenir, en primer lugar, de su condición de autoridad. De

³⁴ César Landa, “Justicia constitucional y *political questions*”, *Pensamiento Constitucional* VII, n.º 7 (2000).

³⁵ Konrad Hesse, “La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 4 (2005): 167.

³⁶ Hesse, “La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional”.

este modo, puedo afirmar que su carácter de autoridad obliga a los jueces a actuar conforme a derecho y a sus responsabilidades como funcionarios y, en ese marco, deben respetar criterios de racionalidad (logicidad, sensatez), razonabilidad (o proscripción de la arbitrariedad) o corrección funcional (desarrollo de las competencias propias, y de las que se desprendan o infieran de ellas).

Con respecto al sometimiento de las autoridades al derecho, esta es una tarea ínsita en la idea de Estado de derecho (y muy especialmente, del Estado constitucional), en el cual el “gobierno de los hombres” (de las personas, de las autoridades) se encuentra sometido al “gobierno de las leyes” (del derecho). Esta subordinación a las leyes, si bien contiene un elemento formal, propio del que denominaba Ronald Dworkin en su concepción del Estado de derecho como “libro de reglas” (“*rule-book*” *conception*),³⁷ no se sostiene tan solo en bases formales o procedimentales, únicamente dependientes de la autoridad de quien emite las reglas.

Como ha sido explicado de diferentes formas y por distintos autores, el “imperio de la ley” (hoy en rigor, el “imperio de la Constitución”) está al servicio de la autonomía personal (pues sin predictibilidad o seguridad jurídica las personas no pueden decidir ni llevar a cabo sus planes de vida);³⁸ las instituciones políticas y jurídicas pueden ser concebidas como artefactos valiosos en sí mismos (es decir, no por motivos instrumentales), de manera concurrente con aquellos otros valores o bienes que subyacen a las regulaciones;³⁹ asimismo, diversas características que consideramos como inherentes o indeliguables de nuestra forma de entender al derecho (generalidad, publicidad, comprensibilidad, coherencia, etc.) tienen, finalmente, un valor moral (en palabras de Fuller, forman parte de la “moral que hace posible el derecho”⁴⁰).

En este sentido, es claro que las autoridades tienen el deber institucional de cumplir y hacer cumplir el derecho, no solo por consideraciones que invocan a la prudencia o por razones instrumentales, sino que existen razones que pueden calificarse como sustantivas para ello. Y, por si fuera poco, las autoridades tienen, además, y de manera concurrente con la mencionada exigencia de cumplir la ley (Constitución), la posibilidad de revertir la cultura del incumplimiento de la norma

³⁷ Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Massachusetts: Harvard, 1985, 11 y ss.). Como veremos luego, también puede hablarse de Estado de derecho en sentido material, vinculado, esta vez, con una concepción del Estado de derecho relacionada con los “derechos” (una “*right*” *conception*, distinta de la del “libro de reglas”). En la traducción en castellano se distingue entre la concepción “centrada en el cumplimiento de los reglamentos” y la “centrada en los derechos”. Al respecto, véase Ronald Dworkin, *Una cuestión de principios* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2012).

³⁸ Francisco Laporta, *El imperio de la ley* (Madrid: Trotta, 2007).

³⁹ Alon Harel, *Por qué el derecho importa* (Madrid: Marcial Pons, 2018).

⁴⁰ Lon L. Fuller, *La moral del derecho* (México, D.F.: Trillas, 1967).

(constitución), de la “anomia boba” en la que a veces nos encontramos varios países del ámbito iberoamericano.⁴¹

Ahora, no obstante lo indicado, no puede creerse que el cumplimiento de las normas-reglas es lo único o lo principal que deben tomar en cuenta las autoridades al ejercer sus funciones con responsabilidad. Como ha señalado, por ejemplo, Isabel Lifante, si entendemos que las responsabilidades están siempre relacionadas con los roles y las funciones asignadas a las autoridades *ex ante*,⁴² y tales funciones están por lo general relacionadas con “normas de fin” (es decir, con objetivos que pueden ser cumplidos de varias formas y hasta cierto grado), es claro que “el ejercicio de una responsabilidad nunca podrá reducirse al mero cumplimiento de un catálogo cerrado de deberes predeterminados en reglas de acción”⁴³ (esto es, reglas que ordenan o prohíben algo).

Lo anterior, bien visto, significa que el debido cumplimiento de las responsabilidades funcionales, en algunas ocasiones, implicará el incumplimiento de ciertas reglas de fin con el objetivo de poder alcanzar fines valiosos y decidir “de la manera más coherente con los principios y valores subyacentes a la práctica normativa”.⁴⁴ En otras palabras, significa que algunas reglas, como ocurre en todo el ámbito del derecho, pueden ser “derrotadas” en nombre de la realización de normas-principio, en este caso encaminadas al cabal cumplimiento de responsabilidades que subyacen a la función pública.

Señalado esto, desde luego, toca advertir de un peligro que asoma a lo antes indicado: si la derrotabilidad de las reglas depende de principios, y a estos se les da un carácter básico o exclusivamente moral (como parece ocurrir con el llamado “neoconstitucionalismo”), se corre el riesgo de que se sacrifiquen los valores propios del Estado constitucional y su racionalidad, y sin ello “no parece posible perseguir estándares de certeza, coherencia e igualdad formal”.⁴⁵

Así visto, además de lo indicado (actuación bajo el imperio de la ley y sujeción a las responsabilidades funcionales), las autoridades tienen un deber de racionalidad. Al respecto, lo primero que habría que decir es que toda decisión de una autoridad, cuando menos, debe respetar estándares de lógica elemental (por ejemplo,

⁴¹ Carlos S. Nino, *Un país al margen de la ley* (Buenos Aires, Emecé, 1992); Mauricio García Villegas, “Ineficacia del derecho e incumplimiento de reglas en América Latina”, en *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento del siglo XXI*, coord. por César Rodríguez Garavito (Buenos Aires: Siglo XXI, 2011), 161 y ss.

⁴² De esta manera, las responsabilidades no aludirían solo a eventuales consecuencias o sanciones *ex post*, que es a lo único que a veces suele remitir el término; cfr. Isabel Lifante, “El desempeño de las responsabilidades públicas”, *Revista da Faculdade de Direito - Fundação Escola Superior do Ministério Público* 13, n.º 2 (2018): 200.

⁴³ Lifante, “El desempeño de las responsabilidades públicas”, 203.

⁴⁴ Lifante, “El desempeño de las responsabilidades públicas”, 204.

⁴⁵ Massimo Cuono, “Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia una teoría crítica de neoconstitucionalismo”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 3 (septiembre 2012 – febrero 2013), 56.

respetando los principios de identidad, no contradicción, tercio excluido y razón suficiente) o incluso de racionalidad instrumental básica, esto es, dirigida a la elección de medios encaminados a lograr los fines que se pretenden (en las autoridades existe un deber elemental de sensatez o de racionalidad en sentido estricto).⁴⁶

Mutatis mutandis, con lo anterior, es posible afirmar que en relación con todo acto y decisión de gobierno o de poder que deba ser motivado –y no únicamente en el ámbito judicial– se requiere, cuando menos, contener una justificación interna, es decir, una racionalidad deductiva o lógico-formal.⁴⁷

Además de lo anterior, es menester entender que, en el marco del Estado constitucional, toda persona no solo tiene el derecho a que se le den “razones”, sino que estas deben ser “suficientes” y “adecuadas”. Dicho con otras palabras, deben ser justificaciones que denoten un verdadero respeto hacia el valor que tienen los individuos. Es en este sentido que un importante autor como Rainer Forst se ha referido incluso al “derecho a la justificación” como un derecho “moral” y “básico”, el cual implica el “ser respetado como una persona moral, que es autónoma por lo menos en el sentido en que no debe ser tratado de una manera para la cual no pueda dársele razones adecuadas”.⁴⁸ Esta carga, ciertamente, vincula también a todos los funcionarios públicos, incluyendo a los jueces.

Esta justificación, o este dar razones, va más allá de una exigencia de racionalidad: requiere razonabilidad. En este sentido, además de la coherencia lógica y normativa, las justificaciones deben ser consistentes en términos sustantivos;⁴⁹ así las cosas, las autoridades deben resolver o decidir de manera compatible con los valores, y no solo con las reglas existentes en el ordenamiento jurídico, lo cual requiere brindar razones suficientes y adecuadas, es decir, argumentar, justificar.

Así, volviendo a un asunto que dejé solo insinuado antes, el Estado constitucional puede ser entendido también en un sentido material, desde una concepción “centrada en derechos”, y no solo “centrada en reglas”, conforme a la ya mencionada clasificación de Dworkin. De manera compatible con esta idea es que algunos autores sostienen que el derecho tiene una doble naturaleza (como es el caso de Robert Alexy, principalmente). Y con ello, volvemos a la cuestión de las responsabilidades de los funcionarios: estas aluden tanto a normas de acción como a normas de fin, es decir, pueden referirse a reglas y a principios.

⁴⁶ Cuono, “Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia una teoría crítica de neoconstitucionalismo”, 46.

⁴⁷ Jerzy Wróblewski, *Sentido y hecho en el derecho* (Lima: Grijley, 2013), 52 y ss.

⁴⁸ Reiner Forst, “El derecho básico a la justificación: hacia una concepción constructivista de los derechos humanos”, *Estudios Políticos*, n.º 26 (2005): 35; cfr. Reiner Forst, *Justificación y crítica* (Buenos Aires: Katz, 2014), 56 y ss.

⁴⁹ Neil MacCormick, *Razonamiento jurídico y teoría del derecho* (Lima: Palestra, 2018), 146 y ss. O tal vez, con mayor precisión, podemos hacer referencia a la “consistencia normativa” y la “coherencia axiológica”.

Con todo lo anotado, en lo que corresponde a los jueces como autoridades específicas, cuya tarea es también interpretar la Constitución (sobre todo si son jueces constitucionales), debe tomarse en cuenta que esta norma –como todo cuerpo normativo, en realidad– contiene una multiplicidad de disposiciones, las cuales inicialmente deben ser entendidas como un sistema coherente, tanto en un sentido normativo (evitando así interpretaciones que promuevan la existencia de antinomias), como en uno axiológico (las constituciones promueven valores socialmente relevantes, aunque diversos).

Así tenemos que, por un lado, la interpretación de la constitución no puede ser llevada a cabo como si estuviera conformada por compartimentos estancos, sino que debe ser realizada como una unidad de conjunto.⁵⁰ Por ende, hay que realizarla evitando caer en lagunas, contradicciones y redundancias.⁵¹ Ello, más aún, considerando que el carácter valorativo de la Constitución no significa la prevalencia de unas exigencias morales sobre otras, sino, en todo caso, la obligación de la promoción de todas ellas en la mayor medida posible.⁵² Es así como entran a tallar tanto el criterio de unidad como el criterio de coherencia y concordancia práctica, los cuales apuntan a que la constitución debe entenderse como un conjunto normativo cuya interpretación es sistemática e incluso convencionalizada, sin contradicciones ni redundancias.

Ahora bien, justo es reconocer que la multiplicidad y variedad de disposiciones y valores presentes en una Constitución podría generar diversos problemas de interpretación, provenientes, por ejemplo, de los alcances o límites de los bienes jurídicos protegidos por la Constitución (y, entre ellos, los derechos fundamentales).

En este orden de ideas, si bien una constitución y su interpretación no están libres de una que otra aparente contradicción o redundancia, a los jueces constitucionales –que son quienes cierran el circuito de la interpretación constitucional en un Estado particular– les toca, en principio, volcar todos sus esfuerzos por superarlas, buscando, como ya se ha dicho, unidad, coherencia y concordancia práctica, de modo tal que se conserve la armonía y convivencia pacífica que se predica del contenido de una carta.

⁵⁰ En este sentido, confróntese el criterio interpretativo de “unidad de la Constitución” [Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2008), 48].

⁵¹ Que es a lo que alude el ideal de ordenamiento o sistema jurídico “completo” y “coherente”, características a las cuales hace referencia la teoría jurídica más clásica [cfr. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (Buenos Aires: Eudeba, 2009)].

⁵² En este sentido, como se recordará, Robert Alexy concibe a los principios constitucionales como “mandatos de optimización”, que deben ser satisfechos en la medida de lo jurídica y fácticamente posible, cuya aplicación no es del tipo “todo o nada”, como sería el caso de las reglas [Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007)].

De otro lado, y en lo que corresponde al denominado criterio de razonabilidad, el cual apuntaba a que toda persona con una cuota de poder o autoridad, cuyo ejercicio puede incluso violar o amenazar con violar derechos de terceros, debe hacerlo a través de medidas que resulten idóneas para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo propuesto. Además, debe asegurarse de que la vulneración o la amenaza de vulneración que genere la actuación de quien tiene autoridad no vaya más allá de lo que resulte necesario, y tomando en cuenta los argumentos que abogan tanto por la intervención menos gravosa, o mejor aún, por la no intervención sobre el derecho o bien constitucional que está en juego.

Como puede observarse, en atención a este criterio de razonabilidad, el intérprete de la Constitución (sobre todo si se trata de jueces constitucionales) deberá aquilatar los alcances de los diferentes sentidos interpretativos sobre la base del efecto que estos pudieran generar en derechos fundamentales o en bienes constitucionalmente protegidos. En este tenor, y al amparo de este criterio, solo se promoverán aquellas interpretaciones que signifiquen, además de la búsqueda por alcanzar fines constitucionales, la aplicación de medidas idóneas, necesarias y proporcionales en sentido estricto de cara a la incidencia que por ellas se puede suscitar (negativa o positiva, directa o indirecta, concreta o dispersa, con o sin sustentación razonable) y sin perder de vista las razones que se aducen, desde el derecho, tanto a favor como en contra de la intervención.

Con la razonabilidad se busca, en suma, evitar que las consecuencias o los efectos que tengan lugar en la esfera propia de un derecho fundamental o bien constitucionalmente relevante por el ejercicio de una cuota de poder o autoridad vayan más allá de lo que resulta estrictamente indispensable. Es más, incluso en este último caso, se exige que se sopesen los argumentos que, muy a despecho del caso concreto, abogarían tanto a favor como en contra de permitir la intervención (lo cual está más bien vinculado al llamado examen o test de proporcionalidad). En síntesis, se busca la proscripción de la arbitrariedad.⁵³

⁵³ La idea de razonabilidad es compleja y ha tenido una interesante evolución que siempre vale la pena tener en cuenta (si bien es claro que el paradigma actualmente vigente alude, en lo esencial, a objetivos similares a los buscados con el principio y examen de proporcionalidad). Sobre el principio de razonabilidad se recomienda revisar, entre otros, a Juan Francisco Linares, *Razonabilidad de las leyes: el “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución argentina* (Buenos Aires: Astrea, 1970); Juan Cianciardo, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad* (Buenos Aires: Universidad Austral/Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004). Asimismo, es importante mencionar aquí lo desarrollado por Fernando Rey, quien señala que la cláusula constitucional de igualdad en relación con el problema de la potestad legislativa de establecer diferencias jurídicas de trato se reduce al requerimiento de *razonabilidad*. Al respecto, indica que este es un estándar de control judicial que solo permitirá declarar discriminatorios los tratos manifiestamente arbitrarios. Esto es lógico porque tal deferencia del juez frente al legislador garantiza que aquel no sustituya en sus juicios a este. Fernando Rey Martínez, “¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 45 (2011): 170.

De esta manera, una obligación que resulta ineludible para la autoridad encargada de interpretar la Constitución es la de matizar sus argumentaciones e interpretaciones cuando ello corresponda, de manera que, al resolver, no se termine vulnerando o amenazando con lesionar un derecho fundamental o un bien constitucionalmente protegido. Se comprueba de este modo que, en el marco de la interpretación constitucional hay, pues, una especial preocupación por las eventuales consecuencias que se podrían derivar de los diversos sentidos interpretativos o de las diversas respuestas posibles frente a casos de carácter constitucional. De allí que también resulte necesario obligar a que quien efectúe una interpretación de la Constitución tenga presente el denominado criterio de previsión de consecuencias.⁵⁴

Y ello no puede ser de otra manera, toda vez que se está hablando de la Constitución, una norma jurídica (en rigor, un conjunto normativo) que irradia a todo el ordenamiento jurídico de un Estado en particular, en razón de su origen, su contenido y su rol. Más todavía, debido a la estrecha relación que también ha sido manifestada entre la Constitución, la configuración, la limitación y el control del poder, y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Estas exigencias no pueden entenderse de otra naturaleza si a ello se le añade la necesidad de respetar los diferentes parámetros que inspiran a todo Estado constitucional.

Por último, se deben tener en cuenta los alcances del criterio de corrección funcional,⁵⁵ el cual busca que cualquier autoridad se ciña a las competencias que se le han otorgado o se desprenden racionalmente de él, que se entenderán de mejor forma cuando se analicen de manera específica los límites que encuentran los jueces constitucionales a la luz de sus específicas competencias jurisdiccionales (y de las que razonablemente puedan inferir de ellas, leídas en forma literal, pero, sobre todo, entendidas de manera sistemática o convencionalizada).

Conforme a este criterio, entonces, los jueces deben respetar, y, desde luego, hacer respetar, el reparto de competencias que ha sido dispuesto por la Constitución y leyes de desarrollo, sin invadir fueros ajenos en nombre de la justicia o la pertinencia de la causa que se pretende resolver.

3.3.2. Límites en relación con la función jurisdiccional de un juez constitucional y el respeto a lo señalado (o que se infiere) en la constitución que interpreta

No puedo pasar por alto que existe un debate en torno a lo que pueden o no hacer los jueces y juezas, con base en el ejercicio de las competencias que le son propias. Dicho con otras palabras, cuando les toca aplicar el derecho a los casos concretos puestos a su consideración, con la finalidad de que resuelvan un conflicto jurídico *lato sensu*.

⁵⁴ Domingo García Belaúnde, "La interpretación constitucional como problema", *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, n.º 86 (octubre-diciembre de 1994): 32.

⁵⁵ Hesse, *Escritos...*, 50.

La discusión a la que me refiero se mueve en lo esencial (si bien expresado de manera simplificada) entre dos ejes o posturas: por una parte, están quienes consideran que las juezas y los jueces reconocen el derecho que se encuentra vigente y que lo aplican a los casos concretos, operación que, en lo sustancial, no es arbitraria (en este grupo se puede encontrar, por ejemplo, el positivismo, el iusnaturalismo racionalista, el argumentativismo o principialismo, y la concepción dworkiniana del derecho como integridad). Al otro extremo se encuentran quienes consideran que la actividad de aplicar el derecho es esencialmente discrecional y hasta política, y en la práctica no sujeta a las disposiciones jurídicas, las que son concebidas como un mero pretexto o como un marco de actuación bastante amplio (en este grupo podrían incluirse algunos tipos de realismo jurídico, el llamado uso alternativo del derecho, o tal vez algunas posiciones de los *critical legal studies*).⁵⁶

En ese orden de ideas, voy a partir tomando posición, aunque de manera general, por una visión más bien jurídica de la actividad judicial y, por ende, no esencialmente escéptica, puramente política o radicalmente discrecional (y menos aún arbitraria). En este sentido, entre otras consideraciones, comparto la idea de que la función jurisdiccional se caracteriza, en lo fundamental, por estar sujeta a derecho y por ejercerse de manera independiente e imparcial. En efecto, coincido con Josep Aguiló, quien plantea que estos tres deberes (deber de aplicar el derecho, deber de independencia y deber de imparcialidad) son necesarios, definitorios de lo que significa ser juez. Por ende, un funcionario que no se considera sujeto al deber de aplicar el derecho, o que actúa sin independencia ni imparcialidad, no sería realmente un juez (o traicionaría sus funciones intrínsecas).⁵⁷

Por otra parte, a naturaleza jurisdiccional de la labor de un juez constitucional lleva a tener presente que a estos juzgadores no les corresponde, en principio, efectuar evaluaciones o juicios de calidad u oportunidad (cuestiones propias de los actores políticos), o generar (*ex novo*) valores no previstos o que no sean deducibles del texto constitucional.⁵⁸ Y es que, aunque parezca obvio decirlo, el juez constitucional, en tanto que intérprete vinculante y de cierre de una constitución (con o sin una dinámica dialógica), tiene como primer límite para su labor al mismo texto constitucional o lo que se infiera de él.

En ese sentido, lo que regula el derecho, en general, y la constitución, en particular, se encuentra compuesto por palabras o disposiciones normativas. Estos enunciados, incluyendo a las disposiciones constitucionales, con todas las imperfecciones o dificultades inherentes al lenguaje, plantea un piso mínimo o contexto de

⁵⁶ Al respecto, véase Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica* (Madrid: Trotta, 2013), 21 y ss.

⁵⁷ Josep Aguiló Regla, “Los deberes internos a la práctica de la jurisdicción: aplicación del derecho, independencia e imparcialidad”, *Revista Jurídica de les Illes Balears*, n.º 10 (2012): 11-15.

⁵⁸ En ese sentido, entre otros, Francisco Javier Díaz Revorio, *Valores superiores e interpretación constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997).

significado atribuible a los enunciados jurídicos, los cuales, si son obviados sin más, nos proponen un escenario en el que se estaría decidiendo al margen del derecho.

Al respecto, y aunque discrepamos con algunos alcances de lo afirmado, podemos estar inicialmente de acuerdo con Ferrajoli cuando señala que la interpretación legítima se encuentra “dentro del marco de los posibles significados racionalmente asociables a la proposición interpretada sobre la base de las normas de la lengua utilizada, de las diferentes técnicas interpretativas y de las anteriores interpretaciones jurisprudenciales o doctrinales”, y fuera de ello lo que existiría sería creación judicial ilegítima.⁵⁹

En este sentido, es posible afirmar que el control jurídico se caracteriza, entre otras consideraciones, por tener un carácter inicialmente objetivado,⁶⁰ con lo cual estoy afirmando que, en principio, su ejercicio no implica que exista un amplio margen de estimación subjetiva a favor de la autoridad judicial. En este sentido, los jueces no pueden establecer libremente, por ejemplo, si aplican o no la sanción prevista como tal en una norma jurídica una vez acreditada la infracción, o si una incertidumbre jurídica puede ser resuelta al margen de las previsiones normativas existentes en el ordenamiento jurídico.⁶¹ La interpretación jurídica se da, en este sentido, dentro del marco de los múltiples significados de un texto normativo; en sentido inverso, si los jueces atribuyen significados que exceden a dicho marco, en sentido estricto estarán creando una norma nueva.⁶²

En este mismo orden de ideas, a la luz de lo indicado, parece necesario dilucidar qué es lo que se encuentra constitucionalmente establecido. En otras palabras, qué puede ser considerado como “constitucional”. Acabamos de anotar que un límite para la labor del juez constitucional es, sin duda alguna, lo previsto en el texto de la constitución (y lo que se infiere de ese texto, o las consecuencias de su interpretación sistemática e incluso convencionalizada). A ello, y en tanto y en cuanto se está hablando de interpretación constitucional, se le puede añadir otro parámetro limitante: lo que no es parte de las competencias de un juez constitucional es desarrollar interpretaciones no conformes con la constitución, y, con mayor razón, contrarias a lo previsto o lo deducible de ese texto constitucional.

⁵⁹ Luigi Ferrajoli, “Argumentación interpretativa y argumentación equitativa: contra el creacionismo judicial”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, n.º 20 (2016): 67.

⁶⁰ Aquello no significa que las labores jurisdiccionales sean ajenas por completo a la subjetividad. Lo que aquí se afirma es que su quehacer no debe ser enteramente subjetivo, y menos aún, que confunda una cierta subjetividad con arbitrariedad. La subjetividad de los jueces aparece, por ejemplo, cuando estos interpretan o aplican la legislación, o a partir de su “posición axiomática de interpretación”. Sin embargo, la eventual subjetividad de esta actividad hoy se encuentra muy limitada, a la luz de todos los criterios a los que vengo haciendo referencia.

⁶¹ Esto sin perder de vista que, como señala el propio Hans Kelsen, en determinados casos la aplicación de la ley requiere la subjetividad o la volición del intérprete (Kelsen, *Teoría...*, 133-134).

⁶² Riccardo Guastini, *Ensayos escépticos sobre la interpretación* (Puno: Zela, 2018), 77-78.

Lo expuesto obliga a realizar algunas necesarias precisiones. La primera de ellas va de la mano de ponernos de acuerdo sobre qué puede entenderse como “lo constitucional”. Aquí debo ser claro: si la constitución es un conjunto normativo con disposiciones de diverso tipo y que permiten distintas interpretaciones, bien debe reconocerse más de una interpretación conforme a la Constitución de cualquier disposición. El hecho de que una de esas interpretaciones sea escogida como vinculante frente a las otras no hace necesariamente inconstitucionales a esas otras.

Ello lleva a tomar postura en materias sin duda polémicas. Bien puede reconocerse que, luego de la lectura de una disposición, se llegue a la conclusión de que resulta imposible justificar su concordancia con los parámetros constitucionales. Es más, existen casos en los cuales ni siquiera puede alegarse el cumplimiento del procedimiento de aprobación prescrito o de las pautas previstas para la actuación del organismo u órgano competente para dictar esa clase de disposiciones. Sin embargo, si con solamente la existencia de estas percepciones se pasa a asumir que una disposición es inconstitucional, la inconstitucionalidad infortunadamente podría en ese contexto convertirse en una declaración sin mayor motivación, e incluso sujeta al capricho de quien la tome. Por ende, podría convertirse en una consagración de la arbitrariedad.

De allí creo que se justifica plenamente considerar como inconstitucional solo aquello que, además de mostrar aspectos incompatibles con el texto constitucional (y con lo que se infiere de él), cuente con una declaración expresa de su inconstitucionalidad emitida por las entidades competentes para ello. El alegato, muy respetable por cierto, de que lo injusto debe por sí entenderse como inconstitucional tiene que matizarse, pues la calificación de una disposición como injusta, inválida o incluso como inconstitucional no debiera ser tomada por cualquiera ni presentada de cualquier manera.

La declaración de inconstitucionalidad debe ser la *ultima ratio* a la cual llegan los organismos y órganos competentes para ello, luego de una debida motivación, y con efectos que dependerán de la vía en la cual se determina dicha inconstitucionalidad. Lo inconstitucional no puede correr el riesgo de ser una calificación que pueda otorgarse libremente a aquello que no nos gusta o nos parezca técnicamente correcto, por ejemplo.

En ese mismo tenor, cabe también tomar en cuenta los matices entre lo constitucionalmente posible y lo constitucionalmente necesario. El margen o la intensidad requerida con una declaración de inconstitucionalidad deben tener presentes las diferentes posibilidades que proporciona una realidad compleja, dinámica y cambiante. Por eso, una declaración de inconstitucionalidad es, como aquí se anotó, *ultima ratio*. Por ende, se recurre o debe recurrirse en principio a técnicas interpretativas para tratar de salvar la constitucionalidad de las disposiciones que resulten cuestionadas.

Sin perjuicio de lo anotado, es necesario recordar, tal como ha sido indicado, que en algunas ocasiones el contenido de las disposiciones jurídicas no remite de

manera inmediata a un significado claro, espacio de incerteza normativa que se le ha denominado como “zona de penumbra”.⁶³ Asimismo, se entiende que en otras ocasiones podemos encontrarnos frente a los llamados “casos difíciles”, en los cuales es necesaria cierta valoración o argumentación por parte del operador en el momento de resolver, con la finalidad de determinar una respuesta que no se encuentra establecida de manera inmediata o literal por el derecho positivo. En estos casos (sin duda excepcionales, en la medida que la indeterminación del derecho no es la regla), parece inevitable cierta cuota de subjetividad o de valoración por parte de los jueces.⁶⁴ Sobre estos casos “difíciles”, e incluso sobre los “trágicos” volveremos en el siguiente acápite.

Por otra parte, además, y muy a despecho de la flexibilidad con que se suele actuar cuando se interpreta en el ámbito procesal constitucional, aquello no libera a la judicatura constitucional de su obligación a mantener un elemental respeto a una mínima congruencia procesal (y, desde luego, el respeto de los derechos que forman parte del derecho a una tutela procesal efectiva).

En efecto, los jueces se encuentran vinculados a lo argumentado y lo probado por las partes (aunque no constreñidos, pues los jueces dirigen los procesos y pueden ordenar actuaciones de oficio para resolver mejor). En cualquier caso, es claro que quienes imparten justicia tienen un deber de imparcialidad o de equidistancia frente a los demás involucrados en un proceso. Deben actuar, asimismo, regidos por el derecho, el cual debe ser interpretado de manera adecuada (técnica, objetiva, no arbitraria), y por lo probado en autos.⁶⁵

Ahora bien, esta sujeción de los jueces a lo argumentado y probado por las partes no significa que estos deban hacer las veces de “árbitros neutros” frente a las partes, una especie de “invitados de piedra” sin participación o intervención trascendente en el proceso, lo cual es especialmente claro en el caso de los jueces constitucionales. Así, y especialmente en determinados contextos de precariedad institucional y desidia de los poderes públicos, se justifican ciertas formas de activismo judicial,⁶⁶ que puede ser considerado imparcial, pero no neutro. Esa posible falta de neutralidad no es el problema, pues la interpretación constitucional es finalista: apunta a tutelar

⁶³ H.L.A. Hart, *El concepto de derecho* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992).

⁶⁴ Efectivamente, ello parece inevitable, incluso empleando esquemas argumentativos sofisticados como podría ser el caso de la “fórmula del peso” [Alexy Robert, “La fórmula del peso”, en *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*, coord. por Miguel Carbonell y Pedro Grández (Lima: Palestra, 2010)].

⁶⁵ Para Ferrajoli, la legitimidad de la judicatura reside, en gran medida, en su carácter *tendencialmente cognitivo*, dirigido a la verificación o bien de hechos, o bien de violaciones de la ley [Luigi Ferrajoli, “Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, n.º 15-16 (2010), 3-18].

⁶⁶ Jesús Vega, “Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 41 (2018).

los derechos limitando el poder. En cualquier caso, lo que no se puede sustentar o defender es el hiperactivismo.

De igual manera, los jueces constitucionales deben ser considerados como quienes conducen todo proceso constitucional, y, por ello, se les reconoce un conjunto de prerrogativas o deberes, vinculados a lograr que se cumplan los fines de dichos procesos (en este sentido, se prevén principios tales como los de elasticidad, impulso de oficio, *pro actione*, *iura novit curia* y suplencia de queja deficiente, entre algunos de los más conocidos⁶⁷). Ahora, no obstante lo anterior, también es cierto que los jueces constitucionales no pueden, sobre la base de su poder y deber de conducción e impulso procesal, iniciar procesos constitucionales de oficio, resolver las causas *infra* o *extra petita*, o reemplazar a las partes en sus deberes procesales, etc. (esto último, por cierto, con algunos matices, los cuales para nada desnaturalizan los diferentes procesos constitucionales⁶⁸).

En el orden de ideas expuesto, se les exige entonces a los jueces interpretar, actuar y resolver conforme a derecho. Al respecto, y con la finalidad de garantizar que esto sea así, existen una serie de principios que inspiran su configuración orgánica y funcional como son los principios de unidad, exclusividad, independencia, imparcialidad, entre otros. Estos elementos permiten asumir que, por lo menos en principio, la interpretación que él haga no estará motivada por factores subjetivos como serían los de calidad, oportunidad o conveniencia, que son más bien propios de las autoridades políticas. En puridad, el respeto a criterios de interpretación constitucional como los de fuerza normativa o el de corrección funcional así lo reclaman.

En este sentido, la lógica expansiva de las atribuciones asignadas a la jurisdicción y al juez constitucional, o, dicho con otras palabras, el cierto “protagonismo” que pueden haber adquirido estos en el marco del constitucionalismo contemporáneo,⁶⁹ no puede ni debe hacernos perder de vista conceptos también centrales para el constitucionalismo, tales como el de la limitación del poder, traducido en asignación de competencias (exclusivas o concurrentes) a cada quien, para así asegurar el fin último de toda la estructura política y social que se busca promover: la plena vigencia de los derechos ciudadanos. De esta forma, al juez constitucional no le toca ni le corresponde hacerlo todo: de lo contrario, su autoridad, ideada y fortalecida para

⁶⁷ Estos principios han sido reconocidos expresamente en el Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruanos, pero, además de ello, tiene un vasto desarrollo jurisprudencial y doctrinario en el ámbito comparado.

⁶⁸ Que sería, por ejemplo, el caso de las sentencias estructurales (con todo lo polémico que el concepto es para muchos); o el de la modulación de los efectos de la sentencia constitucional, cuando ello no haya sido solicitado por las partes. En ambos casos, admitiendo que esto no es pacíficamente aceptado por todos, considero que la respuesta del Tribunal Constitucional atiende a la dimensión objetiva, y no solo a la subjetiva o *inter partes*, de un proceso constitucional.

⁶⁹ Miguel Carbonell, “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, en *El canon constitucional*, ed. por Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Madrid: Trotta, 2006), 155.

enfrentar a los déspotas o los dictadores, probablemente terminaría convirtiéndose en una nueva versión de estos.

Efectivamente, un juzgador “hiperactivista”, el cual considera que su accionar no tiene límites, y, además, busca sustentar su actuación en parámetros de calidad u oportunidad, es en rigor tan o más nocivo que quien renuncia a asumir tan significativas responsabilidades; y deviene, en los hechos, en la negación de lo que se busca obtener de un juez constitucional y en una rémora para la consolidación del Estado constitucional al cual dice proteger y representar.⁷⁰ Con lo anotado, entonces, la magistratura constitucional defrauda los roles y las funciones que le han encomendado nuestras sociedades si pasa a practicar un (hiper)activismo a ultranza, aquel que desconoce límites y cae en última instancia en el decisionismo judicial.⁷¹ Esta precaución, por cierto, vale también para jueces que creen tener la absoluta verdad sobre el contenido y sentido de la Constitución, y con base en ello la respuesta sobre “verdaderamente constitucional” para todos los casos, incluso aquellos polémicos o inciertos.⁷²

Así visto, se espera de los jueces constitucionales, pues, un ejercicio moderado y prudente de sus funciones. En este sentido, por ejemplo, Manuel Aragón Reyes tiene dicho que los jueces constitucionales deben llevar a cabo interpretaciones “constitucionalmente adecuadas” de la carta, argumentar y fundamentar en derecho, ofrecer resoluciones justas y jurídicamente correctas, además de no tomar el lugar del legislador.⁷³

Lo anotado, ciertamente, retrotrae a una cuestión que ya había mencionado: los jueces constitucionales realizan, en mérito a su labor jurisdiccional, un control jurídico. Sin embargo, dicha actividad se enfrenta a supuestos en los cuales la interpretación y solución de casos distan de ser un asunto sencillo, por cuestiones técnico-normativas, en mérito a que, como fue indicado, a los jueces constitucionales se les encarga resolver las cuestiones más importantes o controvertidas en una sociedad.

En este punto, es claro que la posible respuesta de los jueces constitucionales puede entrar en tensión con algunos elementos a los cuales también he estado haciendo referencia, como es el caso de la interdicción del hiperactivismo, o de

⁷⁰ Manuel García Pelayo, “Estado legal y Estado constitucional de derecho”, en *Lecturas de Temas Constitucionales* (Lima: Comisión Andina de Juristas, 1988).

⁷¹ En puridad, el activismo judicial a ultranza, que lleva a sustituir las exigencias constitucionales y del bien común por el criterio personal del juez, es un riesgo que subyace a la propia labor interpretativa del juez constitucional [Fernando M. Toller, “Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y al *balancing test*”, en *Interpretación Constitucional*, coord. por Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México: Editorial Porrúa, 2005), 1201].

⁷² Como sería el caso del llamado “constitucionalismo semántico” [cfr. Juan Manuel Sosa Sacio, “La coyuntura actual y algunos modelos de constitucionalismo”, *Gaceta Constitucional*, n.º 121, (2018)].

⁷³ Manuel Aragón Reyes, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control* (Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995), 165-166.

una arbitrariedad mediante la cual busque justificarse que los jueces reemplacen en sus funciones a otras autoridades, a pesar de que esas autoridades vengán ejerciendo sus funciones dentro de lo constitucionalmente establecido o lo constitucionalmente posible. Frente a ello, de nuevo, lo que legitima a la actividad judicial es “dar razones”. En algunos casos esto supone un control de racionalidad (de logicidad básica). En otros supuestos implica más bien ofrecer una justificación reforzada, la cual dé cuenta debidamente de la razonabilidad o corrección de la medida.

Como veremos enseguida, estos estándares de motivación son mayores cuando se trata de los llamados “casos difíciles” y de los “casos trágicos”.

4. Límites extrínsecos o dinámicos

4.1. Límites al juez constitucional en función de la naturaleza de las situaciones que resuelve: casos fáciles, difíciles y trágicos

Como se señaló, las “teorías estándar” de la argumentación jurídica (entre las cuales se encuentran, por ejemplo, los planteamientos de Robert Alexy,⁷⁴ Neil MacCormick,⁷⁵ Aulis Aarnio⁷⁶ o Manuel Atienza⁷⁷) suelen distinguir muchas veces entre “casos fáciles” y “casos difíciles”.⁷⁸ Esta distinción es sin duda muy importante en el momento de establecer cuál es el estándar de justificación o de motivación que les corresponde brindar a los jueces constitucionales cuando tienen que enfrentarse a ellos y resolverlos.

A decir de Atienza, los casos fáciles serían aquellos en los que no hay más que aplicación pura y simple del derecho, aquellos donde se requiere básicamente que se identifique el derecho aplicable al caso, sin mayor referencia a consideraciones adicionales. Los casos difíciles, por su parte, implican una actividad típicamente creativa, debido a que la cuestión en litigio no está determinada por los estándares jurídicos existentes.

De esta manera, en los casos fáciles la justificación de las decisiones consiste en efectuar una mera deducción, el consabido silogismo judicial, cuya conclusión no

⁷⁴ Ver, sobre todo, Alexy, *Teoría...*

⁷⁵ Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 1979). Hay también una edición de 1994, entre otras.

⁷⁶ De Aulis Aarnio me permito recomendar su clásico *Lo racional como razonable* (Madrid: CEC, 1991). Además, su *Derecho, racionalidad y comunicación* (México: Fontamara, 1995). Finalmente, su obra conjunta con Manuel Atienza y Francisco Javier Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica* (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010).

⁷⁷ Manuel Atienza, *Las razones del derecho* (Madrid: CEC, 1997).

⁷⁸ Manuel Atienza, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en *Interpretación constitucional*, coord. por Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México: Porrúa, 2005).

es una decisión, sino una norma. La corrección de las decisiones en este de tipo de casos consiste en respetar las reglas de la lógica formal y la lógica deductiva (en donde de las premisas mayor o normativa, y menor o fáctica, se deriva una consecuencia o respuesta para el caso concreto). En ese sentido, implica evitar contravenir –como lo señalé al referirme al criterio de racionalidad– los principios lógicos de identidad, no contradicción, tercio excluido y razón suficiente, así como no incurrir en falacias formales (tales como la afirmación del consecuente o la negación del antecedente, entre las más conocidas).

En los casos difíciles, más bien, existen dudas concernientes a la premisa normativa, a la premisa fáctica o a ambas. Por ello, en dichos casos la justificación de la decisión no se centra solo en el razonamiento deductivo (que presupone la validez de las premisas), sino que es necesario tomar en cuenta, además, reflexiones o criterios de la razón práctica, que aluden a un control sustantivo material de las premisas.

Sobre esto último, a decir de MacCormick, por ejemplo, la justificación de los casos difíciles debería basarse en criterios tales como la universalidad (la premisa debe expresar una norma general, aplicable a casos iguales), la consistencia (se refiere a la ausencia de contradicción con normas válidas y hechos del mundo) y la coherencia (con los valores del sistema y con lo previamente contenido en el caso), así como atenerse además a las consecuencias de lo decidido.⁷⁹

Ciertamente, también puede hablarse de casos difíciles, en general, cuando el caso no puede resolverse sobre la base de las reglas o las razones autoritativas disponibles (lo cual se relaciona con la conocida distinción entre las normas-regla y las normas-principio). En tales circunstancias, es necesario atender a las razones a favor y en contra que se ofrecen para poder resolver el caso, lo cual puede remitir a algunas técnicas o metodologías planteadas en el marco de la teoría de la argumentación jurídica. Entre estas, resultarán especialmente relevantes aquellas vinculadas con la solución de conflictos entre principios (constitucionales), para lo cual se reclama emplear el examen de proporcionalidad (aunque para muchos lo que más se hace es aplicar la técnica de la ponderación);⁸⁰ o, por otra parte, para otros se recurre a los criterios propios para resolver las situaciones de tensión entre la dimensión autoritativa (lo que viene expresamente ordenado) y la dimensión justificativa (los principios o las razones “subyacentes”) de las normas.⁸¹

Con base en lo expuesto, Jesús Vega, por ejemplo, ha señalado que es frente a los casos difíciles que, en ocasiones, surgen prácticas judiciales que pueden considerarse como activistas (los casos difíciles requieren “la reformulación de reglas,

⁷⁹ MacCormick, *Legal...*

⁸⁰ Véase Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007); Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003).

⁸¹ Ángeles Ródenas, *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico* (Madrid: Marcial Pons, 2012).

la introducción de excepciones y la producción de nuevas reglas por los jueces⁸²). Ello, ciertamente, les exige a los jueces argumentar, “requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa”; en este sentido, “un caso fácil no exige deliberación, sino simple aplicación de la regla (*juris-dictio*, es decir, derecho para el caso). Un caso difícil exige deliberación práctica (*juris-prudentia*, ponderar el derecho para el caso)”⁸³.

Este activismo adquiere, además, en manos del juez constitucionalista o “garante de los derechos” (propio del Estado constitucional), una mayor legitimidad en “situaciones de bloqueo o de omisión legislativa que redundan en prácticas regresivas en materia de derechos”;⁸⁴ es decir, en casos en los cuales los poderes públicos han omitido cumplir sus funciones constitucionales de manera sistemática, y, por ende, en ejercicio de sus funciones y responsabilidades, la intervención de los jueces aparece como necesaria.

Además de los casos fáciles y difíciles es posible reconocer otra categoría, a la cual se puede denominar “casos trágicos”.⁸⁵ Estos aluden a las situaciones en las que no existe alguna respuesta correcta y, por ende, plantean a los jueces, no el cómo deben decidir ante una serie de alternativas (o sea, cómo ejercer su discreción, como sucede en los llamados casos difíciles), sino qué camino tomar frente a un dilema.

Así, en este tipo de casos “no cabe encontrar ninguna solución [jurídica] que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico o moral”, o también, se puede afirmar que “no existe ninguna solución que se sitúe por encima del equilibrio mínimo”, mientras que, según explica Atienza, los casos difíciles se moverían en el campo del “equilibrio óptimo”. Dicho con otras palabras, al analizar si una respuesta es mejor que otra, los casos trágicos se encontrarían en el campo del “equilibrio mínimo”, que requiere determinar si existe alguna “buena respuesta” que alcance ese “equilibrio mínimo”.⁸⁶

Ahora bien, de la constatación de que existen casos trágicos en los sistemas jurídicos puede arribarse a la conclusión de que no hay “únicas respuestas correctas”. No obstante ello, y como explica Atienza, esto no significa que los casos trágicos escapen por completo al control racional. En efecto, el que no exista una respuesta

⁸² Vega, “Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial”, 134.

⁸³ Josep Aguiló, “Cuatro pares de concepciones opuestas de la constitución”, en *Fragments para una teoría de la constitución*, ed. por Atienza Ruiz Manero y Aguiló (Madrid: Iustel, 2007), 673.

⁸⁴ Vega, “Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial”, 139.

⁸⁵ Atienza, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, 128.

⁸⁶ Atienza, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, 129.

“buena”, no significa que no se pueda escoger entre alternativas peores: en dicho caso, el juez debe optar por el mal menor.⁸⁷

Con lo anotado es claro que, mientras más se distancie un caso de ser un “caso fácil”, más podrá el juez constitucional hacer uso de su margen de acción discrecional, sin que ello signifique en absoluto que tenga total libertad para decidir sobre la base de su subjetividad o de sus propias convicciones, si estas no coinciden con lo que se desprende de los parámetros constitucional o convencionalmente vigentes. La constatación de la existencia de un diferente tipo de casos opera, pues, como límite al margen de acción de los diversos jueces constitucionales. Al respecto, y al igual que en otros temas, un elemento que hay que tener en cuenta para llegar a esta respuesta se está relacionado con el cuestionamiento sobre la limitada legitimidad democrática de origen con la que parte la magistratura constitucional. En seguida me dedicaré a analizar ese tema.

4.2. Límites al juez constitucional en función de sus roles y legitimidad político-democrática. La apuesta por una dinámica dialógica en la labor de jueces constitucionales

Tras todo lo anotado, es momento de poner sobre el tapete que la labor del juez constitucional está dirigida, entre otras cosas, a resolver los principales conflictos políticos que tienen lugar en una sociedad en particular y, por tanto, la preocupación por las consecuencias de sus decisiones adquiere una singular significación.

Así, por ejemplo, lo puso de manifiesto Karl Larenz, al afirmar que al

... Tribunal Constitucional incumbe responsabilidad política respecto al mantenimiento del orden jurídico-estatal y su capacidad funcional. No puede proceder según la máxima: *fiat iustitia, pereat res publica*. Ningún juez constitucional procederá así prácticamente. Aquí la consideración de las consecuencias es, por tanto, totalmente irrenunciable.⁸⁸

Ahora bien, aun cuando no le faltaba razón a Larenz al poner en evidencia la responsabilidad que recae en el juez constitucional, lo cierto es que, en rigor, el criterio interpretativo de previsión de las consecuencias no se deriva de la naturaleza o condición del intérprete (en este caso, el juez constitucional), sino básicamente de las peculiaridades de la propia Constitución como objeto de la interpretación.

En esa línea de pensamiento, y sin perjuicio de la “posición axiomática del intérprete”, los jueces constitucionales no pueden pasar por alto su obligación de prever el efecto de sus interpretaciones y decisiones debido a que, por la naturaleza de la

⁸⁷ Atienza, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, p. 142.

⁸⁸ Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho* (Barcelona: Ariel, 1980), 504-505.

norma que se interpreta, se encuentran involucrados un conjunto de intereses o valores que reclaman especial atención. En efecto, el contenido tan singular de la norma constitucional, es decir, valorativo por un lado y limitador del poder por el otro, no hace más que justificar una interpretación responsable de ella, a fin de no terminar sacrificando ni uno ni otro extremo.

Con lo anotado, es claro que la dificultad de la labor interpretativa, de por sí ya suficientemente compleja por todo lo que he explicado, se acrecienta más si se cae en la cuenta de que la promoción de un contenido no puede hacerse en sacrificio del otro. Así, por ejemplo, es tan importante para un Estado constitucional que se respeten los mecanismos de limitación (configuración) y control del poder como que, a su vez, se promueva la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. En este sentido, resulta impreciso, por no decir inexacto, considerar que, pese a estar ambos en el mismo seno de la constitución, la parte dogmática necesariamente tenga una posición jerárquica superior frente a la orgánica, como de hecho alguna vez cierta decisión del Tribunal Constitucional peruano dejó entrever.⁸⁹

Además de ello, los jueces constitucionales tienen que tomar en cuenta, a la hora de interpretar y resolver, el llamado criterio de fórmula política. Efectivamente, estos juzgadores no deberían perder de vista que, en el momento en el cual el constituyente elabora la constitución, impregna en ella la fórmula o programa político en cuya base se va a configurar, organizar y distribuir el poder político en general, y el del Estado en particular.

En efecto, y dentro de la variedad de opciones con que cuenta para configurar al Estado (es decir, una república o una monarquía a nivel de formas de gobierno, con un sistema de gobierno parlamentario o presidencial, seguir la lógica de un Estado unitario o un Estado federal, entre otras), el constituyente finalmente termina incorporando en la carta algunos elementos que definen el tipo de Estado que quiso. Dicha definición, a su vez, constituye una pauta o parámetro que inspira la interpretación de la constitución y del ordenamiento jurídico en general.

Así, por ejemplo, si el Estado peruano ha sido configurado como uno republicano, democrático, unitario y descentralizado, en modo alguno, vía interpretación constitucional, podrían proponerse (y menos aún, imponerse) iniciativas de corte monopartidista, separatista o autoritario, entre otras. Y es que hacerlo significaría, en rigor, desnaturalizar la voluntad del poder constituyente que ha sido expresada en la constitución, al optar por un determinado modelo de Estado. En este orden de ideas, creo que no suscita mayor discusión que toda interpretación constitucional

⁸⁹ Me refiero al precedente constitucional establecido por el Tribunal Constitucional peruano en el Caso “Hernando Salazar Yarlenque” (Expediente N° 3741-2004-AA/TC), en virtud del cual, so pretexto de proteger los derechos fundamentales y la supremacía normativa de la Constitución, se terminó atribuyendo a autoridades administrativas la facultad de aplicar el control difuso, atribución que, como se sabe, es de carácter netamente jurisdiccional, como lo ha reconocido expresamente la Constitución peruana.

deba tener claro en el marco de qué tipo de Estado se está manejando y, por tanto, los márgenes dentro de los cuales debe llevar a cabo su esfuerzo interpretativo.

Asimismo, no puedo dejar de anotar que, en última instancia, si bien el origen de la constitución es atribuible al poder constituyente, para efectos prácticos, lo que garantiza la vigencia efectiva de un texto constitucional y su respeto es la existencia de un consenso político mínimo que subyace a toda la teoría del poder constituyente y al principio de supremacía constitucional. En efecto, los presupuestos para el aseguramiento del orden constitucional no pasan pues únicamente por elementos jurídicos, sino que estos se conjugan, como no puede ser de otra manera, con factores políticos, sociales, económicos, entre otros.

Es más, no es ocioso recordar que la constitución (muy a despecho del importante componente jurídico, que siempre debe resaltarse por contribuir a la exigibilidad y eficacia de los requerimientos morales que por su intermedio se buscan promover) no deja de ser una norma o un conjunto normativo con un contenido político. Esto se debe no solo a que el texto constitucional, como se ha explicado, configura y regula la estructura y relaciones de poder en un contexto determinado, sino que habría que recordar que, detrás de toda constitución, existe (o por lo menos debería existir) un consenso político. Se trata de un acuerdo (siquiera de mínimos) al cual se supone han llegado todos, haciendo a un lado pretensiones particulares y en atención a los altos intereses que se busca conseguir por intermedio del Estado. La naturaleza política de la Constitución, entonces, no solo se debe a su contenido, sino también al acto que le da origen, e incluso al ejercicio del poder que se efectúa conforme a sus parámetros.

Esto pone en evidencia que detrás de una constitución hay (o, por lo menos, debiera haber) una sociedad integrada en torno a ciertos elementos, respecto de los cuales existe o tendría que existir consenso. Estos elementos finalmente serán los plasmados en la carta. La confianza depositada en el texto constitucional no debería romperse, y el acuerdo político que le subyace tendría que mantenerse (y, de ser necesario, recrearse y mantenerse) si se quiere llevar a buen puerto la vocación de permanencia que es propia de toda constitución.

Es en esa línea de pensamiento donde aparece el criterio interpretativo de eficacia integradora, el cual considera que la vigencia efectiva de una constitución presupone la existencia de una sociedad integrada y dispuesta a mantenerse dentro del acuerdo mínimo al que se habría arribado. Esta es, además, y como ya fue indicado, una de las funciones contemporáneas atribuidas a los diferentes tribunales constitucionales (o a las entidades que asuman funciones similares en cada Estado en particular).

Con todo lo anotado, entonces, puede afirmarse que, en el marco del desarrollo de la labor interpretativa, debe observarse la naturaleza política de la constitución y, en ese sentido, promoverse aquellas interpretaciones que coadyuven a conservar el consenso político que le es inherente desde su origen. Así, toda interpretación que se haga del texto constitucional debe contribuir a integrar a la sociedad en torno a dicho texto, y no en un sentido inverso, pues ello llevaría a que se termine por promover

el rompimiento de un sentimiento constitucional, lo que llevaría a situaciones de desconocimiento y, por consiguiente, incumplimiento de la constitución.

Así las cosas, si bien esto tiene una estrecha relación con la función de integración social⁹⁰ que actualmente se otorga a las diversas cortes constitucionales, también es necesario reconocer que, debido al carácter jurisdiccional de la judicatura constitucional, su ámbito de incidencia es entendido como inicialmente acotado, cuando menos para las concepciones que podrían ser denominadas clásicas, herederas del constitucionalismo moderno,⁹¹ en las cuales juega un lugar central el principio de separación estricta de funciones y la idea del juez como un mero aplicador de la ley.

Frente a ello, y sobre la base de las exigencias de justicia en sede constitucional que surgen en nuestras actuales sociedades, que nos reclaman contar con jueces activos, pero que, a la vez, no incurran en hiperactivismo judicial, es que considero necesario plantear algunos límites para la judicatura constitucional sobre la base de su especial legitimidad democrática.

En este sentido, considero que los tribunales constitucionales pueden apostar por formas atípicas de respuesta que, siendo respetuosas de los poderes públicos, al mismo tiempo no defrauden las especiales funciones sociales y políticas que hoy se les han encomendado a estas entidades. Así, por ejemplo, las cortes constitucionales deberían explorar formas de solución de controversia tales como las “sentencias dialógicas” o las “sentencias de mera incompatibilidad”, con las cuales la judicatura constitucional no se reserva para sí una configuración excluyente de la “última palabra”. De esta manera se evitan los reclamos sobre supuestas invasiones a las competencias del político. Por el contrario, este tipo de pronunciamientos abren un escenario que favorece a la colaboración entre organismos estatales, con el propósito

⁹⁰ Esta es una función dentro de los roles sociales y políticos que asumen los jueces constitucionales, la cual alude a supuestos de cohesión social (que apunta a un sentimiento de incorporación o pertenencia a una comunidad política); inclusión social (esto es, el esfuerzo por incorporar a quienes se encuentran excluidos del sistema político o del económico, o no puedan ejercer sus derechos o su cultura a cabalidad); reconciliación social (apunta más bien a la búsqueda de superación colectiva de difíciles periodos dentro de la historia de nuestros países, mediante el impulso o la materialización de diversas acciones) y prevención social (la cual posee una naturaleza preventiva en la lucha contra la conflictividad social y, sobre todo, contra los factores que, según sea el caso, pudiesen generarla o potenciarla, factores entre los cuales se destaca la atomización de intereses o el sostenimiento de brechas e injusticias sociales).

⁹¹ Por “constitucionalismo contemporáneo” se entiende la teoría o el paradigma jurídico que surgió a mediados de siglo XX, y más específicamente en el periodo de la posguerra, en contraposición tanto al positivismo legalista como a la ideología del constitucionalismo moderno (de talante iusnaturalista). Esta nueva teoría se manifiesta, principalmente, en lo que, como ya he indicado, se ha denominado proceso de “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, el cual implica que la constitución impregna con sus valores y contenidos todos los ámbitos del derecho (así como también toda la vida social, política, económica o cultural de una comunidad), lo cual, desde luego, implica un significativo cambio en cuanto a la comprensión del objeto y la interpretación del derecho, así como de la forma de entender la relación entre derecho y moral.

adicional de asegurar que ellos, a la brevedad, actúen de acuerdo con parámetros constitucionales.

De este modo, es necesario entender las funciones de los tribunales, sus límites y la legitimidad de sus actuaciones, abriendo la puerta a alternativas que permitan o favorezcan el intercambio de pareceres, respetuoso y razonable, con los actores sociales e institucionales, así como con los poderes públicos o las entidades involucradas con algún conflicto constitucional, máxime si unos u otros consideran (en función de la situación de cada quien) que han sido violados (o por lo menos amenazados) sus derechos o sus competencias.

En ese sentido, considero que la labor de las magistraturas constitucionales ganaría mucho si se aproxima al denominado “activismo judicial dialógico”, el cual busca dejar de lado toda forma de “elitismo judicial”. Efectivamente, y como ha sido explicado,

... las soluciones dialógicas prometen terminar con las tradicionales objeciones democráticas a la revisión judicial basadas en lo que algunos, en forma muy discutible por cierto, consideran débiles credenciales democráticas del Poder Judicial; o frente al riesgo que algunos jueces, al “imponer la última palabra”, vulneren el sentido y el objeto de la democracia constitucional, según la cual, las mayorías deben estar en el centro de la creación normativa. En este sentido, las soluciones dialógicas eluden el problema de la “última palabra” y pueden ayudar a que la política y el consenso vuelvan a ocupar un lugar prominente en el proceso de toma de decisiones.⁹²

Así visto, y más aun en los casos en los que se requiere emitir sentencias estructurales, en las cuales las cortes constitucionales suelen jugarse de manera más evidente la legitimidad de su actuación, se buscará que:

La solución a los problemas de violación estructural de los derechos no pase por una decisión vertical y autoritativa de las cortes, sino por una decisión dialogada y consensuada entre los propios actores involucrados: se favorece, así, una rama judicial siempre proclive al diálogo y a la cooperación entre las instituciones cuya actuación conjunta es requerida para revertir tales problemas.⁹³

Dicho lo anterior, cabe preguntarse cuáles podrían ser, en concreto, las “prácticas dialógicas” que podrían emplear los jueces constitucionales para, valga la

⁹² Roberto Gargarella, “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”, en *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la liberación democrática*, comp. por Roberto Gargarella (Buenos Aires: Siglo XXI, 2014), 122.

⁹³ José Miguel Rojas Bernal, “Nuestro incipiente ‘activismo dialógico’: las sentencias estructurales del Tribunal Constitucional”, en *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional*, coord. por Juan Manuel Sosa Sacio (Lima: Palestra, 2017), 225.

redundancia, fomentar el diálogo y promover una mayor legitimidad democrática de sus decisiones.

Al respecto, y de acuerdo con una sistematización que cabe ver con simpatía, recientemente se han considerado las siguientes estrategias dialógicas de legitimación que, a la vez, operan como límites a la actuación del juez constitucional. Considero entonces que vale la pena tener en cuenta estrategias como las que mencionaré a continuación:⁹⁴

- i) La visibilización de problemas, es decir, la posibilidad de los tribunales de poner en la agenda pública asuntos que inicialmente se encuentran excluidos del debate colectivo o que han sido poco atendidos.
- ii) El castigo de la ausencia o del déficit del diálogo público o institucional. Dicho con otras palabras, que puede evaluarse la constitucionalidad de una medida a partir de si ella fue adecuada o suficientemente discutida.
- iii) La inclusión de actores y voces en la deliberación de los casos. Ello se daría, por ejemplo, a través de audiencias públicas participativas, de audiencias y visitas *in loco* o descentralizadas, o de promover que las deliberaciones del colegiado sean públicas.
- iv) La mínima intervención judicial, procurando el máximo involucramiento de los actores políticos relevantes, con el objetivo de promover el diálogo entre actores institucionales para involucrarlos en (o para delegarles) la solución definitiva del caso (o también aplicando estándares amplios de control constitucional, para que le quede al poder político un amplio margen de acción en la tutela de los derechos).
- v) El uso de decisiones dialógicas, por ejemplo, permitiendo la participación de los involucrados en el proceso de cumplimiento de las sentencias estructurales, o también haciendo uso de técnicas de deferencia al poder político, como sería el caso de las sentencias de mera incompatibilidad o lo referido a las sentencias prospectivas. Ello, por solamente citar alguna de las posibilidades que en la práctica han utilizado el Tribunal Constitucional peruano y otros tribunales constitucionales.

En síntesis, sostengo que, a efectos de redondear una adecuada concepción sobre los límites y las posibilidades de la judicatura constitucional, parece conveniente que se vea con simpatía y se analice la posibilidad de entender toda o buena parte de la labor hoy asignada a la justicia y a la judicatura constitucional en clave dialógica. Ello incluso podría fortalecer la legitimidad de lo que hace y resuelve un juez constitucional. Conviene, en este sentido, explorar y discutir las ventajas y limitaciones de dicha propuesta, en el marco de una discusión y reflexión de mayor calado, ya

⁹⁴ Sosa Sacio, “Los derechos sociales, su exigibilidad y el activismo judicial dialógico como modelo a seguir”, 89-90.

planteada aquí también, sobre el rol y las funciones que les compete desarrollar a los jueces de los diversos tribunales constitucionales.

5. Algunos retos a la labor activista de los diferentes jueces constitucionales

5.1. La rebeldía del legislador como riesgo a la labor de jueces constitucionales

Una pregunta clave dentro del constitucionalismo contemporáneo es la referida a qué pasa cuando el legislador insiste en aprobar una norma que reproduce una ley previamente declarada incompatible con la constitución por un tribunal constitucional. Esta situación, denominada “la rebeldía del legislador”, no ha sido muy estudiada, a pesar de que cada vez lamentablemente es más frecuente.

Ese fue un tema abordado con brillantez en el Perú por José Miguel Rojas Bernal. Con una línea similar ha sido desarrollado por Carles Viver Pí-Sunyer en España, entre otros. Allí se parte de constatar que la Constitución no es solamente es una norma jurídico-política, sino que además goza de aplicación directa. Como consecuencia de esta concepción de constitución, se le incorpora a esta un elemento para asegurar el cumplimiento de su supremacía normativa. Ahora bien, para que una constitución ejerza esta dinámica contralora, la misma deberá ser interpretada. Y es que la filosofía y la práctica que inspira a la *judicial review* se ha consolidado más allá de Estados Unidos, proyectándose en Europa continental (con algunos matices) a través de los tribunales constitucionales, y predominando sobre una dinámica que reclamaba más bien una supremacía del legislador. Todo ello, por cierto, no libera a los jueces de caer en excesos por el hiperactivismo de algunos de ellos. Tampoco nos deja al margen de, por ejemplo, una objeción a la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad de las leyes.

A este último tema, el de la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad de las leyes, José Manuel Rojas Bernal va a dedicar importantes reflexiones. Luego de realizar una buena descripción de las diferentes posiciones que se han asumido dentro de este debate, va a resaltar cómo ello va a depender de, en buena parte, el concepto de democracia que se maneje, y concluye que la objeción democrática planteada carece de una concepción clara y definitiva sobre las condiciones que permiten el buen funcionamiento del sistema democrático cuya lógica se pretenda salvaguardar.

Debe, además, tenerse presente que la legitimidad democrática de la justicia constitucional es, por lo menos para autores como Rojas Bernal, básicamente legitimidad de ejercicio. Es en ese contexto donde se desliza ya que la rebeldía del legislador bien puede ser un modo legítimo para impulsar una deseable evolución de la jurisprudencia, a fin de adecuarla a la realidad social. En esa misma línea de pensamiento,

conviene tener presente que la respuesta de los jueces no es excluyente. Rojas Bernal va entonces a alegar que, reconociendo la existencia de cuestionamientos a la legitimidad de los juzgadores, debe dejarse abierto el debate para que los legisladores cubran las eventuales definiciones subsistentes o emergentes, buscando así evitar, en su caso, la extralimitación o el retraimiento de los diversos implicados.

Luego de estas afirmaciones, quienes han trabajado este tema entran a definir qué se entiende por rebeldía del legislador, y, además, pasan a describir los dos elementos básicos para analizar en este escenario: el de las características de las sentencias de constitucionalidad, y el de los rasgos del nuevo precepto legal cuyas propiedades deben tenerse en cuenta. A continuación de ello, pasan a pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de esta rebeldía del legislador.

Se parte, entonces, de reconocer y justificar, como regla general, la supremacía (yo diría, en rigor, la posibilidad de interpretación de cierre) de la interpretación constitucional del tribunal constitucional sobre la del congreso y el poder judicial. De esta manera, la rebeldía del legislador vulneraría (o amenazaría con vulnerar) esa supremacía. Es más, se reconoce que en principio esa situación (la dación de una ley reiterativa de aquella en su momento declarada inconstitucional) por lo menos rompe una presunción de constitucionalidad, y no respetaría un criterio de corrección funcional.

Se alega, además, que debe tenerse presente el carácter de cosa juzgada (material) de la sentencia (sobre todo estimatoria) de un tribunal constitucional en un proceso de inconstitucionalidad. Es en este escenario que autores como Rojas Bernal se plantea ver la rebeldía legislativa ante una sentencia exhortativa. Aquí la obligación del legislador no parece basarse en el carácter de cosa juzgada de lo resuelto por el tribunal constitucional, pero se admite que ese incumplimiento podría implicar ir contra principios como los de cooperación y lealtad constitucionales.

Ahora bien, justo es anotar que, fuera de esta perspectiva más bien procesal, existe también una percepción proveniente de la teoría general del derecho. En ese contexto, Rojas Bernal se pregunta sobre qué tipo de fuerza se despliega la norma concreta de una sentencia de inconstitucionalidad frente a una ley reiterativa, y, además, si puede hablarse de una ley inexistente por ser carente de validez. Desde ese punto de análisis, parecería quedar claro que cuando el tribunal constitucional declara que una norma es inconstitucional, no fija cuál debe ser el contenido de una ley (norma) conforme a la constitución, pero sí impone que el contenido de la eventual nueva ley no sea el mismo de la ley considerada inconstitucional.

Sin embargo, lo que aporta con especial interés la reflexión hecha al respecto es el análisis del tema de la rebeldía legislativa en clave de una interpretación evolutiva. Aquello parte de preguntarse si una interpretación constitucional es más bien estática e incluso inamovible. De aceptarse esto último, se coincidirá también en que el planteamiento de diversas perspectivas no es el mismo, ya que la interpretación constitucional es dinámica y no estática.

A esa primera interrogante siguen algunas otras. En primer lugar, sobre qué implica aquí aplicar una interpretación evolutiva. En segundo término, acerca de si no debería reducirse esta capacidad de acción, más bien propia de la reforma constitucional. Y, luego de ello, se pregunta con base en qué se sustenta esta función interpretativa, y hasta dónde puede llegar el intérprete constitucional en el uso de la interpretación evolutiva (¿puede ir, por ejemplo, más allá de los límites propios de la mutación constitucional, muy a despecho de la indeterminación que para muchos tiene la mutación constitucional?).

Y es que si la constitución no puede leerse en forma estática, ¿no corresponde aceptar límites temporales a la cosa juzgada constitucional, y, por ende, márgenes de acción a una posible rebeldía legislativa? De otro lado, ¿qué pasa si la sentencia emitida con carácter de cosa juzgada desestimó la demanda de inconstitucionalidad? ¿Cómo queda aquí la interpretación mutativa de la constitución? ¿El que una norma haya sido en un momento declarado inconstitucional implica que así se la entienda siempre?

Ahora bien, y ya en este momento de reflexión conviene anotar, en coincidencia con el autor, que cualquier cambio en las denominadas “circunstancias determinantes” lleva a justificar cómo atenuar la cosa juzgada de una sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad. Es en ese escenario donde autores como Rojas Bernal apuntan cómo aquí se puede justificar el principio de reversibilidad de los pronunciamientos constitucionales, postura que, respetuosamente, considero por lo menos muy debatible.

Rojas Bernal procede, entonces, a analizar cómo podría darse una interpretación mutativa de la constitución en una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad. Aquí, añade el autor, tiene sentido una interpretación constitucional mutativa sobre la norma impugnada que habría recibido una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad. Aclara, eso sí, que ello quedaría limitado a que el legislador dicte una norma con un contenido idéntico al ya declarado inconstitucional.

Lo expuesto permite a Rojas pasar a otro estadio de análisis. Ya no va a buscar entenderse a la rebeldía del legislador y a la ley reiterativa como un riesgo o como una irregularidad, sino como un modo de colaboración entre el Congreso y el tribunal constitucional.

La calificación de esta postura, que en principio podría ser considerada por muchos como ilícita, se relativiza si ha habido un cambio en las circunstancias determinantes, o un cambio en la composición del tribunal constitucional. Es más, y explorando con más detalle en ese sentido, quienes promueven esta postura van a especificar en este contexto una serie de justificaciones para la rebeldía del legislador democrático (dentro de un Estado constitucional).

Ahora bien, el reconocimiento de la rebeldía del legislador y el establecimiento de justificaciones para su ejercicio –materia sin duda política– deben estar, con mayor razón, relacionadas con ciertos parámetros de control y eventual determinación de responsabilidad. En ese sentido, previsoramente Rojas Bernal resalta la existencia

de parámetros de control de constitucionalidad de aquella disposición que podemos calificar como ley reiterativa. Al respecto, anota lo siguiente:

1. El tribunal constitucional debe utilizar la constitución (y no la jurisprudencia anterior sobre la materia) como el parámetro interpretativo de la ley reiterativa. Coincide aquí con lo señalado por autores como Carles Viver Pi-Sunyer, al asumir una consideración interesante, que no por ello deja de ser discutible, pues precisamente la jurisprudencia del tribunal constitucional es la interpretación vinculante de cierre de la constitución, y, por ende, no puede ser desdeñada. Es más, un cambio de perspectiva jurisdiccional debería encontrarse motivado por quienes integren el tribunal constitucional.
2. El tribunal constitucional debe tener presente si en su sentencia anterior reconoció que había diversas posibilidades interpretativas (distintas a aquella finalmente acogida en su momento) a las cuales se hubiera podido recurrir.
3. El tribunal constitucional debe reconocer si hubo votos singulares en su anterior sentencia.
4. El tribunal constitucional debe observar si hubo cambios en su composición (desde la emisión de su anterior sentencia).

En síntesis, autores como Rojas Bernal constatan que la constitución, al ser una norma jurídica, presupone su garantía o control. Ahora bien, y en términos interpretativos, ello debe ir de la mano de una relación entre justicia constitucional y democracia que apunte a una interpretación dinámica, la cual debe tener en cuenta el cambio en las denominadas circunstancias determinantes.

En este escenario donde procede a realizar un análisis de la “rebeldía del legislador”. Según Rojas Bernal, dicho análisis presupone revisar, entre otros factores, los referidos al tipo de sentencia emitida por el tribunal constitucional, los fundamentos del fallo y el carácter omisivo o activo de la ley reiterativa aprobada por el Congreso.

Se reconoce, entonces, que en principio la ley reiterativa no goza de presunción de constitucionalidad, y que puede vulnerar o amenazar el cabal ejercicio de las competencias de un tribunal constitucional. En esa misma línea de pensamiento, algunos admiten que cabría aceptar dicha rebeldía si se asume cierta perspectiva interpretativa y se toman algunos recaudos y prevenciones.

Como bien puede apreciarse, se trata de un tema polémico, que permite sustentar conclusiones con las cuales se puede coincidir o no, pero frente al que, más que ante un límite a la labor de quienes asuman tareas propias de jueces constitucionales, estamos ante un riesgo al quehacer de estos juzgadores, en tanto, con el argumento de una interpretación evolutiva, quienes legislan pueden soslayar los efectos de sus sentencias, y, por ende, poner en riesgo su propia legitimidad. Sin duda, nada más riesgoso para la estabilidad de un Estado constitucional que se precie de serlo. Por ende, no respaldo, aunque respeto, esta posibilidad de acción frente a la cual,

si intenta asumirse –situación que no recomiendo–, se hace indispensable tomar algunas precauciones al respecto, salvo mejor parecer.

5.2. El reto de la ejecución de los fallos emitidos por los jueces. ¿En búsqueda del cumplimiento de lo resuelto o de la generación de impacto con lo jurisdiccionalmente señalado?

Hoy, qué duda cabe, el papel del juez constitucional es central en el Estado constitucional. Sus responsabilidades de interpretación vinculante y control de constitucionalidad le han dado un rol preponderante en la “concretización de la Constitución”, siguiendo los términos de Hesse. Aquello se materializa a través de diversas alternativas y tareas por seguir: “constitucionalización del derecho”, con sus efectos directos e indirectos; “constitucionalización de la política”; “convencionalización del derecho”; promoción de la integración social (cohesión, inclusión, reconciliación, prevención); mediación bajo parámetros jurídicos. Por ende, garantizar el cumplimiento de todos sus pronunciamientos es un asunto capital en el Estado constitucional.

Y es que, si se quiere entender el alcance de los diversos derechos, las competencias de las distintas entidades estatales y las posibilidades conforme a derecho de actuación de cualquier funcionario, autoridad o persona (natural o jurídica) se va a necesitar contar con un escrupuloso respeto de dichos pronunciamientos. De allí la preocupación de diversos tribunales constitucionales, al igual que de otras entidades que cumplen roles similares en el derecho comparado (e incluso de tribunales convencionales o supranacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos) sobre el particular.

Así, por ejemplo, en el caso peruano se han dado varios pasos dirigidos a asegurar el cabal cumplimiento y ejecución de lo resuelto en procesos constitucionales de la libertad, tareas donde, a pedido de parte, se busca involucrar al Tribunal Constitucional.

Debe tenerse presente que, viendo lo previsto en el Código Procesal Constitucional del Perú, sus artículos 22 (referido al régimen general aplicable a los procesos de tutela de derechos fundamentales) y 59 (destinado a la regulación del proceso de Amparo), demuestran un interés del legislador por otorgar real eficacia a las resoluciones de los jueces constitucionales aunque, justo es decirlo, se parecería optar por un modelo en el cual el juez de primer grado es, en principio, el ejecutor de lo resuelto.

Ahora bien, y ante la preocupante constatación de que las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional peruano seguían siendo incumplidas, cumplidas deficientemente o desnaturalizadas en su fase de ejecución, problema que, por cierto, no se circunscribe a lo que ocurre en el caso peruano, el pleno de ese Tribunal Constitucional instauró el “recurso de agravio en favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional”, desde lo dispuesto en la RTC 00168-2007-Q/TC. Luego, y mediante la RTC 00201-2007-Q/TC, dicho Tribunal Constitucional

amplió la posibilidad de presentar el recurso de agravio incluso a favor de las sentencias emitidas en segundo grado.

En el caso peruano cierra esta relación de recursos de agravio atípicos el denominado “recurso de apelación por salto” como medio para intentar mejorar la ejecución de sus propias decisiones, participando directamente para hacer cumplir sus pronunciamientos cuando estos no son adecuadamente realizados por el juez de ejecución de primer grado, sin necesidad de que conozca la Sala de la judicatura ordinaria que debería haberse pronunciado en segundo grado.

Con esta constatación, por cierto, no se dejaron de lado múltiples preocupaciones expresadas, por lo menos en el caso peruano, en diversos fundamentos de voto que presenté en mi condición de juez constitucional. Dichas preocupaciones giran en torno a materias como una cobertura constitucional y legal insuficientemente justificada; deficiencias en la justificación del uso en estos casos de una siempre polémica “autonomía procesal constitucional”; debate sobre la capacidad operativa del tribunal para atender esta clase de requerimientos. Bien puede alegarse que las decisiones tomadas se encuentran no solamente dentro de lo “constitucionalmente posible”, sino, sobre todo, dentro de lo “constitucionalmente necesario”. Ahora bien, y muy a despecho de que pueda discutirse lo avanzado, necesario es anotar que, al respecto, y no solamente en el caso peruano, todavía queda mucho por hacer.

Y es que con relativa facilidad puede detectarse que, existen tribunales constitucionales que, como el Tribunal Constitucional peruano, han tomado diversas decisiones en busca de facilitar o consolidar la ejecución de sus pronunciamientos (en el Perú, por citar un ejemplo, conviene tener presente que, además de lo mencionado en este texto, el Tribunal Constitucional también ha recurrido a fórmulas más próximas a una naturaleza procesal, como las de la declaración de estados de cosas inconstitucional o la represión de actos homogéneos, mecanismos que, indirectamente, pero ya con una mayor incidencia e iniciativa del Tribunal Constitucional, crean mejores condiciones para la ejecución de lo resuelto por dicho colegiado).

Queda claro, entonces, que todavía hay varios debates por abordar al respecto, frente a un tema que se presenta ya como un reto a la labor de todo juez constitucional dentro de un Estado constitucional que hoy se precie de serlo. En primer lugar, conviene tener presente hasta dónde puede llegar la capacidad interpretativa vinculante de jueces constitucionales ante omisiones reiteradas que causan graves y sostenidas violaciones de diversos derechos fundamentales.

El debate sobre la pertinencia de instaurar (al igual que en Colombia y en Costa Rica, y siguiendo antecedentes que se remontan a uno de los casos “Brown” emitidos por la Corte Suprema Federal de Estados Unidos) sentencias estructurales se hizo indispensable frente a situaciones de reiterado incumplimiento en la atención de ciertas tareas legislativas, pero también, frente a la necesidad de entender cuáles son los límites al accionar del juez constitucional. Por ende, y desde el caso “Hermanas Cieza”, ya el Tribunal ha emitido varias sentencias de carácter estructural.

Junto al tema que acabo de mencionar, se presenta otro de innegable relevancia, referido a cómo asegurar el cumplimiento de lo resuelto con un mayor margen de acción dentro del mismo tribunal o juez constitucional. Resulta aquí necesario pensar en materializar alternativas como cuestiones de seguimiento e incluso audiencias de seguimiento. De esta manera ha comenzado a trabajarse en el Tribunal Constitucional, con singular éxito.

En cualquier caso, lo que resulta evidente es que jueces constitucionales en general, y miembros de entidades como el Tribunal Constitucional peruano en particular, deben tomar medidas que aseguren que sus decisiones y mandatos sean finalmente cumplidos por los obligados. Si no hace algo sobre el particular, y con mayor razón si en los hechos se plasma lo contrario, no solamente deja sin tutela derechos y bienes constitucionalmente protegidos, sino también sin efectiva limitación al ejercicio abusivo de las competencias de quien tiene autoridad, y, por el contrario, deslegitima la actuación del Tribunal Constitucional (o de cualquier juez constitucional) y nos lleva al terrible riesgo de una desconstitucionalización del Estado.

La opción asumida al respecto en el caso peruano, al igual que en otros Estados, ha sido la de, además de recurrir a mecanismos como los aquí mencionados, propiciar la instauración de una comisión de seguimiento de sentencias para asegurar la materialización de lo resuelto en ciertos casos considerados emblemáticos. La Comisión de Seguimiento de Sentencias, tal como ocurre con sus pares en otros Estados, tiene como finalidad la de supervisar y velar por el cumplimiento efectivo y oportuno de este tipo de decisiones. Esto se tradujo en, primero, registrar las exhortaciones, declaraciones de estados de cosas inconstitucionales y de estados de hecho inconstitucionales, las sentencias estructurales que eventualmente puedan emitirse, y, finalmente, todas aquellas decisiones del Tribunal Constitucional que requieran de un seguimiento específico.

Esta Comisión cuenta además con facultades para impulsar las coordinaciones interinstitucionales que resulten necesarias, así como las propuestas técnicas y los apremios legales que sean oportunos. Ello con la finalidad de que las situaciones de incumplimiento de lo resuelto por el Tribunal Constitucional (peruano) sean efectivamente revertidas.

Por otro lado, y en lo referido a las audiencias de cumplimiento, estamos también ante una experiencia de innegable interés. Se convoca entonces a las partes implicadas, para así asegurarse de que estas sí han cumplido con los diferentes extremos de la sentencia que dictó el Tribunal, y, luego de ello, de ser necesario, dictar pronunciamientos con carácter de sentencia para determinar cómo debe darse la ejecución de lo ya resuelto, determinación que obliga tanto a los diferentes poderes públicos como a los particulares.

Sin embargo, este no es el único elemento sobre el cual se debe fijar posición. Por ejemplo, tener clara la diferencia entre cumplimiento e impacto es aquí fundamental. Debe quedar claro si el juez constitucional, y con mayor razón, un tribunal constitucional (o la entidad que haga sus veces) quiere tener una incidencia cuantitativa en

la ejecución de lo previsto en sus sentencias, o, más bien, se preocupa de asegurar que lo resuelto en casos considerados emblemáticos no solamente se materialice, sino que esa última actuación sea conocida y aplicada también a situaciones sustancialmente iguales.

Conviene, entonces, frente a esta disyuntiva, tener presente, de un lado, el efecto multiplicador de los pronunciamientos de jueces constitucionales (máxime si se trata de integrantes de tribunales constitucionales, o de entidades que hagan sus veces); y, de otro, la imposibilidad material de que, sobre todo las altas cortes, puedan involucrarse en la ejecución de todos (o por lo menos, de la gran mayoría) los fallos que emiten. En síntesis, creo que es necesario apuntalar el cumplimiento de las resoluciones ya emitidas, pero priorizando una dinámica de impacto, más acorde con la dimensión objetiva de los diferentes procesos constitucionales (y, principalmente, de los procesos constitucionales de la libertad).

Probablemente, estas no son las únicas alternativas al respecto, y sin duda puede haber múltiples observaciones sobre lo previsto. Ahora bien, lo importante aquí es señalar la relevancia del tema y, especialmente, su importancia no solo como reto a la labor de un juez constitucional, sino por lo que implica en relación con su propia legitimidad y la legitimidad de su quehacer. De allí su innegable importancia.

Bibliografía

- AA. VV. “La democracia deliberativa a debate”. *Cuadernos de Investigación*, n.º 85 (2011).
- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: CEC, 1991.
- AARNIO, Aulis. *Derecho, racionalidad y comunicación*. México: Fontamara, 1995.
- AARNIO, Aulis, Manuel ATIENZA y Francisco Javier LAPORTA. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.
- AGUILÓ REGLA, Josep. “Los deberes internos a la práctica de la jurisdicción: aplicación del derecho, independencia e imparcialidad”. *Revista Jurídica de les Illes Balears*, n.º 10 (2012).
- AGUILÓ REGLA, Josep. “Cuatro pares de concepciones opuestas de la constitución”. En *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, editado por Atienza Ruiz Manero y Aguiló. Madrid: Iustel, 2007.
- ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”. En *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*, coordinado por Miguel CARBONELL y Pedro GRÁNDEZ. Lima: Palestra, 2010.
- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: CEC, 2008.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ARAGÓN REYES, Manuel. *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

- ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.
- ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho*. Madrid: CEC, 1997.
- ATIENZA, Manuel. “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”. En *Interpretación constitucional*, coordinado por Eduardo FERRER MAC-GREGOR. México: Porrúa, 2005.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. Indianapolis: Bobbs-Merrill Educational Publishing, 1978.
- BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1986.
- CARBONELL, Miguel. “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”. En *El Canon Constitucional*, editado por Miguel CARBONELL y Leonardo GARCÍA JARAMILLO. Madrid: Trotta, 2006.
- CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Universidad Austral/Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.
- CUONO, Massimo. “Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia una teoría crítica de neoconstitucionalismo”. *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 3 (septiembre 2012 – febrero 2013).
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *La ‘Constitución abierta’ y su interpretación*. Lima: Palestra, 2004.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.
- Dworkin, Ronald. *A Matter of Principle*. Massachusetts: Harvard, 1985.
- Dworkin, Ronald. *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2012.
- ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 1997.
- ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. “Diferencias entre activismo judicial y activismo judicial dialógico”. *Gaceta Constitucional* 123 (2018).
- ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso*. Lima: Ara, 2003.
- ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. *En defensa de la constitución*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018.
- FERRAJOLI, Luigi. “Argumentación interpretativa y argumentación equitativa: contra el creacionismo judicial”. *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, n.º 20 (2016).
- FERRAJOLI, Luigi. “La esfera de lo indecible y la división de poderes”. *Estudios Constitucionales* 6, n.º 1 (2008).
- FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Trotta, 2014.

- FERRAJOLI, Luigi. “Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción”. *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, n.º 15-16 (2010).
- FORST, Reiner. “El derecho básico a la justificación: hacia una concepción constructivista de los derechos humanos”. *Estudios Políticos*, n.º 26 (2005).
- FORST, Reiner. *Justificación y crítica*. Buenos Aires: Katz, 2014.
- FULLER, Lon L. *La moral del derecho*. México, D.F.: Trillas, 1967.
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. “La interpretación constitucional como problema”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, n.º 86 (1994).
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal regulativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*. México D.F.: UNAM-IIJ, 2015.
- GARCÍA PELAYO, Manuel. “Estado legal y Estado constitucional de derecho”. En *Lecturas de temas constitucionales*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1988.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. “Ineficacia del derecho e incumplimiento de reglas en América Latina”. En *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento del siglo XXI*, coordinado por César RODRÍGUEZ GARAVITO. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.
- GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2011.
- GARGARELLA, Roberto. “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”. En *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, compilado por Roberto GARGARELLA. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Algo más acerca del ‘coto vedado’”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 6 (1989).
- GUASTINI, Riccardo. *Ensayos escépticos sobre la interpretación*. Puno: Zela, 2018.
- HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Lima: Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.
- HÄBERLE, Peter. *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998.
- HAREL, Alon. *Por qué el derecho importa*. Madrid: Marcial Pons, 2018.
- HART, H.L.A. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992.
- HESSE, Konrad. “La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 4 (2005).
- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.
- LANDA, César. “Justicia constitucional y political questions”. *Pensamiento Constitucional VII*, n.º 7 (2000).
- LAPORTA, Francisco. *El imperio de la ley*. Madrid: Trotta, 2007.
- LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 1980.

- LIFANTE, Isabel. “El desempeño de las responsabilidades públicas”. *Revista da Faculdade de Direito - Fundação Escola Superior do Ministério Público* 13, n.º 2 (2018).
- LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes: el “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución argentina*. Buenos Aires: Astrea, 1970.
- MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1979.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra, 2016.
- MACCORMICK, Neil. *Razonamiento jurídico y teoría del derecho*. Lima: Palestra, 2018.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Témis, 1996.
- NIEMBRO, Roberto. “Una mirada al constitucionalismo popular”. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 38 (2013): 191-224.
- NINO, Carlos S. *Un país al margen de la ley*. Buenos Aires: Emecé, 1992.
- PRITCHETT, C. Herman. *La Constitución Americana*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1965.
- RAWLS, John. *Liberalismo político*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1995.
- REY MARTÍNEZ, Fernando. “¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 45 (2011).
- RÓDENAS, Ángeles. *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- ROJAS BERNAL, José Miguel. “Nuestro incipiente ‘activismo dialógico’: las sentencias estructurales del Tribunal Constitucional”. En *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional*, coordinado por Juan Manuel SOSA SACIO. Lima: Palestra, 2017.
- SAGUÉS, Néstor. *Mundo jurídico y mundo político*. Buenos Aires: Depalma, 1978.
- SOSA SACIO, Juan Manuel. “Los derechos sociales, su exigibilidad y el activismo judicial dialógico como modelo a seguir”. En *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional*, coordinado por Juan Manuel SOSA SACIO. Lima: Palestra, 2017.
- SOSA SACIO, Juan Manuel. “La coyuntura actual y algunos modelos de constitucionalismo”. *Gaceta Constitucional*, n.º 121 (2018).
- TOLLER, Fernando M. “Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y al *balancing test*”. En *Interpretación constitucional*, coordinado por Eduardo FERRER MAC-GREGOR. México: Editorial Porrúa, 2005.
- VEGA, Jesús. “Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 41 (2018).
- WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdo*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. Lima: Grijley, 2013.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. “Jueces constitucionales”. *Pensamiento Constitucional*, n.º 12 (2007).

César Astudillo* (México)

Tensiones veladas y resistencias abiertas al diálogo jurisprudencial. Los tribunales constitucionales frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos

RESUMEN

En un ámbito temporal en el que la ampliación de derechos y libertades evoluciona favorablemente en los países de la región, a consecuencia de la progresiva apertura de sus constituciones, se advierte una creciente rebelión de ciertos tribunales constitucionales frente a la autoridad ejercida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo que parece una disputa –en ocasiones velada y en ocasiones frontal– en torno a quién corresponde el dictado de la última palabra sobre el contenido declarado de los derechos que conforman el bloque de constitucionalidad. Esta contribución busca analizar las sentencias de los tribunales constitucionales en las que se advierten las tensiones y amenazas entre jurisdicciones, y propone tres vías para pacificar la rebelión de aquellos, a través del *diálogo jurisprudencial leal y colaborativo*.

Palabras clave: tribunales constitucionales; Corte Interamericana de Derechos Humanos; diálogo jurisprudencial.

Covert tensions and overt resistance to a jurisprudential dialogue between constitutional courts and the inter-american court of human rights

ABSTRACT

Despite a progressive movement towards the expansion of civil liberties and civil rights in Latin American countries, certain constitutional courts are growing defiant to the authority of the Inter-American Court of Human Rights. This discord is mani-

* Investigador titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas y catedrático de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). cesar@unam.mx. <https://orcid.org/0000-0003-3307-616X>.

Agradezco a la licenciada María Elena Antuna González el valioso apoyo en la revisión de los aspectos formales del artículo.

fested as covert and overt disputes over who has the last word on the content of the civil rights that comprise the constitutional block.

This work seeks to analyze rulings by constitutional courts in which tensions and threats between jurisdictions are apparent. At the same time, three proposals are laid out to find peaceful resolutions through the use of a *fair and collaborative jurisprudential dialogue*.

Keywords: Constitutional courts; Inter-American Court of Human Rights; jurisprudential dialogue.

Verborgene Spannungen und offener Widerstand gegen den Rechtsprechungsdialog: zur Positionierung der Verfassungsgerichte gegenüber dem Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte

ZUSAMMENFASSUNG

Vor dem Hintergrund einer Konjunktur, in der in den Ländern der Region im Zuge der zunehmenden Öffnung ihrer Verfassungen eine Vertiefung der Grundrechte und -freiheiten zu beobachten ist, stellen einige Verfassungsgerichte vermehrt die Zuständigkeit des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Rahmen einer Auseinandersetzung in Frage, bei der es –manchmal verdeckt, manchmal offen– darum geht, wer bei der Interpretation der den Verfassungsblock bildenden Rechte das letzte Wort hat. Der Beitrag nimmt eine Analyse der Urteile von Verfassungsgerichten vor, an denen die Spannungen und Drohungen zwischen den Zuständigkeitsbereichen deutlich werden, und stellt drei Wege zur Beilegung des genannten Widerstands mit Hilfe eines *loyalen und kollaborativen Rechtsprechungsdialogs* vor.

Schlagwörter: Verfassungsgerichte; Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte; Rechtsprechungsdialog.

Introducción

Medio siglo después de la irrupción de la tercera ola democratizadora, los países de América Latina se encuentran en un momento clave, pero complejo, en el asentamiento de los referentes sustantivos de sus embrionarias democracias. Así es, pues mientras se desarrolla una etapa de continua ampliación de sus sistemas de derechos producto de la progresiva apertura de sus fuentes de reconocimiento, se advierte una creciente rebelión de los tribunales constitucionales (TC) frente al *magisterio convencional* ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en lo que parece una disputa, en ocasiones velada y en ocasiones frontal, en torno a quién corresponde el dictado de la última palabra sobre el contenido declarado de los derechos que conforman el bloque de constitucionalidad.

El ámbito temporal en que dicha tensión ha tomado lugar parece haber jugado en contra, ya que en un contexto en que se promovía el asentamiento de las constituciones de los Estados constitucionales, hacía también su aparición, con robustas raíces, el derecho convencional, acompañado de una corte paradigmática que comenzó a abrirse paso en el preciso momento en que los TC de la región luchaban por asentar, en definitiva, su condición de órganos de cierre de las correspondientes jurisdicciones nacionales.

Con independencia de lo paradójico de dicha confluencia, nos interesa desvelar la recíproca implicación existente entre los movimientos más significativos que se han producido en la genética de los derechos de la región, y la disputa jurisdiccional por la reivindicación de la última palabra en la interpretación del bloque de derechos.

Ello permitirá advertir las tensiones y amenazas presentes en el diálogo jurisprudencial interamericano a partir de la doctrina del control de convencionalidad que se ha venido afirmando como uno de los referentes jurisdiccionales más relevantes de los últimos tiempos, y cuya influencia externa e implantación nacional ha comenzado a generar dudas, inconformidades, cuestionamientos, resistencias e, incluso, actitudes hostiles y de abierto rechazo. Actitudes que conviene tener presentes con el propósito de reflexionar en la necesidad de procurar un nuevo acercamiento entre sus instituciones emblemáticas para evitar una *guerra* entre jurisdicciones que en nada beneficia al esquema de libertades que se ha edificado en la región.

1. Tres movimientos en la genética de los derechos: constitucionalización, convencionalización y especificación

Derivado de la apertura de los procesos de democratización, diversos países de América Latina experimentaron procesos de apertura constitucional en las fuentes de reconocimiento de los derechos humanos, los cuales se vieron acelerados en las últimas décadas del siglo pasado, y siguieron avanzando de manera constante durante las primeras décadas del presente.

Dicha apertura, concebida como la disposición del orden constitucional a recibir los derechos y las libertades que descienden de los tratados y las convenciones, y asignarles un valor constitucional igual a los que el mismo reconoce directamente,¹ ha sido impulsada por decisiones constituyentes, reformas constitucionales y

¹ La Constitución como orden abierto, en opinión de Verdú, se refiere al “Texto Fundamental que reconoce, incorpora y asegura en su articulado normas, instituciones y realidades que el progreso ético-social y jurídico han producido tanto en el ámbito nacional como en otros extremos; derecho constitucional extranjero, derecho internacional, canónico, comunitario” [Pablo Lucas Verdú, *La Constitución abierta y sus enemigos* (Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1993), 9].

determinaciones jurisdiccionales que paulatinamente han ido dotando del carácter de derechos humanos a aquellas disposiciones que, al encontrarse por fuera de la valla perimetral de las constituciones nacionales, comparten una misma naturaleza orientada a conceder facultades, potestades y ámbitos de decisión en beneficio de las personas que habitan en cada espacio geográfico.

Recordemos que durante el siglo XIX y la mitad del XX, las constituciones se caracterizaron por estar fuertemente asentadas en una condición nacional que reivindicaba con fuerza el principio legitimador de soberanía, condicionando fuertemente la caracterización del ordenamiento jurídico, al grado de hacer imposible pensar en el derecho y los derechos “más allá del Estado”;² por ende, toda norma jurídica lo era en la medida en que hubiere sido creada por el Estado, y todo derecho humano era tal, en tanto estuviere reconocido por la fuente única y exclusiva representada por la propia constitución.

Sin embargo, las constituciones democráticas de la segunda posguerra reivindicaron con fuerza su condición de *norma fundamental de garantía* y *norma directiva fundamental*, reposicionándose como normas jurídicas vinculantes capaces de instituir los mecanismos para proteger su carta de derechos y libertades frente a las desviaciones de los poderes, y, al mismo tiempo, de dirigir a sus poderes públicos hacia la realización de los valores constitucionales.³

Se caracterizaron también por dejar atrás su connotación de constituciones nacionales para adquirir la consideración de *normas abiertas* al enriquecimiento de sus contenidos *iusfundamentales* mediante la recepción del derecho convencional. Un caudal de derechos que desde entonces ha venido a complementar la doble condición garantista y orientadora asociada a los textos constitucionales, subrayando que los *deberes de los Estados y sus autoridades* respecto de ellos suponen un renovado y permanente deber dirigido a comprometer a sus poderes públicos en la realización de las expectativas, los derechos y las libertades emanados tanto del *mandato* constitucional como del convencional.⁴

De esta manera, la progresiva *constitucionalización* del derecho internacional, así como la consecuente *internacionalización* del derecho constitucional, como las ha llamado Ferrer Mac-Gregor,⁵ se han proyectado en un movimiento de apertura de

² Maurizio Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali* (Roma-Bari: Laterza, 2009), 154.

³ Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes para una historia de las Constituciones* (Madrid: Trotta, 2001), 127 y ss.

⁴ César Astudillo, “Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estatus, mandato convencional y ámbitos de proyección de su autoridad”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Organización, funcionamiento y trascendencia*, ed. por César Astudillo y Sergio García Ramírez (Ciudad de México: en prensa, 2020), 7 y ss.

⁵ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, ed. por Miguel Carbonell y Pedro Salazar Ugarte (Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011), 345 y ss.

las fuentes de los derechos que ha venido a *descomprimir* sus referentes tradicionales, visibilizándose a través de una inyección inusitada de derechos humanos hacia los ordenamientos jurídicos del continente, enriqueciendo con contenidos sustanciales a sus emergentes democracias y reforzando las obligaciones de los Estados parte hacia su cumplimiento.

Derivado de esta convergencia, algunos países de Iberoamérica optaron por una *ruta formal* que favoreció la *constitucionalización del derecho convencional* mediante la apertura de sus nuevas constituciones al orden jurídico supranacional, tal y como sucedió con la Constitución de Paraguay de 1992, Venezuela de 1999, Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009, algunas de las cuales llegaron a asignarles jerarquía constitucional, mientras que otras establecieron cláusulas de aplicación y prevalencia.⁶

Unas más procedieron a la reforma de las constituciones vigentes para abrirlas a los derechos humanos de fuente internacional, como es el caso de Argentina en 1994, Brasil en 1988 y México en 2011, elevando a rango constitucional los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Los países que optaron por mantener la jerarquía subconstitucional de los tratados de derechos humanos establecieron principios de interpretación orientados a racionalizar los derechos de su bloque de constitucionalidad, mediante cláusulas de integración e interpretación conforme, tal y como ocurrió en Perú (1993) y Chile (reforma de 1995), quienes siguieron la experiencia de Portugal (1976) y España (1978).

Algunos países, en cambio, ensayaron distintas cláusulas con las que buscaban delimitar la posición del derecho internacional dentro de su sistema de fuentes de los derechos. Es el caso de la cláusula de *preeminencia* empleada por Guatemala (1985), la cláusula de *superioridad* de Costa Rica (1949), y la cláusula de *prevalencia* de Colombia (1991).⁷

El cambio de orientación entre el carácter formal de las *fuentes del derecho*, y la perspectiva sustantiva de las *fuentes de los derechos* produjo, como no podía ser de otra manera, un ajuste de proporciones mayores en la función asignada a las

⁶ Héctor Fix-Zamudio, “La creciente internacionalización de las constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, ed. por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Armin von Bogdandy y Mariela Morales Antoniazzi (Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max Planck Institute, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010), 584 y ss. También Mariela Morales Antoniazzi y Pablo Saavedra Alessandri, “El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos nacionales en América Latina”, en *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, ed. por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rogelio Flores Pantoja (Ciudad de México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017), 597 y ss.

⁷ Fix-Zamudio, “La creciente internacionalización de las constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, 584 y ss.

constituciones, pasando a concebirse como *cánones* racionalizadores de sus respectivos bloques de derechos.

La institucionalización de esta dualidad de fuentes primigenias inició este importante proceso de diversificación de las fuentes, en donde cada país avanzó a su tiempo y con las cautelas necesarias para mantener a los derechos dentro de *fuentes estrictas* o *sedes exclusivas* que únicamente podían ser constituciones o tratados internacionales.⁸

A partir de este proceso, un amplísimo abanico de libertades y expectativas de la más diversa naturaleza, con distintas titularidades, contenidos y funciones adquirió la consideración de derechos humanos, lo cual produjo un alargamiento de los textos constitucionales a través de contenidos dogmáticos que por primera vez se situaron por fuera de su barda perimetral, con una vocación de complementariedad y apertura permanente.⁹

De esta manera, el primer paso dentro del *proceso de apertura* de las fuentes de los derechos fue un movimiento de *apertura exterior* a la posibilidad de una pluralidad de fuentes receptoras de los mismos, bajo una embrionaria –pero no menos significativa– idea de integración, que con independencia del origen constitucional o convencional de los derechos, se propuso conferirles un similar *valor constitucional*, haciéndolos propicios para formar parte del mismo *bloque de constitucionalidad*.¹⁰

No obstante, los países que se organizan bajo un modelo federal de Estado, o que cuentan con amplios niveles de descentralización política, han avanzado en el establecimiento de derechos cuya titularidad está vinculada al criterio territorial, y han otorgado, desde sus distintas constituciones locales, poderes, facultades, pretensiones y capacidades a las personas que se encuentren supeditadas a dichos ordenamientos, reconociéndolas como beneficiarias de ellos en cada uno de los ámbitos territoriales que integran al país.

En este sentido, no hay duda de que las declaraciones locales de derechos buscan representar la extensión diversificada de la declaración nacional, manifestando que todas las diferenciaciones producto del heterogéneo mosaico social, cultural y del desarrollo democrático que caracteriza a cada nación, requieren encontrar su adecuada expresión en cada texto estatal, con el propósito de reivindicar que los

⁸ Recordemos con Peces-Barba que el puesto de los derechos fundamentales no puede ser cualquier fuente del ordenamiento, sino que deben estar situados en la constitución [Gregorio Peces-Barba Martínez, Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco Avilés, *Lecciones de derechos fundamentales* (Madrid: Dykinson, 2004), 245 y ss.].

⁹ De existir una única fórmula de alimentación de nuevos derechos, caracterizada por la *rigidez* de la reforma constitucional, se ha abierto una nueva modalidad, en esencia más *flexible*, destinada a incorporar derechos no explicitados por los textos constitucionales, que derivan de los mecanismos nacionales de aprobación y ratificación de los tratados internacionales. A ello dedico el capítulo séptimo en César Astudillo, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México* (México: Tirant lo Blanch-UNAM, 2014), 137 y ss.

¹⁰ En torno al concepto de “bloque de constitucionalidad”, acúdase a lo sostenido en Astudillo, *El bloque...*, 50 y ss.

pactos federales representan una especie de agregación de todas y cada una de las especificidades regionales.¹¹

Al ofrecerse como “una nueva fuente de derechos”,¹² las constituciones de las entidades que componen a los Estados federales están habilitadas para proveer derechos con contenidos que superan a los contemplados en la carta federal, y con niveles de satisfacción y protección más elevados a través de políticas públicas, desarrollos legislativos e interpretaciones jurisdiccionales.¹³

Lo significativo de este movimiento de *apertura interior* es que fortalece una tendencia que se condiciona recíprocamente, y que avanza en su pretensión de *descentralizar* las fuentes de los derechos humanos dentro de un contexto en el que los TC han dado pasos considerables para *institucionalizar* la relación existente entre las declaraciones de derechos que descienden de las constituciones nacionales, los tratados y las convenciones internacionales, y las cartas locales de derechos.¹⁴

Este proceso de interiorización de los derechos ha sentado las bases para la conformación, no de un bloque, sino de bloques de constitucionalidad, en plural, que no pueden ser homogéneos en sus condiciones de asimilación e integración, ya que la configuración territorial conduce a que los Estados centrales integren un orden bipartito de derechos, nacional e internacional, mientras que los Estados federales auspician el amalgamamiento de un sistema tripartito de fuentes de los derechos con el propósito de que sus catálogos se alimenten de ramales provenientes de fuentes nacionales, internacionales y también locales.¹⁵

¹¹ Sobre el fundamento, la naturaleza, la función y la integración de estas cartas de derechos remitimos a lo sostenido en César Astudillo, “La carta de derechos de la Ciudad de México, y su interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en *Derecho procesal constitucional. Estudios sobre la Suprema Corte de Justicia de la Nación* (México: Tirant lo Blanch, 2019), 396 y ss.

¹² Para Tarr, “los derechos constitucionales federales proporcionan simplemente un *minimum* de los derechos aplicables. La garantía de los derechos de las constituciones de los Estados ofrece una nueva fuente de derechos más allá del mínimo federal” [G. Alan Tarr, *Comprendiendo las constitucionales estatales* (Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009)].

¹³ Daniel A. Barceló Rojas, *Teoría del federalismo y el derecho constitucional estatal mexicano* (Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016), 54 y ss.

¹⁴ La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) mexicana ha sostenido recientemente que nos encontramos ante un “proceso gradual de descentralización en torno a los derechos fundamentales”. Cfr. Acción de Inconstitucionalidad 15/2017 y acumuladas, p. 42 del proyecto discutido en el Pleno. Sobre el particular, César Astudillo, “La carta de derechos de la Ciudad de México, y su interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, 432 y ss.

¹⁵ Una interesante aproximación comparada al tema se encuentra en Josep Ma. Castellá Andreu, “El reconocimiento y garantía de los derechos y libertades en los estados compuestos. Una aproximación comparada”, en *Derechos y libertades en los estados compuestos*, ed. por Miguel A. Aparicio, Joseph Ma. Castellá y Enriqueta Expósito (Barcelona: Atelier, 2005), 15. En torno a Estados que no son federales, pero gozan de amplios márgenes de autonomía, como España, véase, Marc Carrillo, “Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 80 (2007): 61 y ss. Para el caso

Se evidencia así, que el proceso de reconocimiento de los derechos, en su devenir histórico, transitó por una inicial etapa de *constitucionalización* mediante su positivización en los Estados nacionales, continuó con un periodo de *convencionalización* a través de la adopción de los tratados e instrumentos internacionales, y se ha hecho acompañar de un periodo de *especificación*, arraigado en la actualidad, y anclado en las particularidades aportadas por la enunciación de derechos y libertades diferenciados en las constituciones estatales.¹⁶

Este movimiento de reivindicación de las especificidades de cada composición sociopolítica, y de las particularidades históricas, étnicas, geográficas, culturales y lingüísticas que conviven dentro de cada entidad federativa, es todavía reciente en algunos países, aunque ya ha dejado sentir sus primeros, pero profundos influjos en los ordenamientos nacionales y en la vida de las personas.

Su evolución es, de alguna manera, paralela a la apertura al derecho convencional, por lo cual no puede dejar de resentir la totalidad de sus influjos. Recordemos que distintas convenciones y pactos obligan a todos los componentes territoriales de los países, comprometiendo la participación de los entes federados en el reconocimiento, la observancia y la protección de derechos humanos, de tal manera que la obligación de adoptar medidas legislativas para ese cometido baja al nivel subnacional, impulsando a las autoridades locales a adoptar políticas públicas, medidas legislativas y políticas judiciales para su cumplimiento, pues, de no hacerlo, incumplen una obligación que vincula al Estado nacional en su conjunto.¹⁷

alemán, que es significativo por ser un Estado federal, acúdase a Juan Carlos Gavara de Cara, “Los derechos fundamentales en las constituciones de los Länder”, en *Los derechos como principios objetivos en los Estados compuestos*, ed. por Juan Carlos Gavara de Cara (Barcelona: Librería Bosch, 2010), 175 y ss. En nuestra región, se destacan las experiencias de Argentina y México. Sobre este último véase Astudillo, “La carta de derechos de la Ciudad de México, y su interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, 422 y ss.

¹⁶ En torno a estos grandes procesos históricos por los que han transitado los derechos, acúdase a Peces-Barba Martínez, Roig y Barranco Avilés, *Lecciones...*, 103 y ss. Lo que se llama especificación de los derechos, sin embargo, tiene que ver con la mayor especificidad adquirida por estos, motivando una mayor concretización en la titularidad de estos. En dichas categorías no se encuentra el criterio vinculado al modelo de Estado federal, pero es notorio que los derechos humanos de fuente estatal establecen un régimen de derechos vinculado a un determinado contexto territorial.

¹⁷ Sobre el alcance de los artículos 2º y 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que se refieren a la “cláusula federal”, acúdase a Eduardo Ferrer MacGregor y Carlos María Pelayo Möller, “Artículo 2”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, ed. por Christian Steiner y Patricia Uribe (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación-Konrad Adenauer Stiftung, 2014), 69 y ss.; Ariel Dulitzky, “Artículo 28”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, ed. por Christian Steiner y Patricia Uribe (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Konrad Adenauer Stiftung, 2014), 688 y ss.

De esta manera, así como a finales del siglo pasado Guastini¹⁸ advirtió el proceso de transformación que estaban viviendo los ordenamientos jurídicos con motivo de la renovada capacidad invasiva o penetrante adquirida por las constituciones nacionales, dos décadas más tarde nos encontramos en presencia de un *proceso de convencionalización* de los ordenamientos jurídicos nacionales, de similares proporciones, que se encuentra abierto, en constante evolución, y que avanza en su pretensión de que el derecho convencional logre impregnar el funcionamiento de los enteros sistemas constitucionales de la región, con un nivel de condicionamiento propicio para obligar a las autoridades nacionales, estatales y municipales a ser consecuentes con sus obligaciones interamericanas.¹⁹

Nos encontramos, sin duda, ante el impacto más radical en el interior de los sistemas jurídicos de la región, por la inusitada capacidad colonizadora que la interacción de los criterios interamericanos con los órdenes jurídicos nacionales está y seguirá ejerciendo en el futuro sobre la actividad de los poderes públicos, privados, e incluso, sobre las relaciones entre particulares, por la manera en que comprometen la transformación de la realidad constitucional de los Estados nacionales.²⁰

Para que esta evolución sea posible, el proceso de constitucionalización aludido necesita acompañarse del reconocimiento de la vocación institucional de la Corte IDH “como tribunal de derechos humanos en el ámbito regional de su incumbencia”,²¹ de la fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana, así como de la adopción de la doctrina del control de convencionalidad en sede externa e interna.

El hecho de que los derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se asuman cada vez más desde su función objetiva, es decir, como *principios objetivos*, *principios supremos del orden social* o *máximas de actuación*, propicia que la jurisprudencia convencional irradie con mayor intensidad sobre los ordenamientos jurídicos nacionales, condicionando con más fuerza el

¹⁸ Ricardo Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale* (Torino: G. Giappichelli Editore, 2001), 203 y ss.

¹⁹ Sergio García Ramírez ha llamado a este proceso “recepción nacional” del derecho interamericano. Morales y Saavedra emplean la noción de “interamericanización”. Véase respectivamente, Sergio García Ramírez, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Ciudad de México: Porrúa, 2015), 684; Morales Antoniazzi y Saavedra Alessandri, “El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos nacionales en América Latina”, 591 y ss.

²⁰ Tal y como lo señalan Carbonell y Salazar, los derechos adscritos al bloque “imponen una nueva exigencia a los actores políticos de todos los niveles para transformar la realidad en clave democrática y constitucional” [Miguel Carbonell y Pedro Salazar, “Presentación”, en *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, ed. por Miguel Carbonell y Pedro Salazar (Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011), IX].

²¹ García Ramírez, *La Corte...*, 684; Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad”, en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, ed. por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García (Ciudad de México: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, CIDH, UNAM, Tirant lo Blanch, 2013), 769 y ss.

comportamiento de sus autoridades, a través de estándares interamericanos aptos para guiar la función normativa a cargo de los legislativos, orientar la estructuración de las políticas públicas de competencia de los gobiernos, y proveer directrices jurisprudenciales en favor de la protección eficaz de los derechos, para ser acogidos de forma vinculante por los integrantes de la judicatura nacional.²²

De esta manera, la presencia del derecho convencional está generando una metamorfosis en los sistemas domésticos de fuentes del derecho, que reclama mecanismos que garanticen la armónica convivencia e interacción entre las múltiples declaraciones de derechos que cohabitan en su interior. En este sentido, si bien los *procesos de convencionalización y especificación* presuponen una inicial *función de reconocimiento* del derecho interamericano y del derecho local, y una posterior *función de integración* a los respectivos órdenes constitucionales, lo cierto es que en su andadura presente y futura tendrán que profundizar en su *función racionalizadora* para proveerles de mecanismos que posibiliten la unificación, coherencia y racionalidad de los ordenamientos.

Enseguida, deberán atender su *función armonizadora* para dispensarles mecanismos de distensión de los conflictos surgidos con motivo de su imperativa aplicación en el interior de los respectivos ordenamientos jurídicos, hasta desembocar en una *función transformadora*, producto del rigor y la profundidad con la que los órganos nacionales y locales acojan los criterios interamericanos en el ámbito doméstico, a fin de auspiciar un impacto estructural orientado a la transformación de las distintas realidades sociales que perviven dentro de las democracias constitucionales de la región.

Más allá del impacto que este proceso de cambio genera en el derecho y en sus operadores jurídicos, es relevante recalcar que paulatinamente se han ido sentando las bases de un embrionario cambio cultural, en donde la alocución política, el debate público, la narrativa social y el análisis académico sobre los derechos han comenzado a explicitarse a través de un discurso cercano a los referentes interamericanos, lo que amplía aún más la absorción de la autoridad del derecho convencional.²³

La comprensión y la aprehensión del derecho como consecuencia de la profunda metamorfosis a la que se encuentra sujeto por el abanico de asideros y ópticas desde el que se le reconstruye permite hablar, como ya se hace con asiduidad, de la formación de un *ius constitutionale commune* en América Latina.²⁴

²² Para la función positiva de los derechos, acúdase a Dieter Grimm, “¿Retorno a la comprensión liberal de los derechos fundamentales?”, en *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, ed. por Antonio López Pina (Madrid: Trotta, 2006), 155 y ss. Sobre la capacidad de irradiación del bloque de constitucionalidad sobre los ordenamientos jurídicos, véase Astudillo, *El bloque...*, 55 y ss.

²³ Este proceso de cambio lo señalan Morales Antoniazzi y Saavedra Alessandri, “El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos nacionales en América Latina”, 606 y ss.

²⁴ Para Bogdandy, en esta multidisciplinariedad convergen “el derecho del Estado, el derecho internacional público universal, el derecho regional de la integración, el derecho

2. La centralidad de los tribunales constitucionales, el surgimiento de la Corte IDH y la disputa por la última palabra

En virtud de que la justicia constitucional forma parte del *núcleo genético* del Estado constitucional, no resulta difícil advertir el enraizamiento y la proliferación de instituciones garantes de los correspondientes ordenamientos constitucionales de nuestra región, principalmente a partir de la tercera ola democratizadora, caracterizada por incentivar procesos de transición democrática que culminaron en nuevas constituciones o en reformas integrales a las vigentes.

Si bien su aparición tiene precedentes remotos, la justicia constitucional alcanzó su plena consolidación en el siglo pasado, y constituyó, como señala Zagrebelsky, una “adquisición reciente” del derecho constitucional, con todas las consecuencias que su advenimiento trajo aparejadas, lo cual reveló que el Estado constitucional solo puede entenderse cabalmente en el marco de una autorizada justicia constitucional.²⁵

La fuerte influencia propiciada por el constitucionalismo estadounidense derivó, en opinión de Fix-Zamudio, en la incorporación del control difuso de constitucionalidad en numerosos ordenamientos latinoamericanos durante el siglo XIX, que habilitó a cualquier juez o tribunal a ejercer el control de las leyes. Esta evolución, sin embargo, tomó nuevos matices una vez iniciado el siglo XX, ante la exigencia institucional de compatibilizar un control ejercido por todos los jueces con los iniciales impulsos por implantar uno practicado por un tipo específico de jueces y tribunales.²⁶

Así, en un ámbito temporal que discurre dentro de la primera mitad del siglo XX, se fueron generando las condiciones para el adecuado enraizamiento de los TC.²⁷ Estos, desde su configuración primigenia, estuvieron orientados a garantizar la regularidad jurídica del ordenamiento, arbitrar las disputas políticas y las controversias territoriales, tutelar el bloque de derechos y libertades de las personas y, en definitiva, tener el privilegio y la exclusividad interpretativa de la Constitución. Su implantación tuvo tales repercusiones que muy pronto el modelo concentrado

comparado y la teoría política” [Armin von Bogdandy, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Aclaración conceptual”, en *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, ed. por Eduardo Mac-Gregor, Armin von Bogdandy y Mariela Morales Antoniazzi, Colección Constitución y Derechos (México: Max Planck Institute, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017), 140].

²⁵ Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale* (Bolonia: Il Mulino, 1998), 11.

²⁶ Al respecto, Héctor Fix-Zamudio, “La justicia constitucional en América Latina”, en *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos* (Ciudad de México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993), 68 y ss.

²⁷ Sobre dichas condiciones, véase Jörg Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell’ottocento* (Torino: G. Giappichelli, 1990), 8-17.

empezó a circular fuera del perímetro del continente europeo, para convertirse en una “historia exitosa”.²⁸

Al efecto, es posible que el cambio de orientación hacia las directrices del modelo europeo, caracterizado por la presencia de un órgano específico para la tutela constitucional, se haya producido en la región a partir de la Constitución guatemalteca de 1965, la cual procedió a instaurar un TC con sus características definitorias.²⁹ A partir de entonces, distintos países de la región adoptaron también el modelo kelseniano, unos más optaron por instituir salas constitucionales en el interior de sus cortes supremas, mientras que otros decidieron conferir a sus tribunales supremos las competencias esenciales de los TC.³⁰

No obstante, si se observa con detenimiento se advertirá que, probablemente con la excepción de Chile, el modelo latinoamericano fundó en realidad un modelo “híbrido”, “autóctono” o “latinoamericano”, ya que fue el primero en armonizar el control difuso de constitucionalidad con la existencia de un control en vía principal, llevado a cabo por una jurisdicción concentrada cuya declaratoria de inconstitucionalidad asumía efectos generales.³¹

Esta conjunción dio lugar a dos variantes. El esquema más extendido es el que ha hecho convivir al control difuso en un entorno en el que existe un TC o una corte constitucional (Guatemala, Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador y República Dominicana). Pero en otros ámbitos, la inexistencia de un TC en sentido “formal” ha motivado que el control difuso se conjugue con una instancia centralizada que regularmente es el órgano de vértice (Corte Suprema) de su organización judicial (México, Brasil, Argentina), y que ordinariamente está concebida para conocer cuestiones de constitucionalidad y legalidad.³²

Existe, además, una tercera modalidad, a través de sistemas que han promovido esta coexistencia en un entorno en el que el control concentrado se exterioriza a través de una sala especializada en contenciosos constitucionales integrada

²⁸ Víctor Ferreres Comella, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad* (Madrid: Marcial Pons, 2011), 25 y ss.

²⁹ Véase Jorge Mario García Laguardia, *La defensa de la Constitución* (Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Ciencias Jurídicas Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1986), 55 y ss.

³⁰ Al respecto, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica* (Ciudad de México: Fundap, 2002), 65 y ss.

³¹ Sobre la circulación de los “modelos”, en particular, Lucio Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata* (Torino: G. Giappichelli Editore, 2007), 67 y ss.

³² Cfr. respectivamente, Domingo García Belaúnde, “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, *La justicia constitucional a finales del siglo XX. Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional*, n.º 6 (1998): 144 y ss.; y César Astudillo, “Modelos de justicia constitucional en México”, en *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, ed. por Javier Pérez Royo et al. (Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2006), 4135 y ss.

en la corte suprema (El Salvador, Costa Rica, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Venezuela).³³

Algunas de estas experiencias se han distinguido por el “espacio institucional” en que se ubicaron, ya que algunos TC aparecieron dentro, mientras que otros se posicionaron por fuera del poder judicial. De esta manera, el menú de posibilidades de organización dio como resultado que esta judicatura se presentara con distintos grados de “especialización”, pues de conformidad con la naturaleza de la institución de garantía, se dio paso a la existencia de jueces constitucionales plenamente especializados, jueces con un perfil judicial ordinario, incluso, jueces sin un necesario perfil jurídico (sin perfil de abogados) y, en el extremo, jueces con un claro perfil político (exparlamentarios).³⁴

Sin embargo, con independencia de su específica configuración, naturaleza y alcances, lo cierto es que los tribunales, cortes o salas que realizan un control de tipo concentrado, convergen en diversas características comunes, entre las que se destaca el *estatus especial* que se les ha conferido en sus respectivos sistemas constitucionales, bien como órganos constitucionales autónomos, como órganos supremos dentro de los poderes judiciales o como instancias especializadas dentro de estos.

En virtud de que detentan la supremacía interpretativa del ordenamiento constitucional y su estatus les permite dictar la última palabra en la interpretación nacional, se han constituido en órganos *de cierre* de sus correspondientes sistemas constitucionales. Asimismo, dada la naturaleza de su función de garantía, se les ha dotado del “monopolio del rechazo”, ya que sus pronunciamientos en ejercicio del control abstracto tienen la capacidad de expulsión de las leyes, y se les ha dotado de una fuerza vinculante capaz de obligar a los poderes públicos, privados y a las personas.

Finalmente, en virtud de que no existe ninguna otra autoridad jurisdiccional que se encuentre habilitada para revisar sus pronunciamientos, se ha reconocido que sus resoluciones agotan la jurisdicción nacional, y que al no admitir ningún medio de impugnación, gozan de la eficacia de la cosa juzgada constitucional.³⁵

Lo significativo del caso es que dentro de este entorno de amplia difusión y enraizamiento de los TC en la región, con las notas distintivas brevemente esbozadas, al mismo tiempo se produjo el surgimiento de la Corte IDH y la asunción de su vocación de *tribunal convencional* en el ámbito interamericano, lo cual, en el contexto de la recíproca convergencia de sus espacios de actuación institucional, ha reabierto el histórico debate en torno al rol institucional que tradicionalmente ha correspondido a los TC en el ámbito nacional.

³³ Sobre las modalidades existentes, véase Allan R. Brewer-Carías, “La jurisdicción constitucional en América Latina”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, ed. por Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado (Madrid: Dykinson, 1997), 136 y ss.

³⁴ En este tenor, acúdase a Humberto Nogueira Alcalá, “La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 1 (2004): 61 y ss.

³⁵ Ferreres Comella, *Una defensa...*, 79 y ss.

En efecto, a partir de la adopción de la CADH en 1969, de su entrada en vigor 9 años después, y de la paulatina ratificación que los Estados parte fueron realizando, con el inmediato o posterior reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, se asumió un consenso sobre su condición de pieza esencial del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH).³⁶

En sus poco más de 40 años de funcionamiento, la Corte IDH ha tomado un lugar preponderante en la tutela de los derechos humanos en la región, porque con compromiso, responsabilidad y entereza ha asumido su protección en un contexto particularmente complejo, en el que el profundo déficit democrático que primaba en el subcontinente, por la supervivencia de dictaduras militares en diversos países, la orillaron a poner especial atención en la tutela de la vida, la libertad individual y la integridad ante las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos que caracterizaron a ese periodo. Su papel en estas cuatro décadas, sin embargo, no ha sido solamente de garantía, sino que a través de sus sentencias ha buscado impulsar con ahínco “un cambio social profundo”, en palabras de Bogdandy,³⁷ al comprometer solidariamente a todas las autoridades nacionales a conformar sus acciones con los valores, principios y derechos convencionales, en una evolución que busca alcanzar lo que el maestro García Ramírez denomina la “tierra prometida”, en donde habrán de converger felizmente los derechos humanos y la democracia.³⁸

El transcurso recorrido ha posicionado a la Corte IDH como un tribunal interamericano que hunde su legitimidad jurídica en una Convención que, a su vez, es el resultado de un amplio consenso de esa organización supranacional denominada Organización de los Estados Americanos (OEA). En este sentido, no es propiamente un TC, porque su existencia no depende de una Constitución que determine la forma del poder dentro de un Estado y, en consecuencia, que establezca un órgano de garantía para que se ocupe de mantener incontestada su jerarquía normativa.

Sin embargo, muy pronto han aflorado las similitudes existentes entre los TC y la Corte IDH, pues para nadie es desconocido que entre las funciones más significativas

³⁶ Juan Carlos Hitters, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos (20 años de vigencia)”, en *Derecho procesal constitucional*, ed. por Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Ciudad de México: Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003), 1647 y ss.

³⁷ Von Bogdandy apunta que esta cualidad de la CADH representa un auténtico “mandato transformador” en las Américas [Armin von Bogdandy, “El mandato transformador del Sistema Interamericano. Legalidad y legitimidad de un proceso jurisgenerativo extraordinario”, en *Por un derecho común para América Latina. Cómo fortalecer las democracias frágiles y desiguales* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2020), 31 y ss.].

³⁸ Sergio García Ramírez, “La ‘navegación americana’ de los derechos humanos: hacia un *ius commune*”, en *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, ed. por Héctor Fix-Fierro *et al.* (Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014), 460.

de esta se encuentran aquellas competencias que la erigen como un *tribunal de derechos humanos*, las que la posicionan como *tribunal de las autoridades nacionales* y, finalmente, aquellas otras que la identifican como un *tribunal del derecho nacional*.³⁹ Marcos competenciales que son muy similares a los que corresponden a los TC dentro de los ámbitos nacionales, pues a ellos se ha confiado la custodia de la regularidad del ordenamiento jurídico, el arbitraje de las disputas en el ejercicio del poder, la garantía de los derechos y las libertades de las personas, y la protección de la salud de nuestro sistema democrático.

Al margen de esta proximidad competencial es relevante referir que la Corte IDH se encuentra dotada de un *estatus especial* que la ha posicionado como el órgano jurisdiccional del SIDH, como una corte autónoma e independiente, y como un tribunal ubicado *por fuera y por encima* de los sistemas constitucionales de la región y de los ordenamientos jurídicos que fundamentan, a fin de asegurar su no dependencia de ninguno de ellos, y cimentar las bases para proceder al control de la actividad doméstica.⁴⁰

Como consecuencia de que la CADH ostenta una doble condición que la distingue como derecho convencional al cual deben de conformarse las normas y decisiones de autoridad de cada uno de los ámbitos nacionales, y que producto de la asimilación que de ella realizan los distintos ordenamientos nacionales, se convierte en derecho interno,⁴¹ no es posible afirmar que la Corte IDH sea la intérprete exclusiva, pero sí la privilegiada y la que tiene la última palabra sobre el contenido de dicha fuente de derechos, por estar investida de la potestad de declarar el contenido convencionalmente asignado a sus disposiciones. En ese sentido, garantiza la interpretación uniforme de la CADH y la autoridad del derecho convencional, por el carácter vinculante de sus sentencias, lo cual conduce a que su palabra cierre la jurisdicción interamericana.

La Corte IDH es una institución llamada a ejercer una doble función, subjetiva y objetiva, que resuelve disputas entre partes específicas, pero cuya orientación se dirige a conocer los grandes temas, los casos paradigmáticos y los asuntos más complejos para la región, de donde puedan derivar estándares generales de carácter vinculante, que tengan la capacidad de ejercer un profundo impacto estructural en los sistemas jurídicos domésticos del conjunto de Estados parte.

³⁹ Astudillo, “Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estatus, mandato convencional y ámbitos de proyección de su autoridad”, 12 y ss.

⁴⁰ El estatus de la Corte IDH se destaca por su condición de órgano jurisdiccional, tribunal especial, autoridad convencional, instancia concentrada y especializada que ejerce una interpretación exclusiva, pero no excluyente, y es una instancia de cierre de la jurisdicción interamericana que se ubica por fuera y por encima de las soberanías y los ordenamientos nacionales. Véase Astudillo, “Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estatus, mandato convencional y ámbitos de proyección de su autoridad”, 2 y ss.

⁴¹ Morales Antoniazzi y Saavedra Alessandri, “El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos nacionales en América Latina”, 591 y ss.

Su jurisdicción ha tenido una evolución sin precedentes, ya que el control de la actividad de los poderes públicos nacionales se ha ensanchado hasta ejercer un control sobre las disposiciones domésticas con motivo de su aplicación. En este ejercicio ha podido mensurar la intensidad de su labor inspectora, y ha buscado el solidario acompañamiento de las judicaturas nacionales.

Acaso por ello, frente al control *propio*, *original* o *externo* de convencionalidad, la propia Corte IDH ha impulsado de forma decidida el *control judicial interno* de convencionalidad, con lo cual, los jueces internacionales han adquirido “rasgos de los internos a medida que su competencia se extiende sobre actos privados”, y los jueces nacionales han devenido en “guardianes del derecho internacional” y se han internacionalizado por la aplicación directa de este, tal y como acertadamente ha indicado Sergio García Ramírez.⁴² Adicionalmente, ha empleado métodos de interpretación orientados a armonizar el derecho convencional y el nacional a través de la exégesis conforme, y ha procedido a declarar la inconvencionalidad de las disposiciones domésticas, solo cuando no ha sido posible otorgarles un sentido compatible con la CADH.⁴³

De conformidad con la doble función de los derechos, la Corte IDH ha asumido las peculiaridades de la *cosa juzgada convencional*, señalando que en primera instancia gozan de una vocación subjetiva, al establecer la responsabilidad internacional del Estado que fuere parte de una controversia, asumiendo una eficacia *inter partes* (*res judicata*); pero, además, derivado de los desarrollos recientes, ha enfatizado en su vocación objetiva, producto de la obligación de los poderes públicos nacionales de aplicar no solo la norma convencional, sino la “norma convencional interpretada” (*res interpretata*), que se alza como un estándar interpretativo sobre el alcance de la CADH, vinculante para todos los Estados parte. Esto es, la reivindicación de la eficacia *erga omnes* de sus pronunciamientos.⁴⁴

Las sentencias interamericanas se consideran definitivas e inatacables, por lo que frente a ellas no procede recurso alguno, ni pueden ser sometidas a revisión por ninguna otra autoridad nacional o internacional, lo que conduce al

⁴² García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad”, 769 y ss.; Sergio García Ramírez, “Suprema Corte de Justicia: circunstancia y misión”, en *XV aniversario de la consolidación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional de México. 15 años, 9ª época (1995-2010)* (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010), 20.

⁴³ Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, 345 y ss.

⁴⁴ Sobre los alcances de la cosa juzgada internacional, acúdase a Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*)” (Sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay), en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, ed. por Ferrer Mac-Gregor y Herrera García (Ciudad de México: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, CIDH, UNAM, Tirant lo Blanch, 2013), 633 y ss.

reconocimiento de la autoridad de *cosa juzgada convencional* y la eficacia vinculante de sus pronunciamientos para todos los Estados parte, hayan participado en el conflicto o no.⁴⁵

La presencia de la Corte IDH y del control externo de convencionalidad, como una de sus potestades *exclusivas* y *excluyentes*, han venido a modificar el alcance del añejo vínculo de los jueces a la ley, que pasó de una inicial e inexorable vinculación plena y sin excepciones, en ausencia de controles, a una doble vinculación que mantenía la incolumidad de la ley en tanto demostrara conformidad con la constitución, evolucionando a lo que hoy es una auténtica sujeción tripartita que obliga a los jueces a mantener su sujeción a las leyes cuando se adecuen a las prescripciones constitucionales y siempre que con su aplicación no se mermen las disposiciones convencionales, en su contenido normativo o en la interpretación que de las mismas ha hecho la propia Corte IDH, intérprete definitiva de la CADH.

A su vez, la apertura de las fuentes de los derechos y el impulso de otros garantes subsidiarios de los mismos han puesto en predicamento el monopolio judicial que durante la mitad del siglo XX residió en última instancia en los TC. Así es porque, si en su momento los TC surgieron para salvaguardar la división de poderes, controlar al parlamento y tutelar los derechos, hoy la Corte IDH ha irrumpido para tutelar la conformidad del derecho interno, la sujeción de las autoridades nacionales y el respeto de los derechos humanos, según los mandatos del derecho convencional. Si en su origen los TC fueron aliados poderosos en el resguardo de la seguridad jurídica, en tanto valor constitucional, hoy se busca impedir la merma de los estándares interamericanos en beneficio de la racionalidad del derecho nacional, algo que solo puede lograrse mediante un adecuado *diálogo jurisprudencial*.⁴⁶

Es en este contexto en el que se ha instalado la *disputa* sobre la supremacía interpretativa de las cartas de derechos y la reivindicación de la última palabra en su interpretación, ahora que el control de las leyes y los actos de autoridad se proyectan en su doble conformidad frente a las constituciones nacionales y a los postulados de la CADH. En ella se busca dirimir si los TC siguen siendo los intérpretes supremos de sus constituciones a nivel nacional o si, en cambio, han dejado de serlo en la medida en que la CADH se ha convertido en una “Constitución

⁴⁵ Es importante recordar que con motivo del Expediente Varios 912/2010, la SCJN de México señaló que los criterios de la Corte IDH tendrían el carácter de vinculantes solo si derivaban de sentencias en las que el Estado mexicano hubiere sido parte, ya que, de lo contrario, serían exclusivamente orientadoras. En la Contradicción de Tesis 293/2011 explicitó que dicha jurisprudencia, con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio que la origina, resulta vinculante para todos los jueces del país, ya que su función consiste en delimitar el contenido y alcance de los derechos humanos establecidos en esa fuente de derechos y, por consiguiente, constituye “una extensión” de la CADH. Véase Astudillo, *El bloque...*, 93 y ss.

⁴⁶ Ferreres reflexiona sobre el impacto que para la seguridad jurídica tiene la presencia de un tribunal supranacional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Ferreres Comella, *Una defensa...*, 208 y ss.).

latinoamericana en materia de derechos humanos”⁴⁷ y la Corte IDH, en su condición de guardián de la misma, se encuentra habilitada para fijar su sentido, y también “la significación, a la luz de esta, de las normas constitucionales e infra-constitucionales nacionales”.⁴⁸

No debe pasar desapercibido que en dicha disputa se busca reivindicar a quien corresponde, en definitiva, impulsar el *mandato transformador* que converge en la necesidad de prevenir y limitar los excesos del poder, comprometer la acción solidaria de todas las autoridades en la realización del proyecto de cambio profundo de la realidad social, y en la imposición de los valores, principios y fines orientados a la consolidación democrática y la mejora en las condiciones de vida de la población.

3. Tensiones veladas y resistencias abiertas entre ambas jurisdicciones

Se palpa hoy en día una preocupación constante en algunos países de la región en torno a la eventual disolución de los fundamentos legitimadores de los ordenamientos jurídicos nacionales, a través de la paulatina erosión del concepto de soberanía y el consecuente desvanecimiento del principio de supremacía característico de los textos constitucionales.⁴⁹ Parecería que han ido perdiendo el peso que históricamente ha correspondido a dichos sistemas jurídicos, frente a la presencia cada vez más extendida de las fuentes del derecho supraestatales con las que inexorablemente han entrado en interacción, y que progresivamente han ido acrecentando su capacidad de condicionar la validez del derecho interno.

La determinante influencia del derecho convencional ha dado paso a un ambiguo movimiento de los TC, por decirlo de algún modo, que en un primer momento dieron sólidos pasos en beneficio de la institucionalización de la fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana, pero que a últimas fechas se han ido deteniendo, con dudas, o deslizando hacia atrás a partir de inconformidades abiertas,

⁴⁷ Christina Binder, “¿Hacia una Corte constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos con un enfoque especial sobre las amnistías”, en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, ed. por Mac-Gregor Ferrer, Armin von Bogdandy y Mariela Morales Antoniazzi, (Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max Planck Institute, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010), 161.

⁴⁸ Raúl Canosa Usera, *El control de convencionalidad* (Pamplona: Civitas, Thomson Reuters, 2015), 37.

⁴⁹ Sobre esta problemática, acúdase a los distintos trabajos contenidos en Armin von Bogdandy y José María Serna de la Garza, *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa* (Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Max Planck Institute, 2014).

cuestionamientos frontales, resistencias marcadas y actitudes de abierto rechazo hacia la jurisdicción interamericana.⁵⁰

El problema no es menor si se toma en cuenta que las *tensiones veladas* han generado ciertas fricciones producto de un diferendo interpretativo en el que ha quedado patente la existencia de una disputa sobre el estatus, la supremacía interpretativa, la última palabra, la autoridad y eficacia de los pronunciamientos de los TC. En cambio, las *resistencias abiertas* no esconden que su cometido se encuentra orientado a controvertir la proclamación de la primacía de la CADH, la autoridad de la Corte IDH sobre las jurisdicciones nacionales y el progresivo afianzamiento del control de convencionalidad, en tanto presupuestos esenciales en los que hunde su legitimidad la jurisdicción interamericana.

Es un hecho constatado que a partir de la ratificación de la CADH y la adopción de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, los ordenamientos nacionales de la región se han convertido en sistemas jurídicos fragmentarios y problemáticos, en tanto su validez ha dejado de depender exclusivamente de su conformidad constitucional, como sucedía en el periodo de afirmación de los Estados constitucionales, sujetándose también, y ahora de modo relevante, a la verificación de su compatibilidad convencional.

Es incontestable, en este sentido, que la presencia de la jurisprudencia interamericana en los países de la región ha venido supeditando a las autoridades nacionales a unas directrices que todavía sienten extrañas, porque son producto de una jurisdicción internacional en aplicación de referentes normativos también supranacionales que, en ocasiones, contrastan con el derecho nacional, incluidos los mandamientos constitucionales, a través de una fuerza vinculante que los impone con independencia de la propia idiosincrasia, lo que condiciona fuertemente la libertad interpretativa de la entera judicatura doméstica.

No han faltado, por ende, quienes desde la política y la propia magistratura constitucional han levantado la voz aduciendo que el control de constitucionalidad se encuentra sufriendo un proceso de erosión a partir de la presencia de dos fuerzas disgregadoras, una *externa* y otra *interna*, representadas por el control concentrado o externo y el control difuso o interno de convencionalidad que, desde dicha perspectiva, parecen haberse unido para socavar sus fundamentos, y que hoy resultan

⁵⁰ Ello, sin profundizar en que distintos TC de la región han manifestado su incomodidad respecto de la habilitación del *control difuso de constitucionalidad y convencionalidad*, pues no le encuentran sentido al hecho de haberles atribuido un control de las leyes bajo una declaración nacional de derechos, a través de sistemas de protección que se han consolidado, para después abrir a la totalidad de jueces nacionales la posibilidad de inspeccionar las mismas leyes bajo un catálogo integrado de derechos, de fuente constitucional y convencional al mismo tiempo, el cual resiente fuertemente los influjos de la jurisprudencia interamericana. Sobre el caso mexicano, acúdase a César Astudillo, *El funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional. El dilema de decidir sobre qué decidir y cómo decidir* (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019), 149 y ss.

altamente incómodas por el previsible desplazamiento de la autoridad que ostentan los TC en el ámbito doméstico.⁵¹

Si bien el control de constitucionalidad se ha mantenido fuertemente anclado en las magistraturas nacionales, dependiendo de las competencias establecidas en su respectivo modelo de justicia constitucional, el control de convencionalidad ha evolucionado para habilitar la más amplia difusión de la aplicación judicial de la CADH; sin embargo, la manifestación original de dicho control escapa a los órganos jurisdiccionales nacionales, pues se ha depositado en la Corte IDH como instancia única y especializada que se alza sobre los sistemas constitucionales para que desde su condición de “intérprete última” de la CADH, se erija en un tribunal con tres vocaciones claramente identificadas, por su capacidad de tutelar los derechos de esa Convención, de hacer exigibles las obligaciones de los Estados parte, y de juzgar la compatibilidad normativa del derecho interno con esta, ejerciendo su papel de magisterio convencional en el subcontinente.

Precisamente en el contexto de esta triple manifestación encuentra asidero una de las críticas al papel desempeñado por la Corte IDH desde el momento en el que, en ejercicio de sus competencias, comenzó a declarar la responsabilidad de los Estados por el proceder de sus poderes judiciales y el contenido de sus sentencias,⁵² lo que creó *embrionarias tensiones* “entre la eficacia de la sentencia internacional frente a la eficacia de la cosa juzgada nacional”.⁵³

Sin embargo, una vez consolidada la doctrina del control de convencionalidad, dichas tensiones subieron de tono y se intensificaron cuando fueron las propias resoluciones de los TC las que fueron sometidas a escrutinio por la Corte IDH, para que esta determinara si en su calidad de autoridad nacional de un Estado parte, dichas magistraturas habían resuelto de conformidad con los derechos humanos

⁵¹ Sobre estas tensiones nos hemos pronunciado, con énfasis en el caso mexicano, en Astudillo, *El funcionamiento...*, 149 y ss.

⁵² Entre estas sentencias cabe señalar, a manera de ejemplo, las siguientes: Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 71; Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 107; Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 135; Corte IDH, Caso Bueno Alves vs. Argentina, Sentencia de 11 de mayo de 2007, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 164; Corte IDH, Caso Kimel vs. Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 177; Corte IDH, Caso Tristán Donoso vs. Panamá, Sentencia de 27 de enero de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 193.

⁵³ Sobre estos y otros escenarios problemáticos, acúdase a Fernando Silva García, “Control de convencionalidad en México: transformaciones y desafíos”, en *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, ed. por Mac-Gregor Ferrer y Rogelio Flores Pantoja (Ciudad de México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas), 902.

reconocidos en la CADH.⁵⁴ Cuando constató que no, y procedió a “dejar sin efecto”, o a “revocar” una sentencia constitucional,⁵⁵ maduró un escenario aún más complejo, de *abierta resistencia*, ya que la actuación del tribunal interamericano se concibió como una frontal desautorización de los TC que, en el extremo, ponía en entredicho su estatus institucional, su carácter de órganos de cierre de sus sistemas constitucionales, y su calidad de poseedores de la última palabra en la interpretación nacional, alentando una auténtica “disputa por la supremacía interpretativa de los derechos fundamentales” entre ambas jurisdicciones.⁵⁶

Es verdad que la mayoría de los países de la región han refrendado su voluntad de honrar sistemáticamente sus obligaciones convencionales. Sin embargo, es relevante centrar la atención en un puñado de resoluciones frente a las que se ha opuesto una abierta resistencia al control de convencionalidad ejercido por la Corte IDH, las cuales están representadas de manera fidedigna en, al menos, estos cuatro casos: *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, *Gelman vs. Uruguay*, *Fontevicchia y D’amico vs. Argentina*; y *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*.

3.1. Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela

El 5 de agosto de 2008, la Corte IDH determinó la responsabilidad internacional de Venezuela en el Caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, por vulneración de las garantías de independencia y debida motivación que prevé la CADH en perjuicio de tres magistrados.⁵⁷ Frente a esta resolución, la Procuraduría General de la República

⁵⁴ No estamos ante una cuestión que solamente sea motivo de análisis en América Latina. Baste que recordar que, en 1993, en la Sentencia Maastricht, el TC alemán se planteó si la última palabra, esto es, la *Kompetenz-Kompetenz*, correspondía al ordenamiento europeo, y como tal, a su Tribunal de Justicia, o bien a los TC de los Estados miembros de la unión. Las resoluciones Solange I y II que se pronunciaron sobre ello se encuentran en Benito Aláez Corral y Leonardo Álvarez Álvarez, *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio* (Madrid: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), 222 y ss., y 281 y ss., respectivamente.

⁵⁵ En torno al planteamiento de si la Corte IDH se encuentra en condiciones de “dejar sin efecto” o “revocar” los pronunciamientos de las más altas magistraturas nacionales, véase Juan Carlos Hitters, “Control de convencionalidad, ¿puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países? (el caso *Fontevicchia vs. Argentina*)”, en *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, ed. por Mac-Gregor Ferrer y Rogelio Flores Pantoja (Ciudad de México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017), 457.

⁵⁶ Silva García, “Control de convencionalidad en México: transformaciones y desafíos”, 902.

⁵⁷ Cfr. Corte IDH, Caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 182, párrs. 78 y 90.

solicitó a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que se pronunciara sobre el alcance y la ejecución de la resolución interamericana dictada sobre la base de una presunta antinomia entre la CADH y la Constitución Nacional.

En diciembre de ese año, la Sala Constitucional determinó que la sentencia interamericana era *inejecutable*, y en su resolución agregó la solicitud al Ejecutivo Nacional para que procediera a denunciar a la CADH “ante la evidente usurpación de funciones” en que había incurrido la Corte IDH.⁵⁸ Para llegar a tales conclusiones, la Sala Constitucional comenzó por reafirmar su competencia sosteniendo que en virtud de que la Constitución no confiere “rango supraconstitucional” a los tratados, cuando estos entran en tensión con la Constitución corresponde al Poder Judicial del Estado determinar cuál debe aplicarse. Ello la habilitaba, tal y como lo había expresado en sentencias previas, para ejercer el control de constitucionalidad de las sentencias internacionales.⁵⁹

En su estudio de fondo subrayó el carácter supremo del orden constitucional al afirmar que “no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico por encima de la Constitución”, y que ninguna teoría podía pretender limitar “la soberanía y la autodeterminación nacional”; de ahí que en caso de contradicción entre la Constitución nacional y la CADH debían “prevalecer las normas constitucionales”.⁶⁰ Sostuvo, además, que la naturaleza complementaria de la jurisdicción convencional no podía llegar al extremo de desconocer al ordenamiento constitucional interno ni avanzar sobre competencias exclusivas que correspondían tanto al Poder Legislativo como al Poder Judicial.

Sobra decir, como puntualmente lo ha referido Ayala, que

... esta sentencia no es un hecho aislado, es la culminación de una serie de decisiones anteriores adoptadas desde 2000 por la Sala Constitucional del TSJ, en las que se fue desarrollando la tesis del control de la constitucionalidad por dicho tribunal, de las sentencias emanadas de los tribunales internacionales, en especial de la Corte IDH, con el objeto de “controlar” su conformidad con la Constitución antes de poder proceder a su ejecución en el derecho interno.⁶¹

⁵⁸ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, República Bolivariana de Venezuela, Sentencia 1939, de 18 de diciembre de 2008, Expediente n.º 08-1572, p. 25.

⁵⁹ Ayala refiere que la “insólita creación” de este control se produjo con la Sentencia 1942, de 15 de julio de 2003 [Carlos Ayala Corao, “La doctrina de la ‘inejecución’ de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)”, en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina?*, ed. por Mac-Gregor Ferrer, Armin von Bogdandy y Mariela Morales Antoniazzi (Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max Planck Institute, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010), 100 y ss.].

⁶⁰ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, República Bolivariana de Venezuela, Sentencia 1939 de 18 de diciembre de 2008, Expediente n.º 08-1572, p. 15.

⁶¹ Ayala Corao, “La doctrina de la ‘inejecución’ de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)”, 86.

Por su parte, en la supervisión del cumplimiento de su sentencia, la Corte IDH enfatizó que Venezuela no podía justificar su incumplimiento en la decisión de un tribunal interno, aun cuando este fuere “el tribunal de más alta jerarquía” en el ordenamiento nacional. Fue frontal al razonar que aquel fallo nacional que determine la inejecutabilidad de la resolución interamericana “desconoce los principios básicos de derecho internacional”, impide el “efecto útil” de la CADH y “desconoce el principio de cosa juzgada internacional”, todo lo cual perpetúa las violaciones de derechos humanos constatadas en la resolución. Y culminó diciendo que “por tanto, conforme al Derecho Internacional que ha sido democrática y soberanamente aceptado por el Estado venezolano, es inaceptable, que una vez que la Corte Interamericana haya emitido una Sentencia el derecho interno o sus autoridades pretendan dejarla sin efecto”.⁶²

No hay que ser muy perspicaz para advertir que la conducta del Estado venezolano ha sido consistente en el desconocimiento de sus obligaciones internacionales; de ahí que más recientemente, en 2015, frente a la sentencia del Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, la Sala Constitucional volvió una vez más a declarar inejecutable la sentencia interamericana “por constituir una grave afrenta a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y al propio sistema de protección internacional de los derechos humanos”.⁶³

3.2. Caso Gelman vs. Uruguay

El Caso Gelman,⁶⁴ en el que se condenó al Estado uruguayo por violaciones de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, la vida, la integridad y libertad personales, la identidad, la protección de la familia y las garantías a la protección judicial, destaca por qué, en función de lo acontecido alrededor del cumplimiento de la sentencia, la Corte IDH determinó que su resolución había sido parcialmente cumplida, subrayando que el germen del incumplimiento residió en la aprobación de un fallo de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay en que se declaró la inconstitucionalidad y consecuente inaplicabilidad de disposiciones que confrontaban “el derecho de las víctimas a la reparación integral” (arts. 2 y 3 de la Ley 18.831), y que tal resolución había tenido una injerencia indebida en el

⁶² Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, Supervisión de cumplimiento de Sentencia, Resolución de 23 de noviembre de 2012, consid. 39.

⁶³ Respectivamente: Corte IDH, Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, Sentencia de 22 de junio de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 293; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, República Bolivariana de Venezuela, Sentencia de 10 de septiembre de 2015, Expediente n.º 15-0992.

⁶⁴ Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 221.

adecuado cumplimiento de una sentencia interamericana que goza de autoridad de cosa juzgada.⁶⁵

No hay duda de que, en el momento de dictar su sentencia, la Corte uruguaya tenía conocimiento de los potenciales efectos que su pronunciamiento podría generar en el cumplimiento del fallo interamericano, por lo que, valiéndose de la misma, aprovechó para subrayar que a pesar de la interrelación entre el derecho interno y el derecho internacional, y de “la necesidad de buscar caminos adecuados para su complementariedad, su articulación y efectividad suponen siempre –en todos los países– la ineludible aplicación de normas de su orden interno”. Refutó, de esta manera, la obligatoriedad de la jurisprudencia convencional, remarcando que ninguna disposición constitucional o legal instituía “un deber de las autoridades judiciales de la República Oriental del Uruguay de considerar como precedentes vinculantes los fallos de los órganos interamericanos”.⁶⁶

No dejó de destacar también que, de responder afirmativamente a la primacía de un fallo internacional sobre la propia Constitución, el pronunciamiento de la Corte IDH “adquiriría rango superior a la Carta (derivando en su desconocimiento), lo que es a todas luces inadmisibles”. Un posicionamiento como este le sirvió para ensalzar el “imperio del texto constitucional”, y reafirmar “que la intérprete última” de dicho texto es “la Suprema Corte de Justicia”.⁶⁷

La sentencia en cuestión, en opinión de Ferrer Mac-Gregor, incidió “de manera directa y potencial en el debido cumplimiento de la Sentencia del Caso Gelman, al constituir una interpretación contraria no solo a la sentencia internacional que había adquirido la autoridad de cosa juzgada, sino en general al derecho internacional y, particularmente, al derecho internacional de los derechos humanos”.⁶⁸ No debe extrañar, en consecuencia, que a través de dicha resolución la Suprema Corte haya buscado reivindicar su autoridad sobre el mandato de la Corte IDH, ya que su actuar ubicaba a la judicatura de aquel país ante la disyuntiva de aplicar la jurisprudencia de su máximo tribunal nacional, o bien la sentencia de convencionalidad,

⁶⁵ Suprema Corte de Justicia del Uruguay, Sentencia 20, IUE-2-109971/2011 de 22 de febrero de 2013, http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalJurisprudencia/anexo/19_Suprema_Corte_de_Justicia.pdf. Sobre el particular, Jorge T. Larrieux, “Caso Gelman vs. Uruguay. Justicia transicional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y control de convencionalidad”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano XIX* (Bogotá: Universidad del Rosario, Konrad Adenauer Stiftung, 2013), 589 y ss.

⁶⁶ Suprema Corte de Justicia del Uruguay, Sentencia 20, IUE-2-109971/2011 de 22 de febrero de 2013, 13 y 17, respectivamente.

⁶⁷ Suprema Corte de Justicia del Uruguay, Sentencia 20, IUE-2-109971/2011 de 22 de septiembre de 2013, 19, 20, 21 respectivamente.

⁶⁸ Ferrer Mac-Gregor, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)”, 629.

cuyas directrices diferían de manera notable. En definitiva, se trataba de una lucha por determinar a quién correspondía la última palabra sobre la regularidad jurídica del derecho nacional.

3.3. Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina

Más próximas en el tiempo se han presentado resistencias cada vez más abiertas, lo que ha puesto al descubierto que en otros países de la región las sentencias interamericanas también han generado incomodidad, y han encontrado una abierta oposición. Así, por ejemplo, en la resolución del caso Fontevecchia y D'Amico,⁶⁹ que confrontó el derecho a la intimidad del entonces presidente Menem con el interés público de la información, la Corte IDH falló en contra de los argumentos esgrimidos en la sentencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina (CSNA), lo que evidenció un déficit en su actuación, al haber excluido la necesaria ponderación entre un derecho individual y un principio constitucional, lo cual habría llevado a decantarse en favor de la relevancia pública del conocimiento social de dicha información.⁷⁰

En 2015, cerca de dos años y ocho meses después, cuando el tribunal interamericano supervisó el cumplimiento de su sentencia, advirtió que Argentina no había informado sobre su acatamiento. Un año después confirmó que la mayoría de sus mandatos se habían cumplido, menos la orden de dejar sin efecto la condena civil impuesta a los actores, la cual había sido ratificada por el máximo tribunal de aquel país.

Para justificar su oposición a este mandamiento, la CSNA adujo que el Pacto de San José no puede infringir disposiciones de su ley suprema, entre las que destaca el postulado de que los tratados internacionales deben ser conformes con los principios constitucionales. “Uno de tales postulados es que *la Corte Suprema de Justicia nacional es, valga la redundancia, suprema*, y que por ello no puede ser obligada a dejar sin efecto uno de sus veredictos, por voluntad de la Corte Interamericana” (énfasis agregado).⁷¹ Controvirtió, además, el alcance de las atribuciones de la Corte IDH, alegando que las mismas no le alcanzaban para “dejar sin efecto la

⁶⁹ Corte IDH, Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 238.

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. S/ informe sentencia dictada para el caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina Corte IDH, de 14 de febrero de 2017, 368/1998 (34-M)/CS1.

⁷¹ Néstor Pedro Sagüés, “¿Puede válidamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos obligar a que una Corte Suprema Nacional deje sin efecto una sentencia suya?”, en *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, ed. por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rogelio Flores Pantoja (Ciudad de México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017), 832.

condena civil impuesta”, negándole así la capacidad de revocar, así fuere indirectamente, sentencias nacionales emitidas por el máximo tribunal del país.⁷² Y no dejó pasar la oportunidad para refrendar igualmente el valor de sus sentencias, al enfatizar que la Corte IDH no se erige en una última instancia habilitada para revisar o anular los pronunciamientos jurisdiccionales de los Estados parte, en virtud de que su jurisdicción es únicamente *subsidiaria, coadyuvante y complementaria*.

Finalmente, buscó resguardo en el derecho nacional con el propósito de reafirmar la intangibilidad de sus pronunciamientos y su carácter de órgano supremo a la luz del artículo 27 de la Constitución Argentina, que bajo la nomenclatura de “fórmula argentina” impone una esfera reservada de carácter soberano que impide dejar sin efecto una sentencia de su máximo tribunal de justicia. De esta manera, sostuvo “enfáticamente por mayoría de fundamentos: *que ella no puede ser obligada a acatar el fallo supranacional de dejar sin efecto un pronunciamiento doméstico*”.⁷³

No obstante lo anterior, esta tensión sirvió para que la CSNA hiciera un llamado a resolver el diferendo a partir de un *diálogo jurisdiccional* que partiera de la convicción de que ella es la intérprete última de su Constitución nacional, y la Corte IDH es la intérprete última de la CADH. Así, dentro de la tercera supervisión de cumplimiento, la tensión había bajado considerablemente, pues la CSJN había aceptado poner una anotación marginal a la sentencia nacional, para señalar que había sido declarada incompatible con la CADH por la Corte IDH.⁷⁴

3.4. Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana

En el Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas, la Corte IDH condenó en 2014⁷⁵ a la República Dominicana por vulnerar un haz de derechos, entre los que se encuentran los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre y la nacionalidad, a la identidad, y el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, en función de que, entre otras acciones, el Tribunal Constitucional de

⁷² Véase Hitters, “Control de convencionalidad, ¿puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países? (el caso *Fontvecchia vs. Argentina*)”, 461-462.

⁷³ Hitters, “Control de convencionalidad, ¿puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países? (el caso *Fontvecchia vs. Argentina*)”, 458 y 473, respectivamente.

⁷⁴ Corte IDH, Caso *Fontvecchia y D’Amico vs. Argentina*, Supervisión de cumplimiento de Sentencia, Resolución del 18 de octubre de 2017. Cfr. Juan Carlos Hitters, “Control de convencionalidad. Conflicto entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de la Nación. ¿Quién y cómo se resuelve? Última interpretación (De nuevo el caso *Fontvecchia*)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 29 (2018): 198.

⁷⁵ Corte IDH, Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 282.

la República Dominicana (TCRD) se había apartado un año antes de la jurisprudencia convencional al considerar que los hijos de extranjeros sin residencia legal que hubieren nacido en territorio dominicano no tenían derecho a la nacionalidad de ese país, en vista de que, según su fallo, “resulta jurídicamente inadmisibles fundar el nacimiento de un derecho a partir de una situación ilícita de hecho”.⁷⁶

Para la Corte IDH, en cambio, esta sentencia provocaba una desnacionalización de miles de dominicanos contraria a la CADH porque, desde su óptica, el estatus migratorio de una persona no puede transmitirse a sus hijos, ni puede considerarse en tránsito a una persona que se encuentra establecida de manera permanente en el territorio de un país; justificar lo contrario, tal y como lo hizo el TCRD, traía aparejada “una medida de carácter general que afectaría a las presuntas víctimas en el goce de sus derechos”, privándolas de seguridad jurídica en el disfrute de su derecho a la nacionalidad.⁷⁷

En marzo de 2019, al supervisar el cumplimiento de su sentencia, la Corte IDH advirtió que en la Sentencia TC/256/14, votada apenas dos semanas después de aquella, por una amplia mayoría de 10 magistrados contra tres,⁷⁸ se buscó rechazar la competencia de ese tribunal interamericano y despojar del carácter vinculante a sus pronunciamientos al declarar inconstitucional, con efectos retroactivos, al Instrumento de Aceptación de Competencia de la Corte IDH, suscrito por el entonces presidente de la República en 1999.⁷⁹

La posición asumida por el TCRD era, en realidad, la continuación de una narrativa orientada a erosionar la legitimidad del mandato interamericano.⁸⁰ Para avanzar en esta dirección, retomó una supuesta vulneración de las formalidades procedimentales en la aceptación de la competencia interamericana por ese país, dejando constancia de que asumía con nitidez la finalidad última de “salvaguardar

⁷⁶ Tribunal Constitucional de República Dominicana, Sentencia TC/0168/13 de 23 de septiembre de 2013.

⁷⁷ Corte IDH, Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 282, párr. 313.

⁷⁸ Tribunal Constitucional de República Dominicana, Sentencia TC-256-14 de 4 de noviembre de 2014.

⁷⁹ Véase Katia Miguelina Jiménez Martínez, *La vinculatoriedad del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico dominicano* (Santo Domingo: R. D., 2020), 96 y ss.

⁸⁰ En el Caso de las Niñas Yean y Bosico resuelto en 2005, la Corte IDH ya había exigido a República Dominicana el reconocimiento de la nacionalidad de los hijos de extranjeros indocumentados, exhortando al propio Estado a modificar su Constitución para reconocer dichos derechos convencionales. Como reacción a esta sentencia, el 14 de diciembre de 2005, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, la cual ejercía en ese entonces la jurisdicción constitucional, dictó la sentencia n.º 9 en la que confirmó la constitucionalidad de la Ley de Migración, la cual negaba la nacionalidad a los hijos de extranjeros indocumentados. Véase Nassef Perdomo, “Análisis crítico de la sentencia TC/0168/13”, *Revista Digital de Historia y Arqueología desde El Caribe Colombiano*, n.º 28 (2016).

el principio rector de supremacía constitucional”, sobre todo ante el hecho de que por medio de tal adhesión se “transfieren competencias jurisdiccionales que podrían lesionar la soberanía nacional, el principio de la separación de poderes, y el de no intervención en los asuntos internos del país”.⁸¹

En este contexto, a la Corte IDH no le quedó otro camino que declarar que la vigencia de los efectos jurídicos y la argumentación de dicha sentencia constitucional constituían un abierto desacato al fallo interamericano. Respondió, en consecuencia, que la interpretación realizada por el TC en 2014, al pretender imponer limitaciones al ejercicio de su competencia, contraviene el objeto, fin y efecto útil de la CADH, lo cual la hace contraria al derecho internacional público, esencialmente a los principios de *pacta sunt servanda*, buena fe y de *estoppel*.⁸² De esta manera, resolvió con firmeza que la referida sentencia constitucional “no genera efectos jurídicos en el derecho internacional”, ni ninguna otra consecuencia derivada de ella, y que, por consiguiente, ella “mantiene su competencia contenciosa sobre República Dominicana”.⁸³

4. El diálogo jurisprudencial leal y colaborativo como pacificador de la rebelión

Las tensiones que se observan entre los TC y la Corte IDH requieren un acuerdo que defina los términos de lo que debería ser una armónica convivencia entre jurisdicciones que se implican recíprocamente.

Dichos desacuerdos residen en la confrontación entre el orden convencional y el nacional, el estatus de la Corte IDH y los TC, la disputa sobre el alcance de sus competencias, la afirmación de su supremacía interpretativa, y la autoridad y el carácter definitivo de sus resoluciones. No obstante, la normalización de una nueva colaboración pasa por desterrar los obstáculos, asumiendo, en cambio, su complementariedad en el sistema de protección de los derechos humanos, y reconociendo que unos y otros tienen en sus manos la posibilidad de concebir a las constituciones y a la CADH como una *carta magna* de derechos y libertades de la región, a la que deben conformarse, en nombre de la dignidad humana, las respectivas autoridades nacionales.⁸⁴

⁸¹ Corte IDH, Caso de las Niñas Yean y Bosico y Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Supervisión de cumplimiento de sentencias y competencia, Resolución de 12 de marzo de 2019, Consid. 40.

⁸² Corte IDH, Caso de las Niñas Yean y Bosico y Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Consids. 52 y 72.

⁸³ Corte IDH, Caso de las Niñas Yean y Bosico y Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Consid. 74.

⁸⁴ Por ello, coincidimos con Édgar Corzo cuando afirma que los TC cumplieron su cometido original en la tutela de la supremacía constitucional, el reparto competencial y la ordenación de la jerarquía normativa, y han tenido que transformarse para reafirmar su

Es verdad que la doctrina jurídica ha realizado importantes esfuerzos para reducir este aparente desencuentro al explicar que nos encontramos frente a un quehacer judicial en el que como afirma el maestro García Ramírez, “no hay erosión, sino plenitud; no hay conflicto sino complemento”;⁸⁵ y al patentizar también las bondades de un embrionario *diálogo jurisprudencial* concebido como “una suma de espacios de interlocución de los tribunales” que aún se encuentra en fase de desarrollo.⁸⁶

En este contexto, resulta de la máxima relevancia que la Corte IDH y los TC, como instituciones del sistema de protección de los derechos humanos, definan qué tipo de interlocutores aspiran a ser en el diálogo entre la jurisprudencia nacional y la jurisprudencia que declara el contenido y alcance de la CADH, y cuáles son las bases sobre las que querrían hacer fluir dicha relación, en el entendido que de lado de aquella y de algunos de estos existe mucha mayor claridad, por la jurisprudencia que han consolidado al respecto.

No cabe duda de que esta interacción entre jurisdicciones necesitará fomentarse en ambas direcciones para que la *influencia disgregadora* que algunos advierten, y que podría desembocar en una “guerra entre jurisdicciones”;⁸⁷ se transforme en una saludable *fuerza ordenadora* que otorgue armonía institucional y coherencia a la interpretación constitucional.

El impulso inicial de esta necesaria cooperación debe recaer en alguno de sus actores clave, a quien corresponderá la labor de acercar a todas las instancias involucradas a un diálogo respetuoso, sin afanes protagonísticos, pero con plena responsabilidad de lo que se juega en su interior: la asimilación de que no nos encontramos ante simples ajustes orgánicos o competenciales, sino ante un auténtico “cambio de los supuestos”⁸⁸ en que descansa el control de constitucionalidad, los cuales necesitan transformarse hondamente para asumir el renovado papel de las constituciones nacionales y de la CADH, la función que dentro de su bloque

posición en el sistema jurídico nacional: “La protección de los derechos humanos y la posición de intersección que cumple entre los ámbitos nacional e internacional” [Édgar Corzo Sosa, “El futuro de la justicia constitucional, con referencia a México”, en *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, ed. por Diego Valadés y Luis Raúl González Pérez (Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012), 139].

⁸⁵ García Ramírez, “Suprema Corte de Justicia: Circunstancia y misión”, 20.

⁸⁶ Eduardo Ferrer MacGregor y Alfonso Herrera García, “Nota introductoria”, en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, ed. por Eduardo Ferrer MacGregor y Alfonso Herrera García (Ciudad de México: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, CIDH, UNAM, Tirant lo Blanch, 2013), 13.

⁸⁷ Véase Juan Silva Meza, “La internacionalización de los derechos humanos. El turno de la justicia mexicana”, en *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, ed. por Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro y Diego Valadés (Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015), 470 y 477 respectivamente.

⁸⁸ José Ramón Cossío Díaz, *Sistemas y modelos de control constitucional en México* (Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013), 208.

de derechos asumen los TC y la Corte IDH y, finalmente, la vocación de dicho sistema de garantías en beneficio de la dignidad humana de quienes viven en la región. Ni más ni menos.

La Corte IDH ha asumido que esta embrionaria rebelión de los TC está generando un “ambiente de inseguridad jurídica” respecto a la protección complementaria que caracteriza al sistema interamericano de protección de derechos humanos, al reconocer que ha impactado negativamente en la fuerza vinculante que se reconoce a sus sentencias, y que el bloque de derechos y libertades que hemos adoptado en el continente se encuentra sujeto a un entramado de vulnerabilidades que, en función de la salud de los sistemas democráticos de la región, conviene atajar rápidamente.

Ante un contexto como este, es muy importante que el diálogo jurisprudencial busque “amortiguar el conflicto”⁸⁹ a partir de tres referentes esenciales.⁹⁰

4.1. Un diálogo reconstructivo con vocación interdisciplinaria

La reconstrucción dogmática de las categorías jurídicas sustantivas y procesales implicadas, entre ellas la relación del derecho constitucional y el internacional, así como el control de constitucionalidad y convencionalidad, necesita alejarse de los propios “códigos lingüísticos” disciplinarios que oponen sus ópticas, discursos y categorías, a partir de un monismo metodológico excluyente que en nada contribuye a fomentar la comunicación entre ellos.

Por el contrario, dicho diálogo debe apoyarse decididamente en un pluralismo metódico que posibilite un *diálogo multidisciplinario* dirigido a armonizar y no sobreponer los referentes, inicialmente antitéticos, del *ius constitutionale commune* y las doctrinas soberanistas, así como el conjunto de figuras que involucran.⁹¹ Este

⁸⁹ Esta función de amortiguamiento es, en opinión de Saiz, una de las características del diálogo [Alejandro Saiz Arnaiz, “Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo”, en *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales, XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013), 135].

⁹⁰ Estas tres propuestas parten del diálogo como una fórmula de compromiso institucional en la que participen tanto la Corte IDH como los TC de la región. Por ello, no incorporamos la *indispensable* expedición de leyes nacionales que regulen el cumplimiento de las resoluciones tanto de la Corte IDH como de otros organismos internacionales reconocidos por los Estados parte, en correspondencia con las obligaciones que estos deben cumplir a partir de la ratificación de los tratados o de la asunción de la competencia de dichas jurisdicciones. Sobre el particular, véase Héctor Fix-Zamudio, “La necesidad de expedir leyes nacionales en el ámbito latinoamericano para regular la ejecución de las resoluciones de organismos internacionales”, en *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ed. por Édgar Corzo Sosa, Jorge Ulises Carmona Tinoco y Pablo Saavedra Alessandri (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, UNAM, 2013), 251 y ss.

⁹¹ Algo similar hemos propuesto para la reconstrucción del derecho procesal constitucional. Sobre el particular, véase Astudillo, “Doce tesis en torno al derecho procesal

“tendido de puentes” abrirá nuevas vías de interlocución y diálogo, para favorecer una integración que inicialmente será jurídica, pero que aspira a alcanzar una dimensión política, social y cultural.⁹²

4.2. Una interlocución que actúe con prudencia y no con prepotencia

Desde los años cincuenta, los TC advirtieron que el agotamiento de su poder declarativo de inconstitucionalidad en algunos contextos llegaba a ser inoportuno o, incluso, contraproducente, y sintieron la necesidad de actuar con “prudencia” y no con “prepotencia” frente al legislador democrático, procediendo a confeccionar las ahora conocidas “sentencias atípicas” a través de las cuales modularon los efectos de sus pronunciamientos, atemperando el inmenso poder asociado a su condición de legisladores negativos.⁹³

No hay duda de que la Corte IDH se encuentra en condiciones de profundizar en una ruta similar que le permita agotar sus recursos hermenéuticos, esencialmente los derivados de la *interpretación conforme*, antes de declarar la inconvencionalidad de una disposición constitucional o de un pronunciamiento de sus más altas cortes, sean tribunales supremos o TC.⁹⁴ Así, se buscaría que mediante esta técnica la propia Corte IDH procediera, tal y como esta lo requiere de las jurisdicciones nacionales, a la *armonización* de los derechos y las libertades constitucionales “con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales

constitucional”, 34 y ss. Recientemente, Bogdandy ha señalado una igual necesidad de sustituir el monismo y el dualismo por un pluralismo jurídico en la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales [Armin von Bogdandy, “Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público”, en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, ed. por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Armin von Bogdandy y Mariela Morales Antoniazzi (Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max Planck Institute, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010), 563 y ss.].

⁹² García Ramírez, “La ‘navegación americana’ de los derechos humanos: hacia un *ius commune*”, 484.

⁹³ Véase Gustavo Zagrebelsky, “La corte costituzionale e il legislatore”, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, ed. por P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (Bologna: Il Mulino, 1982), 117-118.

⁹⁴ Sagüés parte de una “presunción de convencionalidad” del derecho doméstico que pueda conducir a “optar por la validez, y no por la invalidez, del derecho nacional” [Néstor Pedro Sagüés, “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, ed. por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Armin von Bogdandy y Mariela Morales Antoniazzi (Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max Planck Institute, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010), 465-466.

internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección”.⁹⁵

Al emplear de manera sistemática este principio de interpretación, únicamente se recurriría a un pronunciamiento de irregularidad convencional como *ultima y extrema ratio*, cuando no sea posible armonizar la interpretación constitucional con la convencional, o cuando la Corte IDH se encuentre firmemente persuadida de la necesidad de confrontar acciones de los poderes públicos nacionales o disposiciones de carácter interno para materializar el mandato transformador que le ha sido conferido.

4.3. La cuestión de inconvencionalidad como puente de comunicación entre jurisdicciones

En los sistemas de justicia constitucional que no contemplan un recurso directo de protección de derechos humanos o que no admiten el control difuso de la constitucionalidad, la cuestión de inconstitucionalidad se ha erigido en una figura que permite el diálogo entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, con el propósito de que sea esta última la que se pronuncie en torno a la regularidad jurídica de una disposición aplicable a un caso concreto. La figura ha sido tan significativa que los propios TC la han empleado para dirimir, ante sí mismos, una duda sobre la constitucionalidad de un precepto, a través del instituto de la *autocuestión* o *cuestión interna* de inconstitucionalidad.

Es significativo que el protocolo 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos contemple precisamente la posibilidad de una cuestión prejudicial como un mecanismo para incentivar el diálogo jurisdiccional en Europa. Su intención es que al menos una alta instancia jurisdiccional nacional pueda elevar, dentro del curso de un proceso, una duda sobre el alcance de las disposiciones convencionales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y no hay duda de que es difícil que exista una instancia más cualificada que la del TC.⁹⁶

Sobre la estela de este referente comparado, y en la intención de evitar más desencuentros frontales entre cortes, valdría la pena encauzar nuevos puentes para el diálogo jurisdiccional mediante la incorporación de la *cuestión de inconvencionalidad*, lo cual puede lograrse formalmente, o a través de la creación pretoriana de la figura por la Corte IDH, o de solicitudes impulsadas por los TC de la región, para que las máximas instancias jurisdiccionales de los Estados parte puedan remitir consultas sobre el alcance de las disposiciones convencionales, antes de que se falle

⁹⁵ Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, 358.

⁹⁶ Canosa Usera, *El control...*, 75 y ss.

un proceso constitucional nacional, a fin de evitar la posterior escalada del conflicto y la potencial condena futura desde San José.⁹⁷

De utilizarse ponderadamente, el mecanismo podría convertirse en punto de encuentro en relación con la ejecución de las sentencias interamericanas, que sin cuestionar la eficacia vinculante y la autoridad de cosa juzgada de las sentencias convencionales, abriera las puertas para que los TC expresaran sus dudas e inquietudes en torno a cómo deben ser interpretadas, o las distintas formas de hacerlas efectivas en el ámbito nacional, sobre todo en aquellos contextos en que por la idiosincrasia o la cultura se pudieran generar conflictos o repercusiones indirectas que ameritan ser tomadas en consideración. De esta manera, los TC tendrían la posibilidad de emitir su punto de vista sobre la mejor manera de cumplirlas en el ámbito interno, ya sea a través de la invalidez o la inaplicación de disposiciones domésticas, o bien mediante la imposición de obligaciones a las autoridades nacionales.

Por su parte, la respuesta de la Corte IDH terminaría de encauzar el cumplimiento nacional de sus pronunciamientos estableciendo, además, las condiciones para afrontar en el futuro casos similares en el ámbito doméstico, comprometiendo a los TC a acompañarla solidariamente en la remoción de los obstáculos normativos y fácticos que desde el ordenamiento nacional dificultan o impiden el adecuado ejercicio de los derechos y las libertades.

Las interrogantes, los argumentos y las respuestas establecerían un *diálogo cooperativo* en el que confluirían las visiones y perspectivas de los garantes más significativos de los derechos, a nivel interno e interamericano, sin que ello modifique, en lo más mínimo, que la última palabra, pero dialogada, contrastada y enriquecida con la visión nacional, se mantenga firmemente en la Corte IDH. La virtualidad de una comunicación así, se concebiría como la propensión a escucharse recíprocamente, institucionalizando una *leal colaboración* y una solución de *compromiso* y *complementariedad* entre ambas jurisdicciones, con perspectiva de futuro.

⁹⁷ En torno a los antecedentes del empleo de la cuestión de inconstitucionalidad para abrir un diálogo entre un TC y una jurisdicción internacional se pueden mencionar dos casos relevantes. Uno se dio en España, en el Caso Melloni de 2001, cuando el TC español admitió un recurso de amparo y acordó suspender su tramitación y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial. El segundo se produjo en Italia, en 2017, en el conocido Caso Taricco, en el que la Corte Costituzionale impulsó una consulta ante el mismo Tribunal de Luxemburgo. Sobre el particular acúdase a José María Macías Castaño, *La cuestión prejudicial europea y el Tribunal Constitucional: el asunto Melloni* (Barcelona: Atelier, 2014); y al volumen, Alessandro Bernardi y Cristiano Cupelli, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale* (Napoli: Jovene Editore, Università degli Studi di Ferrara, Dipartimento de Giurisprudenza, 2017).

Conclusiones

1. Los procesos de democratización en los países de la región impulsaron procesos de apertura constitucional que han conducido a que los derechos y las libertades directamente estipulados en sus respectivas constituciones se hayan enriquecido con contenidos *iusfundamentales* derivados de la recepción de derechos de fuente convencional, y derechos cuya titularidad se vincula a los ámbitos territoriales que integran a los países descentralizados, otorgando poderes, facultades, pretensiones y capacidades a las personas desde los distintos ordenamientos locales.

De esta manera, el proceso de reconocimiento de los derechos en la región, en su devenir histórico, ha transitado por una inicial etapa de *constitucionalización*, mediante su positivización por los Estados nacionales; continuó con un posterior periodo de *convencionalización*, a través de la adopción de tratados e instrumentos internacionales, y se ha hecho acompañar de un periodo de *especificación*, arraigado en la actualidad, y anclado en las particularidades aportadas por la enunciación de derechos y libertades diferenciadas en el interior de las constituciones estatales, los cuales conforman un bloque de constitucionalidad con vocación de integración, complementariedad, e igual valor constitucional que luchan por impregnar el funcionamiento de los sistemas constitucionales del subcontinente.

2. Tanto la justicia constitucional como la justicia interamericana son adquisiciones recientes del Estado constitucional. No obstante, en el contexto de la progresiva difusión y enraizamiento de los TC en la región, bajo sus distintas modalidades organizativas, se produjo, a su vez, la creación de la Corte IDH y la asunción de su vocación de *tribunal convencional* en el ámbito interamericano, lo cual, en el contexto de la recíproca convergencia de sus espacios de actuación institucional ha reabierto el debate en torno al rol institucional que históricamente se ha reconocido a los TC, y a quién corresponde el dictado de la última palabra sobre el contenido declarado de los derechos que conforman el bloque de constitucionalidad.

Así, las similitudes existentes entre los ámbitos competenciales de los TC y la Corte IDH, que los erigen como *tribunales de derechos humanos*, *tribunales de las autoridades nacionales* y, también, *tribunales del derecho nacional* han terminado por generar una *disputa* sobre la supremacía interpretativa de las cartas de derechos y respecto de la reivindicación de la última palabra en su interpretación, ahora que el control de las leyes y los actos de autoridad se proyectan en su doble conformidad frente a las constituciones nacionales y a los postulados de la CADH. Dicha disputa busca dirimir si los TC siguen siendo los intérpretes supremos de sus constituciones a nivel nacional o si, en cambio, han dejado de serlo en la medida en que la CADH se ha convertido en una especie de Constitución latinoamericana

en materia de derechos humanos, en donde la Corte IDH, en su condición de guardiana de la misma, se encuentra habilitada para fijar su sentido, significado y alcances a la luz de la propia Convención, de las normas constitucionales y del derecho doméstico de carácter nacional.

3. La determinante influencia del derecho convencional ha hecho que algunos TC que, en su momento, dieron sólidos pasos en beneficio de la institucionalización de la jurisprudencia interamericana, a últimas fechas se hayan detenido, con dudas, o se hayan deslizado en sentido opuesto, a partir de inconformidades abiertas, cuestionamientos frontales, resistencias marcadas y actitudes de franco rechazo hacia la jurisdicción interamericana.

Si bien la mayoría de los países de la región han refrendado su voluntad de honrar sistemáticamente sus obligaciones convencionales, es relevante señalar la franca resistencia de algunos TC al control de convencionalidad ejercido por la Corte IDH, las cuales están representadas de manera fidedigna en, al menos, cuatro casos: *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, *Gelman vs. Uruguay*; *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*; y *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Estos casos demuestran que, más allá de *tensiones veladas* que han generado fricciones producto de un diferendo interpretativo en el que ha quedado patente la existencia de una disputa sobre el estatus, la supremacía interpretativa, la última palabra, la autoridad y eficacia de los pronunciamientos de los TC, se han producido auténticas *resistencias abiertas* que no esconden que su cometido se encuentra orientado a controvertir la proclamación de la primacía de la CADH, la autoridad de la Corte IDH sobre las jurisdicciones nacionales y el progresivo afianzamiento del control de convencionalidad, en tanto presupuestos esenciales en los que hunde su legitimidad la jurisdicción interamericana.

4. Frente a este escenario plagado de resistencias y tensiones, la normalización de una nueva colaboración entre jurisdicciones pasa por desterrar definitivamente los obstáculos, asumiendo su complementariedad en el sistema de protección de los derechos humanos, y reconociendo que unos y otros tienen en sus manos la posibilidad de concebir a las constituciones y a la CADH como una *carta magna* de derechos y libertades de la región, a la que deben conformarse, en nombre de la dignidad humana, las respectivas autoridades nacionales.

Para ello es muy importante que el diálogo jurisprudencial busque amortiguar las razones del conflicto a partir de tres referentes esenciales:

- Un diálogo apoyado en un pluralismo metodológico que posibilite una reconstrucción dogmática *multidisciplinaria* dirigida a armonizar y no sobreponer los referentes, inicialmente antitéticos, del *ius constitutionale commune* con las doctrinas soberanistas, así como el conjunto de ópticas, discursos y categorías que involucran, favoreciendo una integración

que inicialmente será jurídica, pero que aspira a alcanzar una dimensión política, social y cultural.

- Una interlocución que actúe con prudencia y no con prepotencia, a fin de permitir que la Corte IDH pueda agotar todos sus recursos hermenéuticos, esencialmente los derivados de la *interpretación conforme*, antes de declarar la inconvencionalidad de una disposición constitucional o de un pronunciamiento de sus más altas cortes, sean tribunales supremos o TC, para que la declaración de irregularidad convencional sea la *ultima y extrema ratio*, cuando no sea posible armonizar dichas interpretaciones.
- Como un puente de comunicación entre jurisdicciones, contemplar la introducción de la cuestión prejudicial como un mecanismo para incentivar el diálogo jurisdiccional entre la Corte IDH y los TC de la región, sea formalmente, como aconteció con el protocolo 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, o a través de la creación pretoriana de la figura por la Corte IDH, como respuesta a las solicitudes impulsadas por los propios TC, para que las máximas instancias jurisdiccionales de los Estados parte puedan remitir consultas sobre el alcance de las disposiciones convencionales, antes de que se falle un proceso constitucional nacional, evitando con ello la posterior escalada del conflicto y la potencial condena futura desde San José.

Los interrogantes planteados, los argumentos sostenidos y las respuestas formuladas establecerían un *diálogo cooperativo* en el que confluirían las visiones y perspectivas de los garantes más significativos de los derechos, a nivel interno e interamericano, sin que ello modifique, en lo más mínimo, que la última palabra, pero dialogada, contrastada y enriquecida con la visión nacional, se mantenga firmemente en la Corte IDH. Una comunicación como esta tendría la virtualidad de concebirse como la propensión a escucharse recíprocamente, coadyuvando a institucionalizar una *leal colaboración* y una solución de *compromiso* y *complementariedad* entre ambas jurisdicciones, con perspectiva de futuro.

Bibliografía

- ALÁEZ CORRAL, Benito y Leonardo ÁLVAREZ ÁLVAREZ. *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- ALÁEZ CORRAL, Benito y Leonardo ÁLVAREZ ÁLVAREZ. “Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional”. En *Derecho procesal constitucional. Estudios sobre la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, editado por César ASTUDILLO, 21-80. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2019.

- ASTUDILLO, César. “Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estatus, mandato convencional y ámbitos de proyección de su autoridad”. En *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Organización, funcionamiento y trascendencia*, editado por César ASTUDILLO y Sergio GARCÍA RAMÍREZ. Ciudad de México: en prensa, 2020.
- ASTUDILLO, César. “La carta de derechos de la Ciudad de México, y su interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación”. En *Derecho procesal constitucional. Estudios sobre la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, editado por César ASTUDILLO, 387-436. México: Tirant lo Blanch, 2019.
- ASTUDILLO, César. “Modelos de justicia constitucional en México”. En *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, editado por Javier Pérez Royo *et al.*, 4127-4159. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2006.
- ASTUDILLO, César. *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*. México: Tirant lo Blanch, UNAM, 2014.
- ASTUDILLO, César. *El funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional. El dilema de decidir sobre qué decidir y cómo decidir*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.
- AYALA CORAO, Carlos. “La doctrina de la ‘inejecución’ de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)”. En *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius constitutionale commune en América Latina?*, editado por Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Armin VON BOGDANDY y Mariela MORALES ANTONIAZZI, 100-105. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max Planck Institute, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.
- BARCELÓ ROJAS, Daniel A. *Teoría del federalismo y el derecho constitucional estatal mexicano*. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- BERNARDI, Alessandro y Cristiano CUPELLI. *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale*. Napoli: Jovene Editore, Università degli Studi di Ferrara, Dipartimento di Giurisprudenza, 2017.
- BINDER, Christina. “¿Hacia una Corte constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos con un enfoque especial sobre las amnistías”. En *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, editado por Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Armin VON BOGDANDY y Mariela MORALES ANTONIAZZI, 159-188. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max Planck Institute, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.
- BREWER-CARÍAS R., Allan. “La jurisdicción constitucional en América Latina”. En *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, editado por Domingo GARCÍA BELAÚNDE y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, 117-161. Madrid: Dykinson, 1997.

- CANOSA USERA, Raúl. *El control de convencionalidad*. Pamplona: Civitas, Thomson Reuters, 2015.
- CARBONELL, Miguel y Pedro SALAZAR. “Presentación”. En *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, editado por Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- CARRILLO, Marc. “Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 80 (2007): 49-73.
- CASTELLÁ ANDREU, Josep Ma. “El reconocimiento y garantía de los derechos y libertades en los Estados compuestos. Una aproximación comparada”. En *Derechos y libertades en los Estados compuestos*, editado por Miguel A. APARICIO, Joseph MA. CASTELLÁ y Enriqueta EXPÓSITO, 11-38. Barcelona: Atelier, 2005.
- CORZO SOSA, Édgar. “El futuro de la justicia constitucional, con referencia a México”. En *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, editado por Diego VALADÉS y Luis Raúl GONZÁLEZ PÉREZ, 133-152. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón. *Sistemas y modelos de control constitucional en México*. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- DULITZKY, Ariel. “Artículo 28”. En *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, editado por Christian STEINER y Patricia URIBE, 849-868. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación-Konrad Adenauer Stiftung, 2014.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Alfonso HERRERA GARCÍA. “Nota introductoria”. En *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, editado por Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Alfonso Herrera García, 13-20. Ciudad de México: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, CIDH, UNAM, Tirant lo Blanch, 2013.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Carlos María PELAYO MÖLLER, “Artículo 2”. En *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, editado por Christian STEINER y Patricia URIBE, 71-105. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)”. En *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, editado por Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Alfonso HERRERA GARCÍA, 617-671. Ciudad de México: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, CIDH, UNAM, Tirant lo Blanch, 2013.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. En *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, editado por Miguel

- CARBONELL y Pedro SALAZAR UGARTE, 531-622. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*. Ciudad de México: Fundap, 2002.
- FERRERES COMELLA, Víctor. *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad* Madrid: Marcial Pons, 2011.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma-Bari: Laterza, 2009.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes para una historia de las constituciones*. Madrid: Trotta, 2001.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. “La creciente internacionalización de las constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”. En *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, editado por Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Armin VON BOGDANDY y Mariela MORALES ANTONIAZZI, 583-673. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max Planck Institute, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. “La justicia constitucional en América Latina”, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*. Ciudad de México: Comisión Nacional de Derechos Humanos. 1993.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. “La necesidad de expedir leyes nacionales en el ámbito latinoamericano para regular la ejecución de las resoluciones de organismos internacionales”. En *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, editado por Édgar CORZO SOSA, Jorge Ulises CARMONA TINOCO y Pablo SAAVEDRA ALESSANDRI, 223-280. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, UNAM, 2013.
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, *La justicia constitucional a finales del siglo XX. Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional*, n.º 6 (1998): 139-154.
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. *La defensa de la Constitución*. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1986.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “El control judicial interno de convencionalidad”. En *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, editado por Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Alfonso HERRERA GARCÍA, 767-804. Ciudad de México: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, CIDH, UNAM, Tirant lo Blanch, 2013.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “La ‘navegación americana’ de los derechos humanos: hacia un *ius commune*”. En *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, editado por Héctor FIX-FIERRO *et al.* Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Max Planck

- de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “Suprema Corte de Justicia: Circunstancia y misión”. En *XV aniversario de la consolidación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional de México. 15 años, 9ª época (1995-2010)*, 459-500. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Ciudad de México: Porrúa, 2015.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. “Los derechos fundamentales en las constituciones de los Länder”. En *Los derechos como principios objetivos en los Estados compuestos*, editado por Juan Carlos GAVARA DE CARA, 159-186. Barcelona: Librería Bosch, 2010.
- GRIMM, Dieter. “¿Retorno a la comprensión liberal de los derechos fundamentales?”. En *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, editado por Antonio LÓPEZ PINA, 155-214. Madrid: Trotta, 2006.
- GUASTINI, Ricardo. *Lezioni di teoria costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001.
- HITTERS, Juan Carlos. “Control de convencionalidad, ¿puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países? (el caso *Fonteviechia vs. Argentina*)”. En *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, editado por Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Rogelio FLORES PANTOJA, 533-568. Ciudad de México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- HITTERS, Juan Carlos. “Control de convencionalidad. Conflicto entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de la Nación. ¿Quién y cómo se resuelve? Última interpretación (De nuevo el caso *Fonteviechia*)”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 29 (2018): 533-568.
- HITTERS, Juan Carlos. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos (20 años de vigencia)”. En *Derecho procesal constitucional*, editado por Eduardo FERRER MAC-GREGOR, 745-782. Ciudad de México: Porrúa, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Katia Miguelina. *La vinculatoriedad del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico dominicano*. Santo Domingo: R. D., 2020.
- LARRIEUX, Jorge T. “Caso *Gelman vs. Uruguay*. Justicia transicional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y control de convencionalidad”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano XIX*, 557-588. Bogotá: Universidad del Rosario, Konrad Adenauer Stiftung, 2013.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. *La Constitución abierta y sus enemigos*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1993.

- LUTHER, Jörg. *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'ottocento*. Torino: G. Giappichelli, 1990.
- MACÍAS CASTAÑO, José María. *La cuestión prejudicial europea y el Tribunal Constitucional: el asunto Melloni*. Barcelona: Atelier, 2014.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela y Pablo SAAVEDRA ALESSANDRI. "El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos nacionales en América Latina". En *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, editado por Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Rogelio FLORES PANTOJA, 591-636. Ciudad de México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 1 (2004): 61-91.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, Rafael de Asís ROIG y María del Carmen BARRANCO AVILÉS. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.
- PEGORARO, Lucio. *Giustizia costituzionale comparata*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007.
- PERDOMO, Nassef. "Análisis crítico de la sentencia TC/0168/13". *Revista Digital de Historia y Arqueología desde El Caribe Colombiano*, n.º 28 (2016): 93-136.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. "¿Puede válidamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos obligar a que una Corte Suprema Nacional deje sin efecto una sentencia suya?". En *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, editado por Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Rogelio FLORES PANTOJA, 831-848. Ciudad de México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. "El 'control de convencionalidad' en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo". En *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, editado por Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Armin VON BOGDANDY y Mariela MORALES ANTONIAZZI, 449-468. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max Planck Institute, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro. "Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo". En *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales, XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, 131-160. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.

- SILVA GARCÍA, Fernando. “Control de convencionalidad en México: transformaciones y desafíos”. En *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, editado por Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Rogelio FLORES PANTOJA, 901-922. Ciudad de México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- SILVA MEZA, Juan. “La internacionalización de los derechos humanos. El turno de la justicia mexicana”. En *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, editado por Miguel CARBONELL, Héctor FIX-FIERRO y Diego VALADÉS, 451-478. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- TARR, G. Alan. *Comprendiendo las constitucionales estatales*. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- VON BOGDANDY, Armin. “Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público”. En *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, editado por Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Armin VON BOGDANDY y Mariela MORALES ANTONIAZZI, 283-306. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max Planck Institute, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.
- VON BOGDANDY, Armin. “El mandato transformador del sistema interamericano. Legalidad y legitimidad de un proceso jurisgenerativo extraordinario”. En *Por un derecho común para América Latina. Cómo fortalecer las democracias frágiles y desiguales*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2020.
- VON BOGDANDY, Armin. “Ius Constitutionale Commune en América Latina. Aclaración conceptual”. En *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, editado por Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Armin VON BOGDANDY y Mariela MORALES ANTONIAZZI, 137-177. Colección Constitución y Derechos. México: Max Planck Institute, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.
- VON BOGDANDY, Armin y José María SERNA DE LA GARZA. *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Max Planck Institute, 2014.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. “La corte costituzionale e il legislatore”. En *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, editado por P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, 103-157. Bologna: Il Mulino, 1982.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bolonia: Il Mulino, 1998.

Normas jurídicas y jurisprudencia

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

CORTE IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 182.

CORTE IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de 23 de noviembre de 2012.

CORTE IDH. Caso Buenos Alves vs. Argentina, Sentencia de 11 de mayo de 2007, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 164.

CORTE IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico y Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Supervisión de cumplimiento de Sentencias y Competencia. Resolución de 12 de marzo de 2019.

CORTE IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 282.

CORTE IDH. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 71.

CORTE IDH. Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 238.

CORTE IDH. Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina, Supervisión de cumplimiento de Sentencia, Resolución del 18 de octubre de 2017.

CORTE IDH. Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 221.

CORTE IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, Sentencia de 22 de junio de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 293.

CORTE IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 107.

CORTE IDH. Caso Kimel vs. Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 177.

CORTE IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 135.

CORTE IDH. Caso Tristán Donoso vs. Panamá, Sentencia de 27 de enero de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 193.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. S/ informe sentencia dictada para el caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina Corte IDH de 14 de febrero de 2017, 368/1998 (34-M)/CS1.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Acción de Inconstitucionalidad 15/2017 y acumuladas, México.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DEL URUGUAY. Sentencia No. 20, IUE-2-109971/2011 de 22 de febrero de 2013, acceso 5 de junio de 2020. <http://www.stf.jus.br/repositorio/>

[cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalJurisprudencia/ane-xo/19__Suprema_Corte_de_Justica.pdf](#).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE REPÚBLICA DOMINICANA. Sentencia TC/0168/13 de 23 de septiembre de 2013.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE REPÚBLICA DOMINICANA. Sentencia TC-256-14 de 4 de noviembre de 2014.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional, República Bolivariana de Venezuela, Sentencia 1939 de 18 de diciembre de 2008, Expediente 08-1572.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional, República Bolivariana de Venezuela, Sentencia de 10 de septiembre de 2015, Expediente 15-0992.

William Iván Gallo Aponte* (Colombia-Brasil)
Alejandro Sanabria Rodelo** (Colombia)

Aproximación a los límites del activismo judicial de los jueces constitucionales: el caso de la Corte Constitucional de Colombia y del Supremo Tribunal Federal de Brasil

RESUMEN

El activismo judicial dentro del constitucionalismo moderno genera mitos, adeptos y adversarios. A partir de una metodología deductiva, dialógica comparada, y de una investigación de documentación indirecta, compuesta por doctrina, jurisprudencia y legislación, el presente escrito analiza las actuaciones del Supremo Tribunal Federal y de la Corte Constitucional de Colombia, e intenta una aproximación y proposición sobre los límites del activismo judicial.

Palabras clave: activismo judicial; Corte Constitucional de Colombia; Supremo Tribunal Federal de Brasil.

* Maestrando en Derecho Económico y Desarrollo, Pontificia Universidad Católica del Paraná como becario de la Capes. Miembro del Núcleo de Investigación en Políticas Públicas y Desarrollo Humano, PUCPR. Profesor investigador, Universidad Externado de Colombia. williamg.aponte@gmail.com. william.gallo@uexternado.edu.co. william.aponte@pucpr.edu.br. <https://orcid.org/0000-0001-7157-6291>.

** Abogado, Universidad Externado de Colombia. Se desempeñó como investigador en la Cátedra Unesco de la Universidad Externado de Colombia. Consultor en Derecho Público. sanabria.rodello@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-7716-0940>.

Approach to the limits of the judicial activism of constitutional judges: the case of the Constitutional Court of Colombia and the Supreme Federal Court of Brazil

ABSTRACT

Judicial activism within modern constitutionalism generates myths, adherents and adversaries. Based on a deductive, dialogic comparative methodology, and an investigation of indirect documentation consisting of doctrine, jurisprudence and legislation, this article analyzes the actions of the Supreme Federal Court and the Constitutional Court of Colombia, and attempts an approach and proposition on the limits of judicial activism.

Keywords: Judicial activism; Constitutional Court of Colombia; Supreme Federal Court of Brazil.

Über die Grenzen des juristischen Aktivismus von Verfassungsrichtern/- innen: die Beispiele des kolumbianischen Verfassungsgerichtshofs und des Obersten Bundesgerichts von Brasilien

ZUSAMMENFASSUNG

Der juristische Aktivismus im Rahmen des modernen Konstitutionalismus führt zur Mythenbildung und zur Entstehung von Anhänger- und Gegnerschaft. Ausgehend von einer vergleichenden, dialogbasierten deduktiven Methode analysiert der vorliegende Beitrag zunächst auf der Grundlage einer Erhebung der indirekten Dokumentation aus Doktrin, Rechtsprechung und Gesetzgebung das Vorgehen des Obersten Bundesgerichts und des kolumbianischen Verfassungsgerichtshofs und unternimmt sodann den Versuch, auf der Grundlage einer eingehenderen Betrachtung einen Vorschlag zur Frage der Grenzen des juristischen Aktivismus zu unterbreiten.

Schlagwörter: Juristischer Aktivismus; Kolumbianischer Verfassungsgerichtshof; Brasilianisches Oberstes Bundesgericht.

Introducción

¿Por qué resulta interesante estudiar los fenómenos alrededor de la justicia constitucional en Colombia y en Brasil? Sin duda, la respuesta impone determinadas circunstancias no solo jurídicas, sino también políticas, económicas, sociales y culturales. Por un lado, tanto el Supremo Tribunal Federal de Brasil como la Corte Constitucional de Colombia son instituciones creadas para la salvaguarda de la constitución en contextos marcados por la desigualdad social, donde la garantía de los derechos fundamentales es más prevalente. Por otro lado, porque la justicia constitucional ejercida por ambos tribunales representa un paradigma en materia de control de constitucionalidad, no solo por su composición, sino por la forma en que se ha

venido vinculando al ciudadano en ella. Finalmente, porque sus decisiones han sido objeto de análisis en diferentes latitudes,¹ así como de referencia y adaptación de figuras propias desarrolladas por su jurisprudencia.²

Con este telón de fondo, en este artículo se analiza la actuación de los tribunales constitucionales en el Estado social de derecho, concretamente, de la Corte Constitucional de Colombia y el Supremo Tribunal Federal de Brasil, e intenta una aproximación y proposición inicial sobre los límites del activismo judicial, sobre la base de los principios de separación y el equilibrio de poderes.

Así pues, a partir de una metodología deductiva, dialógica comparada, y de una investigación de documentación indirecta (doctrina, jurisprudencia y legislación) se desarrollan las ideas propuestas en cuatro puntos fundamentales. En primer lugar, se analiza el papel del juez constitucional en el Estado social de derecho; en segundo lugar, se exponen las consideraciones generales alrededor del activismo judicial en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y del Supremo Tribunal Federal de Brasil; finalmente, se proponen algunos límites del mencionado activismo, a partir del esquema estatal del equilibrio de poderes en la actuación del Supremo y de la Corte.

1. El papel del juez constitucional en el Estado social de derecho

Dentro del Estado social de derecho, el juez constitucional cobra importancia a partir del establecimiento de la *supremacía constitucional*. Esa supremacía se refiere a uno de los pilares del orden político norteamericano, compartido por más de 160 países y varias entidades supranacionales alrededor del mundo. Esa supremacía implica, entre otros, la adaptación de una constitución y de una revisión constitucional

¹ Para un análisis sobre judicialización de la democracia y reforma constitucional en Colombia, véase Rosalind Dixon y Samuel Issacharoff, “Living to Fight Another Day: Judicial Deferral in Defense of Democracy”, *Wisconsin Law Review*, n.º 16 (2016), doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2726045>; y David Landau y Rosalind Dixon, “Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy”, *Davis Law Review* 53 (2019). Sobre intervención judicial en escenarios de erosión democrática, véase Aziz Z. Huq, “Democratic erosion and the courts: comparative perspectives”, *New York University Law Review* 23, n.º 21 (2018). Para un análisis del actual contexto sobre los riesgos constitucionales que implica la presidencia de Jair Bolsonaro, véase, entre otros, Tom Daly, “Populism, Public Law, and Democratic Decay in Brazil: Understanding the Rise of Jair Bolsonaro” (Paper, 14th International Human Rights Researchers’ Workshop: ‘Democratic Backsliding and Human Rights’, 2-3 January 2019).

² Tal es el caso de la figura del “estado de cosas inconstitucional” desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia, en decisiones como las sentencias T-153 de 1998 y T-025 de 2004, esta última adaptada por el Supremo Tribunal Federal de Brasil en la ADPF 347 de 2015, como se verá más adelante.

con base en una serie de disposiciones, compuesta por elementos explícitos o implícitos, tales como reglas, principios y posiciones jurídicas.³

Así pues, los tribunales y jueces constitucionales emergieron como los principales traductores o intérpretes de esa serie de disposiciones constitucionales, transformándola en directrices para la vida pública, producto de un ejercicio de articulación de cuestiones políticas y jurídicas fundamentales, que, como lo diría Ran Hirschl, “definen las fronteras de lo colectivo o cortan el corazón de las naciones”. En otras palabras, los tribunales y jueces constitucionales son los llamados a practicar y aplicar de forma coherente el contenido de los derechos fundamentales, que, a su vez, es fundante de la fuerza motriz de la constitucionalización.⁴ Sobre esa consideración, este artículo abordará algunas cuestiones alrededor de la función judicial dentro del esquema de equilibrio de poderes, y analizará la Corte Constitucional de Colombia y el Supremo Tribunal Federal de Brasil a la luz de sus constituciones contemporáneas.

1.1. La función judicial dentro del esquema de equilibrio de poderes

El principio de separación de poderes trajo consigo una especialización completa de las funciones estatales, que se manifestó en la independencia de los diferentes órganos del Estado.⁵ De tal manera que cada poder interactúa de forma particular con el orden estatal, aporta la utilidad de su función y contribuye a crear un sistema armónico. La relación entre las ramas clásicas del poder público se complementa y, a su vez, crea límites formales, que se circunscriben a las características de su propia naturaleza.⁶

En este sentido, los sistemas de separación de poderes traen límites implícitos, relacionados con la no interferencia de la función de un poder en el campo de acción de otro. En esta versión clásica de la estricta separación de poderes, a los jueces les está prohibido la creación de normas. No obstante, esta interpretación del principio de separación de poderes parece ser incompatible con el de equilibrio de poderes en estados constitucionales de derecho, en el entendido de que para generar los pesos y contrapesos orientados a materializar los principios y aplicar las normas del ordenamiento jurídico se requiere la interferencia razonable de las ramas del poder público en escenarios que, en principio, no hacen parte de sus atribuciones.

³ Ran Hirschl, “The origins of the new constitutionalism: lessons from the ‘old’ constitutionalism”, en *New Constitutionalism and World Order*, ed. por Stephen Gill y Claire Cutler (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 95.

⁴ Carlos Bernal, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho: escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho* (Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2009).

⁵ Riccardo Guastini, “El poder judicial bajo el imperio de la ley. Un punto de vista normativo”, *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 3 (2012-2013): 12-13.

⁶ Por ejemplo, la Constitución Federativa de Brasil de 1988, en su artículo segundo, consagra que los poderes de la Unión son independientes y armónicos entre sí.

No obstante, por más de que cierta interferencia sea razonable o necesaria, no significa que sea ilimitada o difícil de limitar, pues, principalmente para el caso del poder judicial, no está clara la frontera entre la integración institucional armónica y el exceso de poder en las decisiones que no son de estricta naturaleza judicial. Dentro de estas atribuciones se encuentra el control de constitucionalidad, la definición de los derechos constitucionales, la aplicación directa de la constitución y de las normas generales del ordenamiento jurídico.

Para Kelsen,⁷ en términos generales, la función judicial tiene el trabajo de identificar la relación lógica del supuesto fáctico de las normas en abstracto y su aplicación en el caso en concreto. No obstante, desde otra perspectiva, la aplicación de la función judicial tiene tres momentos fundamentales: i) la identificación que debe hacer el juez del fundamento jurídico adecuado para solucionar la controversia; ii) la determinación de la forma sobre la cual los hechos condicionan la aplicación de la norma; y iii) la solución del problema jurídico y la forma en que se van a ejecutar sus consecuencias. Estos tres elementos materializan la función judicial y son la base para la interpretación e integración de las normas por parte de los jueces.⁸

Adicionalmente, los jueces tienen a cargo la responsabilidad de desempeñar el rol de *proteger y vigilar el principio* como elemento de un ordenamiento jurídico integrado,⁹ ya que es el juez, y en particular el juez constitucional, quien está facultado para ser el intérprete último de la constitución, preceptor normativo y estabilizador del orden constitucional. De tal manera, la función judicial, además de las atribuciones naturales de aplicar las normas en casos concretos, tiene la responsabilidad de contribuir al ordenamiento estatal, integrándolo por medio de la aplicación de principios generales establecidos en la carta.

En este sentido, para lograr la *integración* del ordenamiento jurídico, los jueces están dotados de la función judicial de *corrección*, la cual está encaminada a ver el ordenamiento jurídico como una unidad lógica coherente para todos los órganos del Estado, y, dentro de esta unidad, entender los derechos fundamentales como un todo más allá de su dimensión pública subjetiva.¹⁰ La función judicial de corrección en el ámbito de la constitucionalidad de las leyes tiene un matiz descriptivo en todos sus aspectos. Sin embargo, es en el ámbito material de la corrección, dentro de la interpretación judicial, donde se distingue un contexto mucho más amplio de

⁷ Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado* (México: UNAM, 1988).

⁸ Rolando Tamayo y Salmorán, *Elementos para una teoría general del derecho (introducción al estudio de la ciencia jurídica)* (México: Themis, 1996), 172.

⁹ Jorge Ulises Carmona Tinoco, *La interpretación judicial constitucional* (México: UNAM-IIIJ, 1995), 175-211. Sobre el desarrollo dogmático de los principios véase Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais* (São Paulo: Ed. Malheiros, 2014).

¹⁰ Daniel Wunder Hachem, "Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária" (tese doctorado, Universidade Federal do Paraná, 2014), 66-86.

análisis, orientado a buscar las características de la unidad con la constitución y su concordancia práctica.¹¹

Por consiguiente, es posible indicar que la función judicial con relación al principio de equilibrio de poderes, desde una perspectiva kantiana, tiene a cargo la restauración del orden perturbado, mediante la integración de los principios constitucionales y su interpretación conjunta con las normas positivas. Materialmente, esta función otorga verdad o certidumbre legal, mecanismos para la resolución e intervención en controversias o asuntos que involucran sus intereses, y la guarda o la tutela de sus derechos a los ciudadanos.¹²

1.2. La justicia constitucional en Brasil y en Colombia a partir de las constituciones de 1988 y 1991

La justicia constitucional dentro del panorama latinoamericano, principalmente en Colombia y Brasil, tiene ciertas características comunes: i) una *heterogeneidad* por el alto grado de dificultad en sistematizar el universo de cortes constitucionales, tribunales y jueces;¹³ ii) una *apertura al ciudadano* revolucionaria en el establecimiento de acciones constitucionales orientadas a determinar la legitimidad para ejercer el control de constitucionalidad;¹⁴ y iii) *un riesgo del hiperpresidencialismo y del activismo judicial*, que altera los presupuestos clásicos de Montesquieu de división de poderes, y su posterior modificación, en la versión del sistema de frenos y contrapesos de Madison.¹⁵ El objeto de este punto será exponer, a grandes rasgos, las diferentes manifestaciones de las herramientas con las que cuentan la Corte Constitucional y el Supremo Tribunal Federal para el ejercicio de su función judicial constitucional.

¹¹ Edwin Figueroa Gutarra, “Separación de poderes y jueces constitucionales: un enfoque de roles correctores”, *Derecho PUCP*, n.º 75 (2015).

¹² Kelsen, *Teoría general...*

¹³ En el caso colombiano, la Corte Constitucional no funge de manera exclusiva como tribunal constitucional. Tanto el Consejo de Estado (máximo órgano de lo contencioso-administrativo) como la Corte Suprema de Justicia (máximo órgano de la justicia ordinaria: civil, penal, laboral y agraria) pueden ejercer funciones constitucionales, pues, al final, todos son jueces constitucionales. Por su parte, en Brasil, aunque el Supremo Tribunal Federal se encuentra en la cúspide de la rama judicial, en esta estructura también se halla el Supremo Tribunal de Justicia, el Supremo Tribunal Electoral, etc.

¹⁴ La manifestación más evidente de esta apertura corresponde con el control ciudadano de constitucionalidad y la posibilidad de que, por ejemplo, en Colombia, cualquier ciudadano pueda ejercer la acción pública de constitucionalidad. Por otro lado, la apertura también puede evidenciarse en las facilidades de acceso a la justicia a través del mecanismo de tutela (Mauricio García y Rodrigo Uprimny, “Tribunal constitucional e emancipação social na Colombia”, en *Democratizar a democracia. Os caminhos da democracia participativa*, ed. por Boaventura de Souza Santos (Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002), <https://www.ces.uc.pt/emancipa/research/pt/ft/justconst.html>).

¹⁵ Jorge Ernesto Roa, Magdalena Correa Henao et al. *La justicia constitucional en América. Lecciones de derecho constitucional*, Tomo II (Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2018), 450-481.

Con la proclamación de la Constitución de 1991 en Colombia nació la Corte Constitucional como un órgano judicial cuyo principal objetivo es *la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución*. No es poca la importancia de la responsabilidad encargada a esta Corte; la materialización de la guarda de los preceptos constitucionales del Estado se encuentra dispersa en varios artículos de la Constitución, a partir de los cuales se pueden manifestar las potestades activistas de los jueces constitucionales y, en especial, de la Corte Constitucional.

En primer lugar, el artículo 86 de la Constitución dispone que los ciudadanos colombianos pueden reclamar sus derechos constitucionales fundamentales a través de acción de tutela.¹⁶ Mediante esta acción, el juez que la conozca podrá emitir órdenes a entidades públicas o privadas para proteger los derechos, evitar que sean vulnerados o impedir que se sigan vulnerando. Esta atribución ha estado directamente relacionada con la definición del contenido y alcance de los derechos fundamentales de los ciudadanos.¹⁷ La acción de tutela representa el mecanismo fundamental y por excelencia a partir del cual los jueces constitucionales en Colombia, y principalmente la Corte Constitucional, tienen notables características de activistas en el ejercicio de la función judicial.

No obstante, la definición concreta del contenido de los derechos fundamentales a través de la acción de tutela no es la única manifestación de la Corte Constitucional como tribunal activista. Toda vez que la función principal de esta Corte es la guarda de la Constitución, la declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes y decretos con fuerza de ley es la herramienta principal de la Corte Constitucional para conservar la coherencia y armonía de las normas como un ordenamiento jurídico unificado. Esta función se materializa en un *dossier* de funciones previstas en el artículo 241 de la Constitución y que permiten a la Corte Constitucional, mediante controles previos, posteriores, automáticos o mediante acciones públicas, declarar la constitucionalidad de las normas y definir el alcance de estas para que se adecúen a los principios y normas constitucionales.¹⁸

¹⁶ La norma que regula la acción de tutela dispone: “Art. 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. Cabe destacar que en Colombia todos los jueces son de tutela y tienen competencia para el conocimiento de la acción.

¹⁷ Para efectos de este escrito, se entenderán dentro del concepto de derechos fundamentales, no solo los derechos de libertad, sino también los de naturaleza económica, social y cultural. A los que, de forma errónea, se les ha atribuido su exclusivo carácter prestacional. Se defiende esa errónea atribución porque tanto los derechos de libertad como los de naturaleza económica, social y cultural requieren funciones de abstención, protección y promoción, y ambos afectan las garantías presupuestales del Estado.

¹⁸ Algunas de estas funciones, previstas en el artículo 241 de la Constitución Política de Colombia de 1991, son: 1) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan

Mediante estas atribuciones, la Corte Constitucional ha expuesto en variadas ocasiones el ejercicio paradigmático de este control. La denominada potestad legislativa negativa¹⁹ y la definición de la interpretación para que las normas puedan ser declaradas exequibles o conforme la constitución han contribuido a la materialización de los principios constitucionales y a una aplicación coherente o *relegitimada* de las normas de jerarquía legal. En virtud de esta potestad, la Corte Constitucional ha fallado casos difíciles, como la despenalización parcial del aborto (C-355, 2006), la eutanasia u homicidio por piedad (C-239, 1997), la despenalización del consumo de sustancias psicotrópicas en dosis personales (C-221, 1994) –todas ellas conforme con el derecho al libre desarrollo de la personalidad–, o la creación de figuras jurídicas como el matrimonio igualitario por medio de la aplicación directa de la Constitución (C-577, 2011).

Los anteriores ejemplos representan un claro paradigma del control de constitucionalidad, amparado en una justificación filosófica de la llamada dificultad contramayoritaria. Esta justificación consiste en que si el *constitucionalismo* implica el ejercicio de un poder limitado en atención a los derechos fundamentales, y si la *democracia* significa la manifestación soberana del pueblo y el poder derivado de las mayorías, entre estos dos elementos, es decir, entre constitucionalismo y democracia, se encuentran también elementos que se distinguen entre la razón y la voluntad. Esta distinción impone que entre la garantía de los derechos fundamentales y el respeto del gobierno de las mayorías, el control debe estar orientado integralmente a proteger esos valores y derechos, y a decidir con base en la razón constitucional. Por ejemplo, si hay ocho católicos y dos musulmanes en una sala, no podría el primer grupo deliberar o juzgar sobre lo que consideran los segundos por el simple hecho de ser mayoría.²⁰ En otras palabras, el control orientado a proteger la Constitución supera cualquier consideración de mayorías amparadas en una aparente moral que no está consagrada en la Constitución.

Todas las atribuciones expuestas se materializan en la generación de cambios significativos en las dinámicas sociales y políticas en Colombia. Estas suelen ser empleadas para proteger los derechos de las minorías, ampliar el alcance de los derechos fundamentales y, en general, identificar las dificultades de diferentes grupos o colectivos de personas para ejercer y hacer valer sus derechos.

los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación. 2) Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, solo por vicios de procedimiento en su formación. 3) Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes, y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional, etc.

¹⁹ Kelsen, *Teoría general...*

²⁰ Luis Roberto Barroso, “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, *Thesis* 5, n.º 1 (2012): 23-32, <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>.

Para la aplicación de estas potestades, la Corte Constitucional se ha dotado de diferentes herramientas en su desarrollo jurisprudencial; una de las más significativas es la denominada *doctrina constitucional*. Según el criterio de la Corte, se hace una distinción entre la *doctrina constitucional integradora* y la *doctrina constitucional interpretativa*, para concluir que la segunda no es vinculante para las autoridades como fuente de derecho, salvo las decisiones que hacen tránsito a la cosa juzgada. Mientras que la primera, determinada como fuente del derecho, suple un vacío en el ordenamiento jurídico y es vinculante para los operadores jurídicos (sentencias T-292, 2006; T-464, 1992; C-083, 1995).

Similar a lo consagrado por la Constitución Política de Colombia de 1991, la Constitución Federal de Brasil de 1988 determina en su artículo 102 que al Supremo Tribunal Federal (STF) le compete la guarda o protección de la Constitución; dentro de esta competencia se enumeran algunas funciones, como procesar y juzgar originariamente, conocer de la acción directa de inconstitucionalidad y de la declaratoria de constitucionalidad de la ley o acto normativo federal o estatal (art. 102 (I)). Asimismo, tiene conocimiento de infracciones penales comunes de funcionarios como el presidente de la República, el vicepresidente, los miembros del Congreso, etc., funciones que para el caso colombiano están en cabeza de la Corte Suprema de Justicia. También conoce del *habeas corpus* en casos específicos, de determinadas causas de conflicto de competencia, etc.

Así como ocurre en el caso colombiano ya expuesto, para la materialización de la guarda de los preceptos constitucionales del Estado social brasileiro, el orden jurídico constitucional posterior a la expedición de la Constitución de 1988 consagró, además de un amplio catálogo de derechos fundamentales, una caja de herramientas procesales para la garantía de estos derechos y la supremacía constitucional. De esta manera, si para el caso colombiano se consagró la acción de tutela, la acción popular o la acción de grupo, en Brasil se crearon mecanismos como la acción civil pública, la acción popular, el mandato de seguridad colectivo, la acción civil colectiva y el mandato de “*injunção*”.²¹

Además de estos mecanismos, muchos de ellos incluidos en el artículo 102, o a lo largo del texto constitucional brasileiro, en lo que se refiere al control de constitucionalidad, el orden jurídico brasileiro adoptó –como el caso colombiano– un control mixto de constitucionalidad. Esto es, tanto un control difuso, inspirado en la teoría americana, como un control abstracto de constitucionalidad, propio de la teoría europea, inspirado principalmente en Kelsen. Si bien no es objeto de este estudio profundizar sobre el control de constitucionalidad, es necesario considerar los mecanismos procesales a través de los cuales se ejerce.

²¹ Daniel Wunder Hachem, “A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais”, *Revista Direitos Fundamentais e Democracia* 14, n.º 14.1 (2013): 656-684.

En el caso de Colombia, la Corte Constitucional tiene la competencia para conocer de la acción pública de inconstitucional, de la excepción de inconstitucionalidad y de la acción de tutela. Del mismo modo, al Consejo de Estado, máximo tribunal contencioso-administrativo, en su calidad de juez constitucional, la Constitución y la ley le otorgaron la misma competencia a través del conocimiento del medio de control de *nulidad simple o general*, la de *nulidad* y la del *restablecimiento del derecho*, al igual que acciones públicas de inconstitucionalidad (art. 135 de la Ley 1437 de 2011). Para el caso de Brasil, en materia de control de constitucionalidad concentrado o concreto posterior, se reconoce el ejercicio ante el STF de cuatro acciones típicas: la acción directa de inconstitucionalidad, la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, la acción de declaratoria de inconstitucionalidad y la acción de argumento de incumplimiento de precepto fundamental.

Resulta interesante destacar que estas cuatro acciones legitiman a actores concretos para su ejercicio. De acuerdo con lo establecido en el artículo 103 de la Constitución Federal, estos actores pueden ser universales o con pertinencia temática. Por otro lado, además de lo ya expuesto, se podría indicar que, para el control difuso de constitucionalidad es posible identificar figuras como la cuestión incidental o la acción ordinaria, entre otras.

Por otro lado, resulta relevante la figura brasilera del denominado *mandado de injunção* (art. 102 (q)), también competencia del STF, cuando la elaboración de la norma reglamentaria fuese atribución del presidente, del Congreso, de la Cámara de los Diputados, del Senado, etc. La importancia de esta acción estriba en que actualmente uno de los principales problemas –y que de una u otra manera intenta abordar este escrito– se relaciona con la efectividad de los derechos fundamentales y la inercia de los poderes legislativo y ejecutivo en reglamentarlos. En ese sentido, a través del *mandado de injunção*, el constituyente brasilero le otorgó al ciudadano un mecanismo de ejercicio constitucional; así, cuando se presenta una ausencia en la reglamentación del contenido de los derechos fundamentales, el STF orienta esa laguna o ausencia para garantizar la viabilidad judicial de los derechos fundamentales.²² Esta herramienta se torna necesaria cuando no existe legislación que reglamente el derecho fundamental, o simplemente cuando no hay parámetros mínimos en la Constitución para la especificación del contenido de dicho derecho.

Ahora bien, como en Colombia, el STF decidió casos referidos al paradigma del control de constitucionalidad, amparado en una justificación filosófica de la llamada *dificultad contramayoritaria*, orientada integral y razonablemente a proteger valores, principios y derechos fundamentales sobre cualquier apariencia moral que sin razón se le atribuye al sentido de la Constitución. Así, el STF ha analizado casos principalmente relacionados con la protección jurídica de la vida humana y el libre

²² Daniel Wunder Hachem, *Mandado de Injunção e Direitos fundamentais* (Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012); Hachem, “Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária” 155.

desarrollo de la personalidad, como el aborto, cuando el Supremo decidió derogar su criminalización en casos de anencefalia²³ e interrumpir voluntariamente el embarazo durante el primer trimestre, en defensa de los derechos sexuales y reproductivos, así como de la autonomía de la mujer.²⁴ En otro aspecto, y en relación con la eutanasia en Brasil, el STF ha centrado debates alrededor de la dignidad de la persona humana y de la autonomía para la interpretación de la posibilidad de la eutanasia.²⁵ Por último, entre otros ejemplos, el STF reconoció en 2011 la unión estable homosexual, para dar paso a los derechos de la población LGBTI.²⁶

Los casos que representan el paradigma del ejercicio del control de constitucionalidad para la garantía de los derechos fundamentales pueden ser diversos. Dicho paradigma puede incluir o diferenciarse gradualmente del activismo judicial en materia de derechos fundamentales sociales. Lo propuesto en este artículo no permite generar posiciones absolutas sobre la conceptualización del activismo, o sobre su faceta positiva o negativa, por cuanto su reconocimiento dentro del nuevo constitucionalismo no ha sido pacífico. Por el contrario, constituye el inicio de un camino en investigación donde pueden surgir conclusiones similares o diferentes a las aquí expuestas. No obstante, vale la pena hacer algunas consideraciones generales alrededor del activismo judicial en Colombia y en Brasil.

3. Consideraciones generales alrededor del activismo judicial en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y el Supremo Tribunal Federal de Brasil

3.1. El activismo judicial, su transformación histórica y la proyección de su entendimiento en los procesos constitucionales de 1988 en Brasil y de 1991 en Colombia

Para entender el concepto de activismo judicial podría tomarse como referencia la premisa de Pomed Sánchez sobre la obra de Eduard Lambert. Según Pomed Sánchez, si los principios de separación y de equilibrio de los poderes en Inglaterra y Francia tomaron mayor fuerza en favor del poder legislativo, reconociendo la superioridad de la ley sobre los otros poderes públicos, en los Estados Unidos, la alteración del equilibrio de los poderes fue en favor de un gobierno del poder judicial, denominado el gobierno de los jueces, contribuyendo a la debilidad de la ley.²⁷

²³ Decisión del Supremo Tribunal Federal, ADF 53 de abril de 2012.

²⁴ Decisión del Supremo Tribunal Federal, Acción de *Habeas Corpus* 124.306/RJ.

²⁵ Decisión del Supremo Tribunal Federal, ADI 3510 de mayo de 2005.

²⁶ Decisión del Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 y ADPF 132 de 2011.

²⁷ Eduard Lambert, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos. La experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes* (Madrid: Editorial Tecnos, 2010).

Por otro lado, más allá de los mitos, las defensas y los rechazos sobre el activismo judicial, es importante tener en cuenta los periodos de actuación de la Corte Suprema de los Estados Unidos expuestos por Pomed Sánchez. A partir de la Decisión *Brown v. Board of Education of Topeka*, con el Tribunal de Warren (1953-1969), se puso fin a la segregación racial en materia de educación y, además, se gestaron importantes avances en la protección de la autonomía del individuo. Por su lado, con el Tribunal de Warren Burger (1969-1986), particularmente con la Decisión *Row v. Wade*, se dio paso a una dinámica liberal, donde la revisión judicial de las leyes representó la impropiedad de cerrar el proceso de escogencia de las decisiones en una sociedad libre y democrática.

Al final, lo destacable de esta remisión a la actuación judicial americana radica, tal como lo indica Lambert,²⁸ en entender que los americanos quisieron desarrollar el dogma constitucional de Montesquieu hasta sus últimas consecuencias lógicas, lo que generó un desequilibrio en favor del poder judicial, con una supremacía a expensas del poder legislativo.

Por otro lado, con una necesaria visión histórica, esa supremacía se correspondió con el desarrollo de un proyecto político de clase, que intentó salvaguardar y legitimar el imperio de la libertad para una minoría, a la par con el establecimiento de ciertas formas de dominación sobre la mayoría. Esto tuvo relación con el entendimiento de la libertad, la propiedad y la seguridad de las élites coloniales durante la Guerra de la independencia de los Estados Unidos. Por ejemplo, en la mente de los colonialistas más ricos, la libertad tiene origen en la acumulación de la riqueza sin ningún límite.²⁹

Ese viejo constitucionalismo liberal –producto de una irracionalidad política y estratégica de los federalistas de élite, centrada en la proyección de una política para suprimir rebeldes y proteger las minorías–, no puso fin a la dominación de clase y racial. Por el contrario, se fortaleció en nuevas formas, por ejemplo, dar atribuciones a un poder constituido para transformar los intereses particulares en un asunto estructural. Así pues, el nuevo constitucionalismo se definió como una maniobra de preservación de la hegemonía conservadora, donde se redujeron los riesgos para una élite gobernante, y la autoridad de traducir las disposiciones constitucionales fue delegada en los tribunales.³⁰ El constitucionalismo se erigió como una herramienta o seguro frente a un ambiente político inestable.³¹ El activismo se desarrolló como un asunto de clase, en favor de minorías con poder y propiedad.

²⁸ Lambert, *El gobierno...*, 21.

²⁹ Stephen Gill y Claire Cutler, eds., “Genealogy, origins and world order”, en *New Constitutionalism and World Order* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 77-79.

³⁰ Gill y Cutler, “Genealogy, origins and world order”.

³¹ Ran Hirschl, “The origins of the new constitutionalism: lessons from the ‘old’ constitutionalism”, en Gill y Cutler, *New Constitutionalism...*, 98.

Desde esta visión histórica, es plausible que la existencia de un activismo judicial en América Latina obedezca a un problema de incertidumbre en la acometividad de un mercado en constante expansión por parte de una agenda ideológica victoriosa. Asimismo, es importante destacar, tal como lo entiende Ran Hirschl, que ese nuevo constitucionalismo, nacido como una especie de seguro para la preservación y garantía de privilegios y preferencias políticas, es compatible con constituciones producto de periodos de transición.³²

Si en Brasil, la Constitución de 1988 fue una respuesta y una transición de la dictadura militar desde 1964 hasta la normalización democrática y la conquista del Estado social de derecho, en Colombia, la Constitución de 1991 también identifica esa transición, caracterizada en múltiples intentos por acrecentar la lucha contra el narcotráfico, la crisis política generada por el monopolio político bipartidista, y la intensificación del conflicto armado interno que involucró una multiplicidad de actores (guerrillas, agentes del Estado y grupos paramilitares). A pesar de las diferencias que existen entre ambas transiciones, en el caso colombiano, el proceso hacia una normalidad democrática ha estado caracterizado por cierta lentitud. Esto se debe a que la instauración de una normalidad democrática, que garantice plenamente los derechos fundamentales, se ha visto desdibujada por proyectos políticos posteriores a la Constitución (periodo político 1992-2010); otros trataron de dar una salida, con un proyecto económico sin amplias garantías sociales (periodo 2010-2018). A pesar de estos últimos intentos, esa normalidad permanece en una oscuridad casi agonizante, principalmente en lo que tiene que ver con la construcción de una paz estable y duradera (periodo político 2018 hasta la actualidad).

De acuerdo con la visión de Ran Hirschl, es evidente que los procesos constitucionales de Brasil y Colombia obedecieron a periodos de transición política, que permitieron el protagonismo de una revisión constitucional para otorgar una red de seguridad a todas las partes, lo que facilitó la transición a la democracia. Este fenómeno llevó, entonces, a la creación de un tribunal constitucional como una institución de seguridad para los riesgos de la negociación democrática. En otras palabras, frente a condiciones de incertidumbre electoral, la revisión constitucional pudo erigirse como una forma de seguro para posibles perdedores electorales durante la disputa constitucional.³³

El problema no es, entonces, que el control constitucional como herramienta por excelencia de la Corte Constitucional y del Supremo Tribunal Federal represente un seguro para las fallas del diseño institucional, que consolide una protección de garantías y principios fundamentales a los participantes del juego democrático. El

³² Hirschl, "The origins of the new constitutionalism: lessons from the 'old' constitutionalism", 100.

³³ Tom Ginsburg, "Economic analysis and design of constitutional courts", *Theoretical Inquiries in Law* 3 (2002), <https://www.degruyter.com/view/journals/til/3/1/article-til.2002.3.1.1042.xml.xml>.

problema del seguro, como es propio de los asuntos jurídicos alrededor del riesgo, es que no se establezcan los límites de manera clara y determinada, pues puede llevar a estructurar litigios lesivos para la democracia.

Con todo, se podría indicar o abrir una discusión sobre la conceptualización del activismo judicial, no solo en relación con la actuación paradigmática de los tribunales constitucionales en el ejercicio del control de constitucionalidad (que sobre la justificación filosófica de la doctrina *contramayoritaria* destaca las virtudes de la hermenéutica constitucional sobre el amparo de derechos fundados en la Constitución), sino como un activismo que aún no responde a clases ni a minorías, ni juega un papel relevante en las reducción de las desigualdades.

Estas minorías y clases ahora son representadas por aquellos que tienen acceso y conocimiento de justicia o saben cómo es posible llegar a ella. Un activismo que es manifiesto en la injerencia del Tribunal Constitucional a partir de sus decisiones, que se encierran en una cápsula de poder y hegemonía ideológica, postulando como justo y legítimo lo que considera como juez-autoridad subjetiva y no como juez-autoridad objetiva y colectiva; un activismo que impide el adecuado desarrollo del programa político de las otras ramas del poder público, actuando como protagonista principal del escenario político. Ese activismo de injerencia, que desconoce un constitucionalismo de diálogo entre las diferentes ramas del poder público, que juzga exclusivamente sobre la dimensión o faceta subjetiva de los derechos fundamentales, dejando de entenderlos como un todo (objetivos, subjetivos, individuales y transindividuales), es el que pone en riesgo la democracia y el gobierno de las mayorías, el gobierno derivado del pueblo.

3.2. Aproximación teórico-fáctica al activismo del Supremo Tribunal Federal de Brasil y la Corte Constitucional de Colombia³⁴

La posibilidad de exigir judicialmente la garantía de los derechos fundamentales ganó fuerza después de promulgada la Constitución de 1988 en Brasil y la Constitución de 1991 en Colombia. Ambos textos consagraron el Estado social de derecho

³⁴ El protagonismo de la función judicial en el Estado social de derecho se enmarcó dentro del denominado neoconstitucionalismo. Sobre el asunto, Luigi Ferrajoli destaca que en esta corriente neoconstitucionalista ha operado un paradigma que intenta compatibilizar los principios jurídicos y la incorporación de valores al derecho, en donde las constituciones han dejado de ser un simple instrumento para la asignación de competencias, para convertirse en una especie de medio o vehículo, lo que implica una asunción o relevancia de la discrecionalidad judicial, encaminada a hacer efectivas conquistas históricas que no fueron reconocidas [“Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 34 (2011): 15-53]. Por otro lado, vale la pena destacar que la función judicial dentro del esquema de equilibrio de poderes ha sido causa de diversas transformaciones. Desde una óptica más positiva, Stanley C. Brubaker, en un análisis de la obra de Ronald Dworkin, destaca que este presentaba un favoritismo por el activismo, en nombre de una constitución estrictamente interpretada como el papel apropiado por parte de los tribunales.

y, sobre el amparo de esa cláusula constitucional, la exigibilidad judicial representó una estrategia orientada a cobijar el abandono de una concepción que negaba la fuerza jurídico-normativa de las disposiciones constitucionales; en consecuencia, generaba una situación de desamparo al titular de los derechos fundamentales sociales, cuyo goce no era garantizado por el Estado debido a su inercia u omisión.³⁵

Siguiendo a Luis Roberto Barroso, las normas constitucionales que definen los derechos encajan perfectamente en el esquema conceptual de derecho subjetivo, basado en las ideas de deber jurídico, violación y pretensión. De esa forma, el Estado, al incumplir el deber jurídico constitucionalmente vinculado, violando el derecho otorgado al ciudadano que lo titulariza, otorga a este la posibilidad de postular individualmente el cumplimiento de las prestaciones positivas y negativas que incumben al poder público, incluso mediante acción judicial.³⁶

De esa forma, como lo identifica Daniel Wunder Hachem, en Brasil se vivió un periodo marcado por el activismo judicial desenfrenado, producto de la consideración o centralización del campo de análisis de los derechos fundamentales sociales en la dimensión subjetiva. En ese sentido, un poder judicial convencido de que los derechos sociales, como los otros derechos fundamentales, se encuadraban únicamente como derechos subjetivos pasó a admitir la concesión judicial individualizada de pretensiones jurídicas cuya titularidad era transindividual (difusa o colectiva).³⁷

Esa consideración obedeció a la transformación de un derecho constitucional brasileiro formalista y legalista anterior a la Constitución de 1988, ligado a una perspectiva autoritaria. En ese periodo se cuestionaba la legitimidad democrática del Poder Judicial para concretar las normas de carácter más abstracto, pues se entendía que esa función, la de traer las escogencias políticas y morales de la sociedad, cabía a los representantes electos por el pueblo. Ya con el advenimiento de la Constitución de 1988 y la idea de la supremacía de la carta, con el establecimiento de un derecho

No obstante ese argumento, Dworkin resalta: “La alternativa al pasivismo no es un activismo crudo atado sólo al sentido de justicia de un juez, sino un juicio mucho más discriminatorio y fino que da lugar a varias virtudes políticas pero que, a diferencia del activismo o el pasivismo, deja fuera la tiranía” [Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho e interpretación de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica* (Barcelona: Editorial Gedisa, 1988), 266]. De acuerdo con el mismo Dworkin, “el programa del activismo judicial sostiene que los tribunales deben aceptar las directivas o mandatos de las estipulaciones constitucionales supuestamente ‘vagas’ [...]. Deben elaborar principios de legalidad, igualdad y otros semejantes, revisarlos de tiempo en tiempo a la luz de lo que parezca ser la visión moral más reciente de la Corte” [*Los derechos en serio* (Barcelona: Ediciones Ariel, 1984), 127].

³⁵ Daniel Wunder Hachem, “A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento”, *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia* 13, n.º 13 (2013): 631.

³⁶ Luis Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 8.ª ed. (Rio de Janeiro: Renovar, 2006), 100-101.

³⁷ Hachem, “A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento”, 361.

constitucional de efectividad, se pretendió dar mayor eficacia social a las disposiciones constitucionales.³⁸

No obstante, sin dejar de lado las virtudes que trajo consigo la Constitución de 1988, ese periodo está marcado por una perspectiva individualista del derecho administrativo, donde a pesar de que las normas definidoras de derechos fundamentales sociales vinculan directamente a la administración pública, el problema de su ineffectividad da paso y posibilita la reivindicación individual judicial de las prestaciones para la satisfacción de esos derechos.³⁹

En otras palabras, el entendimiento de la aplicación inmediata de los derechos fundamentales, disposición que se encuentra en la Constitución de Brasil de 1988 y en la Constitución de Colombia de 1991, se orientó a sustentar la posibilidad de exigir judicialmente, frente a las omisiones de la administración pública o del legislativo, la realización plena de los derechos. El Supremo Tribunal Federal acoge esta postura en total compatibilidad con la Corte Constitucional de Colombia.

De esa manera, se abandonó una posición conservadora, que desconfiaba al aceptar la posibilidad de reclamar actuaciones estatales positivas, y se pasó a entender la fundamentalidad de los derechos y a analizarlos como derechos exclusivamente subjetivos, exigibles ante el poder judicial. La adopción de ese entendimiento en la jurisprudencia brasilera, con identidades en el constitucionalismo colombiano posterior a la Constitución de 1991, representó una expresiva ampliación de la intervención judicial, orientada a la concesión de prestaciones estatales positivas dirigidas a la efectividad integral de los derechos fundamentales sociales.⁴⁰

Esa característica de concesión y garantía de prestaciones estatales positivas sobre el análisis de los derechos fundamentales como derechos estrictamente subjetivos constituyó el establecimiento de un activismo judicial. Pero este no es el único caso; de forma aún más general, cuando el STF, frente a la inexistencia de una política pública, toma la potestad creativa para la promoción, ampliación y acceso, desdibujando y confundiendo la idea de derecho social con la de política pública, también está siendo activo, formulando una política pública y vinculando a la administración pública.⁴¹ Lo común en ambos casos consiste en la insistencia en conceder prestaciones individualizadas; en su mayoría, estas son situaciones objetivas, que requieren una prestación universal y espontánea de la administración pública.⁴²

³⁸ Hachem, "A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento", 348.

³⁹ Hachem, "A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento", 349.

⁴⁰ Hachem, "A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais", 450.

⁴¹ Véase Caroline Müller Bitencourt, *Controle jurisdicional de políticas públicas* (Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013).

⁴² No se desconoce aquí la existencia de una dimensión subjetiva de los derechos fundamentales. Por el contrario, existen posiciones jurídicas fundamentales que al tiempo que

Los asuntos de salud y educación son algunos ejemplos sobre los que puede materializarse este activismo. Este es el caso de las decisiones del Supremo Tribunal Federal, donde se concedieron pedidos de tratamientos de salud de alto costo, algunos de ellos en el exterior, sin una debida comprobación de eficacia de los resultados para la curación de enfermedades raras. Daniel Wunder Hachem presenta algunos *leading cases* sobre la materia, en donde, concretamente, un portador de una enfermedad rara de *distrofia muscular de Duchene* argumentó que en los Estados Unidos existía una clínica capaz de curarlo. Con todo, según el autor, estas decisiones se han ido fundamentando más en la emoción que en la razón, son incongruentes y desmedidas, y acaban por dejar en jaque la consecución de las políticas públicas, perjudicando no solo un empleo racional de los recursos públicos, sino la garantía y prestación universal de los derechos fundamentales.⁴³

En Colombia, la situación no es diferente. Los argumentos generales para analizar el activismo del Supremo Tribunal Federal de Brasil son compatibles con el ejercicio que viene desarrollando la Corte Constitucional. En materia de salud, por ejemplo, la Corte, a través de la Sentencia T-760 de 2008, examinó los problemas estructurales del sistema de salud debido al incremento del número de demandas judiciales. En esa ocasión, la Corte ordenó reestructurar una política pública en salud a partir de un enfoque basado en los derechos fundamentales. Esa reestructuración incidió en decisiones de naturaleza administrativa, principalmente en la forma como se venía prestando el servicio público de salud.

De manera concreta, con la decisión se impartieron órdenes generales encaminadas a conjurar las fallas de la regulación respecto a los planes de beneficio, la sostenibilidad financiera, el flujo de recursos del sistema de salud, así como de su cobertura. Dentro de esas órdenes se especificaba la claridad en la definición de beneficios, la realización de auditorías institucionales sobre el desempeño con los usuarios, la conformación de un plan de contingencia para garantizar recobros apropiados y oportunos de costos asociados con el cuidado de salud, etc.⁴⁴ Con todo, esa injerencia de la Corte fue activa por cuanto formula y supera la vinculación de la administración pública en materia de políticas públicas.

son parte de la dimensión objetiva, pueden ser reclamadas individualmente si atienden a razones objetivas (Hachem, “A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais”. En el mismo sentido, véase Daniel Wunder Hachem, “São os direitos sociais ‘direitos públicos subjetivos’? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 11, n.º 3 (2019): 404-436.

⁴³ Véase análisis de la decisión del Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar 1246 de 1997, ministro Celso de Mello (Hachem, “A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento”, 345).

⁴⁴ Alicia Ely Yamin y Oscar Parra-Vera, “How do courts set health policy? The case of the Colombian Constitutional Court”, *PLoS Medicine* 6, n.º 2 (2009): 2551, <http://dx.doi.org/10.1371/journal.pmed.1000032>.

Adicionalmente, la Corte Constitucional reconoció el estado de cosas e hizo lo que a su juicio era necesario para proteger los derechos de los ciudadanos en casos de gran relevancia, como los de las sentencias T-590/98 sobre la deficiencia en la protección de los defensores de derechos humanos; SU-559/97 en lo relacionado con la protección de los derechos a la igualdad del magisterio; y T-068/98 con respecto a los derechos de los jubilados.

En materia de activismo judicial relacionado con derechos sociales, el tratamiento que le ha dado la doctrina colombiana parece insuficiente. Esa insuficiencia radica en que se ha considerado que solo en el caso de sentencias sobre derechos prestacionales en sentido estricto podría hablarse de un verdadero activismo por parte de la Corte, por cuanto las órdenes de este tribunal en todos los demás casos no implican una erogación económica, o, si la hacen, se trata de una erogación ya prevista por una norma, lo que constituye derechos sociales prestacionales de pago de lo debido.⁴⁵ Esta parte de la doctrina desconoce que tanto las sentencias prestaciones en estricto sentido como aquellas erogaciones concedidas en atención al cumplimiento de una norma constitucional pueden superar los límites presupuestales, la invasión en la asignación de escogencia política de los recursos y la estricta consideración del aspecto subjetivo de los derechos fundamentales.

El activismo no solo hace referencia a la injerencia que impide el adecuado desarrollo y ejecución del programa político de las otras ramas del poder público, sino también a la postulación de lo que el juez-autoridad subjetiva considera justo, legítimo y conforme a la constitución, dejando de lado la verdadera autoridad objetiva y colectiva del tribunal, y encerrándose en un poder y hegemonía ideológica. De esta manera, se ha evidenciado que el Supremo Tribunal Federal de Brasil viene actuando de acuerdo con la moralidad subjetiva de sus agentes, conformando así un populismo enemigo de la democracia, que ignora las normas jurídicas para definir lo que es justo.⁴⁶

Ese nuevo populismo ideológico, caracterizado por Eneida Desirée Salgado como un enemigo de la democracia, se manifiesta en el uso de un discurso moralista que va más allá de un intento por atraer votos o de la intención de desdibujar la imagen de los adversarios en las propagandas y en los debates. Ejemplo de esa pérdida de referencia de la Constitución es presentado por Salgado en el control de constitucionalidad sobre la Ley de Ficha Limpia (Ley 135 de 2010). En esa oportunidad, el STF decidió validar la ley pese a los defectos formales que presentaba. Además de este caso, en decisión relacionada con las facultades del presidente de la República para anular la nominación de un ministro de Estado estimada como “inmoral”, uno

⁴⁵ Maria Paula Saffon y Mauricio García Villegas, “Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, *Estudios Socio-Jurídicos* 13, n.º 1 (2011): 75-107.

⁴⁶ Eneida Desirée Salgado, “Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 117 (2018): 193-217.

de los ministros consideró la existencia de un derecho en superación de un ilícito atípico que no existe en el Estado de derecho. En otras palabras, ignoró la legalidad del Estado sobre una lectura privada moral del juez.⁴⁷

Existe un caso que merece especial atención, por cuanto fue el más representativo del diálogo entre el Supremo Tribunal Federal de Brasil y la Corte Constitucional de Colombia: el estado de cosas inconstitucional, adoptado por la justicia constitucional brasilera a través de la Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 347 de 2015, para tratar de atender y superar los problemas y las deficiencias del sistema carcelario brasilero. Sobre el particular, cabe destacar que en el derecho colombiano se ha venido declarando una pluralidad de estado de cosas inconstitucional, principalmente en materia de cárceles, desplazamientos y salud. Ya se hizo un análisis general sobre salud; vale la pena destacar los otros dos aspectos.

En materia carcelaria, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia T-153 de 1998, declaró el estado de cosas inconstitucional en las cárceles de Colombia y ordenó al Estado la creación de una política pública de creación de más cárceles con el objetivo de que los derechos fundamentales de los internos de las instituciones carcelarias no fueran vulnerados. Esta providencia representó un hito en la actividad judicial, puesto que dio órdenes a todas las instituciones encargadas de crear la política pública carcelaria, ante la violación multidimensional de los derechos fundamentales de esta población vulnerable.

Por otro lado, en materia de desplazados, en 2004, luego de resolver diferentes casos relacionados con la tutela de los derechos de las víctimas del desplazamiento forzado, la Corte Constitucional profirió la Sentencia T-025, mediante la cual declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional, al reconocer que existía en Colombia una vulneración sistemática y masiva (de derechos), producto del incumplimiento de las diferentes instituciones del andamiaje estatal. En esta providencia, la Corte reiteró que todas las instituciones del Estado en las diferentes ramas del poder público tenían la obligación constitucional de garantizar los derechos de las personas víctimas de desplazamiento forzado a causa del conflicto armado interno, y de protegerlas en su vida, honra y bienes.

Este episodio de la historia contemporánea constitucional en Colombia es un gran ejemplo de los matices del ejercicio de funciones activo del tribunal constitucional, ya que en este fallo se emitieron diversas órdenes generales y concretas, tal como ocurrió en Brasil, a todas las instituciones estatales en las diferentes esferas de la administración pública, a los funcionarios de la Rama Judicial, e incluso al Congreso de la República, para que estos asumieran sus roles, orientados a la superación

⁴⁷ Algunas decisiones resaltadas por Eneida Desirée Salgado: Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.070, ministro Gilmar Mendes, Decisión de 18 de marzo de 2016. Véase también Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Constitucionalidade 29 y 30, voto do ministro Joaquim Barbosa, Julgamento em 16 de fevereiro de 2012; Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 5017, Decisión liminar do ministro presidente Joaquim Barbosa em 17 de julho de 2013.

del estado de cosas. Lo expuesto anteriormente, más allá de dar una aproximación a la estructuración conceptual del activismo judicial, otorga una idea sobre el panorama actual y activo de la justicia en Brasil y en Colombia. Vale la pena proponer unos límites a partir del esquema estatal del equilibrio de poderes.

4. Los límites del activismo judicial a partir del esquema estatal del equilibrio de poderes en la actuación de la Corte Constitucional de Colombia y del Supremo Tribunal Federal de Brasil⁴⁸

Los Estados que acogen el principio de equilibrio de poderes como piedra angular de su andamiaje institucional suelen estar en un constante debate público sobre las atribuciones de cada una de las ramas del poder público, y su competencia para encargarse de las diferentes funciones estatales. Como se expuso en apartados anteriores, se han superado sistemas de organización estrictamente formalistas que conciben a los órganos del Estado como dispositivos deónticos cuya característica fundamental es excluir la racionalidad práctica de las funciones estatales a fin de evitar extralimitaciones de las instituciones.

En contraposición a estas teorías, los ordenamientos jurídicos modernos han optado por dotar a sus instituciones de realismo jurídico y dialógico para obtener un poder público integrado, que evite la arbitrariedad de cada una de sus funciones y, a su vez, que deje la menor cantidad de vacíos y antinomias para el ejercicio pacífico de los derechos de los ciudadanos. No obstante, estas posiciones modernas pueden poner en riesgo el principio de equilibrio de poderes, al dotar de poderes extraordinarios o enfrentarse ante un escenario de ausencia de límites entre las diferentes ramas del poder público.

Particularmente, por el talante activista de los jueces constitucionales, puede verse en riesgo la circunscripción y el desarrollo de competencias de las demás ramas del poder público, y, por lo tanto, la institucionalidad completa, puesto que, en primer lugar, es imposible asegurar la integridad de los jueces y su independencia total; en segundo lugar, la interferencia de los jueces en cuestiones de decisión estrictamente democrática o de carácter técnico puede provocar peores situaciones de injusticia y desigualdad que las que buscan solucionar. Por consiguiente, aquí se analizarán algunos límites de los jueces activistas, los cuales resultan indispensables para preservar

⁴⁸ Para una propuesta a estos límites, véase Luiz Henrique Diniz Araújo, “O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori”, *Revista de Investigações Constitucionais* 5, n.º 1 (2018): 129-150, doi: 10.5380/rinc.v5i1.56088; véase también Antonio Ezequiel Inácio Barbosa y Martonio Mont’Alverne Barreto Lima, “Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo”, *Revista de Investigações Constitucionais* 5, n.º 1 (2018): 109-128, doi: 10.5380/rinc.v5i1.55825.

el principio de equilibrio de poderes, y evitar situaciones de crisis institucional que afecten el ejercicio de los derechos constitucionales. Los límites identificados no responden a criterios estrictos que los jueces deberían acatar, sino, por el contrario, a elementos que deberían tener en cuenta en el ejercicio de su actividad.

Legalidad. Este límite dicta que aunque el juez constitucional tenga que recurrir a los campos de aplicación de los otros poderes públicos, deberá hacerlo con base en las funciones atribuidas por la constitución y la ley. De tal forma que las discusiones surgidas a partir de la actividad de los jueces garantistas, *no podrán desprenderse por ningún motivo de atribuciones autoimpuestas o que no tengan una relación razonable con lo establecido en la ley positiva.*

Como lo señala Jesús Vega, en los ordenamientos jurídicos modernos se aceptan los errores del legislador, incluso las antinomias entre las normas de carácter legal o administrativo, con los preceptos normativos y principios incorporados en la constitución, ya que el juez constitucional tiene la atribución de la salvaguarda del orden jurídico mediante la declaratoria de inconstitucionalidad, o incluso la inaplicabilidad de normas en virtud de principios constitucionales.⁴⁹ No obstante, esto no indica que el juez, en sus providencias, no deba basarse en la ley y en las demás fuentes normativas reconocidas por el ordenamiento jurídico.

Racionalidad. Si los jueces constitucionales deben acogerse a la legalidad para el ejercicio de sus atribuciones, el ejercicio de la función judicial debe estar dotado de racionalidad, despojándose de cualquier tipo de emotividad, con lo que se entiende que la jurisdicción ha de ser una práctica de rango justificativo. Por lo tanto, el deber de motivación implica que la aplicación del derecho en los casos concretos es el resultado de la práctica lógica, en la cual el juez identifica e interpreta la regla aplicable, no como un simple instrumento de réplica de lo proferido por el legislador, sino a partir de la integración de los principios del ordenamiento jurídico, que dé como resultado la práctica de una interpretación con una evidente carga de racionalidad.⁵⁰

La racionalidad como límite a la actividad judicial comprende que los jueces estructuren un razonamiento valorativo primario de juicios, la reformulación de reglas para encontrar su adecuada implantación, la introducción de excepciones en un análisis sistemático del ordenamiento jurídico y la creación de nuevas normas para solucionar casos difíciles no regulados por la ley.⁵¹

Por lo que respecta al equilibrio de poderes, el límite de la racionalidad va encaminado no solo a las motivaciones del juez constitucional sobre la aplicación de normas y principios, sino a la necesidad de una racionalidad que conduzca a

⁴⁹ Jesús de Vega, “Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho* 41 (2018).

⁵⁰ Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (New Haven: Yale University Press, 1969), 366.

⁵¹ Manuel Atienza, “Argumentación y legislación”, en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de derecho*, ed. por A. Menéndez (Madrid: Civitas, 2004).

ampliar o circunscribir el alcance de las normas de tal forma que tenga en cuenta la intención del legislador en materia de derechos sociales, y que vaya en línea con decisiones ya expedidas por la misma corporación o ajustándolas racionalmente conforme a la realidad, creando líneas jurisprudenciales uniformes. No obstante, la uniformidad de estas decisiones no puede recaer en la posibilidad de convertirse en un legislador radical a la hora de proteger los derechos. Así, pues, dentro de esta racionalidad, la tecnicidad y un análisis de impacto de la decisión judicial resultan relevantes.

Por último, el límite de la racionalidad debe indicar al juez constitucional cómo abordar el campo del legislador, en el sentido de que no usurpe sus funciones y encuentre soluciones que logren el desarrollo legislativo y la protección del orden jurídico perturbado. De tal forma, la racionalidad aplicada en las providencias judiciales debe evitar la inmersión completa del juez constitucional en el debate político y hacer que su motivación sea suficiente para ser investido de legitimidad.⁵²

Armonía institucional. El juez constitucional, en sus providencias, debe procurar preservar la armonía institucional y dictar providencias que integren las funciones constitucionales de los diferentes órganos del Estado. El juez constitucional que opta por una conducta activista ilimitada puede ocasionar el vaciamiento de la dimensión institucional y la invasión en las funciones de los otros órganos, provocando situaciones de inestabilidad, que están en el borde de la arbitrariedad.⁵³ Por tanto, el juez debe tener en cuenta que el poder público es solo uno y que los diferentes órganos están legitimados para actuar de forma conjunta en la protección de los derechos y el orden constitucional. De no hacerlo, puede causar un desequilibrio de poderes, que atente contra valores fundamentales inmersos en la mayoría de los Estados, como el principio democrático.⁵⁴

Independencia. Mediante el ejercicio de la actividad judicial, los jueces constitucionales deben tener en cuenta que la función judicial no es una función política ordinaria, sino un poder estratégico orientado al cambio del derecho en la sociedad. Este es un poder eminentemente reflexivo, vinculado –como lo vimos con anterioridad– a la idea de corrección.⁵⁵ Por lo tanto, al inmiscuirse en discusiones políticas de forma particular, apartándose de los métodos propios de la actividad judicial, el juez puede propender a la politización de la justicia.⁵⁶ Esto adquiere mayor relevancia cuando los jueces constitucionales se enfrentan a los

⁵² F. Fernando Atria, *La forma del derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2016).

⁵³ Alfonso García Figueroa, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista* (Madrid, Trotta, 2009).

⁵⁴ Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia* (Madrid: CDCP, 2012).

⁵⁵ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia: 2. Teoría de la democracia* (Madrid, Trotta, 2016).

⁵⁶ Ran Hirschl, “The Judicialization of Politics”, *The Oxford Handbook of Political Science*, Oxford: Oxfordhandbook, 2013.

casos hito que deben concebirse como medidas temporales y racionales orientadas a dictar los lineamientos de análisis para que las instituciones encargadas definan los vacíos jurídicos. En estos casos, si los jueces constitucionales optaran por la usurpación de poderes representativos, su independencia se vería afectada, puesto que se podrían instrumentalizar para cumplir objetivos particulares dentro del debate político.

Legitimidad. Por último, los jueces constitucionales deben tener en cuenta que la interferencia puede generar situaciones de ilegitimidad institucional en dos sentidos: en primer lugar, frente a las otras ramas del poder público, y, en segundo lugar, frente a sus propias decisiones, al extrapolar *prima facie* sus atribuciones constitucionalmente reconocidas. El vaciamiento de las demás ramas del poder público puede significar para ellas la deslegitimación de la importancia de su actividad en la práctica jurídica. Esta situación se encamina al no acatamiento de las decisiones tomadas por las autoridades administrativas y legislativas, en vista de que la actividad judicial es suficiente para definir todas las situaciones jurídicas. Por otro lado, la expedición de providencias por fuera de las atribuciones jurídica y socialmente reconocidas puede producir un desacato masivo de las decisiones de los jueces, de fatal efecto para el Estado de derecho.

Conclusiones

Intentar proponer conclusiones a un estudio que pretende aproximarse a los límites del activismo judicial de los jueces constitucionales –concretamente de la Corte Constitucional de Colombia y del Supremo Tribunal Federal de Brasil– es un asunto ambicioso. Se prefiere entonces generar provocaciones e iniciar caminos sobre asuntos que requieren ser analizados desde la academia y ser considerados por los operadores públicos.

No obstante, de lo aquí expuesto son deducibles algunas ideas. En primer lugar, la función judicial dentro del esquema de equilibrio de poderes –además de la integración, producto de su función interpretativa– debe no solo garantizar la supremacía constitucional y el cumplimiento de los derechos sociales, sino también ser armónica al considerar la potestad innovadora del legislador y la necesidad de que la administración pública ejecute sus programas y políticas de forma automática, integral y espontánea. Tanto en Brasil como en Colombia es notoria una injerencia del tribunal constitucional en el ejercicio de competencias que le son ajenas por mandato constitucional y legal.

En segundo lugar, el activismo ejercido por ambos tribunales hace referencia a la superación de una actividad judicial sustentada en una fundamentación filosófica de la doctrina contramayoritaria, entendiendo entonces que el activismo que aquí se explica parte del reconocimiento de una posición superior de minorías con acceso a la justicia, que argumentando posiciones jurídicas subjetivas impiden la

objetivación y la universalidad en la garantía de los derechos. Asimismo, ese activismo ha venido minando elementos del populismo, enemigo de la democracia y desestabilizador de los procesos constitucionales.

Finalmente, intentando aproximarnos a los límites del activismo judicial a partir del esquema estatal del equilibrio de poderes en la actuación de la Corte Constitucional de Colombia y del Supremo Tribunal Federal de Brasil, es pertinente priorizar la legalidad, la armonía institucional, la independencia y la legitimidad. Sin duda, este escrito representa el inicio de un estudio amplio sobre el que vale la pena generar un espacio académico para disertar.

Bibliografía

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014.
- ATIENZA, Manuel. “Argumentación y legislación”. En *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, editado por A. MENÉNDEZ. Madrid: Civitas, 2004.
- ATRIA, Fernando. *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio y Martonio MONT’ALVERNE BARRETO LIMA. “Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo”. *Revista de Investigações Constitucionais* 5, n.º 1 (2018): 109-128. doi: 10.5380/rinc.v5i1.55825.
- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 8.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- Barroso, Luis Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. *Thesis* 5, n.º 1 (2012). <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>.
- BERNAL, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho: escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- BITENCOURT, Caroline Müller. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013.
- BRUBAKER, Stanley C. “Reconsidering Dworkin’s Case for Judicial Activism”. *American Bar Foundation Research Journal* 12, n.º 1 (1987).
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. *La interpretación judicial constitucional*. México: UNAM-IIIJ, 1995.
- DALY, Tom. “Populism, Public Law, and Democratic Decay in Brazil: Understanding the Rise of Jair Bolsonaro”. Paper presentado en el 14th International Human Rights Researchers’ Workshop: ‘Democratic Backsliding and Human Rights’, 2-3 de enero de 2019.
- DE VEGA, Jesús. “Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial”. *Cuadernos de Filosofía del Derecho* 41 (2018).

- DINIZ ARAÚJO, Luiz Henrique. “O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori”. *Revista de Investigações Constitucionais* 5, n.º 1 (2018): 129-150, doi: [10.5380/rinc.v5i1.56088](https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.56088).
- DIXON, Rosalind y Samuel ISSACHAROFF. “Living to Fight another Day: Judicial Deferral in Defense of Democracy”. *Wisconsin Law Review*, n.º 16 (2016). doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2726045>.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1984.
- DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho e interpretación de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1988.
- ELY YAMIN, Alicia y Oscar PARRA-VERA. “How do courts set health policy? The case of the Colombian Constitutional Court”. *PLoS Medicine* 6, n.º 2 (2009). <http://dx.doi.org/10.1371/journal.pmed.1000032>.
- FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 34 (2011).
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia: 2. Teoría de la democracia*. Madrid: Trotta, 2016.
- FERRERES, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CDCP, 2012.
- FIGUEROA, Gutarra Edwin. “Separación de poderes y jueces constitucionales: un enfoque de roles correctores”. *Derecho PUCP* 75 (2015).
- FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1969.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista*. Madrid: Trotta, 2009.
- GARCÍA, Mauricio y Rodrigo UPRIMNY. “Tribunal constitucional e emancipação social na Colombia”. En *Democratizar a democracia. Os caminhos da democracia participativa*, editado por Boaventura DE SOUZA SANTOS. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. <https://www.ces.uc.pt/emancipa/research/pt/ft/justconst.html>.
- GILL, Stephen y Claire CUTLER, eds. “Genealogy, origins and world order”. En *New Constitutionalism and World Order*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- GINSBURG, Tom. “Economic Analysis and Design of Constitutional Courts”. *Theoretical Inquiries in Law* 3 (2002). <https://www.degruyter.com/view/journals/til/3/1/article-til.2002.3.1.1042.xml.xml>.
- GUASTINI, Riccardo. “El poder judicial bajo el imperio de la ley. Un punto de vista normativo”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 3 (2012-2013): 12-13.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
- HACHEM, Daniel Wunder. “A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais”. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)* 14, n.º 14.1 (2013).

- HACHEM, Daniel Wunder. “A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento”. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia* 13, n.º 13 (2013).
- HACHEM, Daniel Wunder. Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba. Tese Doctorado. Universidade Federal do Paraná, 2014.
- HACHEM, Daniel Wunder. “São os direitos sociais ‘direitos públicos subjetivos’? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 11, n.º 3 (2019): 404-436.
- HIRSCHL, Ran. “The origins of the new constitutionalism: lessons from the ‘old’ constitutionalism”. En *New Constitutionalism and World Order*, editado por Stephen GILL y Claire CUTLER. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- HIRSCHL, Ran. “The Judicialization of Politics”. *The Oxford Handbook of Political Science*, 2011.
- HUQ, Aziz Z. “Democratic erosion and the courts: comparative perspectives”. *New York University Law Review* 23, n.º 21 (2018).
- KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. México: UNAM, 1988.
- LAMBERT, Eduard. *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos. La experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes*. Madrid: Editorial Tecnos, 2010.
- LANDAU, David and Rosalind DIXON. “Abusive Judicial Review: Courts against Democracy”. *Davis Law Review* 53 (2019).
- ROA, Jorge Ernesto, Magdalena CORREA HENAO et al. *La justicia constitucional en América. Lecciones de derecho constitucional*, Tomo II. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- SAFFON, María Paula y Mauricio GARCÍA VILLEGAS. “Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”. *Estudios Socio-Jurídicos* 13, n.º 1 (2011): 75-107.
- SALGADO, Eneida Desirée. “Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos”. *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 117 (2018): 193-217.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho (introducción al estudio de la ciencia jurídica)*. México: Themis, 1996.

Documentos legales y jurisprudencia

- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acción de *Habeas Corpus* 124.306/RJ.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3510 de mayo de 2005.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4277 y ADPF 132 de 2011.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar 1246 de 1997.

Marcela Rita Ortiz Torricos* (Bolivia)

¿Actuación activa o activismo de la Corte IDH?

RESUMEN

En el ejercicio del control de convencionalidad internacional, la Corte IDH ha tenido y tiene una “actuación activa”: realiza construcciones jurídicas que viabilizan que los Estados parte se consoliden como democráticos y de derecho; posibilita un entendimiento común de los derechos; armoniza la interpretación internacional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados con la interpretación estatal, al otorgar su protección; y establece las medidas necesarias para reparar los derechos frente a un ejercicio arbitrario de poder. Por esa actuación se ha tildado a la Corte IDH como “activista judicial” y han surgido tensiones con el Estado parte involucrado, más aún cuando se han dispuesto medidas legislativas, judiciales u otras que han sido resistidas, sin considerar el carácter vinculante de la decisión internacional (con efectos *inter partes* y *erga omnes*) y la naturaleza de un proceso de derecho internacional, que está para limitar el abuso del poder estatal y a favor del respeto de los derechos humanos.

Palabras clave: Corte IDH; control de convencionalidad; activismo judicial.

Active action or activism of the IACHR?

ABSTRACT

In exercising international conventionality control, the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) has, and is, engaged in “active action”: it develops legal constructions that make it possible for State parties to establish themselves as democratic and based on the rule of law; it makes a common understanding of rights possible; it harmonizes the international interpretation of the American Convention on Human Rights and other treaties with state interpretation, by granting their protection; and it

* Doctora, Universidad de Valencia (España); magíster en Derecho Constitucional, UASB. Docente de posgrado de UASB, UMRPSFXCH y otras. marcelaortizt@hotmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-7117-0830>.

establishes the necessary measures to restore rights denied by an arbitrary exercise of power. Because of such action, the IACHR has been branded as a “judicial activist,” and tensions have arisen with the State party involved, more so when legislative, judicial or other measures have been resisted, without considering the binding nature of the international decision (with *inter partes* and *erga omnes* effects) and the nature of an international law proceeding, which is to limit the abuse of state power and promote respect for human rights.

Keywords: IACHR; conventionality control; judicial activism.

Aktives Vorgehen oder Aktivismus des IAGMR?

ZUSAMMENFASSUNG

Im Rahmen seiner Ausübung der Kontrolle der internationalen Verfassungskonformität legt der IAGMR ein „aktives Vorgehen“ an den Tag. Dabei entwickelt er juristische Konstruktionen, die es den Staaten ermöglichen, sich als demokratische Rechtsstaaten zu konsolidieren. Zugleich macht er den Weg frei für ein gemeinsames Rechtsverständnis, bringt die internationale Auslegung der Amerikanischen Menschenrechtskonvention und anderer Verträge mit der nationalstaatlichen Interpretation in Einklang, indem er sie unter seinen Schutz stellt, und verfügt die notwendigen Maßnahmen zur Wiedergutmachung von Rechtsverletzungen, die auf willkürliche Machtausübung zurückzuführen sind. Deshalb wurde dem IAGMR der Vorwurf des „juristischen Aktivismus“ gemacht. Es kam zu Spannungen mit den betroffenen Staaten, insbesondere wenn gesetzgeberische, juristische oder andere Maßnahmen verfügt wurden, die auf Ablehnung stießen, ohne dass der verbindliche Charakter der internationalen Entscheidung (und ihrer Wirkung *inter partes* und *erga omnes*) sowie die Natur von Verfahren nach internationalem Recht anerkannt wurden.

Schlagwörter: IAGMR; Kontrolle der Verfassungskonformität; juristischer Aktivismus.

Introducción

La creación de un órgano de protección regional de los derechos, como la Corte IDH, se encuentra reconocida y consagrada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), instrumento internacional que es “típicamente constitucional, las normas que las declaran, aunque sean internacionales, son materialmente constitucionales y su interpretación, en consecuencia, es también interpretación constitucional”¹.

¹ Raúl Canosa Usera, “La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Integración Europea a través de derechos fundamentales*, coord. por Javier García Roca y otro (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009), 80.

El derecho consagrado en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos o tratados o convenciones, no niega sino que se complementa con el derecho interno regulado en las constituciones políticas de cada uno de los Estados; estos ordenamientos jurídicos (convencional y constitucional) son independientes entre sí, pero se encuentran estrechamente conectados y vinculados, de lo que deriva una relación entre fuentes jurídicas de diverso origen.

Si eso sucede con los ordenamientos jurídicos que sustentan la creación de los derechos, lo mismo ocurre tratándose de los órganos jurisdiccionales encargados de proteger esos derechos, sea a nivel internacional o estatal. La jurisdicción convencional internacional es autónoma e independiente de las jurisdicciones constitucionales estatales, pero esto no impide que entre las mismas exista una búsqueda de “la avenencia en una exégesis interpretativa de los derechos comunes”;² es decir que diversas jurisdicciones internacional y estatales realicen interpretaciones de los derechos no exactamente coincidentes, sino semejantes o relativamente equivalentes.

En la actividad interpretativa, los órganos jurisdiccionales internacional y estatal pueden incorporar –en sus interpretaciones convencionales y estatales– una idea común tanto del alcance como del contenido de los derechos, contribuyendo a crear un orden público americano, sustentado en un entendimiento común del lenguaje de los derechos, también conforme a la idea de la globalización de los derechos humanos.³

Con ese fin, la Corte IDH, que es el órgano que de manera natural interpreta el sentido y el alcance de la CADH, realiza un control de convencionalidad en el ámbito internacional, referido “al control de las modalidades de adecuación de normas, decisiones y mecanismos jurídicos nacionales a la Convención”;⁴ corresponde a la jurisdicción internacional verificar la adecuación de las normas internas de un determinado Estado (en forma abstracta, si se trata de competencia consultiva, y en forma concreta, si se refiere a competencia contenciosa) a la CADH y demás tratados de protección de los derechos humanos.

² Javier García Roca, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional* 30 (2012), 183-224.

³ No debe ser entendida como una globalización liberal de tipo económico, que tiene otro alcance y que puede llevar incluso a la injusticia social, económica, etc. A través de la globalización de los derechos se busca, entre otras, justicia social, económica y política, en la medida en que la tutela puede ser exigida por todos y por igual ante tribunales jurisdiccionales, internacionales o estatales, cuyas interpretaciones terminen siendo similares o equivalentes.

⁴ Ramiro García Falconí, “Son obligatorias para los jueces nacionales las decisiones de los tribunales internacionales de protección de derechos humanos y específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Temas fundamentales de derecho procesal penal*, Tomo I, ed. por Kai Ambos y Ramiro García Falconí (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2011), 76.

A su vez, el control de convencionalidad en el ámbito interno es realizado por las autoridades jurisdiccionales de cada Estado, que contrae el deber de contrastar si sus normas internas se adecuan o no a la CADH y asumen para sí la interpretación realizada por la Corte IDH.

Ese control de convencionalidad en el ámbito interno deviene de la labor interpretativa de la Corte IDH, que ha mandado que sean los jueces y tribunales del órgano judicial quienes asuman su interpretación; así, estos han expresado que la interpretación de la CADH realizada por la Corte IDH debe ser tenida en cuenta por el poder judicial⁵ o que los primeros en observar (cumplir) lo dispuesto por la jurisprudencia interamericana son los tribunales nacionales jurisdiccionales.⁶

De ahí que a las autoridades del poder judicial corresponde “analizar la compatibilidad de su ordenamiento interno con la CADH, teniendo en cuenta la interpretación de la Corte Interamericana”,⁷ y ejercer un “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH, conforme a la interpretación que de dicha Convención realizó la Corte IDH.

Sin embargo, el criterio interpretativo conforme al de la Corte IDH vincula no solo a las autoridades del poder judicial, sino que se extiende a todos los órganos públicos de los Estados, en cuanto deben establecer políticas (ejecutivo), leyes (legislativo) y sentencias (judicial)⁸ en las líneas de la interpretación de la Corte IDH para la defensa de los derechos humanos de la región.

La finalidad del control de convencionalidad internacional e interno es que todos los juzgadores (en sede internacional y estatal) tengan una forma similar de razonar, de interpretar y de resolver las causas que llegan a su conocimiento; ese es uno de los caminos que posibilita “un entendimiento global de los derechos humanos, que se construye a partir de lo razonado por la jurisprudencia internacional”.⁹

En el presente trabajo se pretende demostrar que la Corte IDH, en su labor interpretativa y ejercicio del control de convencionalidad en el ámbito internacional, ha tenido en muchos casos una actuación activa, realizando importantes construcciones de derecho, a partir de la norma jurídica internacional y estatal, e impartiendo

⁵ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

⁶ Corte IDH, Caso Cepeda Vargas vs. Colombia, Sentencia de 26 de mayo de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; voto concurrente del juez García-Sayán.

⁷ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, cit., párrafo 124.

⁸ Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; voto razonado del juez García Ramírez.

⁹ Alexandre H. Català i Bas y Marcela Ortiz Torricos, “La comunicación horizontal y vertical en los sistemas americano y europeo de protección de los derechos humanos a propósito del derecho al juez natural. Hacia un derecho global de los derechos humanos”, *Estudios de Deusto* 65, n.º 1 (2017): 73-121.

justicia; sin embargo, no es menos evidente que ciertas “actuaciones activas”, tildadas como “activistas”, han generado tensiones entre los Estados.

1. Actuación activa de la Corte IDH

A partir de interpretaciones comunes de los juzgadores, con el ejercicio del control de convencionalidad internacional e interno se va construyendo el derecho americano de los derechos humanos. Sin embargo, resulta demasiado pretencioso esperar que todos los razonamientos sean exactamente iguales; eso no ocurre pues hay coincidencias y similitudes en sus apreciaciones, incluso hasta llegan a producirse divergencias.

Hay que tener en cuenta que “las peculiaridades del objeto y el ámbito en el que se interpreta en cada ocasión tendrán gran relevancia y marcan diferencias importantes”,¹⁰ en la medida en que las decisiones jurisdiccionales resuelven casos concretos con sus propias particularidades, determinación asumida por quien tiene su propia manera de entender la norma y decantarse por una salida que considere legal y justa; para ello, lo ideal es que se actúe con independencia de cualquier tipo de poder, sometiéndose únicamente a los mandados de la norma convencional y estatal.¹¹

Así, unos juzgadores son absolutamente formalistas, rituales, estrictos aplicadores de la CADH, la Constitución Política del Estado (CPE), la ley o del texto literal de la norma. Otros asumen una “actuación activa”, realizan de manera legítima creaciones de derecho, respetan competencias de otras autoridades, y defienden derechos de los ciudadanos, conforme a los principios y valores que sustentan un Estado constitucional de derecho. También están aquellos que realizan creaciones del derecho, transgreden la norma e invaden otros ámbitos de poder o sirven para fines antidemocráticos, de manera arbitraria, irracional y sin justificación; a ellos se los ha llegado a descalificar como “activistas”.

Resulta difícil establecer la línea que separa a los creadores del derecho que actúan en forma activa de quienes operan con un marcado activismo judicial, para lo que puede ser orientador entender que el juez activo “es el juez justo, no justiciero; activo, no activista; y que asume como ideal regulativo de su función el logro de la justicia a través del derecho [...] aunque eso suponga aceptar que en ocasiones el Derecho no le permite alcanzar la justicia”.¹²

¹⁰ Isabel Lifante Vidal, “El derecho como práctica interpretativa”, en *La constitución como objeto de interpretación*, coord. por Alejandra Martínez Verástegui (México: Centro de Estudios Constitucionales, 2016), 51-76.

¹¹ En ese sentido, el artículo 2 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial establece que el juez independiente es “aquel que determina desde el derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al derecho mismo”.

¹² Manuel Atienza, “Siete tesis sobre el activismo judicial”, *Legis. Ámbito Jurídico*, 6 de junio de 2019, <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial>.

Se entiende que “la innovación y el desarrollo progresivo del derecho son incapables, si nos mostramos dispuestos a actuar a la altura de los desafíos de nuestro tiempo”;¹³ el juzgador debe ser activo, generar construcciones jurídicas que sirven para garantizar los valores en que se sustenta la humanidad, lográndose con ello una protección universal de los derechos humanos, cuyo fundamento es la dignidad.

A su vez, quienes actúan con un claro activismo judicial, no son activos sino activistas, pues “no se sienten vinculados por el tenor de las normas [...] sino que consideran que pueden (deben) resolver los casos que se les presentan [...] acudiendo a los principios y los valores constitucionales y, por ello, no subsumiendo, sino ponderando”,¹⁴ ponderación que permite comprender “que el derecho no consiste únicamente en reglas, sino también en principios y subrayan el papel de la razón (de la razón práctica) en el derecho”.¹⁵

Por la razón práctica del derecho, a través de la ponderación, se deja de lado la aplicación de una ley (que se considera injusta), se crea una nueva norma con exceso y se sacrifica la seguridad jurídica y los principios que sustentan un Estado democrático de derecho. En esas circunstancias se produce un “aumento del poder de los jueces (que) [ha] llevado a muchos a considerar que el activismo judicial, (es) el gobierno de los jueces, (lo que) constituye una seria amenaza para el Estado de derecho”.¹⁶

Los seguidores de la Corte IDH defienden su actuación activa, pues consideran que en “la propia interpretación –o aún en la búsqueda– del derecho aplicable, hay espacio para la creatividad; cada tribunal internacional es libre para encontrar el derecho aplicable, independientemente de los argumentos de las partes”.¹⁷

Cuando la Corte IDH realiza un control de convencionalidad reconoce, en muchos casos y de manera expresa, la actuación activa con la que actúa, a tiempo de resolver los procesos internacionales; todo esto a partir del método de la “interpretación objetiva” de la norma convencional, que implica una interpretación gramaticalista; continuando con una interpretación sistemática u orgánica; luego, con una interpretación teleológica o de fines y, al final, con una interpretación voluntarista o de acuerdo con la común intención de las partes.¹⁸

En algún momento del desarrollo de su jurisprudencia, la Corte IDH empieza a utilizar el método de la “interpretación progresiva”, que se refiere a la interpretación

¹³ Antônio Augusto Cançado Trindade, “Reflexiones sobre los tribunales internacionales contemporáneos y la búsqueda de la realización del ideal de la justicia internacional”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales* 1 (2011): 95.

¹⁴ Atienza, “Siete tesis sobre el activismo judicial”.

¹⁵ Manuel Atienza, “A vueltas con la ponderación”, en *Un debate sobre la ponderación*, ed. por Manuel Atienza y Juan A. García (Sucre: Tribunal Constitucional de Bolivia, 2018), 13.

¹⁶ Atienza, “Siete tesis sobre el activismo judicial”.

¹⁷ Cançado Trindade, “Reflexiones sobre los tribunales internacionales contemporáneos y la búsqueda de la realización del ideal de la justicia internacional”, 95.

¹⁸ Los criterios objetivos de interpretación se encuentran reconocidos en Corte IDH, Opinión Consultiva 3/83, de 08 de septiembre de 1983, párrafos 49 y 50.

de un texto, teniendo en cuenta el significado objetivo del término en el momento en que se produce la aplicación y renovando el texto de acuerdo con las necesidades sociales del momento.

La Corte IDH y la CIDH también han realizado una interpretación evolutiva, bajo el entendimiento de que la CADH u otros tratados de derechos humanos se constituyen en “instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.¹⁹

Todos estos tipos de interpretación objetiva, progresiva, evolutiva, etc., contribuyen a comprender que las necesidades del ser humano cambian, o los tiempos evolucionan; por ello, resulta imperioso que la Corte IDH en sus interpretaciones se ajuste a la realidad actual, a través de un ejercicio activo de su función jurisdiccional.

Los diversos tipos de interpretación se utilizan en el desarrollo de las sentencias de reparación (que buscan asegurar la *restitutio in integrum*) en las que la Corte IDH no se limita a una indemnización de tipo patrimonial, en la medida en que es la propia CADH la que reconoce dos posibilidades: reparación o indemnización,²⁰ en el marco de lo regulado por el artículo 63 de la CADH, norma internacional que “otorga a la Corte Interamericana un amplio margen de discreción judicial para determinar las medidas que permitan reparar las consecuencias de la violación”.²¹

La indemnización en una sentencia de reparación va mucho más allá del reconocimiento económico; alcanza otras medidas, sean de carácter moral o preventivas, y dispone al efecto derogaciones normativas (legislativo) o de alcance general destinadas a otras autoridades del poder público, como las judiciales, ejecutivas, etc.

Se considera que la interpretación activa realizada por la Corte IDH, sobre todo en el momento en que dispone la reparación a la víctima, resulta ser una guía en la actuación de otros Estados que no son partes en el caso,²² es decir, extiende su efi-

¹⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva 16/99, de 1 de octubre de 1999. En sentido similar, lo expresado en Corte IDH, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas; voto concurrente del juez Cançado Trindade. En igual sentido, en el voto concurrente del juez Cançado Trindade en Corte IDH, Opinión Consultiva 10/89 de 14 de julio de 1989; en Corte IDH, Caso Niños de la Calle vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Fondo, entre otros. Así como se ha expresado en el Informe 81/13. Caso 12.743. Fondo. Homero Flor Freire. Ecuador. 4 de noviembre de 2013 [CIDH, *Compendio sobre la igualdad y no discriminación. Estándares interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II.171, Doc. 31 (12 de febrero de 2019), 66, <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf>].

²⁰ El artículo 63.1 de la Convención Americana señala que cuando se decida que hubo violación de un derecho, la Corte IDH dispondrá “que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

²¹ Corte IDH, Caso Ricardo Baena y otro vs. Panamá, Sentencia de 28 de noviembre de 2003, párrafo 64.

²² Resolución de 24 de junio de 2005, emitida por la Corte IDH a solicitud de la opinión consultiva presentada por la CIDH, párrafo 13.

cacia, no solo a las autoridades del poder público de un Estado determinado que ha sido denunciado y responsabilizado (efecto *inter partes*), sino que también alcanza su interpretación a otros Estados que no han intervenido dentro de un proceso internacional determinado (efectos *erga omnes*).

1.1. Medidas que inciden en competencias del legislativo

Conforme a lo expresado, la jurisprudencia en el ámbito de las reparaciones no se queda dentro del ámbito patrimonial, va también al moral y otros desarrollos (como el relativo al “proyecto de vida”²³), pero no solo eso, sino que algunas veces va más allá, en la medida en que en “la Corte IDH construimos una jurisprudencia de vanguardia en materia de reparaciones, en todas sus formas, hoy reconocida por otros tribunales internacionales”²⁴.

Así, existen sentencias de la Corte IDH que “ordena[n] a los Estados que adopten medidas que inciden sobre esferas de competencias de poderes públicos fuertemente vinculadas a la soberanía nacional”;²⁵ tal situación tiene lugar cuando en una sentencia de reparaciones se ordena a un Estado reformar su constitución política, como un mandato dirigido al constituyente.²⁶

Si se formulan mandatos al poder constituyente de un Estado, con mayor razón se enuncian mandatos a los poderes constituidos; así se evidencian órdenes al órgano legislativo de un Estado, tal como la derogación o la sanción o la reforma de una determinada ley. En muchos casos, por ejemplo, se ha ordenado la modificación de los delitos de terrorismo y traición a la patria,²⁷ se ha dispuesto la derogación de leyes penales y procesales de emergencia incompatibles con la CADH,²⁸ se ha ordenado

²³ Cuando se produce un grave deterioro de la oportunidad de desarrollo personal, que implica una pérdida irreparable, se aplica el concepto de “proyecto de vida”, que tiene por finalidad la reparación integral de la persona afectada, considerando sus aspiraciones, potencialidades, aptitudes y vocación.

²⁴ Antônio Augusto Cançado Trindade, “La misión de los tribunales internacionales contemporáneos en la humanización del derecho internacional”, en *Inauguración del año judicial interamericano 2018*, comp. por Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José: Corte IDH, AGIC, 2018), 34-51.

²⁵ Ezequiel Malarino, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Tomo I, ed. por Gisela Elsner (Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2010), 25-61.

²⁶ Corte IDH, Caso Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otro) vs. Chile, Sentencia de 05 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas. Allí se ordena la reforma de la Constitución Política del Estado de Chile por autorizar la censura previa de un material cinematográfico.

²⁷ Corte IDH, Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Reparaciones y Costas.

²⁸ Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Fondo, Reparaciones y Costas.

la adopción de medidas legislativas y de otra índole para adecuar el ordenamiento jurídico interno a normas internacionales,²⁹ se ha dispuesto la derogación del delito de desacato y la reforma de leyes que regulan la competencia de tribunales militares,³⁰ se ha ordenado la adecuación de los delitos de tortura y desaparición forzada de personas a los estándares de la Convención Interamericana contra la Tortura,³¹ se ha dispuesto la modificación de una ley que imponía el deber de pagar una tasa a personas desvinculadas del proceso cuyos bienes han sido incautados,³² se ha ordenado la aprobación de un Código de Ética Judicial.³³

Otro caso es aquel en el que la Corte IDH resolvió “declarar que las leyes de amnistía [...] son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, *carecen de efectos jurídicos*”.³⁴ Esa determinación implicó que, en los hechos, esas leyes quedaran abrogadas, no por un acto que emanara del órgano legislativo del Estado involucrado, sino por decisión de la Corte IDH, lo que sin duda generó tensión entre el Estado involucrado y la Corte.

En similar sentido, en el Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños *vs.* El Salvador, se entendió que “las amnistías o figuras análogas han sido uno de los obstáculos invocados por algunos Estados para no cumplir con su obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos”, por esa razón, en el caso concreto la Corte IDH entiende que “Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz carece de efectos” (Sentencia de 25 de octubre de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas. Párrs. 283 y 318). Esta determinación en los hechos ha implicado que el tribunal internacional deje sin efecto la norma nacional que no ha sido expresamente abrogada por el órgano legislativo del Estado parte.³⁵

En otros casos, por ejemplo, Artavia Murillo y otros *vs.* Costa Rica, la Corte IDH ha llegado a exhortar al órgano legislativo de un Estado parte a que emita alguna regulación, en apego a estándares dados por el propio tribunal, y a señalar que la norma posterior a emitirse deberá reconocer que la prohibición de la fecundación *in vitro* no puede producir efectos jurídicos en Costa Rica, ni constituir un impedimento

²⁹ Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez *vs.* Guatemala, Sentencia de 22 de febrero de 2002, Reparaciones y Costas.

³⁰ Corte IDH, Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas.

³¹ Corte IDH, Caso Goiburú y otros *vs.* Paraguay, Sentencia 22 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas.

³² Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs.* Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

³³ Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros *vs.* Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

³⁴ Corte IDH, Caso Barrios Altos *vs.* Perú, Sentencia 14 de marzo de 2001, Fondo.

³⁵ Corte IDH, Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños *vs.* El Salvador, Sentencia de 25 de octubre de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafos 283 a 296, 318, punto resolutivo disposición cuarta.

al ejercicio del derecho a decidir tener hijos biológicos a través del acceso a la fecundación *in vitro*.³⁶

En otra situación similar, la Corte IDH, en el fondo, llega a exhortar al órgano legislativo del Estado parte a que, en un plazo razonable, realice las reformas legislativas que sean necesarias para compatibilizar alguna norma del Código de Justicia Militar con relación a los estándares internacionales en la materia y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³⁷

Asimismo, la Corte IDH ha dispuesto que, dentro de un plazo razonable, sea el Estado demandado el que modifique algún artículo del Código Penal, estructurando tipos penales diversos;³⁸ este es otro caso de exhortación al legislativo para la modificación de una norma penal sustantiva, pero a diferencia de los anteriores, sin fijar de manera expresa estándares interamericanos.

La realización de una exhortación implica “incitar a alguien con palabras a que haga o deje de hacer algo”, como se señala en el *Diccionario de la Lengua Española*; esa incitación de la Corte IDH a un determinado Estado parte para modificar su legislación genera malestar en la parte que recibe la orden de hacer algo.

Quienes consideran que la Corte IDH actúa con un marcado activismo judicial entienden que la creación de una norma por el juez (internacional) choca con la creación de la norma jurídica de manera formal o a través de los procedimientos internos establecidos dentro de cada Estado.

Sin embargo, también se entiende que cuando las normas internas resultan “contrarias o incompatibles con aquella [la CADH], ha ordenado a los Estados reeditar la corrección de la ‘inconveniencia’, por ejemplo modificando la norma cuestionada”,³⁹ norma que proviene del órgano legislativo de un determinado Estado parte, modificada por la Corte IDH.

Por las modificaciones de la norma interna, el tribunal internacional estaría limitado para invadir la competencia del legislador ordinario de cada país, pues en aquellos casos en los que se ha llegado a ordenar, suprimir o modificar las normas de los Estados parte, “ellos se convierten en legisladores”,⁴⁰ con lo que se está creando el derecho nacional; incluso, esto llega a afectar la soberanía de cada Estado y genera tensiones en las relaciones.

³⁶ Corte IDH, Caso Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica, Sentencia de 29 de noviembre de 2016; Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) y Caso Gómez Murillo y Otros vs. Costa Rica, Sentencia de 22 de noviembre de 2019.

³⁷ Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Fondo, Reparaciones y Costas.

³⁸ Corte IDH, Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas.

³⁹ Alan E. Vargas Lima, “Bloque de constitucionalidad y desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad en Bolivia”, *Estudios Constitucionales* 17, n.º 1 (2019): 363-396.

⁴⁰ Malarino, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 41.

La extralimitación de funciones de la Corte IDH ocurre cuando esta hace interpretaciones del alcance de las normas –convencionales⁴¹ y estatales– de naturaleza sustantiva o garantías normativas.⁴² Por ejemplo, la Corte IDH establece una regla según la cual se prohíbe la prescripción de violaciones de derechos humanos (Caso Bulacio vs. Argentina);⁴³ sienta nuevas normas, en el sentido de que restringe la aplicación del *ne bis in idem*, en caso de descubrir nuevas pruebas, luego de las sentencias definitivas (Caso Almonacid Arellano vs. Chile);⁴⁴ establece una nueva regla que limita el principio de irretroactividad en materia penal en ciertos casos (Almonacid Arellano vs. Chile y La Cantuta vs. Perú);⁴⁵ cuando existe una interpretación que limita el principio del plazo razonable de la duración del proceso (La Cantuta vs. Perú);⁴⁶ vía jurisprudencia, establece el reconocimiento del derecho de los familiares de la víctima a la verdad (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras);⁴⁷ con las interpretaciones realizadas, fija el derecho del detenido extranjero a obtener información sobre la asistencia consular (OC-16/1999)⁴⁸ y el derecho de los familiares de las víctimas a tener amplias facultades para actuar en el proceso interno (Caso Goiburú y otros vs. Paraguay).⁴⁹

Nadie puede desconocer, conforme establece el artículo 2 de la CADH,⁵⁰ el deber de los Estados parte de adoptar disposiciones legislativas de derecho interno, con arreglo a las normas de la Convención, “obligación trascendental si consideramos que esta norma conlleva la obligación de los Estados de acoplar su legislación interna a lo preceptuado en la CADH, de tal manera que haya perfecta armonía y

⁴¹ En aquellos casos en los que la Corte IDH llega a crear nuevos pactos de derechos humanos o modifica la CADH, atribución exclusiva de los Estados parte.

⁴² Las garantías normativas son aquellas que posibilitan que las personas de los distintos Estados puedan ejercer y gozar en forma plena sus derechos y garantías fundamentales, como el debido proceso en sus diversos componentes, como el derecho a la defensa, el derecho a un proceso con plazo razonable, el derecho al juez natural, etc.

⁴³ Corte IDH, Caso Bulacio vs. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas.

⁴⁴ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, cit.

⁴⁵ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, cit., párrafo 151; al igual que Corte IDH, Caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas.

⁴⁶ Corte IDH, Caso La Cantuta, cit.

⁴⁷ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo.

⁴⁸ Corte IDH, OC-16/1999, de 1 de octubre de 1999.

⁴⁹ Corte IDH, Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, Sentencia de 8 de agosto de 2008, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

⁵⁰ Si en el ejercicio de los derechos y las libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

congruencia entre las normas internas y las internacionales contenidas en dicha Convención”.⁵¹

Asimismo, nadie puede negar la competencia que tiene la Corte IDH para conocer asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados parte en la Convención Americana, como la interpretación de las disposiciones de dicha Convención.⁵²

En el primer caso (art. 2 de la CADH) surge un deber u obligación positiva del Estado que ha ratificado un tratado de introducir en su legislación interna las modificaciones que sean necesarias para armonizar con lo previsto por las normas internacionales y, de esa manera, asegurar su cumplimiento, así como la ejecución de los compromisos adquiridos.

En el segundo caso (arts. 33 y 62.3 de la CADH) surge un deber de los órganos competentes del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (SIDH) (CIDH y Corte IDH) de conocer los asuntos vinculados a las denuncias sobre incumplimiento de compromisos asumidos por los Estados parte en la Convención, circunstancia en la que, de manera especial, la Corte IDH podrá interpretar y aplicar la disposición internacional.

En ese marco normativo corresponde preguntarse qué sucede en aquellos casos en los que los Estados parte de la CADH han incumplido su obligación de adoptar disposiciones legislativas en su derecho interno, con arreglo a la Convención. En esa circunstancia, y frente a una denuncia de no cumplimiento de su obligación por algún Estado parte, surge el deber de la Corte IDH de interpretar y aplicar las disposiciones de la Convención, reconociendo que el Estado no ha asumido su obligación positiva de emitir tal o cual norma legislativa interna, lo que conlleva la necesidad de asumir las medidas de reparación que sean necesarias⁵³ para asegurar que los derechos y las libertades consagrados en el orden internacional sean reconocidos y tutelados en el orden interno.

Por el cumplimiento de ese deber por parte de la Corte IDH, no faltan quienes consideran que la actividad jurisdiccional del tribunal internacional es excesiva –como ya se ha expresado–, y entienden que lo que hace la Corte IDH con ese tipo de determinaciones es provocar tensiones entre el tribunal internacional y el Estado que se siente afectado en su soberanía con esa resolución internacional.

⁵¹ Marco Gerardo Monroy Cabra, citado en Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Carlos María Pelayo Möller, “Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, ed. por Christian Steiner y Marie-Christine Fuchs (Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2019), 71-105.

⁵² CADH, artículos 33 y 62.3 y otros.

⁵³ En el marco del artículo 63.1 de la CADH, al que se hará referencia en el punto siguiente.

1.2. Medidas que inciden en competencias del judicial

Las órdenes emitidas por la Corte IDH van también a la esfera del órgano judicial, cuando disponen la anulación, o dejan sin efecto, o modifican decisiones judiciales, o disponen que se adopten medidas procesales determinadas.

Muchos pueden ser los ejemplos, como cuando se ordena la realización de un nuevo juicio, existiendo una sentencia firme condenatoria emitida por autoridades del órgano judicial (Caso Castillo Petruzzi *vs.* Perú);⁵⁴ se dispone la reapertura de un proceso que tenía calidad de cosa juzgada –en aplicación de una ley de amnistía– (Caso Barrios Altos *vs.* Perú);⁵⁵ se anula una sentencia condenatoria en un proceso tramitado con una ley que no respetaba el debido proceso (Caso Cantoral Benavides *vs.* Perú);⁵⁶ se ordena la modificación de una sentencia nacional que impuso el pago de una multa (Caso Cantos *vs.* Argentina);⁵⁷ se dispone la continuación de la investigación de un delito, pese a haber transcurrido el plazo de la prescripción de la acción (Caso Bulacio *vs.* Argentina);⁵⁸ se decide la anulación de sentencias condenatorias de tribunales militares (Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile);⁵⁹ se dispone dejar sin efecto la condena penal (Caso Mémoli *vs.* Argentina);⁶⁰ se ordena la reintegración a sus cargos de jueces destituidos por un tribunal nacional (Caso Apitz Barbera *vs.* Venezuela);⁶¹ se dispone adoptar medidas judiciales u otras para dejar sin efecto sentencias de condena emitidas en procesos penal ordinario y penal militar (Caso Rosadio Villavicencio *vs.* Perú);⁶² entre otras.

Ese amplísimo margen de discreción de la jurisdicción internacional, para establecer cuáles serían las medidas de reparación, ha dado lugar a una serie de tensiones que parten de considerar que la norma convencional contenida en el artículo 63 de la CADH⁶³ no da a la Corte IDH una facultad de ordenar reparaciones en forma ilimitada.

⁵⁴ Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi *vs.* Perú, Resolución de 17 de noviembre de 1999, Cumplimiento de Sentencia.

⁵⁵ Corte IDH, Caso Barrios Altos *vs.* Perú, Sentencia 14 de marzo de 2001, Fondo.

⁵⁶ Corte IDH, Caso Cantoral Benavides *vs.* Perú, Sentencia de 03 de diciembre de 2001, Reparaciones y Costas.

⁵⁷ Corte IDH, Caso Cantos *vs.* Argentina, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Fondo, Reparaciones y Costas.

⁵⁸ Corte IDH, Caso Bulacio *vs.* Argentina, cit.

⁵⁹ Corte IDH, Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, cit.

⁶⁰ Corte IDH, Caso Mémoli *vs.* Argentina, Sentencia de 22 de agosto de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

⁶¹ Corte IDH, Caso Apitz Barbera *vs.* Venezuela, cit.

⁶² Corte IDH, Caso Rosadio Villavicencio *vs.* Perú, Sentencia de 14 de octubre de 2019, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

⁶³ El artículo 63.1 de la CADH establece: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente,

Además, el artículo 63 de la CADH no rinde tanto “como para convertir a la Corte Interamericana en legislador y constituyente de todos los Estados parte, ni tampoco una suerte de corte suprema de esos estados. Tampoco creo que esa norma llegue a tanto como para autorizar a la Corte a decidir las políticas públicas nacionales”.⁶⁴

El que la Corte IDH establezca ciertas medidas para asegurar la reparación del derecho o la libertad conculcada ha provocado una serie de tensiones en la administración de justicia de esos Estados parte, que se resisten a sus sentencias de fondo, principalmente las de reparaciones, pese a contar con la calidad de cosa juzgada.

Por ejemplo, la Corte IDH emitió un fallo de fondo, en el que determinó que el Estado violó derechos referidos a la libertad personal, integridad personal y garantías judiciales; *ordenó la libertad de la imputada* y el pago de una justa indemnización a favor de la víctima,⁶⁵ así como investigar los hechos, identificar y sancionar a sus responsables, además de adoptar las disposiciones necesarias de derecho interno para asegurar el cumplimiento de esta obligación.⁶⁶

La Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema del Perú, el 14 de junio de 1999, declaró inejecutable la sentencia sobre indemnizaciones y reparaciones, con el argumento de que la demanda ante la Corte IDH era improcedente en tanto los peticionantes no habían agotado recursos internos. Esa determinación interna fue asumida sin considerar que el Estado peruano ya había interpuesto la excepción preliminar de falta de agotamiento de vías previas internas, que fue desestimada por la Corte IDH.⁶⁷

Otro caso de tensión de una decisión de la Corte IDH con el organismo jurisdiccional del Estado parte se dio como consecuencia de una sentencia de fondo y reparaciones emitida por la Corte IDH, en el caso *Apitz Barbera vs. Venezuela*, en la que se reconoció que el Estado violó el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente, a ser oído en plazo razonable, a un recurso sencillo y otros, por lo que dispuso que el Estado reintegrara las víctimas al Poder Judicial, y otras reparaciones.⁶⁸

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela declaró inejecutable la referida decisión de la Corte IDH, aplicando un estándar mínimo de adecuación del fallo internacional al orden constitucional interno, con el argumento de que en caso de antinomia o contradicción entre una disposición

que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

⁶⁴ Malarino, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 50-51.

⁶⁵ Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, Sentencia de 17 de septiembre de 1997.

⁶⁶ Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Reparaciones y Costas.

⁶⁷ Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, Sentencia de 31 de enero de 1996, Excepciones Preliminares.

⁶⁸ Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, cit.

de la carta fundamental y una norma de un pacto internacional, correspondería al Poder Judicial determinar cuál sería la aplicable; también se señala que la Corte IDH utilizó el fallo para intervenir inaceptablemente en el gobierno y administración judicial que corresponde con carácter excluyente al Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con la Constitución de 1999 y otros argumentos más.⁶⁹

También se evidencia tensión entre un fallo de la Corte IDH y el órgano jurisdiccional del Estado parte en el caso *Gelman vs. Uruguay*, en el que se reconoció que el Estado es responsable de la desaparición forzada de la víctima, así como de la violación de los derechos a la vida, integridad personal, libertad personal, garantías judiciales, protección judicial y otros, por lo que dispuso como una forma de reparación que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al ser incompatible con la CADH, carecía de efectos, al impedir la investigación, el juzgamiento y la eventual sanción a los responsables de desapariciones forzadas, y determinó que leyes como aquella no vuelvan a representar un obstáculo para la investigación de hechos como los analizados en el caso.⁷⁰

En cumplimiento de esa determinación de la Corte IDH, el Estado demandado promulgó la Ley 18.831 y emitió el Decreto 323/2011, por los que se revocaron los actos que aplicaban la cuestionada Ley de Caducidad; ese inicial cumplimiento del fallo internacional se vio totalmente empañado por la actuación del órgano jurisdiccional del Uruguay, como se pasa a demostrar.

Con posterioridad a la emisión de dichas Ley y Decreto, la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay, el 22 de febrero de 2013, pronunció un fallo en el que declaró inaplicable la Ley 18.831, lo que de hecho incidió en el debido e integral cumplimiento de la Sentencia de la Corte IDH, al permitir la desaparición forzada, tortura o sustracción de identidad y otros hechos, de lo que resultan prescriptibles las violaciones de derechos humanos, y al impedir la investigación, identificación y eventual sanción a responsables por la desaparición forzada.⁷¹

Este lamentable fallo de la autoridad jurisdiccional de mayor jerarquía en Uruguay es otro ejemplo más que permite apreciar el no cumplimiento e inejecutabilidad (aunque sea parcial) de un fallo de la Corte IDH, o de un cumplimiento relativo de una determinación internacional,⁷² lo que sin duda trae conflictos en las

⁶⁹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, fallo de 09 de diciembre de 2008.

⁷⁰ Corte IDH, Caso *Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones.

⁷¹ Así ha sido constatado por la Corte IDH, en la Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia de 13 de marzo de 2013, al igual que en el voto razonado que sobre dicha sentencia emitió el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

⁷² En estos casos, la Corte IDH puede señalar audiencia para supervisar el cumplimiento de sus sentencias; pese a ello, “llama la atención frente a incumplimientos marcados de falta de voluntad, promueve el planteamiento de cronogramas de cumplimiento a trabajar entre todos

interpretaciones de las autoridades jurisdiccionales internacional y nacional, ya que si estas últimas tienen apreciaciones contrarias a la defensa de los derechos humanos se desconocen las obligaciones que como Estado han asumido a nivel internacional y generan, por tanto, tensiones y controversias de derecho internacional.

1.3. Medidas que inciden en competencias del ejecutivo

También hay fallos interamericanos que han dispuesto la realización de ciertas políticas públicas para ser cumplidas por el órgano ejecutivo, como se menciona a continuación.

Por ejemplo, en el Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala se ordena que en las comunidades afectadas con la masacre se realice una serie de programas, como estudio y difusión de la cultura maya achí, mantenimiento y mejoras del sistema de comunicación vial, sistema de alcantarillado y suministro de agua potable, dotación de personal docente para enseñanza intercultural bilingüe, y centro de salud.⁷³

Asimismo, en el Caso Coc Max y otros (Masacre de Xamán) vs. Guatemala se ordena que se amplíe y asfalte una carretera,⁷⁴ y en el Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador se dispone: “El Estado debe implementar un programa de desarrollo a favor de las comunidades”,⁷⁵ todo lo cual implica el otorgamiento de recursos públicos para su realización para mejorar la red vial o instalar una red de alcantarillado y un sistema de agua, etc.

En el Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú se ordena que el Estado (Gobierno central, Ministerio del Interior) coordine con otros niveles de gobierno (local y regional) la eliminación del indicador “erradicación de homosexuales y travestis” de sus planes de seguridad ciudadana regionales y distritales, con la finalidad de evitar la violación de derechos de las personas LGBTI;⁷⁶ asimismo, en el Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala dispone que el Estado adopte una política estatal para

los involucrados e incluso, pone a disposición sus instalaciones para que las partes puedan tener conversaciones” [Corte IDH, *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el qué, cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana* (San José: Corte IDH, 2020), 18-19]. Sin embargo, téngase presente que “ni los mecanismos internos de cada Estado, ni el procedimiento de supervisión de cumplimiento de fallos ante la Corte IDH resultan ser los mecanismos idóneos para asegurar con certeza su absoluto cumplimiento” [Marcela Rita Ortiz Torricos, “Cumplimiento e incumplimiento de las sentencias de la Corte IDH en Bolivia”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2018* 24 (2018): 389-411].

⁷³ Corte IDH, Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, Sentencia 19 de noviembre de 2004, Reparaciones.

⁷⁴ Corte IDH, Caso Coc Max y otros (Masacre de Xamán) vs. Guatemala, Sentencia de 22 de agosto de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas.

⁷⁵ Corte IDH, Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador, cit.

⁷⁶ Corte IDH, Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú, Sentencia de 12 de marzo de 2020, Excepciones Preliminares.

prevenir la violencia contra la mujer.⁷⁷ Es decir que la Corte IDH llega a disponer sobre las políticas de gobierno (en diversos niveles) que deben existir en temas de seguridad ciudadana, violencia contra la mujer y otras.

Quienes cuestionan el trabajo de la Corte IDH como expresión de un marcado activismo judicial, no llegan a comprender que un tribunal internacional puede extralimitarse en sus funciones, hasta el extremo de disponer sobre las políticas públicas de un Estado, cuando estas deben responder a programas de gobierno nacionales, de acuerdo con los recursos públicos y los gastos que se considere necesarios y prioritarios para la población.

2. Tensiones y apreciaciones

Quienes consideran que el trabajo de la Corte IDH no es otra cosa que expresión de un marcado activismo judicial entienden que ese órgano de protección internacional actúa en forma audaz, pues “sus decisiones tienen un efecto directo porque la Corte IDH anula normas nacionales (por ejemplo, amnistías), decide casos importantes (políticamente delicados) y es una institución reciente (no consolidada)”.⁷⁸

También se entiende que la discrecionalidad que tuvo la Corte IDH a tiempo de disponer las reparaciones, por las consecuencias que ha ido provocando en cada uno de los Estados, debería persuadirla de “ejercer un poco más de autorrestricción en sus condenas de reparaciones”;⁷⁹ no tener límites ha provocado la adopción de medidas que corresponden al ámbito de la soberanía de cada uno de los Estados, lo que ha dado lugar a que se manifieste que sus fallos se oponen “a las conquistas liberales y subestima[n] el valor del principio democrático y del principio de autogobierno de los pueblos”.⁸⁰

Asimismo, consideran que la Corte IDH actúa con un marcado activismo porque con sus razonamientos está “reescribiendo la Convención Americana [...] tanto en aspectos relacionados con los derechos de la persona, como en asuntos referidos a la competencia [...] creó reglas o nuevos derechos humanos o modificó algunos existentes. // [...] introduce en el sistema interamericano una nueva norma no pactada por los Estados o altera o suprime una norma pactada [...] sin seguir las reglas del

⁷⁷ Corte IDH, Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 2015, Excepciones.

⁷⁸ Como considera Armin Von Bogdandy, quien ha sido citado por Kai Ambos y María Laura Böhm, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿tribunal tímido y tribunal audaz?”, en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, ed. por Christian Steiner (México: Konrad Adenauer Stiftung, 2011), 45.

⁷⁹ Malarino, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 60.

⁸⁰ Malarino, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 61.

sistema interamericano”,⁸¹ lo que genera tensiones e inseguridades en las relaciones entre la Corte IDH y los Estados.

Esa oposición a la interpretación de la Corte IDH se da, muchas veces, por el “activismo judicial [que] [...] podría llamarse audacia si tal activismo se enfrentase a la resistencia de los Estados”⁸² al cumplimiento de lo determinado por dicha Corte, oposición que se ha dado con diversas tonalidades, desde cumplimientos parciales y no totales de lo determinado hasta incumplimiento total e inejecución de lo ordenado.

Es cierto que no han faltado Estados que no solo han resistido el cumplimiento de las determinaciones de la Corte IDH, sino que de manera expresa y por sus tribunales estatales no han ejecutado lo mandado o han incumplido en forma total o parcial sus determinaciones.⁸³

Ese tipo de conductas de resistencia al cumplimiento de lo ordenado, no representan muchos casos y responden a posiciones extremas, algunas de ellas a consecuencia de posturas políticas denominadas del socialismo del siglo XXI.⁸⁴

Quienes defienden la tesis del activismo judicial de la Corte IDH responden a una concepción propia de la época del constitucionalismo clásico o liberal, caracterizada por la idea tradicional de que la soberanía es absoluta e irrestricta,⁸⁵ época en que la protección de los derechos humanos debería ser realizada únicamente por el derecho constitucional dentro del ámbito interno de cada uno de los Estados.

⁸¹ Malarino, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 27 y 29.

⁸² Ambos y Böhm, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿tribunal tímido y tribunal audaz?”, 67.

⁸³ Entre los casos en los que los Estados han declarado la inejecución de algún fallo de la Corte IDH están: a) Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Reparaciones y Costas, fallo declarado inejecutable por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema del Perú, el 14 de junio de 1999; b) Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, fallo declarado inejecutable por Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en resolución de 09 de diciembre de 2008; c) Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, que dio lugar a que se promulgara la Ley 18.831 que, a su vez, fue declarada inaplicable por la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Paraguay, el 22 de febrero de 2013 (Ortiz Torricos, “Cumplimiento e incumplimiento de las sentencias de la Corte IDH en Bolivia”, 241).

⁸⁴ Posiciones extremas como las mencionadas devienen a consecuencia de posturas políticas denominadas del socialismo del siglo XXI. Álvaro Andrés Hamburger Fernández expresa: “El socialismo del siglo XXI es una manifestación actual del socialismo; es decir, del periodo de transición, relativamente prolongado, del capitalismo al comunismo. Por eso, este ‘nuevo socialismo’ parte de las pre-comprensiones socialistas que se hallan en los fundadores del marxismo” [“El socialismo del siglo XXI en América Latina: características, desarrollos y desafíos”, *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad* 9, n.º 1 (2014): 131-154].

⁸⁵ Esta concepción, propia de la época del constitucionalismo clásico o liberal, implicaba que el poder soberano de un Estado no admitía límites o existía una impermeabilidad de toda interferencia externa.

La concepción tradicional de soberanía ha ido cambiando; ahora, los derechos reconocidos constitucional y convencionalmente resultan ser un límite a la soberanía y, por tanto, al ejercicio del poder público de cada Estado, lo que produce una transformación del derecho internacional público, que va penetrando en materias privativas que tradicionalmente correspondían a los Estados.

Actualmente, los sujetos, además de estar protegidos por autoridades jurisdiccionales nacionales, lo están por autoridades supranacionales, que dan protección complementaria y subsidiaria a la organización interna de cada uno de los Estados.

En esa lógica, téngase presente que

... un tribunal de derechos humanos puede actuar en forma (activa) audaz si amplía el ámbito de protección de los individuos mediante interpretaciones pro individuo, y contra el poder estatal, ya que sus decisiones no acarrearán consecuencias inmediatas a individuos juzgados –puesto que los Estados, no los individuos, se encuentran en proceso– [...] no se trata de procesos penales, sino de procesos propios del derecho internacional, que tienen precisamente por fin la limitación del poder estatal a favor del respeto de los derechos individuales.⁸⁶

Procesos propios del derecho internacional, gracias a los cuales hay “un aumento considerable en el número de justiciables; a estos, se ha asegurado el acceso a la justicia, en distintos dominios del derecho internacional, y en las más diversas situaciones, inclusive en circunstancias de la mayor adversidad, y aún mismo de indefensión”;⁸⁷ justiciables que terminan siendo protegidos por el órgano internacional, cuando el poder arbitrario de sus Estados ha lesionado sus derechos y los ha dejado sin una debida tutela jurisdiccional.

Finalmente, cuando la Corte IDH asume determinaciones de tutelar los derechos, corresponde manifestar que cumple la finalidad de un proceso internacional, y sus actuaciones resultan válidas, incluso las consideradas audaces o excesivas, si con ello se logra una mayor protección de los seres humanos o *pro individuo* (que es la finalidad última del derecho internacional de los derechos humanos) y no por eso se somete a ningún poder estatal; al contrario, limita el uso abusivo del poder.

3. A modo de colofón

La Corte IDH y los órganos jurisdiccionales estatales, cuando realizan un control de convencionalidad internacional e interno, trabajan por crear un orden público

⁸⁶ Ambos y Böhm, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿tribunal tímido y tribunal audaz?”, 67.

⁸⁷ Cançado Trindade, “La misión de los tribunales internacionales contemporáneos en la humanización del derecho internacional”. 50.

americano, interpretando el alcance de la norma y tutelando derechos de manera análoga, pero no exactamente igual.

Téngase presente que las construcciones de las autoridades jurisdiccionales variarán de acuerdo con las particularidades de cada caso y con la forma de resolver según sus propios entendimientos de justicia y derecho, actuando con independencia, pero sometándose a los mandatos de la norma convencional y estatal.

Unos juzgadores son estrictamente aplicadores de la norma; otros asumen una “actuación activa” caracterizada por realizar construcciones de derecho positivas, logrando un equilibrio entre una resolución justa a través del derecho, actuando con independencia y respetado valores democráticos; también están aquellos que con la finalidad de lograr justicia, con marcado “activismo judicial”, se apartan de la norma, la crean e invaden competencias con fines antidemocráticos.

En el ejercicio del control de convencionalidad internacional, la Corte IDH se ha caracterizado por tener “actuaciones activas”, al realizar importantes creaciones jurídicas, respetar la norma convencional y estatal; otorgar tutela y mayor protección a los valores, principios y derechos de los seres humanos o *pro individuo*; contribuir a la consolidación de la democracia de los Estados y limitar el inadmisibles abuso de poder.

Sin embargo, no es menos cierto que algunas de las construcciones de la Corte IDH han sido cuestionadas por haber sido asumidas con exceso de poder en su función jurisdiccional y han creado tensiones con los Estados por disconformidad con sus fallos. Quienes no están de acuerdo con los fallos de la Corte IDH, los han etiquetado como “activistas judiciales”; el desacuerdo se expresa no solo en el razonamiento de doctrinarios del derecho, sino también de los Estados parte afectados, que han llegado hasta el extremo de incumplir de manera expresa la determinación internacional, lo que de hecho debilita la consolidación del SIDH.

Desde una perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, debe reconocerse la efectiva “actuación activa” de la Corte IDH, cuyos fallos tienen carácter vinculante o efecto *inter partes*, por la influencia recíproca o interacciones entre las determinaciones de las autoridades jurisdiccionales (internacional y estatal), que realizan un control de convencionalidad internacional e interno, por el cual se debe mantener cierta coherencia en sus decisiones, evitando colisiones o interpretaciones que sean contradictorias.

Esa interacción solo tiene su efecto o resultado cuando los Estados cumplen con sus deberes u obligaciones positivas internacionales, asumiendo las medidas legislativas, judiciales u otras que hayan sido mandadas por la Corte IDH porque todas están destinadas a la plena reparación de los derechos violados por los Estados y deben ser cumplidas.

Finalmente, la Corte IDH, como intérprete supremo de la CADH, también actúa en forma “activa” cuando en su interpretación desentraña el alcance y el sentido de los derechos reconocidos por ese instrumento internacional y los tutela, fallo que también resulta ser de carácter vinculante *erga omnes*, porque el razonamiento

que contiene obliga no solo al Estado demandado, sino a todos los Estados que han ratificado dicha Convención.

Bibliografía

- AMBOS, Kai y María Laura BÖHM. “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿tribunal tímido y tribunal audaz?”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, editado por Christian STEINER. México, D. F.: Konrad Adenauer Stiftung, 2011.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. “A vueltas con la ponderación”. En *Un debate sobre la ponderación*, editado por Manuel ATIENZA y Juan A. GARCÍA. Sucre: Tribunal Constitucional de Bolivia, 2018.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. “Siete tesis sobre el activismo judicial”. Legis. *Ámbito Jurídico*, 6 de junio de 2019. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial>.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “La misión de los tribunales internacionales contemporáneos en la humanización del derecho internacional”. En *Inauguración del año judicial interamericano 2018*, compilado por Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Corte IDH: AGIC, 2018.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “Reflexiones sobre los tribunales internacionales contemporáneos y la búsqueda de la realización del ideal de la justicia internacional”. *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales 1* (2011).
- CANOSA USERA, Raúl. “La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos”. En *Integración Europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, coordinado por Francisco Javier GARCÍA ROCA y Pablo Antonio FERNÁNDEZ SÁNCHEZ. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- CATALÀ I BAS, Alexandre H. y Marcela ORTIZ TORRICOS. “La comunicación horizontal y vertical en los sistemas americano y europeo de protección de los derechos humanos a propósito del derecho al juez natural. Hacia un derecho global de los derechos humanos”. *Estudios de Deusto* 65, n.º 1 (2017).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Compendio sobre igualdad y no discriminación. Estándares interamericanos*. OEA/SER.L/V/II.171, Doc. 31 (12 de febrero de 2019). <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el qué, cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana*. San José: Corte IDH, 2020.
- FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo y Carlos María PELAYO MÖLLER. “Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno”. En *Convención Americana*

- sobre *Derechos Humanos. Comentario*, editado por Christian STEINER Marie-Christine FUCHS. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2019.
- GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. “Son obligatorias para los jueces nacionales las decisiones de los tribunales internacionales de protección de derechos humanos y específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Temas fundamentales de derecho procesal penal*, Tomo I, editado por Kai AMBOS y Ramiro GARCÍA FALCONÍ. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2011.
- GARCÍA ROCA, Javier. “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”. *Teoría y Realidad Constitucional* 30 (2012).
- HAMBURGER FERNÁNDEZ, Álvaro Andrés. “El socialismo del siglo XXI en América Latina: características, desarrollos y desafíos”. *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad* 9, n.º 1 (2014).
- LIFANTE VIDAL, Isabel. “El derecho como práctica interpretativa”. En *La constitución como objeto de interpretación*, coordinado por Alejandra MARTÍNEZ VERÁSTEGUI. México: Centro de Estudios Constitucionales, 2016.
- MALARINO, Ezequiel. “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Tomo I, editado por Gisela ELSNER. Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2010.
- ORTIZ TORRICOS, Marcela Rita. “Cumplimiento e incumplimiento de las sentencias de la Corte IDH en Bolivia”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 2018 24 (2018).
- VARGAS LIMA, Alan E. “Bloque de constitucionalidad y desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad en Bolivia”. *Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca* 17, n.º 1 (2019).

Jurisprudencia

- CORTE IDH. CASO VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo.
- CORTE IDH. Opinión Consultiva, Resolución 10, de 14 de julio de 1989.
- CORTE IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 1996, Excepciones Preliminares.
- CORTE IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Fondo.
- CORTE IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Sentencia 27 de noviembre de 1998, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. Caso Castillo Petrucci vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. Opinión Consultiva, Resolución 16, de 1 de octubre de 1999.

- CORTE IDH. Caso Castillo Petrucci *vs.* Perú, Resolución de 17 de noviembre de 1999, Cumplimiento de Sentencia.
- CORTE IDH. Caso Niños de la Calle *vs.* Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Fondo.
- CORTE IDH. Opinión Consultiva 3/83, de 08 de septiembre de 1983.
- CORTE IDH. Caso Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otro) *vs.* Chile, Sentencia 05 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. Caso Barrios Altos *vs.* Perú, Sentencia 14 de marzo de 2001, Fondo.
- CORTE IDH. Caso Cantoral Benavides *vs.* Perú, Sentencia de 03 de diciembre de 2001, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. Caso Bámaca Velásquez *vs.* Guatemala, Sentencia de 22 de febrero de 2002, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. Caso Cantos *vs.* Argentina, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. Caso Cinco pensionistas *vs.* Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. Caso Bulacio *vs.* Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. Caso Ricardo Baena y otro *vs.* Panamá, Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Competencia.
- CORTE IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez *vs.* Guatemala, Sentencia 19 de noviembre de 2004, Reparaciones.
- CORTE IDH. Opinión Consultiva, Resolución de 24 de junio de 2005.
- CORTE IDH. Caso Raxcacó Reyes *vs.* Guatemala, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Fondo Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. Caso Goiburú y otros *vs.* Paraguay, Sentencia 22 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso *vs.* Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. Caso La Cantuta *vs.* Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs.* Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) *vs.* Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. Caso Goiburú y otros *vs.* Paraguay, Sentencia de 8 de agosto de 2008, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

CORTE IDH. Caso Cepeda Vargas *vs.* Colombia, Sentencia de 26 de mayo de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

CORTE IDH. Caso Fernández Ortega y otros *vs.* México, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

CORTE IDH. Caso Gelman *vs.* Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones.

CORTE IDH. Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños *vs.* El Salvador, Sentencia de 25 de Octubre de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas.

CORTE IDH. Caso Mémoli *vs.* Argentina, Sentencia de 22 de agosto de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

CORTE IDH. Caso Velásquez Paiz y otros *vs.* Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

CORTE IDH. Caso Gómez Murillo y otros *vs.* Costa Rica, Sentencia de 29 de noviembre de 2016.

CORTE IDH. Caso Coc Max y otros (Masacre De Xamán) *vs.* Guatemala, Sentencia de 22 de agosto de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas.

CORTE IDH. Caso Rosadio Villavicencio *vs.* Perú, Sentencia de 14 de octubre de 2019, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) y Caso Gómez Murillo y Otros *vs.* Costa Rica, Sentencia de 22 de noviembre de 2019, Supervisión de Cumplimiento de Sentencias.

CORTE IDH. Caso Azul Rojas Marín y otra *vs.* Perú, Sentencia de 12 de marzo de 2020, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Sebastián López Hidalgo* (Ecuador)
Alexandra Correa Vázquez** (Ecuador)

Matrimonio igualitario en Ecuador: entre el activismo constitucional y la autorrestricción judicial en la Corte Constitucional ecuatoriana

RESUMEN

En el Estado democrático, la justicia constitucional ejerce la construcción del derecho en forma de concretización de manera concurrente con el legislador. En dicha relación, el legislador tiene preferencia, pero la Corte tiene supremacía. Bajo esa premisa, el presente artículo analiza el rol de la justicia constitucional ecuatoriana en el caso del matrimonio igualitario y expone algunos cuestionamientos acerca de la argumentación presentada en los fallos analizados, a pesar de la importancia de la decisión, que representa un paso adelante en la tutela de los derechos. Con este enfoque, se evidencian algunas posiciones del órgano de control marcadas por el activismo y la autorrestricción judicial.

Palabras clave: matrimonio igualitario; activismo judicial; autorrestricción judicial.

Marriage equality in Ecuador: between constitutional activism and judicial self-restraint in the Ecuadorian Constitutional Court

ABSTRACT

In a democratic State, constitutional justice constructs law by means of concretization concurrently with the legislature. In this relationship, the legislature has preferential treatment, but the Court has supremacy. Under this premise, this article analyzes

* Doctor en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador) y Universidad de Sevilla (España); magíster en Derecho Constitucional, UASB, Quito (Ecuador). Subdecano y profesor de Derecho Constitucional, Universidad del Azuay; profesor contratado en la UASB-Quito. sebaslopezhidalgo@yahoo.com. <https://orcid.org/0000-0002-5793-8353>.

** Abogada de los tribunales de justicia, Universidad del Azuay (Ecuador). acorreavazquez@hotmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-6429-8609>.

the role of Ecuadorian constitutional justice in the case of marriage equality. It also raises some questions regarding the arguments presented in the decisions analyzed, despite their importance, which represents a step forward in the protection of rights. This approach highlights some positions of the Court, marked by activism and judicial self-restraint.

Keywords: Marriage equality; judicial activism; judicial self-restraint.

Die gleichgeschlechtliche Ehe in Ecuador: zwischen Aktivismus und richterlicher Selbstbeschränkung des ecuadorianischen Verfassungsgerichtshofs

ZUSAMMENFASSUNG

Im demokratischen Staat übernimmt die Verfassungsgerichtsbarkeit die Konstruktion des Rechts im Sinne seiner Ausgestaltung gleichberechtigt mit dem Gesetzgeber. Dabei hat der Gesetzgeber den Vortritt, das Gericht jedoch den Vorrang. Auf der Grundlage dieser Prämisse analysiert der Beitrag die Rolle der ecuadorianischen Verfassungsrechtsprechung zur gleichgeschlechtlichen Ehe und geht auf einige Fragen im Kontext der in den analysierten Fällen dargelegten Argumentation ein, die trotz der Bedeutung der Entscheidung und des mit ihr verbundenen verbesserten Rechtsschutzes aufgeworfen wurden. Ausgehend von diesem Ansatz werden einige Positionen des Kontrollorgans dargelegt, die entweder vom Aktivismus oder von richterlicher Selbstbeschränkung bestimmt sind.

Schlagwörter: Gleichgeschlechtliche Ehe; juristischer Aktivismus; richterliche Selbstbeschränkung.

Introducción

En el Estado constitucional, el rol del juez adquiere un nuevo matiz, al convertirse en un órgano que ejerce poder y recrea el derecho en forma concreta. No obstante, en un orden democrático, la intervención de un órgano jurisdiccional que resuelve cuestiones de moral política en cánones jurídicos, sin ostentar una legitimación popular directa, podría ser cuestionable desde la perspectiva del modelo de autorrestricción judicial y deferencia con el legislador democrático. De ello se configura una tensión permanente entre una tendencia mayormente activista y el autocontrol judicial.

En este contexto, la Corte Constitucional ecuatoriana presenta un ejemplo claro de esta tensión; y es que, a través de los casos de consulta de norma 11-18-CN y 10-18-CN, los jueces constitucionales reconocieron el derecho de las parejas del mismo sexo a la institución del matrimonio, dando un paso adelante en la lucha por los derechos de grupos históricamente discriminados, que revela ciertos rasgos de lo que podría considerarse un activismo constitucional progresista. Pese a ello, se evidencian ciertos déficits de justificación, lo que refleja una escasa atención del

órgano de control a la aplicación de ciertos métodos argumentativos como el test de proporcionalidad. Por su parte, los salvamentos de voto alertan sobre el riesgo que implicaría un activismo que suplante la voluntad constituyente y termine por socavar la legitimidad del tribunal.

Ante ello surgen una serie de interrogantes en torno al papel que la justicia constitucional, el parlamento y la ciudadanía deben desempeñar en la democracia para alcanzar los objetivos de una Constitución material. De lo contrario, preguntas como hasta dónde tolerar un activismo en tutela de los derechos fundamentales que no termine por ocupar las arenas legislativas o cuál es el rol que debe jugar el guardián de la Constitución en una democracia impactarán con notable fuerza, dependiendo del mayor o menor grado de justificación de las decisiones adoptadas dentro de un papel activista o no del actuar jurisdiccional.

1. El rol del juez constitucional en el Estado democrático

Como una primera cuestión, conviene indicar que la sujeción de los jueces a la ley asume hoy en día un significado diverso del que tenía en el pasado Estado liberal. Antes, se consideraba que las normas constitucionales se dirigían única y exclusivamente al ámbito de competencias del legislador como el encargado de desarrollar el contenido constitucional. No obstante, en el Estado constitucional democrático parece haberse amplificado la función del juez encargado de hacer efectivas de forma directa las normas de rango constitucional. Esto, como una consecuencia lógica de la mayor extensión propia de la constitución moderna respecto de la constitución restringida del siglo XIX.¹

Precisamente, si se admite la supremacía de la constitución y su fuerza normativa, la relación juez-constitución adquiere un nuevo matiz en el Estado constitucional.² Al incorporar el examen de constitucionalidad de la ley al ámbito propio de la jurisdicción, se consolida la posición institucional del órgano jurisdiccional como un órgano que ejerce poder,³ al cual le compete la responsabilidad de actualizar el

¹ Gustavo Zagrebelsky indica que la actividad de concreción de la constitución corresponde, en primer lugar, al legislador, sin que se excluya la actividad de intervención de los jueces, aun cuando no medie obra del legislador. Sin embargo, la línea de demarcación no siempre es clara y en mucho depende del tipo de normas que integra el texto constitucional [“La constitución y sus normas”, en *Teoría de la constitución*, comp. por Miguel Carbonell, (México: Editorial Porrúa, 2005), 85].

² Sebastián López Hidalgo, *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018), 15.

³ Karl Loewenstein, *Teoría de la constitución* (Barcelona: Ariel, 1979), 304.

compromiso constitucional a costa de neutralizar las decisiones de otros poderes que violen el pacto fundamental del Estado.⁴

Es decir, constituye un cambio importante en favor de un modelo que ha apostado fuertemente por los jueces como los garantes del pacto constitucional, en la medida en que se han amplificado las atribuciones y competencias de los órganos jurisdiccionales. De un juez acrítico de los contenidos legales, devoto del principio de soberanía parlamentaria al cual le estaba vedado cuestionar las normas dentro de los procesos, a la asunción de un juez encargado de recrear el derecho en el momento de su aplicación a los casos concretos en el marco de las posibilidades permitidas por la Constitución.

Cuanto mayor vitalidad social, mayor parece ser el ámbito de intervención judicial. Dicho de otra manera, dada la constante transformación social, las normas legislativas pronto aparecen como “obsoletas”, en ciertas circunstancias, y las exigencias de una intervención judicial se multiplican cada vez más.⁵ Y es que, como ha sucedido en los casos ecuatoriano y europeo, “la recepción de un concepto de Constitución distinto al imperante en Europa, desde comienzos del siglo XIX, implica necesariamente una transformación radical del ordenamiento, que se judicializa; las sentencias del juez de constitucionalidad se convierten necesariamente en fuente del derecho”.⁶

La ley, como la principal fuente de solución de los conflictos dentro del sistema jurídico, comparte con la decisión judicial, con la constitución como telón de fondo, un lugar dentro del sistema de fuentes.⁷ En efecto, esto parece ser una consecuencia del fortalecimiento del Estado constitucional como indica Landa Arroyo: “Este nuevo rol de la creación judicial del derecho es una consecuencia natural del desarrollo del Estado constitucional y en particular de la aparición de la justicia constitucional encarnada en los tribunales constitucionales en los países de derecho romano- germánico”.⁸ De ahí que la expresión de Montesquieu acerca de que los jueces eran simple *boca de la ley*, sin haberse abandonado por completo, parece no tener cabida. Como lo refiere Otto Bachof: “Hoy sabemos que en toda interpretación judicial de una norma ha existido siempre, al mismo tiempo, un desarrollo de

⁴ Gloria Lopera Mesa, “La problemática legitimidad de la justicia constitucional”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n.º 5 (2001): 247.

⁵ Cristina García Pascual, *Legitimidad democrática y poder judicial* (Valencia: Edicions Alfons el Magnànim, 1996), 119.

⁶ Francisco Rubio, “Sobre la relación entre el tribunal constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 2 (1982): 54.

⁷ López Hidalgo, *Reflexiones acerca...*, 16.

⁸ César Landa Arroyo, “Los precedentes constitucionales: el caso de Perú”, en *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, n.º 13, edit. por Claudia Escobar (Quito: Ministerio de Justicia y Derecho Humanos, 2010), 101.

dicha norma, que cada valoración judicial ha implicado siempre un elemento de decisión auténtica y originaria sobre el ordenamiento jurídico”.⁹

Si en el positivismo kelseniano la constitución era un conjunto de reglas formales y procedimentales “de manera que allí donde estas no resultaban concluyentes o sencillamente aparecían como irrelevantes por su falta de contenido material se abría una amplia discreción legislativa no fiscalizable por ningún tribunal”,¹⁰ en el constitucionalismo contemporáneo, en el que el sistema jurídico se halla “impregnado” por normas constitucionales,¹¹ se asiste constantemente a “un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial. Bien es verdad que ya no se trata de la misma discrecionalidad, y la diferencia es esencial: la del legislador ha sido siempre una discrecionalidad inmotivada, mientras que la del juez pretende venir domeñada por una depurada argumentación racional”.¹² Restringir la legitimidad dentro de los confines formalistas solo parece posible si el derecho y sus métodos de aplicación pueden contenerse dentro de los cauces de una teoría formalista rígida que, a todas luces, resulta insostenible actualmente, dado que los órganos jurisdiccionales parecen ir en otra dirección.¹³

En ese contexto, ¿es posible una apuesta por una opción judicialista robusta o un modelo robusto de revisión judicial¹⁴ no arbitraria con el carácter de última palabra en el marco de una renovada teoría de la Constitución? La respuesta puede encontrar diferentes matices según el sistema y ordenamiento que se analice.¹⁵ Por esa razón se vuelve de vital importancia justificar, para una casta judicial muchas veces de extracción aristocrática,¹⁶ por qué un orden constitucional democrático que se funda en el dogma de la soberanía popular prevé un órgano élite que adopta decisiones jurídicas sin tener para ello una legitimación popular directa.¹⁷

⁹ Otto Bachof, *Jueces y constitución* (Madrid: Civitas, 1985), 24.

¹⁰ Luis Prieto Sanchís, “Tribunal constitucional y positivismo jurídico”, en *Teoría de la constitución*, comp. por Miguel Carbonell (México: Editorial Porrúa, 2005), 318.

¹¹ Riccardo Guastini, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, *Neoconstitucionalismo(s)*, edit. por Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2003), 49.

¹² Prieto Sanchís, “Tribunal constitucional y positivismo jurídico”, 318. El mismo artículo de Prieto Sanchís puede consultarse en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 23 (2000).

¹³ García Pascual, *Legitimidad democrática...*, 174.

¹⁴ Por opción judicialista robusta o modelo robusto de revisión judicial entendemos aquellos sistemas en donde la decisión de la Corte es adoptada con carácter definitivo, sin la posibilidad de que el legislador pueda insistir en su revisión.

¹⁵ Juan Carlos Bayón, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *El canon neoconstitucional*, edit. por en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Madrid: Trotta - UNAM-IIJ, 2010), 352. Una referencia pertinente puede verse también en Mauro Cappelletti, “¿Renegar de Monstequieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 6, n.º 17 (1986): 9-46.

¹⁶ López Hidalgo, *Reflexiones acerca...*, 19.

¹⁷ Ignacio de Otto y Pardo, “La posición del tribunal constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional”, *Obras completas* (Oviedo: CEPC - Universidad de Oviedo, 2010), 1163.

Esta paradoja que presenta la justicia constitucional al permitir que un órgano jurídico adopte decisiones políticas obedece a que si bien los tribunales constitucionales “aplican” el derecho con un espacio cada vez más reducido para la operación silogística del positivismo clásico, dada la particular característica de las normas constitucionales, lo hacen de un modo distinto al de los órganos jurisdiccionales comunes, o sea, con una carga mucho mayor de decisión política.¹⁸

Como indica Wroblewsky, “la Constitución es un acto normativo con carácter político especialmente pronunciado”;¹⁹ y las decisiones judiciales provenientes de una corte o tribunal constitucional, aunque muchas veces con significado político, deben ser resoluciones jurídicas, pues se presentan como el resultado de una determinada interpretación jurídica. En este contexto, “la mecánica del tribunal y su composición en el sistema político quedan afectados de forma fundamental precisamente por el hecho de ser un tribunal”²⁰ sujeto a una norma suprema. La frontera entre política y derecho no sería “la que separa la decisión de la deducción metódica, sino la que distingue los modos de fundamentación y argumentación de las decisiones, y diferencia entre decisiones políticamente fundamentales y aquellas que lo son jurídicamente”.²¹

Ahora bien, si se acepta la premisa de la consolidación y expansión de la revisión judicial en el marco de una constitución normativa con una apuesta importante en favor de los jueces, como puede ser la Constitución ecuatoriana de 2008, ¿cuál es el coste que está dispuesta a asumir una sociedad que se estima democrática con el fin de soportar dicha revisión con todas las dudas que la aquejan? ¿Es posible admitir una revisión judicial compatible con el ideal democrático? A pesar de que es en el ámbito de las “sociedades bien ordenadas”²² donde puede esperarse, en principio, que la objeción al control judicial pueda tener mayor relevancia, por el riesgo que se deriva sobre el marco de competencias del legislador democrático, contextos plurales con democracias poco estables y un debilitamiento institucional patente

¹⁸ De Otto y Pardo, “La posición del tribunal constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional”, 1164.

¹⁹ Jerzy Wroblewsky, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (Madrid: Civitas, 1985), 112.

²⁰ Lawrence Baum, *El tribunal supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*, trad. por Joan Queralt Jiménez (Barcelona: Librería Bosch, 1987), 15.

²¹ De Otto y Pardo, “La posición del tribunal constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional”, 1163-67.

²² Diego Rodríguez se refiere a este tipo sociedades como aquellas que cumplen algunos presupuestos, entre ellos: a) una legislatura que funcione de modo razonablemente aceptable de conformidad con los valores democráticos; b) un poder judicial en buena forma; c) una cultura política capaz de sostener un consenso relativamente extendido en torno a la idea de los derechos fundamentales; y, d) un trasfondo de desacuerdos profundos que dividen a los ciudadanos en torno a distintas concepciones sobre los derechos [*Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011)].

marcado por el desacuerdo, vuelven conveniente abordar una defensa contextual de justificación de la revisión judicial.²³

Consecuentemente, un activismo judicial²⁴ parece justificable en ciertos contextos en donde los parlamentos no se representan como espacios adecuados para la deliberación y la discusión, así como en sociedades fracturadas, atravesadas por profundas desigualdades que no posibilitan un acceso o representación de las minorías.²⁵

De esa manera se erige o es posible un activismo judicial –*judicial activism*– que surge como una resistencia al modelo de autorrestricción o autolimitación judicial –*judicial self-restraint*–,²⁶ y con ello reduce “la brecha entre la situación de desamparo de quienes acuden a la justicia a través de la tutela, por una parte, y la fuerza normativa y protectora de los derechos sociales constitucionales, por la otra”.²⁷ Sin embargo, y nuevamente, ¿hasta dónde alcanza la legitimidad argumentativa de las cortes en una sociedad democrática con profundas divisiones acerca de sus ideales de justicia? ¿Basta que la decisión proferida provenga del más alto órgano de control para ser admisible sin importar la base argumentativa en que se funda?

2. Entre el potencial emancipatorio y los déficits de justificación de la Corte Constitucional ecuatoriana: el caso del matrimonio igualitario

La consulta de norma, o consulta de constitucionalidad en el caso ecuatoriano,²⁸ es una institución que se articula dentro del control de constitucionalidad y que tiene como finalidad garantizar la coherencia de las normas que integran el sistema

²³ López Hidalgo, *Reflexiones acerca...*, 92.

²⁴ Ciertamente, el activismo puede ser abordado desde un punto progresista en favor de los derechos, o conservador en relación con su ejercicio y tutela. En el presente estudio nos referiremos a un activismo en el sentido progresista.

²⁵ Sebastián Linares, *La (i)legitimidad del control judicial de las leyes* (Madrid: Marcial Pons, 2008), 84.

²⁶ Según este modelo, “un juez nunca puede enmendar la ley o la constitución ni crear nuevos derechos constitucionales a riesgo de caer en un subjetivismo” [Cesar Landa Arroyo, “Presentación”, en *Interpretando la constitución*, Laurence H. Tribe y Michael C. Dorf (Lima: Palestra Editores, 2010), 14].

²⁷ Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny Yepes, “Controversias en torno a la acción de tutela”, en *Democracia, justicia y sociedad. Diez años de investigación en Dejusticia*, edit. por Mauricio García Villegas y María Adelaida Ceballos Bedoya (Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2016), 451.

²⁸ La consulta de constitucionalidad se encuentra prevista en el artículo 428 de la Constitución, y establece que cuando un juez, ya sea de oficio o a petición de parte, considere que una norma es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establecen derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional. La consulta de constitucionalidad es parte del control concentrado de constitucionalidad

jurídico y, al mismo tiempo, asegurar la supremacía constitucional. En ese contexto del control se suscitaron los casos 11-18-CN y 10-18-CN, en los cuales, el máximo órgano de control e interpretación constitucional en el Ecuador resolvió dos consultas relacionadas con el matrimonio igualitario, a partir de la disposición contenida en el artículo 67 de la Constitución de la República.²⁹

Debe mencionarse que hasta antes de las sentencias en cuestión, la ley ecuatoriana concebía el matrimonio como un derecho exclusivo de las parejas heterosexuales, de ahí que a partir de las consultas indicadas y del pronunciamiento de la Corte, el Ecuador se convirtió en el quinto país sudamericano en reconocer el matrimonio igualitario.³⁰

El primer caso de consulta de norma trató sobre la aplicación en el sistema jurídico ecuatoriano de la Opinión Consultiva OC-24/17, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que reconoció el “acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo”³¹ y su relación con el artículo 67 de la Constitución, que considera el matrimonio como la unión entre hombre y mujer.

El segundo caso de consulta de norma se refirió a la constitucionalidad de los artículos 81 del Código Civil³² y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles,³³ disposiciones que contemplaban el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer –incluso con fines específicos como vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente–, en relación con la norma fundamental del artículo 67 de la Constitución, antes referida.

Si bien el objeto de la consulta fue distinto en cada caso, en las dos sentencias expedidas por la Corte Constitucional, con cinco votos a favor y cuatro salvados de los jueces constitucionales, se reconoció el derecho de las parejas homosexuales al

que realiza la Corte Constitucional, correspondiéndole a ella declarar la inconstitucionalidad de las normas de ser el caso.

²⁹ Constitución de la República del Ecuador, “Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal”.

³⁰ Defensoría del Pueblo Ecuador, *Noticias*, 12 de junio de 2019, <https://www.dpe.gob.ec/>

³¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, 88.

³² Antes de las sentencias, el artículo 81 del Código Civil ecuatoriano establecía: “Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”.

³³ Antes de las sentencias, el artículo 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles establecía: “El matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer y se celebra e inscribe ante la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación”.

matrimonio civil igualitario. A continuación, algunos cuestionamientos y principales argumentos que motivaron las decisiones de la Corte.

2.1. Análisis del Caso 11-18-CN

En el caso 11-18-CN, la Corte Constitucional partió de una consideración previa acerca de la situación de las personas con identidades sexo-genéricas diversas³⁴ en el marco del derecho a la igualdad y no discriminación. El argumento central de la discusión en el interior de la Corte fue determinar si la OC-24/17 constituye un instrumento internacional de derechos humanos con aplicación directa e inmediata en el Estado y, en consecuencia, si forma parte del denominado bloque de constitucionalidad.³⁵

A criterio de los jueces constitucionales, el problema jurídico radicaba en una aparente tensión entre dos normas: la una que establece el matrimonio entre hombre y mujer, derivada de la Constitución y la ley ecuatorianas; y, la otra, que reconoce el matrimonio entre parejas del mismo sexo, obtenida a partir de la interpretación autorizada de la Corte IDH con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), mediante la OC-24/17.³⁶ Aunque este tipo de casos puede resultar altamente difícil porque supone un verdadero problema para el tribunal en su rol de juez nacional y juez convencional,³⁷ el órgano jurisdiccional ecuatoriano recurrió a varios métodos de interpretación constitucional para resolver el problema.

Así, el tribunal sostuvo en su sentencia que de una interpretación literal y aislada –restrictiva– del matrimonio en la Constitución se obtiene un mandato de exclusividad que favorece únicamente a las parejas heterosexuales. Por otra parte, señaló que mediante una interpretación sistemática –de aplicación más favorable a la vigencia de los derechos–, y conforme al artículo 3, numeral 7, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ecuatoriana,³⁸ el juzgador

³⁴ El informe sobre la situación de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en el Ecuador 2017 reveló que se registraron 124 casos de discriminación y violencia en el país durante ese año (Bernarda Freire Barrera y Jorge Fernández Yépez, *Informe sobre la situación de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex, en el Ecuador 2017*, Cuenca, Fundación Sendas, 2018).

³⁵ A decir de la Corte Constitucional, “por el bloque de constitucionalidad, los derechos enumerados en la Constitución no son taxativos y su reconocimiento es enunciativo. Los derechos que no constan en la Constitución se incorporan al texto por dos vías: remisión a los instrumentos internacionales o por reconocimiento expreso de los derechos innominados” [Corte Constitucional del Ecuador, Caso 11-18-CN (matrimonio igualitario), 2019, 29].

³⁶ Corte Constitucional del Ecuador, Caso 11-18-CN, cit., 31.

³⁷ Jorge Roa Roa, “La aplicación nacional de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Políticos”, *Serie Documentos de Trabajo*, n.º 37 (2015): 20.

³⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 3.7: “Interpretación literal.- Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin

puede llegar a conclusiones diferentes y resultados justos conforme un mandato de la Constitución en sentido material.

A estos efectos, el órgano de control orientó su análisis a determinar, primero, si el matrimonio entre hombre y mujer y la interpretación que restringe este derecho a las parejas del mismo sexo son contrarias o no al principio de igualdad y prohibición de discriminación consagrados en el texto fundamental; segundo, si efectivamente existe un trato diferenciado justificable entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales; y, tercero, si tal diferenciación supone un tratamiento no discriminatorio válido a luz de la Constitución, teniendo en cuenta que la anulación del ejercicio de un derecho en general debe someterse a un estricto escrutinio, con lo cual, las razones deben ser de tal importancia y magnitud que el sacrificio impuesto no vea en la restricción de derechos un tratamiento injustificable.³⁹

Para resolver estas cuestiones, la Corte recurrió al denominado principio de proporcionalidad como método de interpretación con una estructura definida en su forma más común, a través de interrogantes que giran en torno a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.⁴⁰ Elaboró su argumento indicando que el fin constitucionalmente válido se relaciona con el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación y a la familia, en cuyo caso, una interpretación restrictiva no persigue ninguna finalidad constitucional. Asimismo, estableció que tampoco se trataba de una medida idónea ni necesaria si lo que se pretendía proteger era la familia como un fin constitucionalmente lícito.

perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación”.

³⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Caso 11-18-CN, cit., 19.

⁴⁰ Según Bernal Pulido, “la aplicación del principio de proporcionalidad tiene lugar, precisamente, en el caso en que dos disposiciones de la Constitución, que ostentan fuerza normativa, entran en conflicto. El principio de proporcionalidad presupone tomar en cuenta las dos disposiciones en su sentido jurídico. En el caso de las leyes de intervención en los derechos fundamentales, las colisiones se producen cuando la medida con la que el Legislador interviene en un derecho, está exigida jurídicamente por otro derecho fundamental o por otro bien constitucional, o simplemente, porque se perfila como un medio idóneo para conseguir un fin que el Legislador ha considerado de interés comunitario, en ejercicio de su competencia de configuración política” [Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005), 489].

Especial atención merece la forma en que la Corte aplicó la proporcionalidad en sentido estricto,⁴¹ al realizar un juicio de ponderación⁴² confrontando el derecho al matrimonio entre parejas heterosexuales con el derecho al matrimonio en parejas del mismo sexo. La Corte argumentó:

En términos del test de proporcionalidad, la medida que permite el matrimonio entre parejas del mismo sexo, no afecta el derecho a las parejas heterosexuales a contraer matrimonio. Permitir el matrimonio de parejas del mismo sexo, salvando criterios de carácter moral, religioso o de otra índole ajena al derecho estatal laico, no afecta a las parejas heterosexuales. En cambio, la interpretación que sugiere la prohibición del matrimonio entre parejas del mismo sexo, afecta gravemente los derechos porque impide el ejercicio de uno de ellos.⁴³

De ello concluyó que la interpretación que restringe el matrimonio igualitario no resultaría una medida proporcional, de manera que la afectación que provocaría restringir este derecho sería mayor que cualquier beneficio en favor de las parejas heterosexuales, tratándose en definitiva de una medida desproporcional. Posteriormente, la Corte se refirió a la interpretación más favorable a los derechos acorde con una interpretación evolutiva.⁴⁴ Desde esta óptica, la actividad interpretativa –a criterio de los jueces constitucionales– implicó ampliar “la comprensión de los derechos

⁴¹ La proporcionalidad en sentido estricto –ponderación– es el tercer subprincipio del principio de proporcionalidad en sentido amplio, con todas sus máximas [Sebastián López Hidalgo, “El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad: una aproximación al caso ecuatoriano”, *Estudios de Deusto*, n.º 65/1 (2017): 191]. Mientras los subjuicios de idoneidad y necesidad obedecen a las posibilidades fácticas de los principios, la ponderación responde a la optimización de las posibilidades jurídicas de los principios, estableciendo una relación de preferencia condicionada entre los principios en colisión, para cada caso concreto [Robert Alexy, “La fórmula del peso”, en *Argumentación jurídica: el uso de la ponderación y la proporcionalidad*, comp. por Miguel Carbonell (Quito: Cevallos librería jurídica, 2014), 25-63].

⁴² La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el artículo 3, numeral 3, se refiere a la ponderación como uno de los métodos de interpretación jurídica constitucional, consistente en el establecimiento de “una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

⁴³ Corte Constitucional del Ecuador, Caso 11-18-CN, cit., 26.

⁴⁴ “La interpretación evolutiva contribuye a poner la norma en un contexto actual y global. Por la interpretación evolutiva, que considera que los textos normativos son instrumentos vivos, la voluntad de quienes hicieron la norma puede variar y lo que tiene que mirar la persona intérprete es el contexto actual y procurar que la norma cumpla con su objetivo y fin. De lo contrario, las normas no tendrían un efecto útil y perderían su capacidad de adaptación. Las normas jurídicas no pueden congelarse en el tiempo, sino que tienen que solucionar problemas de personas en concreto y en su contexto histórico” (Corte Constitucional del Ecuador, Caso 11-18-CN, cit., 31).

a otras situaciones o a otros titulares, como es el caso del matrimonio a personas del mismo sexo, para expandir los derechos y la comprensión de los mismos”.⁴⁵ Un argumento que a la luz del denominado control de convencionalidad llevaría a la Corte a reforzar su posición, indicando que las autoridades estatales en general y, especialmente, los operadores de justicia

... están obligados a realizar control de convencionalidad en el marco de sus competencias y procedimientos. Esto es, cuando en el ejercicio de sus funciones encuentran normas más favorables o estándares internacionales en los tratados, instrumentos internacionales, opiniones consultivas, observaciones generales y más, deberán aplicar la norma que mejor efectivice el ejercicio de derechos.⁴⁶

El voto de mayoría concluiría que la OC-24/17 constituye una interpretación auténtica y vinculante de las normas convencionales; en consecuencia, los derechos y las garantías reconocidos en ella forman parte del bloque de constitucionalidad, en una relación de complementariedad entre la Constitución y el texto convencional. De ahí que no es necesaria –a criterio del voto de mayoría– una reforma Constitucional para garantizar de forma plena este derecho.

Por su parte, el voto salvado refutó el argumento de mayoría y denunció lo que, según su criterio, constituía un “uso y abuso de la interpretación constitucional, llevada al extremo de hacer desaparecer la oposición de la Ley Suprema al denominado matrimonio igualitario”,⁴⁷ hasta converger en una mutación arbitraria que destruye la supremacía de la norma fundamental. Al respecto sostuvo que “si cualquier disposición constitucional de la parte dogmática u orgánica, especialmente en la primera, puede ser cambiada bajo la argumentación que existe una duda, sin importar la claridad del texto, entraríamos en ese proceso de mutación arbitraria”,⁴⁸ de donde se sigue que “el juez constitucional no es un legislador y menos todavía legislador constituyente”.⁴⁹

Según el criterio contenido en voto salvado, la Corte, a través de la consulta de norma, ejerce control de constitucionalidad; consecuentemente, el órgano de control no puede actuar investido de poder constituyente para sustituir o reformar el texto constitucional que representa su límite y fuente de legitimidad, toda vez que la propia Constitución dispone claramente cuáles son las vías para su modificación, así como los órganos competentes para realizarla.⁵⁰

⁴⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Caso 11-18-CN, cit., 33.

⁴⁶ Corte Constitucional del Ecuador, Caso 11-18-CN, cit., 59.

⁴⁷ Corte Constitucional del Ecuador, Caso 11-18-CN, cit., 1 (voto salvado).

⁴⁸ Corte Constitucional del Ecuador, Caso 11-18-CN, cit., 1 (voto salvado).

⁴⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Caso 11-18-CN, cit., 2 (voto salvado).

⁵⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Caso 11-18-CN, cit., 13 (voto salvado).

En cuanto a la opinión consultiva, el voto salvado manifestó que “el objeto de la OC no es ordenar a los Estados medidas concretas para cumplir con sus obligaciones sino establecer una guía para que ellos tomen decisiones en esta materia que sean respetuosas de los derechos humanos”,⁵¹ de suerte que las opiniones consultivas –según este criterio–, no representarían un parámetro objetivo de cumplimiento obligatorio, sino guías de actuación. A partir de esta argumentación quedó claro para los jueces que emitieron el salvamento de voto que “la finalidad del control de constitucionalidad no es referirse sobre la conveniencia o no de las disposiciones constitucionales, sino precautelar su texto”,⁵² concluyendo que la única manera de establecer una modificación a la figura del matrimonio sería a través de un procedimiento de reforma constitucional.

De lo dicho, algunas cuestiones merecen atención y análisis. Primero, no es claro que la institución de la consulta de constitucionalidad o consulta de norma prevista en el artículo 428 del texto constitucional ecuatoriano (según el cual “cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional”) esté orientada a que la Corte Constitucional realice un control de las opiniones consultivas provenientes del sistema interamericano de los derechos humanos. Y esto, por cuanto en el momento en que se realiza un control de constitucionalidad vía consulta de norma, la Corte tiene que realizar una revisión de todas aquellas *normas inferiores* a la Constitución consideradas contrarias a aquella, o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables.

Dicho en otras palabras, los cánones del control son, por un lado, el conjunto de disposiciones o normas jurídicas inferiores y contrarias a la Constitución; y, por otro, la propia Constitución y, en el caso del control de convencionalidad, los instrumentos internacionales de derechos humanos.⁵³ De ello se desprende la duda de si era o no posible un control vía consulta de norma de una opinión consultiva en relación con la norma fundamental, dado que la Constitución y los instrumentos son el propio parámetro del control.

A pesar de lo dicho, una cuestión relevante en relación con la fuerza vinculante de la opinión consultiva en el salvamento de voto es que, bajo esa mirada, las opiniones consultivas son guías de actuación no vinculantes; sin embargo, este argumento

⁵¹ Corte Constitucional del Ecuador, Caso 11-18-CN, cit., 16 (voto salvado).

⁵² Corte Constitucional del Ecuador, Caso 11-18-CN, cit., 19 (voto salvado).

⁵³ Para una referencia sobre el control convencionalidad y el denominado Estado convencional, véase Édgar Fuentes Contreras, “Del Estado constitucional al Estado convencional de derecho. Estudio preliminar sobre el modelo del estado convencional de derecho, en el contexto latinoamericano”, *Revista Jurídica Digital Uandes*, n.º 2 (2019): 13-42.

desatiende precedentes importantes que han sido sostenidos con anterioridad por la propia Corte en el sentido de que las opiniones consultivas constituyen

... instrumento internacional que, por expresa disposición del artículo 424 de la Constitución de la República y por constituir interpretación oficial del órgano interamericano encargado de determinar el sentido y alcance de las disposiciones convencionales relacionadas con la protección de derechos humanos, se entiende adherido al texto constitucional y es de aplicación directa, inmediata y preferente, en tanto su contenido sea más favorable para el efectivo ejercicio y protección de los derechos reconocidos.⁵⁴

Por otro lado, especial mención merece la aplicación del test de proporcionalidad en el voto de mayoría. En efecto, los jueces determinaron como fin constitucionalmente válido a la familia, concluyendo que la prohibición del matrimonio igualitario mal podría cumplir un fin constitucional admisible. Destacó también como argumentos de la Corte los subjuicios de idoneidad y necesidad de la prohibición como partes integrantes del principio de proporcionalidad en sentido amplio, así como el ejercicio de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, en donde se confrontó el derecho al matrimonio de las parejas heterosexuales con el derecho de las parejas del mismo sexo.

En efecto, a criterio de la Corte, parecería o bastaría que una medida idónea, que es a la vez indispensable desde el punto de vista del tribunal –proteger el matrimonio igualitario con un fin constitucionalmente válido–, resulta al propio tiempo ponderada con relación a los derechos que juegan en sentido contrario.⁵⁵ Es decir, una vez superado el subjuicio de idoneidad, la Corte no parece encontrar parámetro alguno para desviar la atención del fallo hacia la convalidación de la medida en cuestión que ha sido previamente determinada. Esto deja en evidencia que el test de proporcionalidad deducido no ha gravitado esencialmente sobre un juicio de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto y mayormente estructurado, lo que vuelve evidente el argumento de la Corte y, al mismo tiempo, superfluo en relación con el “tercer nivel de control del test de proporcionalidad, que es, sin duda, el paso que exige mayores capacidades argumentativas y analíticas por parte del juez”.⁵⁶

Por tanto, si bien la decisión de la Corte aparece como positiva en la medida en la que se ha reconocido jurisprudencialmente el derecho al matrimonio igualitario como un paso adelante en la reivindicación de los derechos de grupos históricamente

⁵⁴ Véase el Caso 1692-12-EP (Caso Satya), 2018, 58.

⁵⁵ Pedro Grández Castro, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano”, en *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo: de la independencia a la democracia transicional (1810-2001)*, comp. por Miguel Carbonell y Pedro P. Grández Castro (Lima: Palestra Editores, 2010), 337-376.

⁵⁶ Grández Castro, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano”, 337-376.

discriminados a la luz de criterios y principios constitucionales como la interpretación sistemática, evolutiva y de aplicación más favorable, no obstante, el juicio de ponderación empleado por la Corte no es el más afortunado en relación con la decisión de la causa.

Ello evidencia la escasa atención que habría brindado la Corte –incluso desde sus inicios como Corte Constitucional al amparo de la vigente Constitución–⁵⁷ a la aplicación del principio de proporcionalidad, necesario en el modelo constitucional, al punto de haberse convertido en parte de la gramática constitucional de los derechos a nivel global,⁵⁸ pero no siempre en el mejor argumento ni el más pertinente en los casos concretos que debe resolver la Corte.

Probablemente a la Corte le hubiese bastado un razonamiento integral, sistemático y más favorable, como en efecto lo hizo, sin tener que forzar los argumentos en el marco de un juicio de ponderación, empañando una decisión necesaria en tutela de los derechos de grupos sociales. Como lo ha sostenido Atienza, existen ciertos problemas jurídicos que podrían resolverse con medios argumentativos más sobrios,⁵⁹ sin derivar en un uso innecesario del juicio de ponderación que desgasta un ejercicio argumental del tribunal.

Ciertamente, la Corte ha despertado un lado activista de la práctica jurisdiccional, tradicionalmente conservadora y pasiva a nivel constitucional, al revelar un comportamiento activista en contextos plurales de exclusión y de un escaso acceso a la representación democrática para las minorías aisladas.⁶⁰

A pesar de ello, el voto salvado, con una posición más tradicional, ha prendido las alertas de un activismo que –aunque necesario en ciertos contextos– corre el riesgo de socavar la legitimidad del tribunal cuando los márgenes de justificación y argumentación escapan a un control racional de la decisión, removiendo la denominada crítica contramayoritaria que pesa en contra de los jueces.

⁵⁷ Al respecto, véase López Hidalgo, “El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad: una aproximación al caso ecuatoriano”, 185-217.

⁵⁸ Víctor Ferreres Comella, “Más allá del principio de proporcionalidad”, *Revista de Derecho del Estado*, n.º 46 (2020): 164.

⁵⁹ Manuel Atienza, “A vueltas con la ponderación”, en *Un debate sobre la ponderación*, eds. por Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado (Lima: Palestra, 2016), 23.

⁶⁰ Según Guastini, el activismo judicial “favorece la libre creación del derecho constitucional por los jueces con la finalidad de adaptar los valores constitucionales a las necesidades de la vida real, identificadas por medio de sus sentimientos de justicia”; esta doctrina se inspira “a veces en el valor de la coherencia del derecho con la conciencia social, a veces en una metaética utilitarista (la tarea de los jueces es favorecer la mejor distribución posible de los recursos), a veces en el deber de los jueces constitucionales de proteger los derechos de los justiciables (así como los derechos de las minorías) contra la mayoría política” [Riccardo Guastini, “La interpretación de la constitución”, ed. por Riccardo Guastini, Paolo Comanducci et al., *Interpretación y razonamiento jurídico* (Lima: ARA Editores, 2010), 45].

2.2. Análisis del Caso 10-18-CN

Si bien los casos 11-18-CN y 10-18-CN parten de características similares en cuanto al proceso de consulta se refiere, el razonamiento de la Corte en el Caso 10-18-CN tomó una línea argumentativa distinta al primero. En dicho caso, la consulta versó sobre la constitucionalidad de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles, según los cuales las parejas del mismo sexo no pueden acceder a la institución del matrimonio civil. Para resolver la consulta, el órgano de control orientó su análisis a determinar si la Constitución obligaba o no al legislador democrático a instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

En este contexto, y a partir de una interpretación literal del artículo 67 de la Constitución, se desprendería que las parejas del mismo sexo no tendrían derecho a acceder al matrimonio. Asimismo, a través de una interpretación histórica, la Corte concluyó que la intención del constituyente fue privar a las parejas homosexuales del derecho a tal institución matrimonial.⁶¹ La consideración a la que arribó fue que dicho enfoque literalista e intencionalista resultaría inaceptable, al reducir la Constitución a una dimensión formal, un

... enfoque formalista de la interpretación constitucional, reduciéndola a una exégesis basada exclusivamente en la lectura literal del artículo 67 y en la constatación fáctica de la intención (subjética) de quien dictó esa disposición [...], es decir, a un mero documento dictado por la autoridad constituyente y eclipsando, así, la dimensión sustantiva de la Constitución.⁶²

De ahí que sería indispensable, según el órgano de control, recurrir a una interpretación integral y sistemática de la norma constitucional, ponderando los principios y derechos en cuestión para, finalmente, concluir si “las parejas del mismo sexo tienen o no el derecho fundamental a que el legislador instituya (haga posible y regule) el matrimonio.”⁶³

La Corte determinó que la prohibición del matrimonio igualitario fundado en una interpretación literalista de la Constitución no apuntaría a la realización de ningún principio, fin o valor constitucional relevante en la esfera pública, y encontró como único sustento el principio de deferencia a la voluntad constituyente y el valor de la democracia. Así, el órgano de control concluyó que en contra de la

⁶¹ A criterio de la Corte, “el constituyente, escribió el citado inciso segundo del artículo 67 con la intención (el propósito deliberado) de privar a las parejas del mismo sexo del derecho a contraer matrimonio y, específicamente, de prohibir la creación legislativa de tal tipo” (Corte Constitucional del Ecuador, Caso 10-18-CN (matrimonio entre personas del mismo sexo), 2019, p. 7.

⁶² Corte Constitucional del Ecuador, Caso 10-18-CN, cit., 8.

⁶³ Corte Constitucional del Ecuador, Caso 10-18-CN, cit., 4.

prohibición al legislador democrático operarían varios principios que se fundan en una interpretación sistemática, teleológica y valorativa del texto constitucional, como el derecho fundamental a la protección de la familia, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia, la intimidad y la igualdad formal y material.

Para resolver el ejercicio de ponderación propuesto, el tribunal señaló que el sacrificio de cualquiera de los dos extremos (deferencia al constituyente y valor de la democracia versus derecho a la familia, libre desarrollo de la personalidad, libertad de conciencia e igualdad) representaría una afectación grave al tejido axiológico de la norma fundamental, por lo que habría que “dirimir una tensión entre democracia y derechos fundamentales, propia del Estado constitucional”.⁶⁴ A este respecto consideró que la gravedad de una eventual afectación al extremo de la democracia tendría una intensidad baja, dado que el significado o la intención constituyente al haber instituido el matrimonio no es nítido y, además, porque la prohibición del matrimonio igualitario no apuntaba a realizar ningún fin constitucional admisible.

Al contrario, determinó que la gravedad de la violación de los derechos fundamentales antes referidos tendría una

... intensidad alta si se considera, sobre todo, que la violencia física y psicológica, así como la exclusión socioeconómica que padecen las personas homosexuales más vulnerables afecta su dignidad de una forma intolerable, y que la institucionalización del matrimonio entre esas personas eliminaría al menos una de las causas de su marginación.⁶⁵

Para consolidar este criterio, la Corte se refirió al principio de aplicación más favorable de los derechos fundamentales en relación con la CADH, al reconocer que “el legislador tiene la obligación de incluir a las parejas del mismo sexo en esa institución. El legislador democrático ha quebrantado dicho deber por cuanto la ley no confiere a estas parejas el señalado poder jurídico”,⁶⁶ conduciendo el *iter* argumental de la Corte a una declaratoria de inconstitucionalidad de las disposiciones consultadas y, paralelamente, exhortando a la Asamblea Nacional a revisar la legislación sobre el matrimonio con la finalidad de que las parejas del mismo sexo accedan a un trato idéntico en relación con las parejas de diferente sexo.

Por su parte, nuevamente el voto salvado, en una réplica a los argumentos expuestos por la mayoría, presentó un especial razonamiento en relación con el juicio de ponderación que se había desarrollado. Para ello, insistió –como en el Caso 11-18-CN– en el carácter literal de la interpretación en relación con la disposición contenida en el artículo 67 de la Constitución y argumentó que cualquier ponderación sobre

⁶⁴ Corte Constitucional del Ecuador, Caso 10-18-CN, cit., 22.

⁶⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Caso 10-18-CN, cit., 23.

⁶⁶ Corte Constitucional del Ecuador, Caso 10-18-CN, cit., 27.

aquella regulación era improcedente. Bajo esa premisa, sostuvo el voto salvado que la indicada norma constitucional (art. 67 de la Constitución) constituye una regla clara con alto grado de concreción y lenguaje categórico, por ende, no susceptible de ponderación. Parafraseando este criterio de la Corte podría decirse que una regla, cuando es clara, no es susceptible de excepciones implícitas que puedan justificarse con base en consideraciones externas.⁶⁷ De igual modo, rechazó la aplicación del principio de deferencia al constituyente, expuesto con amplitud en el voto de mayoría, puesto que de ser posible, toda norma constitucional encontraría una referencia al poder constituyente originario como principio subyacente, llevando al absurdo de que todo supuesto constitucional podrá ser ponderado bajo ese razonamiento cuando encuentre razones en pugna.

En ese contexto, el voto salvado criticó la conclusión mayoritaria a la que arribó la Corte por considerarla diversa e incompatible con aquella del caso precedente con características e implicaciones jurídicas similares. Así, en ocasión del Caso 11-18-CN, la Corte había llegado a la conclusión de que no era necesaria una reforma, en tanto que en la posición mayoritaria del caso 10-18-CN se estaría arribando a consecuencias diversas. En este sentido sostuvo:

Según la decisión de mayoría adoptada el caso 10-18-CN, corresponde que la Asamblea Nacional incluya en la legislación sobre el matrimonio, a las parejas del mismo sexo como cónyuges. Pero en el caso 11-18-CN, los Jueces de mayoría señalaron que la supuesta «interpretación» de la Constitución y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es suficiente para permitir que las parejas del mismo sexo accedan al matrimonio.⁶⁸

Como se ve, según lo expuesto en el salvamento de voto, esta falta de armonía entre las decisiones podría dificultar la comprensión y aplicación de las decisiones de la Corte, ya que estaría en duda si debe esperarse a la nueva configuración legislativa o si la decisión de la Corte opera directamente, y posibilita el matrimonio igualitario de forma inmediata. Finalmente, el voto salvado descartó nuevamente cualquier incompatibilidad entre las disposiciones consultadas y el artículo 67 de la Constitución. Cabe anotar que en el presente caso, además del voto de mayoría y el voto salvado, existió un voto concurrente con el criterio mayoritario, el cual hizo énfasis en la importancia del reconocimiento del derecho al matrimonio igualitario como un gran paso en la construcción de una sociedad inclusiva, en la medida en que “se reconoce a un grupo humano, históricamente discriminado, un derecho que tiene un efecto simbólico”⁶⁹ en la cultura ecuatoriana. Así, mencionó:

⁶⁷ Ferreres Comella, “Más allá...”, 167.

⁶⁸ Corte Constitucional del Ecuador, Caso 10-18-CN, cit., 4 (voto salvado).

⁶⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Caso 10-18-CN, cit., 1 (voto concurrente).

... más allá de las teorías sobre la interpretación, de las discrepancias conceptuales, de las creencias y convicciones personales, lo que está en juego en estas sentencias es el reconocimiento de un derecho que es considerado muy importante para constituir una familia, y si ese derecho puede ser ejercido por un grupo de personas y otros, por una orientación sexual distinta, no. O sea, si el matrimonio es un privilegio de las parejas heterosexuales o es un derecho universal.⁷⁰

Ciertamente, en el caso en cuestión resulta claro observar que la Corte ha optado por un ejercicio de deferencia al legislador democrático, lo cual es destacable. Sin embargo, también es evidente que los pronunciamientos de los jueces constitucionales enfrentan dos posiciones encontradas clásicamente: una que representa los votos de mayoría, que podría considerarse activista-progresista con una deferencia al Parlamento para que sea este órgano el que regule la situación concreta en el marco de competencia constitucional atribuida (Caso 10-18-CN); y otra posición que representa el voto de minoría y una posición clara de autorrestricción judicial y de deferencia con el órgano democrático y la voluntad constituyente “original”.

Conviene destacar que el voto de mayoría dentro del presente caso (10-18-CN), al igual que en el caso analizado líneas atrás, optó correctamente por una aplicación e interpretación más favorable de los derechos y principios constitucionales en tutela de los derechos de un grupo humano históricamente discriminado; en el caso de los votos salvados se optó por un criterio que tiene sustento en un método clásico o tradicional de la interpretación, como es el literal exegético. Por lo demás, es claro que más allá de la técnica argumental empleada o los criterios de justificación, los jueces que representaron el voto de mayoría se inclinaron por una decisión en favor de una concepción más amplia de tutela de los derechos fundamentales frente a la inactividad legislativa y quizá una posible responsabilidad internacional estatal. Ahora, ¿cuál es el coste democrático que lleva implícita esta posición?

Aun cuando la preocupación democrática no es menor cuando un tribunal asume un papel más activista, una inactividad del parlamento frente a trascendentales decisiones de derechos en el marco del estado constitucional, sobrexcita la actuación jurisdiccional en el marco de una Constitución con un denso contenido material. De cualquier manera, la crítica se mantiene y se acentúa cuando los déficits de justificación son evidentes, más allá de una posición específica dentro de la teoría de la interpretación constitucional. Muy posiblemente una intervención de la Corte de este talante “para desarrollar los componentes progresistas de la Constitución no hubiera sido necesaria si las propias fuerzas políticas hubieran acometido tal tarea”⁷¹ de desarrollar el contenido de los derechos fundamentales. De hecho, las cortes no

⁷⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Caso 10-18-CN, cit., 2 (voto concurrente).

⁷¹ Rodrigo Uprimny Yepes y Mauricio García Villegas, “El potencial emancipatorio de las decisiones de la Corte Constitucional colombiana”, en *Democracia, justicia y sociedad*.

deben ser precisamente las protagonistas en una democracia que se estima funciona correctamente, puesto que si lo son, esto es signo de que algo no funciona bien en el sistema democrático.

Por ahora, es de esperar que esta deferencia de la Corte para con el legislador termine por convertirse en una posibilidad democrática de diálogo abierto y con participación ciudadana respecto de la configuración de los derechos fundamentales en manos de un parlamento que, con su margen de libre configuración política, siempre estará acotado por el límite constitucional.

Finalmente, hay que decir que los métodos adoptados marcan una ruta a través de la cual los jueces toman sus decisiones, pero evidencian también que una determinada posición jurídica depende del marco epistemológico que adopte. Y es que la concepción que al respecto tienen los jueces de una Constitución material y el rol que cumplen como guardianes de esta, es decisivo para encontrar unos límites admisibles en una tarea concurrente –Corte y legislador–,⁷² pero no idéntica de construcción del derecho en forma de concretización. Una relación en la que, como se ha insistido, “el legislador tiene preferencia, pero el Tribunal tiene la supremacía”.⁷³

Reflexiones finales

En el presente artículo se trató de poner en evidencia el especial rol que cumple la justicia constitucional dentro del Estado democrático con una Constitución normativa, fuertemente materializada. Un papel que no ha estado ausente a las críticas, pasando desde las más incisivas, como la crítica contramayoritaria y el costo para la democracia, hasta los estándares de justificación en el marco de determinadas teorías de la interpretación jurídica como cánones de justificación de una decisión. Una polémica encendida que resurge de tiempo en tiempo en razón del papel asumido por las cortes o los tribunales.

En concreto, en los dos casos expuestos que fueron resueltos por la Corte Constitucional y sus respectivos votos se pueden evidenciar algunas tensiones naturales en el ejercicio de la práctica jurisdiccional que enfrentan diferentes posiciones constitucionales. Una que representa una interpretación activista y progresista, aunque con un déficit de argumentación en torno a la aplicación de un juicio de ponderación de por medio; y otra, con una posición clara de autorrestricción en relación con lo

Diez años de investigación en Dejusticia, edit. por Mauricio García Villegas y María Adelaida Ceballos Bedoya (Bogotá: Dejusticia, 2016), 74.

⁷² La concurrencia en la construcción del derecho no supone que dicha actividad se realice al mismo tiempo. Uno y otro caso –legislador y Corte– intervienen, pues, en distintos momentos.

⁷³ Ernst Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. por Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993), 130.

que los jueces entienden como el sentido original de la Constitución, que recuerda un clásico debate entre originalistas y no originalistas.

Sin duda, la argumentación y las posiciones que adopte la Corte representan un puntal importante a efectos de robustecer una legitimidad del accionar de la justicia constitucional y su relación con el resto de órganos democráticos, principalmente, el parlamento, puesto que, como se vio, cortes y parlamentos ejercen de manera concurrente la construcción del derecho.

A pesar de esta advertencia, como se ha podido observar en los casos analizados, la utilización del principio de proporcionalidad dentro del control de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional, como una herramienta argumental, no ha asumido unos contornos definidos, lo que sin duda merece fundados reparos. Dado que cada vez es más frecuente la utilización del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional, lo que queda por exigir es un uso mucho más depurado y técnico del principio, que dote de racionalidad y previsibilidad a las decisiones que adopta la Corte.⁷⁴

Es claro que diferentes cortes en distintos momentos podrían tomar posiciones diversas sobre el alcance de los derechos fundamentales en razón de su especial concepción sobre una teoría de la Constitución, una teoría de la interpretación o sus propias tradiciones jurídicas. Sin embargo, es un ideal que la Corte consolide una línea jurisprudencial clara que permita un crecimiento paulatino de su propia legitimidad y de su accionar en los casos concretos, dotando de sentido y contenido a una Constitución que a 12 años de vigencia, como la ecuatoriana, intenta convertirse en la carta de navegación de una sociedad. De lo contrario, se corre el riesgo de que interpretaciones y argumentaciones que aparecen como progresistas en un momento puedan ser utilizadas bajo los mismos criterios, para momentos de restricción y desconocimiento de los derechos. Eso solo evidenciará un desgaste apresurado de la legitimidad de la justicia constitucional, puesto que a pesar de que resulta altamente importante *quién* tiene la última palabra, en una democracia también es de vital relevancia *cómo* se ejerce esa última palabra.

En los dos casos (11-18-CN y 10-18-CN y sus votos de mayoría), el reconocimiento material del derecho fue la pauta de la argumentación adoptada. En el Caso 11-18-CN, a través de una interpretación más activa aunque con un déficit de argumentación importante en torno a la aplicación de un principio que no encontraba mayor relevancia en el caso concreto, lo cual acentúa la crítica contramayoritaria y la legitimidad del órgano de control; y en el Caso 10-18-CN, mediante un criterio deferente con el legislador democrático que brinda una posibilidad de diálogo abierto en las arenas judiciales, a pesar de un ejercicio de ponderación también cuestionable.

⁷⁴ Algunas reflexiones previas sobre el uso del principio de proporcionalidad en la Corte ecuatoriana puede verse en López Hidalgo, “El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad: una aproximación al caso ecuatoriano”, 216.

De otro lado, los votos salvados cierran filas en torno a una argumentación literal mucho más pasiva, apegada a una voluntad constituyente compatible con una visión de un originalismo más conservador que denuncia un activismo injustificado cuando los métodos empleados no aseguran un control racional de la decisión adoptada.

Bibliografía

- ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”. En *Argumentación jurídica: el uso de la ponderación y la proporcionalidad*, compilado por Miguel CARBONELL, 25-63. Quito: Cevallos librería jurídica, 2014.
- ATIENZA, Manuel. “A vueltas con la ponderación”. En *Un debate sobre la ponderación*, editado por Manuel ATIENZA y Juan Antonio GARCÍA AMADO, 9-37. Lima: Palestra, 2016.
- BACHOF, Otto. *Jueces y constitución* Madrid: Civitas, 1985.
- BAUM, Lawrence. *El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*, traducido por Joan Queralt Jiménez. Barcelona: Librería Bosch-IBYNSA S.A., 1987.
- BAYÓN, Juan Carlos. “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”. En *El canon neoconstitucional*, editado por Miguel CARBONELL y Leonardo GARCÍA JARAMILLO. Madrid: Trotta - UNAM-IIJ, 2010.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, traducido por Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. “¿Renegar de Monstequieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 6, n.º 17 (1986): 9-46.
- DE OTTO Y PARDO, Ignacio. “La posición del tribunal constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional”. *Obras completas*. Oviedo: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universidad de Oviedo, 2010.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO ECUADOR. *Noticias*, 12 de junio de 2019. <https://www.dpe.gob.ec/>.
- FERRERES COMELLA, Víctor. “Más allá del principio de proporcionalidad”. *Revista de Derecho del Estado*, n.º 46 (2020): 161-188.
- FREIRE BARRERA, Bernarda y Jorge FERNÁNDEZ YÉPEZ. *Informe sobre la situación de los derechos Humanos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersex, en el Ecuador 2017*. Cuenca, Fundación Sendas, 2018.
- FUENTES CONTRERAS, Édgar. “Del Estado constitucional al Estado convencional de derecho. Estudio preliminar sobre el modelo del Estado convencional de derecho, en el contexto latinoamericano”. *Revista Jurídica Digital Uandes*, n.º 2 (2019): 13-42.

- GARCÍA PASCUAL, Cristina. *Legitimidad democrática y poder judicial*. Valencia: Edicions Alfons el Magnànim, 1996.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y Rodrigo UPRIMNY YEPES. “Controversias en torno a la acción de tutela”. En *Democracia, justicia y sociedad. Diez años de investigación en Dejusticia*, editado por Mauricio GARCÍA VILLEGAS y María Adelaida CEBALLOS BEDOYA, 436-489. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2016.
- GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano”. En *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo: de la independencia a la democracia transicional (1810-2001)*, editado por Miguel CARBONELL y Pedro P. GRÁNDEZ CASTRO, 337-376. Lima: Palestra Editores, 2010.
- GUASTINI, Riccardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel CARBONELL. Madrid: Trotta, 2003.
- GUASTINI, Riccardo. “La interpretación de la Constitución”. En *Interpretación y razonamiento jurídico*, editado por Riccardo GUASTINI, Paolo COMANDUCCI et al. Lima: ARA Editores, 2010.
- LANDA ARROYO, César. “Presentación”. En *Interpretando la Constitución*, editado por Laurence H. TRIBE y Michael C. DORF, 7-2. Lima: Palestra Editores, 2010.
- LANDA ARROYO, César. “Los precedentes constitucionales. El caso de Perú”. En *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, n.º 13, editado por Claudia ESCOBAR. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- LOPERA MESA, Gloria. “La problemática legitimidad de la justicia constitucional”. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n.º 5, 2001.
- LÓPEZ HIDALGO, Sebastián. “El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad: una aproximación al caso ecuatoriano”. *Estudios de Deusto*, n.º 65/1 (2017): 185-217.
- LÓPEZ HIDALGO, Sebastián. *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018.
- LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1979.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. “Tribunal constitucional y positivismo jurídico”. En *Teoría de la Constitución*, compilado por Miguel CARBONELL. México: Editorial Porrúa, 2005.
- RAWLS, John. *Liberalismo político*. Barcelona: Crítica, 1995.
- ROA ROA, Jorge Ernesto. “La aplicación nacional de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Políticos”. *Serie Documentos de Trabajo*, n.º 37, 2015.
- RODRÍGUEZ, Diego. *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

RUBIO LLORENTE, Francisco. “Sobre la relación entre el tribunal constitucional y el poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 2, 1982.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo y Mauricio GARCÍA VILLEGAS. “El potencial emancipatorio de las decisiones de la Corte Constitucional colombiana”. En *Democracia, justicia y sociedad. Diez años de investigación en Dejusticia*, editado por Mauricio GARCÍA VILLEGAS y María Adelaida CEBALLOS BEDOYA, 71-82. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2016.

VIGO, Rodolfo. *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de derecho constitucional*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2015.

WROBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

ZAGREBELSKY, Gustavo. “La Constitución y sus normas”. En *Teoría de la Constitución*, editado por Miguel CARBONELL. México: Editorial Porrúa, 2005.

Normas jurídicas y jurisprudencia

CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. *Registro Oficial* 46, Quito, 24 de junio de 2005.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. *Registro Oficial* 449, Quito, 20 de octubre de 2008.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Caso 1692-12-EP, 2018.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Caso 10-18-CN (matrimonio entre personas del mismo sexo), 2019.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Caso 11-18-CN (matrimonio igualitario), 2019.

LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. *Registro Oficial* 52, Quito, 22 de octubre de 2009.

LEY ORGÁNICA DE GESTIÓN DE IDENTIDAD Y DATOS CIVILES. *Registro Oficial* 684, Quito, 4 de febrero de 2016.

CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017.

Amado José Carrillo Gómez* (Venezuela)

Los excesos de la jurisdicción constitucional en las decisiones de amparo constitucional por parte de las salas del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela como forma de activismo judicial desbordado y expresión de un Estado fallido

RESUMEN

Para la transformación de Venezuela en un Estado fallido, uno de los factores que más ha fungido como herramienta es la jurisdicción constitucional. El activismo judicial desbordado en las salas del Tribunal Supremo de Justicia ha sido denunciado ampliamente por el foro de abogados nacional e internacional, dado que, en el ejercicio de esta complicidad, las salas se han desbordado al sentenciar en materia de amparo constitucional para aprovechar sus efectos como un mecanismo de control político.

Palabras clave: amparo constitucional; Estado fallido; activismo judicial.

The excesses of constitutional jurisdiction in the constitutional protection decisions of the chambers of the Supreme Tribunal of Justice of Venezuela as a form of excessive judicial activism and expression of a failed State

ABSTRACT

One of the factors that has served the most as a tool for the transformation of Venezuela into a failed state is constitutional jurisdiction. Excessive judicial activism in the chambers of the Supreme Tribunal of Justice has been widely denounced by national and international lawyers' associations, given that, in the exercise of this complicity, the chambers have gone beyond their authority when ruling on con-

* Abogado, especialista en Derecho Administrativo. Profesor de pregrado de la Universidad Centroccidental "Lisandro Alvarado" (Venezuela), doctorante en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela) amadocarrillo92@gmail.com. <https://Orcid.org/0000-0003-1328-5175>.

stitutional protections in order to take advantage of their effects as a mechanism of political control.

Keywords: Constitutional protection; failed state; judicial activism.

Die Kompetenzüberschreitungen bei der Rechtsprechung der Senate des Obersten Gerichtshofs von Venezuela und ihren Entscheidungen zu Verfassungsbeschwerden als Form des juristischen Aktivismus und Ausdruck eines gescheiterten Staats

ZUSAMMENFASSUNG

Einer der Faktoren, der besonders zur Transformation Venezuelas in einen gescheiterten Staat beigetragen hat, ist die Verfassungsgerichtsbarkeit. Nationale und internationale Anwaltsvereinigungen haben ausführlich über den überbordenden juristischen Aktivismus der Senate des Obersten Gerichtshofs berichtet, mit dem diese im Rahmen ihrer Komplizenschaft ihre Kompetenzen bei den Entscheidungen über Verfassungsbeschwerden überschreiten, um deren Wirkungen als politische Kontrollmechanismen einzusetzen.

Schlagwörter: Verfassungsbeschwerde; gescheiterter Staat; juristischer Aktivismus.

Consideraciones introductorias

Desde hace unos años hemos venido trabajando en la conceptualización del Estado fallido como un Estado jurídico real, con la idea de dar un tamiz definitorio y que el mismo provenga de las ciencias jurídicas; para ello se ha ido más allá de un estudio retrospectivo normativo, aprovechando las tres dimensiones de la investigación jurídica: la filosófica-especulativa, la sociológica y la normativa. Por ello hemos trabajado con las definiciones de Estado y contrato social como piedra angular, pero, al mismo tiempo, con todo lo que la filosofía y los fenómenos histórico-políticos nos han brindado como guía para este efecto.¹

Por esta razón, al proponer una definición de Estado fallido, nace la obligación conexa de estudiar los fenómenos que se han construido alrededor de este. Dado que nos encontramos en uno de los casos de Estado fallido más emblemáticos de los últimos tiempos, hemos podido denotar el proceso de descomposición de la causa del contrato social hasta el punto del desenlace lógico de todo Estado fallido: la muerte del cuerpo político, por lo que ha quedado únicamente lo que llamaba Rousseau,² una ilusión o apariencia de Estado.

¹ Amado José Carrillo Gómez, *El Estado fallido* (Barquisimeto, 2017), PDF, <http://bit.ly/estadofallido>.

² Jean Jacques Rousseau. *El contrato social* (Barcelona: Altaya, 1993 [1762]), 103-140.

En el contexto de la instalación inconstitucional de una Asamblea Nacional Constituyente³ y la anulación por parte de la Sala Constitucional, por medio de la figura de desacato, de la Asamblea Nacional,⁴ los distintos actos de protesta o acciones que tienen como objetivo la reivindicación de derechos para la ciudadanía han hecho que, en reiteradas oportunidades, el órgano jurisdiccional se vea en la necesidad de pronunciarse, haciéndolo a instancia de actores políticos del partido identificados con los partidos de gobierno, o incluso de oficio. Estas sentencias terminan comúnmente reconducidas a sentencias de amparo, que no persiguen su objeto natural, sino que, en los últimos años en Venezuela, el resultado liberador de estas se ha transmutado en un elemento de control político, todo en un aparente activismo judicial que, finalmente, se ha visto desbordado.

La desconfianza en el órgano jurisdiccional y la fácil identificación política de los administradores de justicia han venido socavando las libertades individuales,⁵ con el consiguiente sacrificio de derechos, todo ello por medio de los excesos de un activismo judicial desbordado con el objeto de garantizar la supremacía política de un grupo y la intervención de los magistrados en asuntos políticos. Lo más preocupante es el uso de una figura tan importante como el amparo constitucional y su significado en materia de derechos humanos.

1. El uso de las sentencias de amparo constitucional por parte de las salas del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela como mecanismo de control político

1.1. Aproximaciones al amparo constitucional en Venezuela

Es importante la revisión de lo que hemos construido con el pasar de los años en nuestra justicia constitucional que, como lo ha expresado el profesor Casal, “después de estar relegada al plano de la especulación y del análisis teórico, ha adquirido en la última década una importancia capital en nuestro país”.⁶ Este estudio no solo está

³ Román Duque Corredor, “Inconstitucionalidad por ilegitimidad de origen y del ejercicio del poder constituyente por la Asamblea Nacional Constituyente creada por Nicolás Maduro”, en *XLIII Jornadas “J. M. Domínguez Escovar”. La ausencia de juridicidad en el sistema legal venezolano* (Barquisimeto: Editorial Horizonte, 2018), 15-24.

⁴ Amado José Carrillo Gómez, “La jurisdicción constitucional y contencioso administrativa como mecanismo de control político en el marco de un presunto Estado Fallido” (trabajo especial de grado, Universidad Fermín Toro Cabudare, 2019), 42-60.

⁵ Cecilia Sosa Gómez, “La subordinación judicial”, en *XLIII Jornadas “J. M. Domínguez Escovar”. La ausencia de juridicidad en el sistema legal venezolano* (Barquisimeto: Editorial Horizonte, 2018), 89-98.

⁶ Jesús María Casal, *Constitución y justicia constitucional. Los fundamentos de justicia constitucional en la nueva carta magna* (Caracas: Editorial Universidad Católica Andrés Bello, 2001), 75.

adquiriendo relevancia en Venezuela, como presagió el profesor Casal, sino que se amplía a nivel internacional; desde España hasta Alemania los tribunales constitucionales se vuelven protagonistas, no solo por sus decisiones individuales por causa, sino por su impacto real en la sociedad. Desde lo político, para mantener el *statu quo* del Reino de España, interviniendo con el uso del control constitucional en un tema político que trastoca la constitucionalidad y unidad político-territorial del propio Estado.⁷ En otros ejemplos, la instauración del *Standard Benefit* o mínimo vital por parte del Tribunal Constitucional Alemán⁸ que interviene, en este caso, en temas de carácter social por medio de la jurisdicción constitucional.

La base de la jurisdicción constitucional,⁹ desde el inicio, es la supremacía de la constitución. En el caso de Venezuela, la aceptación de este principio se encuentra plasmada en el artículo 7¹⁰ del texto fundamental, que se define a sí misma como “la norma suprema y el fundamento de todo el ordenamiento jurídico”. Por ello, la idea de constitución va acompañada del principio de supremacía constitucional, pero, al mismo tiempo, se genera la necesidad de crear instancias que mantengan los actos derivados o en ejecución directa o indirecta de esta, de acuerdo con la misma. Esto tiene como consecuencia, que en el sistema que tiene incorporada la justicia constitucional se manifiestan las capacidades de control y sus propios fenómenos establecidos por el profesor Ghazzaoui.¹¹

El profesor Casal, bajo consideraciones formales e iniciales, dio el contexto al amparo constitucional dentro de la justicia constitucional mixta venezolana y su protección ejercida por este medio por parte de la jurisdicción constitucional.¹² Dentro de este sistema, el artículo 27¹³ de nuestra norma constitucional, estipula el derecho y la acción de amparo constitucional, anteriormente establecido en nuestra

⁷ Tribunal Constitucional de España (Pleno), Sentencia de 4856-2017 de 5 de octubre de 2017.

⁸ Rodrigo Andrés Fayanca Bugueño, “Los derechos sociales y la libertad: un análisis problemático”, *Derecho Público Iberoamericano* 9 (2016): 67.

⁹ Allan Brewer-Carías, “Sobre la justicia constitucional y la justicia contencioso administrativa. A 35 años del inicio de la configuración de los procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativo (1976-2011)”, en *El contencioso administrativo y los procesos constitucionales*, comp. por Allan Brewer-Carías y Víctor Rafael Hernández Mendible (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011), 19-74.

¹⁰ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial* 36.860, de 30 de diciembre de 1999, reimpresso con correcciones, en la *Gaceta Oficial* 5.453, de 24 de marzo de 2000.

¹¹ Ramsis Ghazzaoui, “Sobre la discrecionalidad judicial y la justicia constitucional en el Estado constitucional democrático”, en *XLII Jornadas “J. M. Domínguez Escovar”. La democracia frente al fraude constitucional* (Barquisimeto: Editorial Horizonte, 2017), 147.

¹² Casal, *Constitución y justicia*, 75.

¹³ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial* 36.860, de 30 de diciembre de 1999, reimpresso con correcciones, en la *Gaceta Oficial* 5.453, de 24 de marzo de 2000.

Constitución del año 1961 en su artículo 49.¹⁴ A su vez, Chavero califica al amparo constitucional en Venezuela como un derecho.¹⁵

Si bien el amparo constitucional se presenta como un derecho, simétricamente es también una acción; al respecto, el profesor Linares Benzo ha señalado: “Es un tema, así, esencialmente procesal. No busca un análisis constitucional de la estructura del amparo –quizás solo puede llegarse a hablar de un estudio de Derecho Procesal Constitucional limitado al amparo”.¹⁶ Es por ello que debemos trabajar el amparo desde una óptica dual.

En primer lugar, entendiendo que la naturaleza del amparo como derecho tiene una concepción histórica que busca el restablecimiento de derechos constitucionales, apuntando a una inmediatez procesal, pero, al mismo tiempo, que sirva como instrumento judicial (acción), a fin de lograr el freno necesario para el Estado o cualquier otro sujeto que afecte un derecho constitucional.

Desde el plano individual, es sencillo adoptar una definición concreta del amparo. Sin embargo, una de las prácticas menos abordadas, ya sea por doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional son los intereses colectivos y difusos. La doctrina de la sala ha girado entre la tipicidad del titular de la acción que en principio debía ejercer el defensor del pueblo o cualquier otro legitimado por la ley, hasta las acciones de participación directa por parte del interesado como afectado legítimo por la situación, dejando a un lado la representación colectiva y gestionando la acción por el interesado directo con referencia al conglomerado. Esto pasa desde su legitimación activa en el proceso de amparo¹⁷ hasta sus formas de restablecimiento.¹⁸ Hemos observado cómo la sala ha transformado acciones de intereses colectivos y difusos en sentencias de amparo cautelar para la restricción de la libertad y el control político institucional.

Esta distorsión, que se presentó hasta la entrada en vigencia de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, fue denunciada por Korody, quien planteó su crítica por la falta de tutela colectiva en ciertos aspectos del amparo constitucional.¹⁹

Sin embargo, se comenzó a generar una relación simbiótica entre el amparo cautelar como pretensión accesoria que se sumaba a las demandas de intereses

¹⁴ Constitución de la República de Venezuela, aprobada el 16 de enero de 1961 y ratificada el 23 de enero del mismo año.

¹⁵ Rafael Chavero Gazdik, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela* (Caracas: Editorial Sherwood, 2001), 31.

¹⁶ Gustavo Linares Benzo, “El proceso de amparo en Venezuela”, en *XLII Jornadas “J. M. Domínguez Escovar”*. *La democracia frente al fraude constitucional* (Barquisimeto: Editorial Horizonte, 2017), 175.

¹⁷ Juan Esteban Korody Tagliaferro, *El amparo constitucional y los intereses colectivos y difusos* (Caracas: Editorial Sherwood, 2001), 57-91.

¹⁸ Korody, *El amparo constitucional*, 133-144.

¹⁹ Korody, *El amparo constitucional*, 53.

colectivos y difusos, por lo que la relación histórica entre ambas pretensiones adoptó una modalidad para poder conciliar a ambos dentro de un proceso, ante el máximo tribunal de la República.

1.2. El uso de las sentencias de amparo constitucional por parte de la Sala Constitucional como mecanismo de control político

El uso de la jurisdicción se ha desbordado al punto de utilizar mecanismos como el amparo cautelar dentro de demandas de derechos o intereses colectivos o difusos. Esta modalidad ha sido empleada desde el año 2014 en ámbito de protestas. Se aplicaba una fórmula que se repite en el tiempo para obligar a alcaldes y gobernadores de oposición a reprimir las manifestaciones y evitarlas a toda costa sin resolver los problemas de fondo. En este caso, todo comienza con una solicitud, la cual se transforma en un mandamiento de amparo cautelar, que en principio obliga a los alcaldes a retirar escombros y a utilizar los organismos municipales para el control del orden público, lo cual es competencia de los estados y de la nación. Esto se observa en numerosas sentencias de la Sala Constitucional (tabla 1).

Tabla 1. Sentencias de amparo constitucional como control político

12/03/14	135 ¹	Sentencia de mandamiento de amparo contra los alcaldes: Ramón Muchacho (municipio Chacao del estado Miranda); Daniel Ceballos (municipio San Cristóbal del estado Táchira); Stavo Marcano (municipio Diego Bautista Urbaneja del estado Anzoátegui) y Eveling Trejo de Rosales (municipio Maracaibo del estado Zulia)
12/03/14	136 ²	Acuerda amparo contra el alcalde del municipio San Diego (Carabobo)
24/05/17	365 ³	Acuerda amparo cautelar contra el alcalde del municipio Baruta (Miranda)
24/05/17	366 ⁴	Acuerda amparo cautelar contra el alcalde del municipio Carriza (Miranda)
24/05/17	367 ⁵	Acuerda amparo cautelar contra el alcalde del municipio Los Salias (Miranda)
24/05/17	368 ⁶	Acuerda amparo cautelar contra el alcalde del municipio El Hatillo (Miranda)
24/05/17	369 ⁷	Acuerda amparo cautelar contra el alcalde del municipio Chacao (Miranda)
24/05/17	370 ⁸	Acuerda amparo cautelar contra el alcalde del municipio Alberto Adriani (Mérida)
24/05/17	371 ⁹	Acuerda amparo cautelar contra el alcalde del municipio Libertador (Mérida)
24/05/17	372 ¹⁰	Acuerda amparo cautelar contra el alcalde del municipio Campo Elías (Mérida)
25/05/17	373 ¹¹	Acuerda amparo cautelar contra el alcalde del municipio Sucre (Miranda)
31/05/17	376 ¹²	Acuerda amparo cautelar contra el alcalde del municipio Barinas (Barinas)
31/05/17	377 ¹³	Acuerda amparo cautelar contra el alcalde del municipio Diego Bautista Urbaneja (Anzoátegui)

01/06/17	389 ¹⁴	Acuerda amparo cautelar contra el gobernador del Estado Miranda
01/06/17	400 ¹⁵	Acuerda amparo cautelar contra el alcalde del municipio Iribarren del Estado Lara
01/06/17	401 ¹⁶	Acuerda amparo cautelar contra el alcalde del municipio Palavecino del Estado Lara
07/06/17	440 ¹⁷	Acuerda amparo cautelar contra el alcalde del municipio Antonio José de Sucre (Barinas)
11/07/17	534 ¹⁸	Acuerda amparo cautelar contra la alcaldesa del municipio Maracaibo (Zulia)
11/07/17	536 ¹⁹	Acuerda amparo cautelar contra la alcaldesa del municipio San Cristóbal (Táchira)
18/09/17	725 ²⁰	Acuerda amparo cautelar contra el alcalde del municipio Valera (Trujillo)

1 Sala Constitucional-Tribunal Supremo de Justicia (SCON-TSJ) 135, 12/03/2014, Expediente 14-0194.

2 SCON-TSJ 136, 12/03/2014, Expediente 14-0205.

3 SCON-TSJ 365, 24/05/2017, Expediente 17-0469.

4 SCON-TSJ 366, 24/05/2017, Expediente 17-0511.

5 SCON-TSJ 367, 24/05/2017, Expediente 17-0517.

6 SCON-TSJ 368, 24/05/2017, Expediente 17-0542.

7 SCON-TSJ 369, 24/05/2017, Expediente 17-0544.

8 SCON-TSJ 370, 24/05/2017, Expediente 17-0560.

9 SCON-TSJ 371, 24/05/2017, Expediente 17-0563.

10 SCON-TSJ 372, 24/05/2017, Expediente 17-0564.

11 SCON-TSJ 373, 25/05/2017, Expediente 17-0567.

12 SCON-TSJ 376, 31/05/2017, Expediente 17-0589.

13 SCON-TSJ 377, 31/05/2017, Expediente 17-0583.

14 SCON-TSJ 389, 01/06/2017, Expediente 17-0498.

15 SCON-TSJ 400, 01/06/2017, Expediente 17-0601.

16 SCON-TSJ 401, 01/06/2017, Expediente 17-0600.

17 SCON-TSJ 440, 07/06/2017, Expediente 17-0622.

18 SCON-TSJ 534, 11/07/2017, Expediente 17-0743.

19 SCON-TSJ 536, 11/07/2017, Expediente 17-0741.

20 SCON-TSJ 725, 18/09/2017, Expediente 17-0246.

Luego del mandamiento de amparo comienza la persecución; la Sala Constitucional realiza inspecciones en los municipios que son objeto de amparo constitucional contra alcaldes de oposición:

02/06/17	421 ²¹	Práctica de inspecciones judiciales en el municipio Chacao (Miranda)
02/06/17	422 ²²	Práctica de inspecciones judiciales en el municipio Sucre (Miranda)
02/06/17	423 ²³	Práctica de inspecciones judiciales en el municipio El Hatillo (Miranda)
02/06/17	424 ²⁴	Práctica de inspecciones judiciales en el municipio Baruta (Miranda)
02/06/17	425 ²⁵	Práctica de inspecciones judiciales en el municipio Carrizal (Miranda)
02/06/17	426 ²⁶	Práctica de inspecciones judiciales en el municipio Los Salias (Miranda)
02/06/17	427 ²⁷	Práctica de inspecciones judiciales en la Gobernación (Miranda)

02/06/17	428 ²⁸	Práctica de inspecciones judiciales en el municipio Campo Elías (Mérida)
02/06/17	429 ²⁹	Práctica de inspecciones judiciales en el municipio Libertador (Mérida)
02/06/17	430 ³⁰	Práctica de inspecciones judiciales en el municipio Alberto Adriani (Mérida)
02/06/17	431 ³¹	Práctica de inspecciones judiciales en el municipio Barinas (Barinas)
02/06/17	432 ³²	Práctica de inspecciones judiciales en el municipio Diego Bautista Urbaneja (Anzoátegui)
20/09/17	726 ³³	Práctica de inspecciones judiciales en el municipio Valera (Trujillo)

21 SCON-TSJ 421, 02/06/2017, Expediente 17-0544.

22 SCON-TSJ 422, 02/06/2017, Expediente 17-0567.

23 SCON-TSJ 423, 02/06/2017, Expediente 17-0542.

24 SCON-TSJ 424, 02/06/2017, Expediente 17-0469.

25 SCON-TSJ 425, 02/06/2017, Expediente 17-0511.

26 SCON-TSJ 426, 02/06/2017, Expediente 17-0517.

27 SCON-TSJ 427, 02/06/2017, Expediente 17-0498.

28 SCON-TSJ 428, 02/06/2017, Expediente 17-0564.

29 SCON-TSJ 429, 02/06/2017, Expediente 17-0563.

30 SCON-TSJ 430, 02/06/2017, Expediente 17-0560.

31 SCON-TSJ 431, 02/06/2017, Expediente 17-0589.

32 SCON-TSJ 432, 02/06/2017, Expediente 17-0583.

33 SCON-TSJ 726, 20/09/2017, Expediente 17-0246.

Seguidamente, se ordenan las audiencias públicas con prohibiciones de salida del país para garantizar quitar del medio al funcionario opositor, como se observa en las siguientes sentencias de la Sala Constitucional:

07/06/17	442 ³⁴	Convoca al ciudadano Gustavo Eduardo Marcano Antúnez, alcalde del municipio Diego Bautista Urbaneja del Estado Anzoátegui a una audiencia pública
07/06/17	443 ³⁵	Convoca al ciudadano Carlos García Odón, alcalde del municipio Libertador del Estado Mérida a una audiencia pública
09/06/17	448 ³⁶	Improponible en derecho la oposición al mandamiento de amparo constitucional cautelar planteada por el ciudadano David Smolansky Urosa
19/07/17	542 ³⁷	Convoca audiencia pública y decreta prohibición de salida del país a Gustavo Eduardo Marcano Antúnez, alcalde del municipio Diego Bautista Urbaneja
19/07/17	543 ³⁸	Convoca audiencia pública y decreta prohibición de salida del país a Ramón Alberto Muchacho Bracho, alcalde del municipio Chacao
25/07/17	546 ³⁹	Convoca audiencia pública y decreta prohibición de salida del país a Alfredo Antonio Ramos Acosta, alcalde del municipio Iribarren (Lara)
28/07/17	548 ⁴⁰	Fija y convoca audiencia pública y decreta prohibición de salida del país a Carlos García Odón, alcalde del municipio Libertador (Mérida)
01/08/17	549 ⁴¹	Convoca audiencia pública y decreta prohibición de salida del país a José Antonio Barreras Blanco, en su carácter de alcalde del municipio Palavecino (Lara)

01/08/17	550 ⁴²	Niega solicitud de diferimiento y mantiene la celebración de la audiencia del alcalde Carlos García Odón del municipio Libertador (Mérida)
04/08/17	551 ⁴³	Extiende los efectos del amparo cautelar a quien ejerza las funciones de alcalde (E) y acuerda continuar la audiencia, convocando a la médica que expidió reposo
07/08/17	552 ⁴⁴	Convoca audiencia pública y decreta prohibición de salida del país a David Smolansky, alcalde del municipio El Hatillo (Miranda)

34 SCON-TSJ 442, 07/06/2017, Expediente 17-0583.

35 SCON-TSJ 443, 07/06/2017, Expediente 17-0563.

36 SCON-TSJ 448, 09/06/2017, Expediente 17-0542.

37 SCON-TSJ 542, 19/07/2017, Expediente 17-0583.

38 SCON-TSJ 543, 19/07/2017, Expediente 17-0544.

39 SCON-TSJ 546, 25/07/2017, Expediente 17-0601.

40 SCON-TSJ 548, 28/07/2017, Expediente 17-0563.

41 SCON-TSJ 549, 01/08/2017, Expediente 17-0600.

42 SCON-TSJ 550, 01/08/2017, Expediente 17-0563.

43 SCON-TSJ 551, 04/08/2017, Expediente 17-0544.

44 SCON-TSJ 552, 07/08/2017, Expediente 17-0542.

Se realiza una audiencia para decretar el desacato y condenar al alcalde a prisión y, así, dejar la Alcaldía vacante para que pase a tomar control un concejal de la Cámara Municipal; como podemos ver, solo en algunos casos fueron publicadas las sentencias de desacato:

09/04/14	245 ⁴⁵	Desacato Vicencio Scarano Spisso, alcalde del municipio San Diego (Carabobo)
10/04/14	263 ⁴⁶	Desacato de Daniel Ceballos, alcalde del municipio San Cristóbal (Táchira)

45 SCON-TSJ 245, 09/04/2014, Expediente 14-0205.

46 SCON-TSJ 263, 10/04/2014, Expediente 14-0194.

En 2014, se sentenciaron los desacatos en perjuicio de los alcaldes Vicencio Scarano Spisso (municipio San Diego, estado Carabobo) y de Daniel Ceballos (municipio San Cristóbal, estado Táchira). En 2017, los alcaldes David Smolansky (municipio El Hatillo, estado Miranda),²⁰ Ramón Muchacho (municipio Chacao, estado Miranda),²¹ Gustavo Marcano (municipio Diego Bautista Urbaneja, estado Anzoátegui),²²

²⁰ Anunciada en el tweet de la cuenta de Twitter @TSJ_Venezuela, https://twitter.com/TSJ_Venezuela/status/895460547038134272.

²¹ Anunciada en el tweet de la cuenta de Twitter @TSJ_Venezuela, https://twitter.com/TSJ_Venezuela/status/894794022186876928.

²² Anunciada en el tweet de la cuenta de Twitter @TSJ_Venezuela, https://twitter.com/TSJ_Venezuela/status/889962467870289921.

Alfredo Ramos (municipio Iribarren del estado Lara)²³ y Carlos García Odón (municipio Libertador, estado Mérida),²⁴ fueron condenados por desacato. Las sentencias de desacato del año 2017 no fueron publicadas en la página del Tribunal Supremo de Justicia, sino que fueron anunciadas por medio de la red social Twitter en el perfil del máximo tribunal @TSJ_Venezuela o en la página web oficial de este Tribunal.

Contrario a esto, existe un caso aislado importante, la demanda de intereses colectivos contra Ricardo Molina, en su condición de ministro del Poder Popular para el Transporte Terrestre, y Gerardo Quintero, en su condición de presidente del Metro de Caracas por el cierre y la afectación del transporte en la capital. Condiciones similares a las demandas de intereses colectivos que se usaron contra los alcaldes de oposición fueron declaradas inadmisibles en sentencia de la Sala Constitucional 390,²⁵ de 01 de junio de 2017. La Sala solo aplicó esta receta para actuar en contra de funcionarios opositores, lo que deja entrever cómo en un Estado fallido, los elementos de protección de la jurisdicción son empleados para restringir libertades y disminuir la disidencia.

Es importante ver cómo la Sala, sistemáticamente, persiguió a una gran cantidad de operadores políticos por medio de sentencias de la jurisdicción constitucional y en sentencias de amparo con el objeto de reducir a los líderes y librar al órgano Ejecutivo de estas personalidades. Eso transforma un mecanismo liberador que busca garantizar los derechos ciudadanos, en una forma policiaca de persecución y eliminación de operadores políticos opositores en los altos cargos de los distintos niveles políticos territoriales.

1.3. El uso de las sentencias de amparo constitucional por parte de la Sala Electoral como mecanismo de control político

El 6 de diciembre de 2015, las fuerzas opositoras del país, unidas bajo la alianza de la Mesa de la Unidad Democrática (MUD), consiguieron la mayoría calificada (dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional). El número de diputados de oposición ascendió a 112.²⁶ Con esta mayoría, los cambios dentro del aparataje del Estado eran inminentes. En principio, eso se pensaba; sin embargo, no se había instalado la Asamblea Nacional cuando intempestivamente, y en pleno receso judicial, la Sala Electoral en ejercicio de la jurisdicción contencioso administrativa especial en materia electoral atendió un recurso contencioso electoral con amparo cautelar

²³ Anunciada en el tweet de la cuenta de Twitter @TSJ_Venezuela, https://twitter.com/TSJ_Venezuela/status/891063789164130304.

²⁴ Anunciada en la página web oficial del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, <http://www.tsj.gob.ve/-/sala-constitucional-del-ts-j-sanciona-al-alcaldedel-municipio-libertador-del-estado-merida-a-15-meses-de-prision>.

²⁵ SCON-TSJ, 01/06/2017 390, Expediente 17-0500.

²⁶ Consejo Nacional Electoral, *Resultados de las elecciones a la Asamblea Nacional 2015*, http://www.cne.gob.ve/resultado_asamblea2015/r/o/reg_000000.html.

intentado por Nicia Maldonado y resolvió en Sentencia 260,²⁷ de 30 de diciembre de 2015, la suspensión de los efectos de actos de totalización, adjudicación y proclamación referentes al proceso electoral en Amazonas.

Aprovechando el desconocimiento de la voluntad general, la Sala Electoral evitó la mayoría calificada de la oposición en la Asamblea Nacional. Ante esta situación, el órgano legislativo nacional no atendió a la sentencia y de igual manera instaló y juramentó a los diputados suspendidos.²⁸ Seguidamente, en Sentencia 01,²⁹ de 11 de enero de 2016, resolvió el desacato de amparo cautelar por parte de la directiva de la Asamblea Nacional y declaró la nulidad a futuro de todos los actos del órgano legislativo, la cual se mantiene hasta el presente.³⁰

2. El activismo judicial en el marco de un Estado fallido

2.1. Aproximaciones sobre los Estados fallidos

2.1.1. *El concepto de Estado fallido*

¿Qué mezcla los elementos del Estado y qué los mantiene juntos? Estos no son suficientes para formar al Estado; es necesario el bien común, que forma parte de su unión, y se expresa en la voluntad de los contratantes de hacerlo. Es la causa del contrato, como por ejemplo, la sociedad de gananciales. Si alguien se asocia es para enriquecerse mutuamente porque se quiere el bien para todos y la asociación se los dará. Ahora, desde el punto de vista del contrato social, todo contrato tiene una causa, tanto así que el preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 habla sobre el bien común.³¹ Es entonces evidente que el bien común forma parte de la causa del contrato social (de cualquier país) y en la Constitución venezolana realmente lo es. Sin embargo, es curioso que esta frase solo es empleada en el preámbulo del texto constitucional, aun siendo el motivo por el cual se ha hecho la misma.

²⁷ Sala Electoral-Tribunal Supremo de Justicia (SELEC-TSJ) 260, 30/12/2015, Expediente 2015-0140.

²⁸ Anna Carolina Maier, “Juramentaciones de los diputados de Amazonas son legales”, *El estímulo*, 7 de enero de 2016, <https://elestimulo.com/las-juramentaciones-de-los-diputados-de-amazonas-son-legales-2/>.

²⁹ SELEC-TSJ 1, 11/01/2016, Expediente X-2016-000001.

³⁰ Ramón Guillermo Avelo, “La carrera de obstáculos (Sobre los problemas, inconvenientes y tropiezos del trabajo parlamentario)”, en *XLII Jornadas “J. M. Domínguez Escovar”. La democracia frente al fraude constitucional* (Barquisimeto: Editorial Horizonte, 2017), 34-37.

³¹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial* 36.860, de 30 de diciembre de 1999, reimpresso con correcciones, en la *Gaceta Oficial* 5.453, de 24 de marzo de 2000.

El ser humano constituye al Estado como ente moral para asegurar los intereses de todos, por tanto, este último debe velar por el cumplimiento de los objetivos inherentes a su creador, como visión última de la asociación jurídica; la imposibilidad de lograrlo es la causa de su muerte. El mismo existe para cumplir este objetivo principal. La humanidad en general delega en sociedad a los Estados para que logren cuidar el bien común, por ser este el que enlaza los elementos del Estado; sin su existencia previa no pueden ser constituidos. La voluntad general puede únicamente dirigir las fuerzas del Estado de acuerdo con el bien común.³²

En relación con lo anterior, la imposibilidad de cumplir este objetivo puede generar fallas e incluso su propia destrucción. ¿En qué sentido? El Estado lo hará por el deterioro de los lazos que mantienen unidos sus elementos, por lo que su resquebrajamiento puede generar un efecto dominó; la imposibilidad de la convivencia en la sociedad y el deterioro de las relaciones colectivas impiden el logro del bien común que es el fin último del Estado y, lo más importante, porque es su objetivo existencial. Si el mismo no puede servir al pueblo, como lo describe Howard,³³ no es más que un manojo de estructuras inservibles y, probablemente, inexistentes en su fondo.

Ahora, es importante analizar parte por parte la base doctrinaria del Estado fallido. Aunque no hace mención a este, Rousseau dejó el principio de lo que hoy se está viviendo. Es importante desarrollar el capítulo XI del libro tercero de su obra *El contrato social*:³⁴ “De la muerte del cuerpo político”. Comenzando con el título, es relevante entender a qué hace referencia Rousseau cuando habla de “cuerpo político”. Se comprende que es una metáfora utilizada por autores y tratadistas para hablar del Estado de manera general, entre ellas el hombre gigante que usó Platón para describir a la sociedad o al ente moral, y el Leviatán que usó Thomas Hobbes con el mismo propósito. Rousseau estaba consciente de ello y en un solo capítulo de genialidad nos ha dado la llave para que podamos entrar a conocer que el Estado no es un ser eterno, sino que su muerte es posible desde su creación.

Para muchos tratadistas que definen al Estado como un ente perfecto y perpetuo, lo que hace Rousseau es dar una estocada que hiere de muerte estas apreciaciones, pues lo presenta como un ente moral perfectamente abatible, ya que este y su estructura pueden fallar. Si Roma y Esparta –dos estructuras políticas que causaron grandes problemas a sus vecinos por su poderío militar; que se jactaban de la perfección en sus altos desarrollos políticos, económicos y sociales; y de que ninguna invasión extranjera podría doblegar su fuerza– fallaron, ¿por qué otro Estado no lo

³² Rousseau, *El contrato*, 25.

³³ Tiffany Howard, *Failed States and the Origins of Violence: A Comparative Analysis of State Failure as a Root Cause of Terrorism and Political Violence* (New York: Routledge, 2016), 15.

³⁴ Rousseau, *El contrato*, 87-88.

haría? No se puede esperar que el Estado dure siempre, al igual que naciones pasadas que solo quedaron como historia.³⁵

Dado que el Estado no es eterno ni perfecto, entonces el panorama es distinto; se debe procurar que este dure lo más posible y que sea lo más útil y robusto para su funcionamiento. Al igual que el hombre está destinado a morir, en más o menos tiempo, dependiendo de sus actitudes y aptitudes, el Estado desde que nace tiene en él las causas de su muerte. En este caso, la sociedad que lo ha creado será la causa de su muerte ya que, cuando la misma pierde el bien común o este se encuentra deteriorado, va a sucumbir y, gracias a esto, la falla se hace posible; esta puede ser fortuita o estructural.³⁶ Es importante que la sociedad, verdugo de su propia creación, procure hacer que este evento suceda en un largo plazo y no en tiempo temprano.

Rousseau dejó muy claro cómo se diferencian el Gobierno y el Estado, el primero es la mente que da acción y movimiento a las partes, no la que causa la muerte del cuerpo político. Esta es una señal importante y a la que se debe poner mucha atención. Es increíble cómo pudiendo tener un Gobierno “imbécil”, aún pueda el ente moral mantenerse con vida.³⁷ Sin embargo, pasa lo contrario cuando el cuerpo legislativo, donde el Estado busca la consecución del bien común, se aparta de su deber. Puede que la sociedad no haya hecho énfasis en su cuidado o el mismo no cuidó su desenvolvimiento. Por tal motivo, he aquí una manera en que el cuerpo político no cumple su propósito y, si no lo hace, su existencia eventual es inútil, falla y “el animal muere”. El poder legislativo es el corazón y es responsabilidad de este que el animal viva, aun pudiendo la sociedad acabar por sí misma con su propia existencia, porque este era la expresión viva de la representación popular. En esta descansaba la legitimidad y reposaba el poder político. Al hacer posible que las personas crean que el Estado falla por las leyes, Rousseau aclaró: “Cuando los elementos y sentimientos de las leyes viejas adquieren más valor, los compromisos de la sociedad mantienen la razón e impulso de las voluntades que dieron vida al Estado; se establecen en el tiempo y son confirmadas por los nuevos habitantes del mismo para que el bien común se mantenga o crezca en las generaciones”.³⁸ Hacen vista de un ente moral que ha sido bien constituido. Si fuesen reformadas y se mantuviera el espíritu de este fin, será un Estado que perdure mayor tiempo. Suerte que no seguirá el cuerpo político donde se han dejado las leyes antiguas, se olviden, se pierdan, no sean revocadas, ni sean cumplidas; ya que la voluntad y el sentimiento se ha desvanecido y lo próximo al deterioro del bien común es la muerte.

³⁵ Rousseau, *El contrato*, 87.

³⁶ Rousseau, *El contrato*, 87.

³⁷ Rousseau, *El contrato*, 88.

³⁸ Rousseau, *El contrato*, 88.

Para Cassirer, el Estado es imperfecto y su vida no es eterna.³⁹ Este ente es creado a través del contrato social por medio de una población que se encuentra en un territorio determinado y que tiene un poder; mas el espíritu y la causa del contrato es y será siempre el bien común. Por tanto, de este depende que los elementos puedan seguir unidos. Si estos no se mantienen así, la sociedad ya no tiene voluntad, no tiene espíritu y su alma muere.

El Estado fallido es un hecho y no un acto jurídico. Este no depende de un conjunto de pasos ni fórmulas jurídicas y administrativas; depende únicamente de una situación que causará efectos jurídicos indiscutiblemente. Ahora que sabemos a qué lleva la falla del Estado, es preciso entender cómo.

La falla no depende de la suerte que tenga el cuerpo político en los cumplimientos de las banalidades humanas. Un Estado falla cuando se deteriora la fibra que mantiene unidos sus elementos, es decir, cuando el ente moral comienza a fallar, lo que se verá reflejado en varias facetas de la vida del país. ¿En qué sentido? Corrupción, delincuencia, pobreza, burocracia, explotación, latifundio, racismo, conflictos de clases, guerrilla, guerra, confrontaciones partidistas, entre otros.

Cuando el bien común se encuentra deteriorado, todas estas situaciones irregulares en la vida del país se van a encontrar en mayor o en menor grado; entendiendo que el Estado es un ente imperfecto, todos los Estados fallan y permanecen fallando. Para que este sea perfecto nada de esto debería pasar, pero como no hay país en el mundo donde por lo menos no pase ni una sola vez, entonces indiscutiblemente cualquier Estado en el mundo está fallando. Jean Jaques Rousseau, en el libro IV de *El contrato social* habla del bien común cuando está en sentido perfecto.⁴⁰ Nos dice cómo debería ser un Estado donde el cuerpo soberano está perfectamente acoplado. No obstante, al no cumplirse lo que Rousseau ha descrito, es lógico entender lo que la falla representa y la razón de su aparición y mantenimiento en todos los Estados del planeta.

Al contrario, los seres humanos personifican y les dan esencia a los entes morales atribuyéndoles características humanas. Igualmente, el resultado es el mismo: los seres imperfectos crean cosas imperfectas. No hay ningún hombre que se escape de la muerte y tampoco un Estado; pero, entonces, decir que este no tiene opción y es indiscutible que caerá es la aceptación de nuestra incapacidad de crear entes perfectos. El Estado, siempre y cuando exista, será destruido y reducido a nada cuantas veces el hombre decida hacerlo, al igual como lo ha hecho en el pasado.

Conociendo a cabalidad cómo falla el Estado por el deterioro del bien común es necesario, entonces, definir qué significa esta falla. Lo previamente mencionado es un hecho jurídico, generado en el funcionamiento del Estado, que causa una situación irregular ocasionada por el deterioro progresivo de las relaciones

³⁹ Ernst Cassirer, *El mito del Estado* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1974 [1946]), 351.

⁴⁰ Rousseau, *El contrato*, 103.

interpersonales y colectivas dentro del Estado, que produce una pérdida parcial o completa del bien común.

Para Jean Marie Grose existen cinco tipos de Estados fallidos:

1. Anarchicstates: donde no hay poder político centralizado.
2. Phantomstates: solo hay una autoridad limitada de Estado.
3. Anemicstates: Estados con escasos recursos que se encuentran en guerra contra grupos secesionistas.
4. Capturedstates: Estados que están manejados por grupos étnicos.
5. Abortedstates: no hay poder único que posea el monopolio de la fuerza. (Álvarez, 2007, p. 3)⁴¹

Al saber entonces qué es la falla del Estado y lo que realmente falla, se debe determinar qué es el Estado fallido. Este es un hecho jurídico, una situación que tiene consecuencias jurídicas propias y diferentes a la de las fallas. El efecto que genera es la muerte del cuerpo político; no hay manera de solucionar el problema sin cambiar al Estado y sus principios, mediante la utilización del poder soberano, a fin de eliminar al Estado y crear uno nuevo, que no tenga más el mismo territorio y nombre.

Por tanto, las consecuencias son varias, pero se sintetizan en una. Nunca va a ser el mismo ente moral que era, ya sea porque sus principios e instituciones cambiaron radicalmente, porque el territorio ya no es el mismo, por separación o independencia, anexión, destrucción e inhabitabilidad, exterminio o erradicación poblacional. En fin, la separación y falta de los elementos del Estado.

No se puede decir que el Estado está fallido por estas razones. Al contrario, estas son las consecuencias y el Estado fallido, la razón. No sería válido concluir que el Estado falla por la destrucción de sus elementos, sino por el deterioro de la fibra que los mantiene unidos. El Estado fallido es un cuerpo o ente moral en el cual se ha perdido el bien común; las causas y razones por las cuales el Estado fue creado fueron desvanecidas.

Ahora bien, el Estado fallido es un hecho jurídico donde no se puede conseguir el bien común, ya que en el mismo se ha generado una falla parcial o total que causa que se haga insostenible la unión de sus elementos, lo que trae como consecuencia la muerte del cuerpo político. Solo hace falta revisar uno de los trabajos más recientes del profesor Mejías Betancourt:

La doctrina jurídica comparada viene señalando que se considera a un Estado como “fallido”, cuando desaparecen los elementos fundamentales del pacto social y el Estado de derecho deja de existir, transformándose en otra estructura política muy diferente, “que, conservando su nombre y aparien-

⁴¹ John Sebastián Zapata Callejas, “La teoría del Estado fallido”, *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad* 9, n.º 1 (2014): 90.

cia, ya no está en condiciones de ser un Estado”, como resultado precisamente del colapso constitucional de la organización política. Son “fallidos” aquellos Estados, “en los que sus instituciones, sus Gobiernos, en suma, se muestran incapaces de garantizar las condiciones mínimas de seguridad y supervivencia a una parte importante de sus poblaciones”, como ocurre, por ejemplo, cuando una parte significativa de la sociedad debe buscar el exilio. Los elementos que caracterizan a un Estado “fallido” como el venezolano, según la doctrina internacional, radican en una situación en la “que se produzca: a) una pérdida de control físico del territorio o del monopolio en el uso legítimo de la fuerza; b) una erosión de la autoridad legítima a la hora de adoptar las decisiones precisas; c) una incapacidad de suministrar servicios mínimos a la población, o de paliar graves situaciones de necesidad; y d) la incapacidad de mantener relaciones diplomáticas con otros Estados de la comunidad internacional”.⁴²

Sin embargo, no se debe decir que en un Estado donde existe funcionamiento se haya cumplido dicho hecho. Para poder decirlo, el Estado al cual se le quiera vincular con este concepto no debe tener opción alguna y solo la intervención del soberano puede dar solución al problema, ya que solo así se podrá refundar la voluntad de los individuos. En el caso de conquista o anexión, el soberano ha entregado –ya sea por su falta de fuerza de defensa o por decisión– sus elementos, con lo cual se extingue la voluntad de ser un Estado y pasar a formar parte de otro.

2.1.2. *Venezuela como un ejemplo de Estado fallido*

Desde la toma del nuevo periodo de la Asamblea Nacional en enero de 2016 hemos visto de forma recurrente una serie de sentencias, más de sesenta, donde de manera sistemática se ha desconocido la voluntad del pueblo venezolano,⁴³ puesto que existe una mala interpretación de la voluntad general y la no aplicación del mandato popular que obliga al Estado venezolano a permitir el ejercicio de la función parlamentaria y justo uso para el control de la administración pública.

La ruptura del hilo constitucional sucedida entre los días 27 al 30 de marzo de 2017⁴⁴ –y que al sol de hoy se mantiene– corrobora la teoría de que Venezuela se encuentra en un momento delicado. La polarización política, así como la pérdida

⁴² José Amando Mejías Betancourt, “El Estado fallido en Venezuela”, *Revista Tachirenses de Derecho* 30 (2019): 250-251.

⁴³ Aveledo, “La carrera”, 28-34.

⁴⁴ Redacción BBC Mundo, “Fiscal general de Venezuela, Luisa Ortega Díaz, dice que sentencias del Tribunal Supremo sobre la Asamblea Nacional violan el orden constitucional”, *BBC*, 31 de marzo de 2017, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-39459905>.

de imparcialidad y separación de los poderes públicos⁴⁵ han ocasionado una falla grave que podía en cualquier momento desencadenar en un Estado fallido; la aplicación del paradigma de Estado constitucional ha sido desastrosa.

Es de saber que el poder constituyente no se puede regular; al ser ilimitado y exclusivo del pueblo, solo este es capaz de decidir la intervención y ejercicio del mismo, es decir, que las iniciativas deben ser consultadas a los ciudadanos.⁴⁶ Esto fue lo que se hizo en el año 1999, específicamente el 2 de febrero, cuando el entonces presidente de la República, Hugo Chávez, realizó por vía de decreto⁴⁷ una solicitud al Consejo Nacional Electoral para que se realizara un Referéndum Consultivo en que se preguntara al pueblo si este convocaba a una Asamblea Nacional Constituyente.

Esto hace que la convocatoria la deba hacer el pueblo y este delega –si así lo decide– en el presidente, puesto que lo puede hacer incluso en otro órgano del Poder Público, como por ejemplo la Asamblea Nacional, para que determine cómo serán los comicios. Hemos visto que se convoca a la Asamblea Nacional Constituyente sin preguntar al pueblo y se realiza el planteamiento de los comicios sin ser autorizado por los ciudadanos.

Nicolás Maduro, en un solo decreto,⁴⁸ dio muerte al Estado venezolano. En una sola frase es usurpada la autoridad del pueblo venezolano: “Invoco al Poder Constituyente originario, para que con su profundo espíritu patriótico”; el único que puede convocar al poder originario es el pueblo y el presidente se tomó la autoridad, arrogándose dicho poder sin consulta alguna al pueblo. Vemos que el Estado ha sobrepasado al soberano y se está en presencia de un Estado ilusorio por no cumplir los objetivos existenciales y declarar su propia muerte.⁴⁹ El Estado, apenas fundado en 1999, es víctima de un Estado fallido mixto de falla total.

La Cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela se pronunció en discusiones realizadas el 20 y 26 de diciembre de 2018, donde estableció que Venezuela es un Estado fallido.⁵⁰ Este pronunciamiento de grandes personalidades y autoridades académicas del país confirma la gravedad del caso de Venezuela y que se ha configurado

⁴⁵ Sosa, “La subordinación judicial”, 91-92.

⁴⁶ Pier Paolo Pasceri, “La interpretación judicial en la convocatoria constitucional de 2017 y los límites de esta asamblea constituyente”, en *XLIII Jornadas “J. M. Domínguez Escovar”. La ausencia de juridicidad en el sistema legal venezolano* (Barquisimeto: Editorial Horizonte, 2018), 65-72.

⁴⁷ Decreto 03 de 02 de febrero de 1999, *Gaceta Oficial* 36.634, de 2 de febrero de 1999.

⁴⁸ Decreto 2830 de 01 de mayo de 2017, *Gaceta Oficial Extraordinaria* 6.295, de 3 de mayo de 2017.

⁴⁹ Mejías, “El Estado fallido”, 257.

⁵⁰ Tulio Álvarez *et al.*, El despotismo apunta a la disolución de la República, Cátedra de Derecho Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela (Caracas, 2018), <https://efectococuyo.com/wp-content/uploads/2018/12/pronunciamiento.pdf>.

el concepto de Estado fallido a plenitud, pues tal y como establece Rousseau en el capítulo I, del libro IV, de *El contrato social*:

Finalmente, cuando el Estado, próximo a su ruina, no subsiste sino por una fórmula ilusoria y vana; cuando el vínculo social se ha roto en todos los corazones; cuando el más vil interés se ampara descaradamente bajo el nombre sagrado del bien público, entonces la voluntad general enmudece y todos guiados por motivos secretos, dejan de opinar como ciudadanos, como si el Estado no hubiese existido jamás, y se hacen pasar falsamente por leyes, decretos inicuos, que no tienen más finalidad que el interés particular.⁵¹

En Venezuela, hasta el día de hoy, existe una apariencia de Estado –porque ha muerto– y el poder solo es impulsado por la voluntad particular de un pequeño grupo que conduce al país sin legitimidad política, siendo clara la muerte del cuerpo político.⁵²

2.2. El activismo judicial desbordado como expresión de un Estado fallido

El activismo judicial es una modalidad prácticamente casada con la idea del constitucionalismo contemporáneo. Básicamente, en contraposición con la idea formalista, es la búsqueda de un órgano jurisdiccional en materia constitucional que sirva como contrapeso técnico para aguantar las democracias. En ese sentido, nuestro sistema constitucional mixto tiene la concepción del activismo judicial, solo basta con ver en detalle las competencias de la Sala Constitucional en el artículo 336 de la Constitución.⁵³ Esta Sala es llamada, no solo a ser espectador, sino a ser parte sustancial del proceso.⁵⁴

Al mismo tiempo, como una gran contraparte oscura, vemos cómo se comporta en caso contrario. Cuando el juez llamado ser un espectador traspasa los principios racionales y pasa a ser un actor político, declarado o no, termina por restringir libertades individuales, siempre escondido tras un discurso pronunciado en nombre del interés colectivo que solo beneficia a una posición de dominio de un grupo político.

⁵¹ Rousseau, *El contrato*, 104.

⁵² Mejías, “El Estado fallido”, 252; Aveledo, “La carrera”, 28-34.

⁵³ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial* 36.860, de 30 de diciembre de 1999, reimpresso con correcciones, en la *Gaceta Oficial* 5.453, de 24 de marzo de 2000.

⁵⁴ Patricio Alejandro Maraniello, “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional” (Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2012), 164, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>.

Esto, lejos de lograr la celeridad y protección real, termina por ser una gran arbitrariedad que es propia de las ilusiones de Estado.

Los Estados fallidos sobrepasan el *rule of law*, aquella significancia predominante del Estado de derecho que es contrastada inicialmente como activismo en contraposición a los gobiernos democráticos con primacía del poder legislativo.⁵⁵ ¿Es acaso nocivo para un Estado el activismo judicial? Pues para precisar exactamente el punto central de este trabajo, debemos priorizar y no condenar el activismo judicial como concepto *prima facie*, sino ir en búsqueda del problema que origina nuestra situación, puesto que el trabajo que precede esta discusión es amplio. De esta manera lo ha abordado el profesor Urbina⁵⁶ para ser enfático en un punto que es clave en este debate: el desborde o la falta de racionalización del activismo judicial.

Entendiendo que el Estado fallido es un generador de violencia política,⁵⁷ también termina por abordarse desde el ejercicio de la fuerza formal, desde el plano del ejercicio del poder judicial como una forma de imprimir la violencia política de un grupo dominante sobre uno dominado. Del patrón de comportamiento que se logró establecer en materia de sentencias de amparo constitucional en contra de funcionarios identificados con la oposición política, solo bastaría comparar ese patrón de conducta cuando fue requerida en las mismas condiciones sobre una demanda de intereses colectivos y difusos con amparo cautelar, por parte del representante de la organización defensora de derechos humanos Provea, Rafael Uzcátegui y otros, contra el ciudadano Ricardo Molina, en su condición de ministro del Poder Popular para el Transporte Terrestre, y el ciudadano Gerardo Quintero, en su condición de presidente del Metro de Caracas.⁵⁸

Cuando a la Sala le corresponde pronunciarse de la misma forma que lo hace en contra de los actores políticos opositores, se ha decantado por proteger a los funcionarios del grupo político dominante.⁵⁹ Lo que termina por manejar un criterio dual, que se basa en el “quién” y no en el “qué”. Estos cambios constantes de criterio en el ejercicio del amparo son una amenaza a la libertad individual, llegando al punto de extenderse a todos los tribunales. Sin embargo, para seguir garantizando el control de la Sala en estos casos, se atribuyeron y centralizaron los desacatos en materia de amparo para avalar este criterio del “quién”, con un procedimiento de verificación

⁵⁵ Hans-Rudolf Horn, “Activismo judicial *versus* gobierno democrático”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 14 (2010): 183-191.

⁵⁶ Emilio José Urbina Mendoza, Las funciones de gobierno ejercidas por la jurisdicción constitucional. ¿Es aceptable una modificación de la teoría de separación de poderes por un tribunal constitucional? El caso de la sala constitucional del tribunal supremo de justicia de Venezuela 2016-2018”, *Estudios de Deusto* 62, n.º 2 (2018): 461-497.

⁵⁷ Howard, *Failed States*, 58.

⁵⁸ SCON-TSJ 01/06/2017 390, Expediente 17-0500.

⁵⁹ Carrillo, “La jurisdicción constitucional”, 77.

ante la Sala Constitucional. Así, se pasó de un criterio reglado a una discrecionalidad de quién está en desacato y quién no lo está.⁶⁰

Este aspecto trae como consecuencia el desborde de la jurisdicción, ya que vacía de contenido las instituciones y les da un sentido propio del interés del poder fáctico dominante, como pasó en la neutralización por desacato generada por medio de un amparo cautelar contra el órgano legislativo. Por esta razón, es preocupante el ejercicio de instituciones liberadoras como el amparo constitucional, en tanto forma de control político, que terminan por ser una expresión de los Estados fallidos como ejercicio de la violencia política. De esta manera, nos adentramos en aquello que concluyó el profesor Urbina: “Hacerlo es incurrir en uno de los mayores temores del constitucionalismo, tanto el histórico-moderno como el contemporáneo: que nos terminen gobernando los jueces, el peor gobierno de todos los imaginados”.⁶¹

Conclusiones

El estudio de los Estados fallidos es una necesidad vigente que requiere un mayor esfuerzo por parte de los investigadores. Este fenómeno ha terminado de trastocar los funcionamientos conocidos y racionales, por lo que no se ve exceptuado en tal caso el poder judicial. El caso venezolano es uno de los más importantes de la historia reciente y amerita mayor atención del foro venezolano, ya que cada sentencia puede representar, no solo una simple desviación o error jurídico, sino una nueva configuración para el vaciado de contenido de la institución, a fin de crear un nuevo sistema de dominio y ejercicio bajo una legitimidad inexistente que termina por ser una apariencia.

El comportamiento de las salas Constitucional y Electoral del Tribunal Supremo de Justicia confirma un desborde del activismo judicial, que fue pensado para sostener la libertad de los individuos, al igual que instituciones clave como el amparo constitucional. La gravedad con la que instituciones clásicas del derecho constitucional contemporáneo son utilizadas para perseguir, reducir y eliminar a la disidencia política es preocupante. Resolver la condición del Estado fallido venezolano es de fundamental importancia para reconstruir la institucionalidad democrática en el país y volver a dar un norte ético y jurídico a nuestro Poder Judicial, en especial, al sistema de justicia constitucional que ha sido uno de los más golpeados y desdibujados.

Estos son tiempos oscuros, difíciles. No es sencillo, en la lógica que han venido construyendo las salas como una doctrina, no verse arrastrado sin que esto no disminuya nuestra conexión con el derecho mundial como ciencia. Toca dejar los testimonios de las denuncias de estos excesos y sistematizar el estudio de estas para

⁶⁰ SCON-TSJ 145 18/06/2019, Expediente 16-0299.

⁶¹ Urbina, “Las funciones de gobierno”, 493-494.

conseguir los antidotos, las soluciones concretas y técnicas que debemos dar al país en nombre del gremio. Parece indefectible que tendrán que pasar aún muchas cosas donde nos veremos probados como juristas y deberemos seguir firmes en nuestra diezmada academia, en cosas tan básicas y trascendentales como vivir honestamente, no dañar a otros y dar a cada quien lo que le corresponde.⁶²

Bibliografía

- ÁLVAREZ, Tulio *et al.* El despotismo apunta a la disolución de la República. Cátedra de Derecho Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela (Caracas, 2018), <https://efectococuyo.com/wp-content/uploads/2018/12/pronunciamento.pdf>.
- AVELEDO, Ramón Guillermo. “La carrera de obstáculos (Sobre los problemas, inconvenientes y tropiezos del trabajo parlamentario)”. En *XLII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”*. *La democracia frente al fraude constitucional*. Barquisimeto: Editorial Horizonte, 2017.
- BREWER-CARÍAS, Allan. “Sobre la justicia constitucional y la justicia contencioso administrativa. A 35 años del inicio de la configuración de los procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativo (1976-2011)”. *El contencioso administrativo y los procesos constitucionales*. Compilado por Allan BREWER-CARÍAS y Víctor Rafael HERNÁNDEZ MENDIBLE. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011.
- CARRILLO GÓMEZ, Amado José. *El Estado fallido*. Barquisimeto, 2017, <http://bit.ly/estadofallido>.
- Carrillo Gómez, Amado José. “La jurisdicción constitucional y contencioso administrativa como mecanismo de control político en el marco de un presunto Estado Fallido” (trabajo especial de grado, Universidad Fermín Toro Cabudare, 2019).
- CASAL, Jesús María. *Constitución y justicia constitucional. Los fundamentos de justicia constitucional en la nueva carta magna*. Caracas: Editorial Universidad Católica Andrés Bello, 2001.
- CASSIER, Ernst. *El mito del Estado*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1974 [1946].
- CHAVERO GAZDIK, Rafael. *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*. Caracas: Editorial Sherwood, 2001.
- DUQUE CORREDOR, Román. “Inconstitucionalidad por ilegitimidad de origen y del ejercicio del poder constituyente por la Asamblea Nacional Constituyente creada por Nicolás Maduro”. En *XLIII Jornadas “J. M. Domínguez Escovar”*. *La ausencia de juridicidad en el sistema legal venezolano*. Barquisimeto: Editorial Horizonte, 2018.

⁶² Frase que siempre debemos rescatar de Domicio Ulpiano.

- FAYANCA BUGUEÑO, Rodrigo Andrés. “Los derechos sociales y la libertad: un análisis problemático”. *Derecho Público Iberoamericano* 9 (2016): 41-79.
- GHAZZAOUI, Ramsis. “Sobre la discrecionalidad judicial y la justicia constitucional en el Estado constitucional democrático”. En *XLII Jornadas “J. M. Domínguez Escovar”*. *La democracia frente al fraude constitucional*. Barquisimeto: Editorial Horizonte, 2017.
- HASSEMER, Winfried et al. *La jurisdicción constitucional. Democracia y Estado de derecho*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Católica del Táchira, Universidad Católica Cecilio Acosta y Konrad Adenauer Stiftung, 2005.
- HORN, Hans-Rudolf. “Activismo judicial versus gobierno democrático”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 14 (2010): 183-191.
- HOWARD, Tiffany. *Failed States and the Origins of Violence: A Comparative Analysis of State Failure as a Root Cause of Terrorism and Political Violence*. New York: Routledge, 2016.
- KORODY TAGLIAFERRO, Juan Esteban. *El amparo constitucional y los intereses colectivos y difusos*. Caracas: Editorial Sherwood, 2001.
- LINARES BENZO, Gustavo. “El proceso de amparo en Venezuela”. En *XLII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”*. *La democracia frente al fraude constitucional*. Barquisimeto: Editorial Horizonte, 2017.
- MARANIELLO, Patricio Alejandro. *El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2012, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>.
- MEJÍAS BETANCOURT, José Amando. “El Estado fallido en Venezuela”. *Revista Tachirense de Derecho* 30 (2019): 245-272.
- PASCHERI, Pier Paolo. “La interpretación judicial en la convocatoria constitucional de 2017 y los límites de esta Asamblea Constituyente”. En *XLIII Jornadas “J. M. Domínguez Escovar”*. *La ausencia de juridicidad en el sistema legal venezolano*. Barquisimeto: Editorial Horizonte, 2018.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social*. Barcelona: Altaya, 1993 [1762].
- SOSA GÓMEZ, Cecilia. “La subordinación judicial”. En *XLIII Jornadas “J. M. Domínguez Escovar”*. *La ausencia de juridicidad en el sistema legal venezolano*. Barquisimeto: Editorial Horizonte, 2018.
- URBINA MENDOZA, Emilio José. “Las funciones de gobierno ejercidas por la jurisdicción constitucional. ¿Es aceptable una modificación de la teoría de separación de poderes por un tribunal constitucional? El caso de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela 2016-2018”. *Estudios de Deusto* 62, n.º 2, (2018): 461-497.
- ZAPATA CALLEJAS, John Sebastian. “La teoría del Estado fallido”. *Revista de Relaciones Internacionales. Estrategia y Seguridad* 9, n.º. 1 (2014): 87-110.

Paúl Córdova Vinueza* (Ecuador)

Activismo judicial dialógico: la interacción de jueces locales e interamericanos para reparar derechos de las víctimas

RESUMEN

En este artículo se describen los componentes de una hoja de ruta hacia la implementación de un esquema de justicia dialógica para la reparación integral de derechos con la intervención de las cortes locales y la Corte IDH, más la cooperación de los poderes ejecutivo y legislativo. Todos estos actores participarían en un diálogo democrático permanente con la ciudadanía para la formulación de las políticas de reparación. La tesis central afirma que los derechos, sus formas de ejercicio y protección, necesitan de una deliberación colectiva y extendida entre las autoridades, los jueces estatales e interamericanos y la comunidad para que sus alcances no dependan de monólogos proferidos por minorías selectas, como los jueces, ni de los vaticinios de las autoridades políticas de turno que representarían a las grandes mayorías. Así, los desafíos deberán centrarse en los aportes de cada una de estas instancias para un intercambio dialógico constitucional que garantice la ejecución de políticas de reparación integral.

Palabras clave: diálogo multidimensional; políticas públicas; acuerdos reparatorios dialógicos.

Dialogic judicial activism: the interaction of local and inter-American judges for the reparation of victims' rights

ABSTRACT

This article describes the components of a roadmap towards the implementation of a dialogic justice scheme for the comprehensive reparation of rights with the

* Docente de la Universidad Central de Ecuador, Instituto de Posgrados, Escuela de Derecho, y de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sede Ambato. hpaulcordova@yahoo.es. <https://orcid.org/0000-0002-3125-5861>.

intervention of local courts and the Inter-American Court of Human Rights, plus the cooperation of the executive and legislative branches. All these actors would participate in a permanent democratic dialogue with citizens for the formulation of reparation policies.

The central thesis affirms that rights, and their forms of exercise and protection, need a collective and extended deliberation between the authorities, state and inter-American judges and the community, so that their scope does not depend on monologues proffered by select minorities, like judges, or on the predictions of the current political authorities who would represent the great majorities. Thus, the challenges should be focused on the contributions of each of these instances for a constitutional dialogic exchange that guarantees the execution of comprehensive reparation policies.

Keywords: Multidimensional dialogue; public policies; dialogic reparative agreements.

Dialogbasierter juristischer Aktivismus: zur Interaktion von inländischen und interamerikanischen Richter/-innen bei der Opferentschädigung

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag beschreibt die Elemente einer Roadmap zur Umsetzung eines dialogbasierten Justizmodells mit dem Ziel einer umfassenden Entschädigung unter Beteiligung inländischer Gerichte und des IAGMR sowie unter Mitwirkung von Exekutive und Legislative. Dabei würden sich alle genannten Akteure an einem permanenten demokratischen Dialog mit den Bürgerinnen und Bürgern über die Gestaltung der Entschädigungspolitik beteiligen.

Als zentrale These wird formuliert, dass die Rechte sowie ihre Wahrnehmung und ihr Schutz auf einen kollektiven, umfassenden Austausch zwischen den Behörden, den inländischen und interamerikanischen Richterinnen und Richtern und der Gesellschaft angewiesen sind, damit ihre Geltung, weder von den Monologen ausgewählter Minderheiten wie z. B. Richter und Richterinnen noch von den Prognosen der jeweiligen politischen Führungen und ihrer angeblichen Repräsentation der breiten Mehrheit abhängt. Die Herausforderungen sollten sich somit auf die Beiträge der einzelnen Instanzen im Rahmen des Verfassungsdialogs konzentrieren, um die Umsetzung einer umfassenden Entschädigungspolitik sicherzustellen.

Schlagwörter: Multidimensionaler Dialog; öffentliche Politik; dialogbasierte Entschädigungsvereinbarungen.

Introducción

Los sistemas jurisdiccionales latinoamericanos contienen escasos instrumentos dialógicos para la formulación de políticas de reparación. Aquí se propone un marco institucional para plantear esquemas deliberativos que promuevan nuevas

prácticas constitucionales y, en esa perspectiva, dimensionar los alcances de un activismo dialógico en los ámbitos jurisdiccional y litigante hacia la construcción de un control democrático de constitucionalidad y la reparación de los derechos humanos. Para pensar otro tipo de constitucionalismo y sus desafíos, propone una agenda básica de políticas e innovaciones institucionales para los Estados constitucionales de la región.

Varios tribunales en Colombia, India, Sudáfrica, Canadá y otros países desarrollan procesos de activismo judicial dialógico y suscitan aportes relevantes para tutelar y restaurar derechos. Uno de los grandes legados de estas jurisdicciones para el mundo constitucional es la búsqueda de decisiones deliberativas a fin de superar los procesos monológicos, que, además, contribuyan a redefinir su rol. Este trabajo apunta a señalar que los diseños constitucionales latinoamericanos deben revisar sus modelos institucionales con miras a avanzar hacia esquemas de constitucionalismo dialógicos, donde los problemas sobre los derechos y las garantías involucren a las distintas ramas del poder, a los jueces locales e interamericanos y a la ciudadanía para la toma de decisiones en las políticas y medidas de reparación.

1. El activismo dialógico de los jueces locales e interamericanos con los justiciables

Para interpretar el sentido o el alcance de los derechos, siempre existen diferencias. De ahí que, para resolver estas cuestiones, el paradigma de la justicia dialógica propone innovar las metodologías y los saberes de los operadores de justicia con miras a desarrollar mecanismos conversacionales con las partes en conflicto para concebir la revisión judicial en términos de inclusión y deliberación con la ciudadanía. Entendida así, los alcances y límites de la justicia dialógica pueden explicarse desde el propósito de democratizar los soliloquios de los jueces para superar el excesivo formalismo legal y la tecnocracia judicial por un desempeño deliberativo del juzgador con las personas que puedan sentirse perjudicadas en sus derechos y garantías.

Ciertamente, la argumentación del juez debe partir del derecho de las personas a participar en la discusión sobre los problemas y límites de los derechos *iusfundamentales*, y los operadores deben desarrollar su argumentación mediante la prestación de condiciones que aseguren esa reflexión democrática y un diálogo colectivo y abierto con la ciudadanía.

Lo que pretende la justicia dialógica es que las cuestiones resolutorias sobre los derechos y sus interpretaciones estipulen siempre discusiones inclusivas y plurales que garanticen respuestas democráticas, y que los jueces sean los encargados de promover, mediar y preparar esas discusiones para que las decisiones jurisdiccionales no se conviertan en órdenes supremas o superiores fulminantes, sino en construcciones dialógicas que surjan de la voluntad conversacional de los juzgadores con los oprimidos o los excluidos en sus derechos. De esta manera, la argumentación

deja de ser un diálogo entre élites, sostenido por el juez con otras voces¹ no directamente involucradas o perjudicadas por la forma de interpretación jurisdiccional de los derechos, para extenderse a otros protagonistas y buscar mayores argumentaciones con distintos participantes en la provisión de las normas constitucionales y convencionales interamericanas.

2. Activismos dialógicos entre los jueces y los profesionales del derecho para conectar las decisiones judiciales a las políticas de reparación

El estudio de la litigación vinculada a los derechos supone atender factores protagónicos como las fuerzas que lo impulsan, el impacto que ejerce sobre las políticas de reparación y protección de derechos y la asignación de recursos, todo lo cual presume que los procesos jurisdiccionales en las distintas materias requieren enfoques multidisciplinarios y comparativos que combinen el conocimiento del derecho y los procesos jurídicos con las políticas públicas del ámbito en estudio y los sistemas que las integran.² La orientación propuesta por Siri Gloppen es relevante para atender la realidad de los procesos contenciosos en materia de salud en la región.

La discusión sobre los litigios en derechos y su impacto suscita un debate de fondo acerca de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, que, según varios estudios contemporáneos, “desplazó su eje de las sentencias –con la victoria en los tribunales de justicia como criterio de éxito– a considerar, además, su implementación, incluidas las relaciones entre litigación y movilización social en general”.³

La vinculación entre políticas públicas y litigios judiciales se activa para enfrentar distintos obstáculos históricos para la justiciabilidad de derechos sociales, como el uso de garantías jurisdiccionales en defensa de aquellos derechos. Christian Courtis señala un primer obstáculo de tipo ideológico por cuanto se los ha concebido como programáticos y dirigidos a motivar la acción de los poderes políticos y no a ser aplicados por los jueces. Al respecto, añade que el derecho internacional de los derechos humanos, en especial el del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha contribuido con respuestas para enfrentar esos prejuicios, como la previsión estatal de recursos suficientes, dentro de los que destacan aquellos de carácter

¹ Como la doctrina, la jurisprudencia, el derecho comparado, entre otros. Todos estos son elementos relevantes, pero sus voces no pueden ser las únicas protagonistas en la decisión judicial.

² Siri Gloppen, “La lucha por los derechos de la salud. Marco de análisis”, en *La lucha por los derechos a la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, coord. por Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013), 31.

³ Siri Gloppen y Mindy Jane Roseman, “Introducción. ¿Pueden los litigios judiciales volver más justa la salud?”, en *La lucha por los derechos a la salud...*, 20.

judicial o equivalente en los casos de incumplimiento de sus obligaciones por parte del deudor: “Habitualmente, es el Estado, aunque los deudores de derechos sociales también pueden ser sujetos de carácter privado, como en los casos de privatización de ciertos servicios públicos, tales como los de salud, educación o seguridad social”.⁴

Otro obstáculo señalado por Courtis se refiere a la falta de mecanismos judiciales o procesales adecuados para tutelar los derechos sociales. Para este autor, la vía jurisdiccional permitiría atender los reclamos extraordinarios de quienes tienen mayor acceso a los estrados judiciales, que no son necesariamente quienes más necesidades tienen. Este obstáculo remite a pensar que la satisfacción de derechos sociales requiere remedios y medidas de alcance colectivo y propone algunas medidas:

El primero, que ya he abordado, es la preferencia por la especificación del contenido de los derechos sociales por medio de la ley, entendida ésta en sentido formal, como norma general emanada del órgano representativo. Desde el punto de vista procedimental, además de la legitimidad electoral, se trata del instrumento jurídico que requiere mayor consenso político y el que supone mayor publicidad y transparencia. Desde el punto de vista del contenido, la generalidad de la ley, la definición de los titulares y el alcance de los derechos sociales en términos universales permiten identificar más claramente en qué consisten el derecho y sus correlativas obligaciones, y qué previsión presupuestaria debe hacer el Estado para satisfacerlo. De este modo, hay menos espacio para la asignación discrecional, a partir de criterios meramente partidarios u orientados a clientelas políticas del gasto en materia social. Queda más claro así quién puede reclamar un derecho ante los tribunales, qué puede reclamar y de qué recursos se dispone para satisfacer los derechos previstos legalmente.⁵

Los litigios estructurales sobre derechos deben ser pensados a partir de sus implicaciones en las políticas públicas porque son cuestiones de interés público y de justicia social. En cuanto a la primera, porque las complicaciones que se desprenden como resultado de una prestación deficiente o excluyente en servicios relacionados con derechos puede incrementar los riesgos del derecho a la vida y su falta de protección; y, en cuanto a la segunda, porque los sectores más vulnerables de la sociedad son quienes sufren las consecuencias negativas de las decisiones judiciales restrictivas de derechos o las políticas públicas con escasa cobertura de destinatarios, todo lo cual puede desembocar en la vigencia de ciclos vitales inseguros y con altos índices conflictuales en las garantías a las personas.

⁴ Christian Courtis, “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social”, en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, ed. por Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2007), 206-7.

⁵ Courtis, “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social”, 209.

Por lo expuesto, es imperativo que los temas relativos a los derechos, en cuanto a su tutela y reparación, se construyan como problemas que conciernen a las ramas del poder público y a la ciudadanía en la definición de la agenda pública para lograr mayores niveles de presión hacia los actores políticos e institucionales que intervienen en los ámbitos judiciales y en los tecnocráticos. De igual manera, es indispensable que las preocupaciones relativas a los derechos involucren a la mayor cantidad de actores sociales para su reivindicación porque la diversificación de actores con voz en el debate y de legitimidad para impulsar instrumentos de acción judicial pueden ser estrategias clave en las iniciativas públicas de defensa de los derechos.

¿Por qué es básica la intervención de las organizaciones de la sociedad civil en el desarrollo de iniciativas deliberativas para profundizar los derechos en el poder judicial y en las políticas públicas? La conclusión que sugiere Charles R. Epp es la siguiente:

La lección básica de este estudio es que los derechos no son un don: se ganan a través de la acción colectiva concertada que surge tanto de una sociedad civil decidida como de la subvención pública. Las revoluciones de derechos se originaron en la presión ejercida desde abajo por la sociedad civil y no desde arriba, por el liderazgo de un grupo. Pero, como hemos argumentado a lo largo de este libro, sólo cierta clase de presión desde abajo, particularmente el sostén organizado para litigar por los derechos, tiene probabilidades de incentivar la atención judicial sostenida a las libertades y a los derechos civiles; por otro lado, el respaldo de las elites judiciales no es en modo alguno irrelevante. En última instancia, la revolución de los derechos siempre se ha desarrollado y ha alcanzado su máxima cima y fuerza mediante una interacción entre jueces inclinados a apoyarla y la estructura de sostén necesaria para litigar a lo largo de todo el proceso judicial.⁶

3. Decisiones judiciales y políticas reparatorias

¿Qué ocurre cuando el resultado final de un litigio es favorable a las pretensiones de un grupo social sobre el acceso a un derecho, pero la comunidad encuentra que las entidades públicas encargadas de asegurar las políticas o las decisiones para la protección o reparación de ese derecho no cumplen sus responsabilidades?

La respuesta que puede ofrecer el constitucionalismo contemporáneo es una alternativa de diálogo judicial que vincule las decisiones de los jueces con las formulaciones de políticas de los operadores administrativos. La construcción de

⁶ Charles R. Epp, *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013), 293.

mecanismos dialógicos en el diseño procesal puede permitir mayores condiciones de transparencia e información sobre los presupuestos públicos y los cambios que estos pueden acoger de acuerdo con las disposiciones reparatorias que se emitan en los litigios. Asimismo, las carteras que implementan programas y proyectos en materia de derechos deben ser más receptivas e impulsoras de discusiones deliberativas con la legislatura y los jueces para preparar las reformas legales e institucionales que acojan las problemáticas tratadas en otras ramas del poder público.

Las respuestas para atender las demandas sobre derechos deben involucrar a la institucionalidad hacia la búsqueda de prácticas dialógicas y no pueden ser pensadas únicamente desde los operadores administrativos de la cartera sectorial de Estado, sino que los conflictos en torno a derechos insatisfechos deben involucrar diferentes roles de responsabilidad por parte de las ramas del poder público. Así, el poder judicial puede adoptar medidas cautelares constitucionales para proteger el derecho de esas personas, ordenando a la agencia estatal encargada la programación de acciones de contingencia para atender la afectación de esas personas, lo cual significa hacer cumplir expresos mandatos constitucionales a favor de este derecho.

Asimismo, el poder legislativo debe fiscalizar y ejercer el control político a la agencia estatal correspondiente y precisar mayores controles a la ejecución del presupuesto del sector mediante el seguimiento respectivo, así como en las cautelas necesarias para revisar la normativa legal que puede profundizar el acceso a estos derechos.

La correlación de intervenciones expresa una corresponsabilidad de distintos órganos del poder público para avanzar hacia dinámicas deliberativas más amplias que activen responsabilidades concurrentes para la protección de los derechos sociales. La justicia dialógica o conversacional es un modelo complementario de la democracia deliberativa que contribuye a fomentar otras respuestas y compromisos en medio de prácticas y respuestas deliberativas de varios actores que aportan para concertar las múltiples soluciones que requieren los derechos a su defensa y reparación integral. Aquel modelo da luces para que las sentencias puedan ser desarrolladas de un modo participativo para asegurar seguimientos a su aplicación. Y es que los problemas de los derechos merecen remedios –entendidos como acciones de política pública– que los atiendan y un monitoreo de su ejecución; de lo contrario, las repercusiones y sus efectos están llenos de dificultades.

La concepción del constitucionalismo dialógico es reposicionar a los tribunales en el papel de mediadores autorizados para intercambiar puntos de vista que coadyuven a la solución de problemas, para lo cual pueden implementar diversos mecanismos. Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco sugieren: i) la conformación de salas de seguimiento especializadas a las decisiones jurisdiccionales o ii) el nombramiento de expertos independientes que supervisen el cumplimiento de las sentencias; otros autores proponen: i) la realización de audiencias públicas o ii) la

promoción de los *amicus curiae* como dispositivos que facilitan el diálogo judicial con la comunidad.⁷

El esquema deliberativo jurisdiccional enfatiza en que las intervenciones judiciales dialógicas tienen un mayor impacto en el cumplimiento de los DESC en comparación con las monológicas de los operadores de justicia. Epp define las sentencias dialógicas en los siguientes términos:

Aquellas que combinan derechos fuertes (es decir, la protección judicial de niveles básicos de bienestar), remedios moderados (es decir, órdenes abiertas que dejan los detalles de la política pública al gobierno, pero especifican plazos y procedimientos que este debe cumplir) y seguimiento fuerte (es decir, decisiones de seguimiento que valoren el progreso, presionen a los funcionarios recalcitrantes a cumplir e involucren a diversos grupos de interesados en un proceso de deliberación pública y de solución colaborativa de problemas sobre las causas subyacentes a las violaciones de los DESC).⁸

La propuesta del constitucionalismo dialógico tiene por objetivo reconceptualizar las relaciones entre los poderes del Estado hacia dimensiones cooperativas y promover mayores resonancias públicas sobre los efectos de las decisiones judiciales. La generación de reformas legales o institucionales son formas de instar a los poderes legislativo y ejecutivo como consecuencia de un pronunciamiento jurisdiccional, lo cual no supone definir los contenidos de esas reformas, pero sí los puntos de partida para su generación. De igual manera, la presión ciudadana debe encontrar apertura y receptividad en los jueces al tratar sus reclamos en consideración de las respuestas sobre aquEllos y sus necesidades tendrán efectos y afectaciones colectivas. El diálogo judicial resalta la responsabilidad democrática de los tribunales bajo el siguiente correlato:

Los tribunales pueden profundizar, en vez de erosionar, la gobernanza democrática al actuar como fuentes de rendición de cuentas horizontal, es decir, mediante la liberación de los bloqueos entre y dentro de organismos públicos que están casi exentos de rendir cuentas a los ciudadanos y presionando a los funcionarios públicos para que se ocupen de las deficiencias sistémicas de la política pública que llevan a violaciones masivas de los DESC. [...] la capacidad y el potencial institucional de los tribunales para fomentar la deliberación democrática puede desarrollarse mejor mediante su participación continuada tras el pronunciamiento de la sentencia, por medio de procesos

⁷ César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015).

⁸ Epp, *La revolución de los derechos...*, 240.

de seguimiento que proporcionan oportunidades para la participación de los actores interesados y para la deliberación pública sobre la solución de los problemas de justicia distributiva.⁹

Según Epp, el desarrollo de derechos requiere una capacidad para movilizar el derecho constitucional a su favor. Este fenómeno sucede porque el diseño de la política judicial puede ser antidemocrático y esto se debe a que la interpretación judicial puede impulsar solo los derechos que interesen a los grupos que cuenten con condiciones organizativas y financieras para litigar hasta el final de un proceso; mientras que para aquellos sectores o grupos que no cuenten con esas condiciones, los derechos se convierten en “barreras de pergamino”. El presente y el futuro de los derechos está también condicionado por los esfuerzos colectivos y la estructura de sostén asentada en la sociedad civil, lo cual hay que tener presente para no pensar que los derechos son “simplemente limosnas que el sistema judicial les da a individuos aislados suplicantes”. De acuerdo con lo sugerido por Epp,

... ni una Constitución escrita ni una cultura defensora de los derechos ni la actitud liberal de los jueces son suficientes para lograr que el sistema judicial preste una atención sostenida a los derechos y los respalde. La protección de los derechos y las libertades civiles depende, además, de una estructura de sostén enraizada en la sociedad. Sin ella, hasta las más claras garantías constitucionales de los derechos pueden perder toda su significación en los estrados. Por el contrario, una estructura de sostén sólida y vital puede extender y expandir la más débil de las legislaciones sobre derechos. Quienes participan de las decisiones en una democracia constitucional harían bien en concentrar sus esfuerzos no sólo en redactar o revisar las cláusulas constitucionales ni únicamente en la designación de los jueces que habrán de interpretarlas, sino también en formar la estructura de sostén que defienda y desarrolle esos derechos en la práctica.¹⁰

Por otra parte, todos los jueces deben observar y ejecutar el control de convencionalidad de tipo difuso para dar forma a su margen de apreciación nacional mediante una adecuada tutela de los derechos humanos en su país, teniendo presente, según la constitución de cada Estado, el *ius commune* interamericano, esto es, los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados y suscritos por el Estado. La constitución y la normativa interna no son los únicos referentes para la tutela de los derechos constitucionales porque también los derechos reconocidos en instrumentos internacionales son referentes jurídicos, siempre que se avale un mayor ámbito de favorabilidad en su tutela respecto a la normativa nacional.

⁹ Epp, *La revolución de los derechos...*, 241.

¹⁰ Epp, *La revolución de los derechos...*, 302-3.

Asimismo, los administradores de las políticas públicas también intervienen en repertorios monológicos cuando actúan en nombre de las mayorías que no son escuchadas, pero que se las usa para legitimar las políticas que no necesariamente contienen debates democráticos robustos para su formulación y ejecución, así como cuando ejecutan las políticas relativas a derechos sin mediaciones dialógicas con la rama judicial y la ciudadanía.

4. ¿Por qué el diálogo judicial intercomunitario e interjurisdiccional puede profundizar la protección de los derechos?

El diálogo judicial tiene distintas variables y utilizaciones. Por una parte, puede ser formulado como un mecanismo previo y alternativo a la pena; por otra, puede ser empleado como mecanismo de judicialización cooperativa para combinar los procedimientos tradicionales con la perspectiva de buscar soluciones y respuestas deliberativamente con los sectores involucrados en los procesos.

La intervención de un tribunal puede suponer un abordaje que articule más participación y transparencia con flexibilidad en la adopción de decisiones provisionales donde las partes tienen mayor injerencia y colaboran en un proceso educativo y de reconstrucción.

El diálogo judicial implica impulsar mayores instancias de articulación para la inducción y estimulación entre diversos mecanismos de *accountability* horizontal y vertical con la generación de oportunidades para la movilización y deliberación en los procesos jurisdiccionales, donde la comunidad o los sujetos de derechos son actores centrales en el análisis y la decisión judicial que se encuentra pendiente.

La proposición central de este ensayo académico es que el pueblo tiene los derechos constitucionales para ejercer un poder interpretativo o una posición divergente frente a las interpretaciones judiciales, lo cual requiere canales institucionales dialógicos para ser escuchados. En consecuencia, es el soberano quien puede aportar en la definición del derecho existente y sus formas de tutela y reparación porque el sistema normativo debe permitir la intervención popular, ya que es la ciudadanía quien tiene que definir los alcances, los límites y las formas de resolver los derechos; ella es el mayor intérprete de la norma fundamental, no necesariamente el único, pero sí el definitivo. Si la democracia es la expresión del pueblo soberano, y el derecho constitucional fija las condiciones para que esa democracia y el pueblo puedan equilibrar sus poderes, entonces la sociedad activa su poder interpretativo para discutir y ser escuchada sobre las condiciones en que necesita hacer uso de un derecho y cómo debe ser reintegrado cuando este es afectado.

A pesar de las variaciones en que pueden definirse esas condiciones, el presente estudio se afirma en el enunciado de que los aportes que ofrece la justicia deliberativa para la participación del pueblo en la toma de decisiones para el uso y ejercicio de un

derecho son una garantía para canalizar jurídicamente la regla democrática y hacer un intercambio conversacional con relación a las tensiones que puedan desprenderse sobre otros elementos como las dimensiones verticales y horizontales de un derecho.

Otra variación del diálogo judicial puede ser entendida a partir del activismo dialógico y el impacto de los derechos sociales con las siguientes consideraciones:

Al otorgar poder a una variedad más amplia de interesados en participar en el seguimiento, los tribunales generan efectos directos e indirectos que pueden ayudar a superar la resistencia política. El principal es la participación activa de los actores políticos, como las ONG de derechos humanos, los organismos administrativos orientados a la reforma y las organizaciones de base que es probable que adopten, como parte de programa de acción, impulsar el cumplimiento de la sentencia, con lo que se convierten así en una fuente de poder compensatorio contra el *statu quo*. [...] En segundo lugar, los mecanismos del activismo dialógico pueden ayudar a los tribunales a ocuparse de las deficiencias institucionales para solucionar problemas socioeconómicos complejos. No hay que ser un formalista jurídico para ver que los tribunales carecen del conocimiento técnico, el personal y los recursos (por no hablar de la legitimidad) para elaborar y ejecutar las soluciones a asuntos tan complicados como el desplazamiento forzado o la falta de acceso a medicamentos esenciales. Sin embargo, eso no significa que no puedan provocar y moderar un diálogo entre las autoridades públicas y los actores de la sociedad sobre estas cuestiones, frente a los fracasos extendidos de las políticas públicas y las violaciones masivas de los DESC.¹¹

El Estado constitucional precisamente constituye un intento por recomponer la factura entre democracia y constitucionalismo: ¿cuánta democracia permite el constitucionalismo y cuánto constitucionalismo permite la democracia? La implementación de mecanismos propios de la democracia deliberativa para asegurar la participación popular en la jurisdicción ordinaria y en la jurisdicción constitucional permitirían la interacción mediada por acciones comunicativas y la interacción regida por normas donde los participantes coordinan e intercambian diferentes posiciones hacia una comunidad de lenguaje interpretativo *iusfundamental* caracterizada por la *interacción simbólicamente mediada*. Es propicio adaptar el pensamiento de Habermas para este análisis y proponer que la base de validez de un proceso jurisdiccional puede depender de que sus normas procedimentales adopten consensos mediados comunicativamente por razones expresadas mediante la participación

¹¹ César Rodríguez Garavito, “El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales”, en *Democracia, justicia y sociedad: diez años de investigación en Dejusticia*, ed. por Mauricio García Villegas y María Adelaida Ceballos Bedoya (Bogotá: Dejusticia, 2016), 497-498.

social para la interpretación de la norma suprema. Cuando este autor explica la estructura racional de la *lingüistización de lo sagrado* en la evolución del derecho y la búsqueda de un *habla gramatical*, sugiere enunciados utilizados para explicar cómo constituir un proceso deliberativo en los tipos de jurisdicción:

La aplicación comunicativamente mediada de las normas de acción requiere que los implicados lleguen a definiciones comunes de la situación que comprendan a la vez los aspectos objetivos, los aspectos normativos y los aspectos subjetivos de la situación de acción de que se trate. Son los *propios* participantes en la interacción los que tienen que relacionar las normas dadas con la situación del caso y adaptarlas a las tareas especiales que esa situación plantea.¹²

Considero que la ejecución de los procesos jurisdiccionales mediante desarrollos de conversación pública contribuye a que quienes integran el cuerpo social se hagan cargo de la aplicación de las normas mediante una actuación comunicativa, donde los problemas de justificación e implementación de esas normas responden a procesos dialógicos para la formación razonada de consensos y disensos –lo cual debe abordarse sin dejar de destacar que hay distinciones entre las teorías de Habermas y Bohman–.¹³ Lo interesante de sugerir la opción de la deliberación pública es que la facultad de decidir las cuestiones controvertibles para ejercer cualquier derecho se fundamentan en debates que se abren hacia el pueblo para que los participantes no se reduzcan a los representantes de los poderes constituidos, ni se agoten en las instituciones de la justicia ordinaria o constitucional.

Los derechos son creaciones sociales y su significado depende de la conversación extendida entre jueces, comunidad y autoridades para su interpretación *iusfundamental*.

¹² Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa. Crítica de la razón funcionalista* (Madrid: Trotta, 2010), 562.

¹³ Al utilizar la explicación de Yebraíl Haddad Linero, se infiere que “a diferencia de Habermas, la deliberación para Bohman se vuelve pública a través del diálogo y no del discurso. El diálogo se centra en cómo la interacción pública produce los efectos prácticos en los participantes que elaboran razones convincentes, en tanto que el discurso, se interesa en los argumentos y en los tipos de justificación que puedan ser públicamente convincentes. En ese sentido, la teoría habermasiana pretende reconstruir los ideales de convergencia, unanimidad e imparcialidad en términos políticos, ideales que para Bohman no constituyen necesariamente los presupuestos de la argumentación pública” [Yebraíl Haddad Linero, *La democracia deliberativa. Perspectiva crítica* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia / Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006), 32].

Conclusiones: los puentes conversacionales en el activismo judicial para las políticas públicas

El sistema interamericano de protección de derechos humanos ha contribuido en la tutela de los derechos, y su desarrollo normativo ha sido acogido por los Estados parte. No obstante, la población de la región no recibe las dimensiones completas de la reparación integral en el momento de ser atendida en sus derechos vulnerados, y las medidas de reparación expresan niveles insuficientes de ejecución y seguimiento.

Las dinámicas cambiantes de las sociedades reclaman mayores demandas en las políticas de reparación para asegurar mayor coherencia entre las condiciones de restitución, indemnización, rehabilitación, medidas de satisfacción y garantías de no repetición. Acaso, una alternativa puede ser la adopción de un modelo de activismo jurisdiccional dialógico que aporte con mecanismos cooperativos y deliberativos entre los jueces, la comunidad y las ramas del poder público para intercambiar soluciones concertadas a los problemas estructurales en torno a la reparación de derechos.

Bibliografía

- CÓRDOVA VINUEZA, Paúl. *Derechos sin poder popular*. Quito: Centro Andino de Estudios Estratégicos / Centro de Estudios Construyendo Ciudadanía y Democracia de la Universidad Central del Ecuador, 2013.
- CÓRDOVA VINUEZA, Paúl. “La constitución de los comunes. Constitucionalismos dialógicos para desafiar las biopolíticas”, en *Nuevos debates en filosofía y ciencia política*, compilado por Pablo Eduardo SLAVIN, Támara ROGERS y Claudina ORUNESU, 145-178. Mar del Plata: Universidad Nacional de Mar del Plata, Facultad de Derecho, 2015.
- CÓRDOVA VINUEZA, Paúl. “La crisis del control de constitucionalidad”. Conferencia pronunciada en la Universidad Católica de Colombia, 16 de septiembre de 2015.
- CÓRDOVA VINUEZA, Paúl. “Más poder al poder. Nuevos constitucionalismos autoritarios”. Simposio, XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional “El diseño institucional del Estado democrático” en homenaje a Fernando Hines-trosa y Carlos Restrepo Piedrahita, pronunciado en la Universidad Externado de Colombia, 17 de septiembre de 2015.
- CÓRDOVA VINUEZA, Paúl. “Interpretación constitucional intercultural y constitucionalismo popular”. Conferencia, XV Jornadas de Ciencia, Filosofía y Derecho pronunciada en la Universidad Nacional de Mar del Plata, 20 de noviembre de 2015.
- CÓRDOVA VINUEZA, Paúl. “¿Cómo deciden los jueces? (Des)encuentros de la interpretación y argumentación jurisdiccional frente a la democracia constitucional”. *Justicia Electoral y Democracia*, n.º 3 (2015): 21-30.
- CÓRDOVA VINUEZA, Paúl. “La Constitución desconstitucionalizada. Líneas jurisprudenciales del sistema de administración de justicia constitucional ecuatoriano”.

- En *Debate constitucional*, editado por Luis Fernando TORRES, 75-117. Quito: Cevallos, 2016.
- CÓRDOVA VINUEZA, Paúl. *Derecho procesal constitucional. Estudios críticos de doctrina, dogmática, argumentación y jurisprudencia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.
- CÓRDOVA VINUEZA, Paúl. *Justicia dialógica para la última palabra. Por una argumentación deliberativa entre los jueces, la ciudadanía y las Cortes*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.
- COURTIS, Christian. “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social”. En *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, editado por Miguel Carbonell, 185-212. Madrid: Trotta, 2007.
- EPP, Charles R. *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.
- GLOPPEN, Siri. “La lucha por los derechos de la salud. Marco de análisis”. En *La lucha por los derechos a la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, coordinado por Alicia Ely YAMIN y Siri GLOPPEN, 31-55. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.
- GLOPPEN Siri y Mindy Jane ROSEMAN. “Introducción. ¿Pueden los litigios judiciales volver más justa la salud?”. En *La lucha por los derechos a la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, coordinado por Alicia Ely YAMIN y Siri GLOPPEN, 13-30. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.
- HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Madrid: Paidós, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa. Crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Trotta, 2010.
- HADDAD LINERO, Yebrail. *La democracia deliberativa. Perspectiva crítica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia / Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César. “El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales”. En *Democracia, justicia y sociedad: diez años de investigación en Dejusticia*, editado por Mauricio GARCÍA VILLEGAS y María Adelaida CEBALLOS BEDOYA, 489-502. Bogotá: Dejusticia, 2016.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Diana RODRÍGUEZ FRANCO. *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.
- STORINI, Claudia. “Epílogo: La interpretación dialógica”. En *Justicia dialógica para la última palabra. Por una argumentación deliberativa entre los jueces, la ciudadanía y las cortes*, editado por Paúl CÓRDOVA VINUEZA, 459-492. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.

Mônia Clarissa Hennig Leal* (Brasil)
Maria Valentina de Moraes** (Brasil)

O Supremo Tribunal Federal Brasileiro entre ativismo e legalismo na proteção de direitos de grupos vulneráveis: análise da decisão que criminalizou a homofobia (ADO 26)^{***}

RESUMO

Frente às relações entre os Poderes Legislativo e Judiciário, marcadas por debates acerca dos espaços de atuação e de decisão de cada Poder, questiona-se, a partir da análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, que criminalizou a homofobia, equiparando-a ao crime de racismo: quais os argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal na construção da sentença? Pode-se afirmar que a decisão do mais alto tribunal brasileiro se sustenta na omissão legislativa como violadora de

* Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls-Universität-Heidelberg e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professora do Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. moniah@unisc.br. <https://orcid.org/0000-0002-3446-1302>.

** Doutoranda e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista PROSUC/CAPES e bolsa CAPES, Edital PGCI nº 02/2015. mariavalentina.23@hotmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-2747-9694>.

*** Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

dereitos fundamentais e na inexistência de desrespeito aos limites de atuação jurisdicional pela possibilidade de superação da decisão por parte do Congresso Nacional.

Palavras-chave: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26; Supremo Tribunal Federal; ativismo judicial.

The Brazilian Supreme Federal Court: between activism and legalism in the protection of the rights of vulnerable groups. Analysis of the decision that criminalized homophobia (Direct Action of Unconstitutionality by Omission (ADO) 26)

ABSTRACT

Taking into consideration the relationship between the Legislative and Judicial branches, marked by debates on the scope of the actions and decisions reserved to each one, this article asks, based on an analysis of the Direct Action of Unconstitutionality by Omission 26, which criminalized homophobia by equating it to the crime of racism, "What are the arguments used by the Supreme Federal Court in the construction and substantiation of its decision?" It is possible to affirm that the decision of the highest court of the country was based on the legislative omission as a violation of fundamental rights and on the non-existence of disrespect for the limits of jurisdictional action, in order to leave open the possibility that the National Congress would overrule it, by legislating on the matter.

Keywords: Direct Action of Unconstitutionality by Omission 26; Brazilian Supreme Federal Court; judicial activism.

Das Oberste Bundesgericht Brasiliens zwischen Aktivismus und Gesetzesbindung beim Schutz der Rechte gefährdeter Gruppen: Analyse der Entscheidung über die strafrechtliche Verfolgung von Homophobie (ADO 26)

ZUSAMMENFASSUNG

Anlässlich der Diskussion über die Beziehungen zwischen Legislative und Judikative, die im Zeichen der Debatte über die jeweiligen Tätigkeits- und Entscheidungsbereiche steht, wird auf der Grundlage einer Analyse der direkten Klage auf Verfassungswidrigkeit wegen Unterlassung Nr. 26 und deren Strafandrohung gegen Homophobie – die damit dem unter Strafe stehenden Rassismus gleichgestellt wird – der Frage nachgegangen, auf welche Argumente sich das brasilianische Oberste Bundesgericht bei der Erstellung und Begründung seines Urteils gestützt hat. Dazu ist festzustellen, dass die Entscheidung des obersten brasilianischen Gerichtes mit der Unterlassung des Gesetzgebers und der daraus resultierenden Grundrechtsverletzung begründet wird, ohne dass in die Gesetzgebungskompetenz eingegriffen wird, womit der Kongress weiterhin die Gelegenheit hat, durch eine Durchführungsregelung aktiv zu werden.

Schlagwörter: Direkte Klage auf Verfassungswidrigkeit wegen Unterlassung Nr. 26; brasilianisches Oberstes Bundesgericht; juristischer Aktivismus.

Introdução

A falta de disposições legais criminalizando condutas homofóbicas e transfóbicas, além de mobilizar a sociedade – que se manifestou pedindo a criminalização da LGBTfobia através das campanhas *#criminalizaSTF* e *#ÉCrimeSim*¹ – foi levada à pauta jurídica por meio do Mandado de Injunção n.º 4733² e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26,³ julgados conjuntamente no dia 13 de junho de 2019. Os debates sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal e críticas a eventual posicionamento como legislador positivo já figuravam em discussões doutrinárias, acadêmicas e jurisprudenciais, vindo a intensificar-se, com a decisão, também na arena social.⁴

A decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26, por maioria dos votos, criminalizou a homofobia, equiparando-a ao crime de racismo, disciplinado na lei 7.716/89. Tomando-se por base os argumentos aduzidos e considerando-se as críticas quanto à postura ativista do Poder Judiciário, cabe questionar, então: quais os argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal na construção da decisão? Utiliza-se, para responder o questionamento proposto, o método de abordagem dedutivo e de procedimento analítico, buscando-se analisar os fundamentos apresentados na decisão do mais alto tribunal brasileiro sobre o tema.

Inicia-se abordando, no primeiro tópico, aspectos conceituais e categorias teóricas centrais ao debate, como supremacia judicial, ativismo judicial, judicialização da política e juristocracia, para, então, tratar-se especificamente sobre a autocontenção

¹ As *hashtags* figuraram entre os *trend topics* do Twitter, com manifestações de anônimos, figuras públicas e também políticas. Sobre as manifestações quanto ao tema e a repercussão das campanhas, ver <https://twitter.com/hashtag/criminalizastf> e <https://twitter.com/hashtag/%C3%A9crimesim>.

² O Mandado de Injunção foi impetrado pela ABGLT – Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos, tendo como Relator o ministro Edson Fachin, estando em tramitação desde o ano de 2012 e possuindo como *amicus curiae* o Grupo Dignidade – pela cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, o Conselho Federal de Psicologia (CFP) e o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Mais informações sobre o Mandado de Injunção 4733 podem ser acessadas em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>.

³ A proposição da ADO n.º 26, no ano de 2013, foi do PPS (Partido Popular Socialista), tendo o ministro Celso de Mello como relator da ação e a habilitação de onze *amicus curiae*, dentre eles: Grupo Gay da Bahia (GGB), Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT), Associação Nacional de Juristas Evangélicos (Anajure), Frente parlamentar “mista” da família e apoio à vida, Conselho Federal de Psicologia e a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA). Mais informações sobre o andamento processual da ADO podem ser acessadas em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>.

⁴ Também a *#NãoCriminalizaSTF* figurou entre os *trend topics*, com manifestações contrárias ao julgamento, tanto no sentido de que não há crime, quanto no de que cabe ao Poder Legislativo legislar. Nesse sentido: <https://twitter.com/hashtag/n%C3%A3ocriminalizastf>.

judicial e a margem de apreciação legislativa como vertentes divergentes das primeiras. Por fim, analisa-se a natureza constitucional da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, os limites de interpretação e aplicação da Constituição, a omissão legislativa e os argumentos apresentados na decisão no que toca à proteção de grupos vulneráveis, a fim de se discutir se foi adotada uma postura ativista por parte do Supremo Tribunal Federal ao equiparar a homofobia ao crime de racismo.

1. Supremacia judicial, judicialização da política e ativismo frente à autocontenção e à margem de apreciação do legislador diante da omissão legal

A realização do controle de constitucionalidade das normas, seja na forma difusa ou concentrada, é característica marcante do cenário brasileiro estruturado no Estado Democrático de Direito. Contudo, embora esse papel venha sendo desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário, as críticas à sua atuação mostram-se sempre atuais. Diante disso é essencial que se discutam os fundamentos deste controle e que sua operacionalização seja objeto de reflexão constante.⁵

Assim, “a questão da sua legitimidade perpassa não tanto pela discussão acerca dos seus limites, mas, antes, pela discussão de suas possibilidades, isto é: por *como* se dá esse controle”;⁶ até porque é necessário reconhecer que não há procedimento decisório perfeito, seja ele legislativo ou decorrente de uma revisão judicial, existindo, por vezes, dissonâncias quanto ao que resultou do procedimento decisório adotado.⁷

Reside nesse ponto, justamente, uma das principais dificuldades de caracterização do ativismo judicial, muitas vezes identificado com o nível de satisfação social em relação à decisão – ativista quando contraria a decisão esperada e fundamentada na interpretação constitucional quando satisfaz algum anseio social. A jurisdição, nos dias atuais, em razão de múltiplos fatores, não se restringe a cumprir com uma função meramente negativa – como a idealizada por Kelsen ao defender seu modelo de controle de constitucionalidade –, convertendo-se em um mecanismo construtivo e criativo,⁸ o que não significa, contudo, que essa modificação quanto aos aspectos interpretativos – com uma potencialização da interpretação, que é marca

⁵ Mônia Clarissa Hennig Leal, *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007), 99.

⁶ Hennig Leal, *Jurisdição Constitucional Aberta*, 203, grifado no original.

⁷ Jeremy Waldron, “A Essência da Oposição ao Judicial Review”, em *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*, ed. por Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010), 119.

⁸ Mônia Clarissa Hennig Leal, “Neoconstitucionalismo, judicialización y actuación del Supremo Tribunal Federal brasileño en el control jurisdiccional de Políticas Públicas”, en *Teoría*

identificadora do constitucionalismo democrático – conduza, obrigatoriamente, à adoção de posturas ativistas. Há que se ter presente que a origem do termo ativismo é norte-americana, derivada de um período marcado por uma progressista e intensa jurisprudência.⁹

Trata-se de um conceito, entretanto, vazio e que não se relaciona propriamente com posicionamentos conservadores ou liberais, figurando, muitas vezes, como “um dispositivo retórico para um ataque mais convincente aos resultados alcançados pelo juiz”.¹⁰ O ativismo, como postura ou movimento, compreenderia condutas como a aplicação da Constituição, de forma direta, àquelas situações não expressamente trazidas em seu conteúdo; a determinação de atuação ou abstenção do Poder Público em demandas determinadas; e também a flexibilização na declaração de inconstitucionalidade de atos legislativos, por exemplo.¹¹ Assim, “apresenta-se teoricamente limitada sua descrição como mera atuação jurisdicional que extrapola certas linhas demarcatórias (raramente especificadas), invadindo o âmbito de atuação dos demais Poderes”¹² e sendo, ainda, muitas vezes utilizado como um sinônimo da judicialização.

Decorrente também dessa evolução na interpretação constitucional que passa a ser operada pela jurisdição, há a judicialização e, em especial, a judicialização da política. Nesta relação, “the sequence –constitutional conflict –> delegation to the constitutional court –> constitutional decision making/rule-making –> judicialization– has a tendency to regenerate itself”¹³ aumentando a competência decisória dos Tribunais Constitucionais e tornando os espaços de decisões não apenas técnicos, mas também políticos.

Decisões estratégicas, até então reservadas à esfera de atuação dos Poderes naturalmente políticos (Legislativo e Executivo) são “transferidas” ao Poder Judiciário, conduzindo a um direito cada vez mais judicial, alicerçado em posicionamentos jurisprudenciais, tornando mais evidente a relação entre Direito e Política – a qual não é nova¹⁴ e encontra nas políticas públicas um elo entre os

Constitucional: ensayos escogidos, ed. por José Ignacio Nuñez Leiva (Santiago de Chile: Finis Terrae, 2014).

⁹ Tássia Aparecida Gervasoni e Mônia Clarissa Hennig Leal, *Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal* (Curitiba: Multideia, 2013).

¹⁰ Gervasoni e Hennig Leal, *Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal*, 95.

¹¹ Luis Roberto Barroso, “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, *[Syn]Thesis* 5, nº. 1, (2012): 23-32.

¹² Gervasoni e Hennig Leal, *Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal*, 96.

¹³ Alec Stone Sweet, *Governing with judges* (New York: Oxford University Press, 2010), 195.

¹⁴ Dieter Grimm, *Constituição e Política* (Belo Horizonte: Editora del Rey 2006). Como destaca, as relações ora conflitivas e ora de subordinação entre Direito e Política são objeto de debate desde a lógica monárquica absolutista até a juridicização da política trazida com a superação do absolutismo e a adoção de concepções da burguesia.

dois campos.¹⁵ Há que se considerar, contudo, que o próprio objeto da jurisdição constitucional – a interpretação da Constituição – possui natureza consideravelmente política, tornando também a atividade dos tribunais muito mais próxima da política.¹⁶

Há, assim, como destaca Häberle, uma necessidade de que sejam buscados outros critérios para valorar a atividade e papel dos tribunais constitucionais, que não as separações entre função jurisprudencial e função política, ou a confrontação entre Direito e Política.¹⁷ Com essa interação se dá a institucionalização de uma nova forma de interação entre os Poderes, o que faz com que se questione “el desplazamiento de las decisiones políticas, especialmente del legislador, por la jurisdicción constitucional”,¹⁸ cenário em que os tribunais constitucionais atuam como uma peça que fortalece e protege a divisão de Poderes ou a supressão dos demais Poderes do Estado,¹⁹ favorecendo protagonismos e supremacias.

Em razão dos questionamentos sobre a legitimidade da atuação jurisdicional, é comum que se encontrem, na fundamentação das decisões – o que é facilmente verificável no que se refere ao Supremo Tribunal Federal – argumentos que buscam demonstrar sua legitimidade decisória com base na Constituição, em leis ou mesmo em precedentes já firmados.²⁰ Embora Waldron destaque essa preocupação como algo positivo, a crítica feita por Maus se centra no aspecto de constante reforço dos precedentes já firmados, os quais passam a fundamentar as decisões mais em uma história constitucional de natureza jurisprudencial – de modo auto-referencial – do que no conteúdo da Constituição²¹ mesma.

É inegável, nesse sentido, a existência de um certo “paternalismo”²² associado ao Supremo Tribunal Federal, o qual decorre, dentre outros aspectos, do fato de que “a uma política desmoralizada, sobrepõe-se um Poder Judiciário que traz notas de

¹⁵ Hennig Leal, “Neoconstitucionalismo, judicialización y actuación del Supremo Tribunal Federal brasileño en el control jurisdiccional de Políticas Públicas”.

¹⁶ Mônia Clarissa Hennig Leal, “La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿existe realmente “un” o “el” activismo?”, *Estudios Constitucionales* 10, n.º 2 (2012): 429-454.

¹⁷ Peter Häberle, “El Tribunal Constitucional como poder político”, *Revista de Estudios Políticos Nova Época*, n.º 125 (2004): 9-37.

¹⁸ Peter Häberle, *Tiempo y Constitución: ámbito público y jurisdicción constitucional* (Lima: Palestra, 2017), 122.

¹⁹ Häberle, *Tiempo y Constitución: ámbito público y jurisdicción constitucional*.

²⁰ Waldron, “A Essência da Oposição ao Judicial Review”, 119.

²¹ Ingeborg Maus, “Separação dos Poderes e Função Judiciária. Uma Perspectiva Teórico Democrática”, em *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*, ed. por Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010), 192.

²² Stephan Kirste, “Autonomia e direito à autolesão. Para uma crítica do Paternalismo”, *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, n.º. 14 (2013): 73-86. Interessante crítica sobre a expressão “paternalismo” e o paternalismo jurídico.

esperança ao imaginário popular”.²³ Na mesma linha, também Hirschl, sob uma perspectiva funcionalista,²⁴ destaca que a expansão da atuação da jurisdição “derives from a structural, organic political problem such as a weak, decentralized, or chronically deadlocked political system. The less functional the political system is in a given democracy, the greater the likelihood of expansive judicial power in that polity”.²⁵

Assim, conforme Mendes, a “forma convencional de olhar para o controle de constitucionalidade superestima seu papel e sua responsabilidade, ao mesmo tempo em que atrofia o dos outros Poderes. A Constituição [...] passa a ter um único centro de gravidade”,²⁶ deixando aos demais Poderes papéis coadjuvantes. A supremacia judicial não se confunde, todavia, com a realização do controle de constitucionalidade, ou mesmo com a noção de monopólio judicial, que se caracteriza por conferir ao Poder Judiciário “a única palavra em matéria de interpretação constitucional (uma espécie de ‘reserva judicial’), enquanto que a ‘supremacia judicial’ admite que o legislador tenha a primeira palavra, conferindo, porém, ao Judiciário, a última”.²⁷

A referida supremacia, marcada por um empoderamento, protagonismo e centralidade judiciais, é o subproduto da interação de três grupos-chave: elites sociais, econômicas e judiciais.²⁸ Ou seja: o protagonismo judicial decorreria de uma soma de interesses de diferentes elites, que, com a finalidade de manterem sua hegemonia, “entregam” poderes, por meio de um apoio indireto, ao Poder Judiciário,²⁹ desequilibrando a balança que sustenta a separação de Poderes e de funções consagrada constitucionalmente.

²³ Lara Freire Bezerra de Sant’Anna, *Judiciário como Guardião da Constituição: Democracia ou Guardiania?* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014), 37.

²⁴ Sustenta o autor a existência de três grandes categorias dentro das teorias de transformação constitucional: teorias evolucionistas, funcionalistas e modelos econômicos institucionais, as quais analisa e apresenta também críticas em sua obra.

²⁵ Ran Hirschl, *Towards juristocracy. The origins and consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge: Harvard University Press, 2004), 34. Tradução livre: “deriva de um problema político orgânico estrutural, como um sistema político fraco, descentralizado ou cronicamente fechado. Quanto menos funcional for o sistema político em uma determinada democracia, maior a probabilidade de expansão do Poder Judiciário nesse sistema político”.

²⁶ Conrado Hübner Mendes, “Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação” (tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2008), 5.

²⁷ Rodrigo Brandão, *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012), 15.

²⁸ Hirschl, *Towards juristocracy. The origins and consequences of the New Constitutionalism*. A partir de uma interação estratégica, na qual elites sociais que se veem ameaçadas buscam manter sua hegemonia política através do isolamento dos processos de decisão da política democrática, elites econômicas vislumbram a possibilidade de criação de agendas econômicas neoliberais por meio da constitucionalização de certas liberdades, voltando-se ao antiestatismo e à pouca ou nenhuma regulamentação econômica e, por fim, elites judiciais e tribunais superiores buscam uma melhora de sua reputação internacional, bem como de sua influência política.

²⁹ Hirschl, *Towards juristocracy. The origins and consequences of the New Constitutionalism*.

É imperioso destacar, também, nesse sentido, o próprio interesse legislativo de que determinadas questões sejam levadas ao Poder Judiciário, contribuindo para uma supremacia judicial, como forma eficaz de diminuir o custo de algumas decisões políticas que ainda se configuram como tabus sociais,³⁰ como, por exemplo, as uniões homoafetivas e a possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencéfalos, julgadas pelo Judiciário brasileiro. Por outro lado, algumas correntes defendem que, quanto maior a independência judicial, mais difícil será a modificação de políticas – inclusive políticas públicas – impostas ao governo apenas por meio de vontades políticas em transição,³¹ preservando direitos conquistados e evitando mudanças significativas em posicionamentos dos poderes políticos.

É imprescindível, diante de todo o exposto, que se questione, permanentemente, “cómo la jurisdicción constitucional se plantea y debería plantearse estos problemas fundamentales, y dónde radican los posibles límites para una solución interpretativa del problema”.³² O certo é que posições pautadas na supressão ou esvaziamento de algum dos Poderes deixam de lado a harmonia e articulação entre Judiciário, Legislativo e Executivo, afrontando a noção de separação de Poderes.

A adoção, por parte do Poder Judiciário, de posicionamentos ativistas e supremacistas se contrapõe, por sua vez, a outras posturas, como a autocontenção (*self restraint*), pautadas no reconhecimento de um espaço legislativo de atuação, cabendo compreendê-las, especialmente frente às omissões estatais e à utilização de mecanismos como o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)³³ como ferramentas para suprir omissões legais. O ministro Marco Aurélio, vencido, assentou, nesse sentido, que a ADO consiste em uma

³⁰ Bezerra de Sant’Anna, *Judiciário como Guardião da Constituição: Democracia ou Guerdiania?*, 37.

³¹ Hirschl, *Towards juristocracy. The origins and consequences of the New Constitutionalism*.

³² Häberle, *Tiempo y Constitución: ámbito público y jurisdicción constitucional*, 145.

³³ Teori Albino Zavascki, *Eficácia das sentenças na Jurisdição Constitucional* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012). O autor se refere aos diferentes sistemas de controle de constitucionalidade de normas adotados no Brasil. Os dois instrumentos têm como finalidade sanar uma omissão legislativa, possuindo o Mandado de Injunção, disciplinado no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, a natureza de um remédio constitucional, passível de utilização no controle difuso de constitucionalidade, tendo a omissão legislativa como um óbice à realização de um direito fundamental, enquanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, trazida na Lei n.º 9868/99 e complementada pela Lei n.º 12.063/09, em seu artigo 12, é ação própria do controle concentrado de constitucionalidade, possuindo legitimados específicos para sua propositura, visando a uma declaração de omissão total ou parcial na criação de norma determinada pela Constituição.

“ação simplesmente declaratória e não declaratória e constitutiva”,³⁴ diante do que preceitua o artigo 103, § 2º, da Constituição Federal brasileira.³⁵

A autocontenção judicial ou *self restraint*, enquanto postura e concepção sustentada argumentativamente (não se tratando, portanto, de algo pré-determinado), se sustenta na compreensão de que não compete à jurisdição constitucional apreciar as finalidades ou meios contidos na norma,³⁶ não devendo o Poder Judiciário alargar sua atuação imiscuindo-se naquilo que se constitui em tarefa precipuamente reservada ao legislador. A discussão sobre a legitimidade da *judicial review* em determinados contextos, como destaca Waldron, se sustenta também na existência de pontos de análise muito distintos, ou seja: as razões apresentadas por um Tribunal acerca da legislação dificilmente serão aquelas examinadas em uma discussão deliberativa por um agente político ideal,³⁷ usurpando o Poder Judiciário, em certa medida, o espaço próprio para o debate legislativo.

O sentido em que se comunica o Poder Judiciário é diverso daquele em que se comunica o Poder Legislativo, uma vez que ambos possuem “códigos” diferentes:³⁸ enquanto o Judiciário trabalha com o código constitucionalidade/inconstitucionalidade, o Legislativo opera com base em pautas políticas e decisões multilaterais que envolvem lógicas de representatividade e maiorias. A incapacidade técnica do Poder Judiciário também é utilizada como fundamento para a adoção de posturas de autocontenção. Nesse sentido, destaca Sarmento que o não reconhecimento por parte dos tribunais dos limites de atuação judicial “que ignore o déficit de expertise dos juízes e não envolva uma certa deferência diante das valorações feitas pelos especialistas dos órgãos estatais competentes quase certamente levará a resultados desastrosos”.³⁹

Em um cenário onde se diminui a margem de apreciação do legislador por meio de Constituições analíticas como a brasileira, associado a uma ampla competência para revisão jurisdicional, cabe questionar como definir as margens de atuação permitidas pelo Direito, abandonando-se a simples classificação em casos fáceis e

³⁴ Voto ministro Marco Aurélio. Brasil: Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=qZUGC_1_oGY.

³⁵ Assim dispõe: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

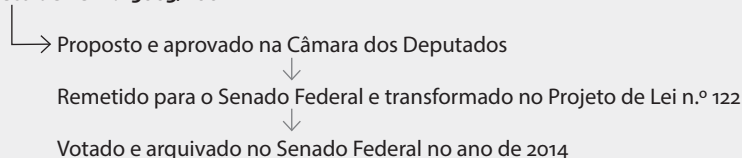
³⁶ Hennig Leal, *Jurisdição Constitucional Aberta*.

³⁷ Waldron, “A Essência da Oposição ao Judicial Review”.

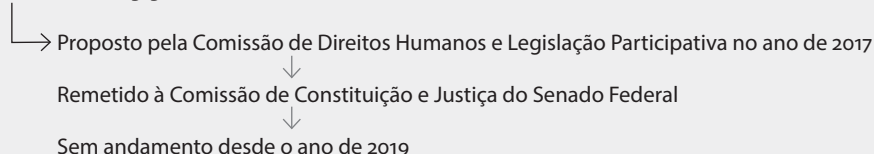
³⁸ Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, *A revisão do Princípio da Separação dos Poderes: por uma teoria da comunicação* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016).

³⁹ Daniel Sarmento, “Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais”, em *Interpretação Constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*, ed. por Bernardo Gonçalves Fernandes (Salvador: Juspodivm, 2010), 154.

Projeto de Lei n.º 5003/2001



Projeto de Lei n.º 515



difíceis.⁴⁰ É inegável que a definição dos limites da atuação judicial é tarefa árdua, tornando difícil limitar a interpretação e a atuação dos tribunais de forma precisa.⁴¹ Mostra-se necessário buscar um equilíbrio em termos de atuação dos tribunais, aliando-se a efetivação de direitos fundamentais ao reconhecimento de uma margem de apreciação do legislador.

Nessa margem legislativa se tem, por sua vez, uma margem estrutural que compreende a determinação dos fins, a escolha dos meios e um espaço de ponderação, e uma margem sistêmica, que compreende uma margem empírica e outra normativa, ou seja: um poder de determinar prioridades políticas que não é, todavia, absoluto.⁴² Significa que “dentro de los márgenes fijados por la Constitución, el legislador goza de libertad para el ejercicio de su función”,⁴³ compreendendo esse espaço “el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan al legislador a la adopción de una u otra fórmula normativa”.⁴⁴ Assim, “o conceito de “margem de acção” se define, precisamente, pela ausência de qualquer tipo de vinculação jurídico material”⁴⁵ do legislador aos direitos fundamentais, no sentido de inexistência de um mandamento ou vinculação constitucional expressa com limites determinados

⁴⁰ Lênio Luiz Streck, “Hermenêutica, constituição, autonomia do Direito e o Direito Fundamental a obter respostas adequadas”, em *Interpretação Constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*, ed. por Bernardo Gonçalves Fernandes (Salvador: Juspodivm, 2010).

⁴¹ Hennig Leal, *Jurisdição Constitucional Aberta*.

⁴² Cristina Queiroz, *O princípio não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial* (Lisboa: Coimbra, 2006).

⁴³ José Ignacio Martínez Estay, “Auto Restricción, Deferencia y Margen de Apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 1 (2014): 372.

⁴⁴ Patricio Zapata Larraín, *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado* (Santiago: Jurídica de Chile, 2008).

⁴⁵ Queiroz, *O princípio não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*.

de atuação, não estando comportada, nessa margem, a omissão legislativa, mas a possibilidade de escolha dos meios adequados para agir.

A inconstitucionalidade não decorre, portanto, única e exclusivamente, da adoção de medidas inconstitucionais, sendo também a omissão (legislativa ou administrativa⁴⁶) uma forma de violação constitucional ao criar obstáculos à concretização de algum direito garantido constitucionalmente, podendo ser de natureza absoluta ou relativa.⁴⁷ Os direitos fundamentais representam, pois, uma limitação de ordem material quanto ao exercício da atividade dos órgãos estatais,⁴⁸ fazendo com que a passividade legislativa viole a exigibilidade desses direitos, e produzindo sua afetação ou prejuízo.⁴⁹

Porém, antes de adentrar na análise da fundamentação utilizada pelos Ministros no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF e no debate acerca de eventual atuação ativista por parte do Supremo Tribunal Federal, é importante destacar a natureza constitucional da ADO, a qual, junto com o Mandado de Injunção, se apresenta como uma das formas de controle das omissões legislativas no contexto jurídico-constitucional brasileiro.

Cabe destacar, nesse sentido, que a utilização de instrumentos visando a sanar omissões legislativas não é parte da tradição brasileira,⁵⁰ tanto que a posição inicial-

⁴⁶ Zavascki, *Eficácia das sentenças na Jurisdição Constitucional*. Não se trata apenas da inexistência de norma, tendo como sujeito violador o legislador, mas também o administrador público ao não observar os princípios da boa administração pública. Nesse sentido, válida a crítica trazida por Hachem [Daniel Wunder Hachem, “Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais” (Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, 2014)] no sentido de que a omissão administrativa ainda não é encarada como uma conduta antijurídica como são as ações violadoras de direitos em razão da herança de um direito administrativo liberal-individualista-subjetivista, que não se adequou às necessidades apresentadas por um Estado orientado por uma Constituição Social.

⁴⁷ Alfonso Jaime Martínez Lazcano, Jaime Cubides Cárdenas e María Camila Moreno Torres, “Análisis comparativo de los mecanismos de protección de derechos humanos en la omisión legislativa dentro del ordenamiento jurídico de México y Colombia”, en *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 2 (2017). Os autores classificam as omissões em: “omisiones absolutas en competencias de ejercicio obligatorio”; “omisiones relativas en competencias de ejercicio obligatorio”, “omisiones absolutas en competencias de ejercicio potestativo” e “omisiones relativas en competencias de ejercicio potestativo”.

⁴⁸ Humberto Nogueira Alcalá, “El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina”, en *Estudios de Derecho Internacional: libro homenaje al Profesor Hugo Llanos Mansilla*, ed. por Hugo Ignacio Llanos Mardones e Eduardo Picand Albónico (Santiago: Abeledo Perrot, 2012).

⁴⁹ Martínez Lazcano, Cubides Cárdenas e Moreno Torres, “Análisis comparativo de los mecanismos de protección de derechos humanos en la omisión legislativa dentro del ordenamiento jurídico de México y Colombia”.

⁵⁰ Em levantamento realizado pelo próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro, entre os anos de 2008 e 2020 foram decididas 65 (sessenta e cinco) Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão, à medida em que as Ações Diretas de Inconstitucionalidade somaram 7.533 (sete mil quinhentas e trinta e três) decisões, representando as ADOs 0,85% do total de Ações

mente adotada pelo Supremo Tribunal Federal foi no sentido de que o Mandado de Injunção teria, tal qual a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), eficácia meramente declaratória, no sentido de cientificação do responsável pela omissão, como uma recomendação para que a omissão fosse suprida.⁵¹

Somente em momento posterior, diante da falta de efeitos concretos da mera cientificação ao legislador, passou o Supremo a considerar o Mandado de Injunção como um remédio constitucional apto a garantir o exercício do direito inviabilizado pela falta de norma, com caráter de regulamentação provisória da norma inexistente, atribuindo-lhe eficácia prospectiva.⁵² Foi no âmbito do direito de greve, que foi objeto de diversos mandados de injunção⁵³ pela mora legislativa quanto à sua regulamentação, que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento que avançou na atribuição dos efeitos da ação, no sentido de que

a mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. [...] Na experiência do direito comparado [...] admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes.⁵⁴

Já a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), em relação à qual a própria doutrina não se debruça de forma aprofundada, mantém em muitos aspectos a natureza meramente declaratória da omissão. Observa o ministro Alexandre de Moraes que “a incompatibilidade entre a *conduta positiva* exigida pela constituição e a *conduta negativa* do Poder Público omisso configura-se na chamada *inconstitucionalidade por omissão*”.⁵⁵ Os debates trazidos na decisão refletem a dificuldade

Diretas de Inconstitucionalidade. No que se refere ao Mandado de Segurança, de 2015 (no ano de 2014 foi editada a súmula n.º 33, que sanou a questão da aposentadoria especial – a qual gerava diversas ações dessa natureza) a 2017, foram julgados 735 (setecentos e trinta e cinco) MIs, praticamente metade do número total de Mandados de Segurança julgados apenas no ano de 2017: 1400 (mil e quatrocentos). As estatísticas podem ser acessadas em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesgeral>.

⁵¹ Zavaski, *Eficácia das sentenças na Jurisdição Constitucional*.

⁵² Zavaski, *Eficácia das sentenças na Jurisdição Constitucional*.

⁵³ Como, por exemplo, os Mandados de Injunção n.º 438/GO, do ano de 1994, n.º 232/RJ, do ano de 1994, n.º 20/DF, do ano de 1996 e n.º 283/DF, do ano de 2003, todos julgados pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

⁵⁴ Supremo Tribunal Federal, *Mandado de Injunção 670*, Relator ministro Gilmar Mendes, julgado em 25 out. 2007.

⁵⁵ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, Voto ministro Alexandre de Moraes.

de determinação dos parâmetros para a verificação de uma omissão, uma vez que é necessário que se extraia do texto constitucional um dever de legislar do Poder Legislativo, bem como a aferição da mora quanto ao cumprimento desse dever, sendo estes pressupostos construídos argumentativamente, na busca da conformação de critérios fáticos e normativos que permitam constatar tal omissão.

A questão central reside, portanto, na eventual existência de uma omissão legal que possibilitaria a atuação jurisdicional quando violados direitos fundamentais protegidos pela Constituição.

Uma vez estabelecidos estes pressupostos, cabe, na sequência, analisar os argumentos trazidos por cada um dos ministros no julgamento da ADO 26, especialmente no que se refere à possibilidade de atuação jurisdicional diante da omissão legislativa em tipificar condutas homofóbicas e transfóbicas, bem como compreender os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro que equiparou as condutas homofóbicas e transfóbicas aos crimes contidos na lei antirracismo.

2. Análise da ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26: a criminalização da homofobia pelo poder judiciário

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, julgada no ano de 2013, foi proposta pelo PPS (Partido Popular Socialista), tendo o ministro Celso de Mello como relator da ação, julgada conjuntamente com o Mandado de Injunção, sobre mesmo tema, nº. 4733, impetrado pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT) no ano de 2012, relatado pelo ministro Edson Fachin. São extraídos da decisão três posicionamentos principais:⁵⁶

1. Majoritário: reconhecimento da mora legislativa, justificada na proteção dos direitos das minorias, equiparação das condutas homofóbicas e transfóbicas ao crime de racismo;
2. reconhecimento da mora legislativa, com ciência ao Congresso Nacional para tomar as medidas legais cabíveis;
3. não-reconhecimento da mora legislativa, sustentado na inexistência de mandamento constitucional ao legislador.⁵⁷

Observa-se que figura, dentre os pedidos apresentados no Mandado de Injunção, o reconhecimento da mora legislativa, com a fixação do prazo de um ano para

⁵⁶ Na tabela constante no Anexo 1 são sistematizadas as posições adotadas e o principal argumento utilizado por cada um dos ministros.

⁵⁷ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019.

elaboração da legislação criminalizadora e, cumulativamente, se ultrapassado este prazo ou entendendo o órgão a desnecessidade no mesmo, “que esta Suprema Corte aplique a corrente concretista geral do mandado de injunção, superando a exigência de lei formal aprovada pelo Congresso”.⁵⁸ Como será analisado, o entendimento firmado de forma majoritária possui um caráter concretista,⁵⁹ realizando uma interpretação conforme a Constituição para abarcar as condutas lgbtfóbicas naquelas tipificadas pela Lei n. 7.716/89.

Como procedimento, solicitadas informações ao Senado Federal, houve inicialmente manifestação do presidente do Senado quanto à improcedência dos pedidos, sob a alegação de que já haveria tipos penais para tais condutas, tais como o homicídio e os crimes contra a honra.⁶⁰ Posteriormente, em nova manifestação, diante dos debates realizados por ocasião do Projeto de Lei do Senado n.º 515, defendeu o presidente do Senado Federal a total improcedência da ação, por entender que “não é a jurisdição constitucional a via mais adequada para solucionar a controvérsia em atenção ao princípio da separação e da harmonia dos Poderes”.⁶¹

O referido projeto, proposto pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa no ano de 2017 – ainda em tramitação⁶² – visa à inclusão dos crimes decorrentes de gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero na proteção dada pela Lei n.º 7.716/89, referente aos crimes de racismo, retomando

⁵⁸ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, p. 3, Voto ministro Ricardo Lewandowski.

⁵⁹ Zavascki, *Eficácia das sentenças na Jurisdição Constitucional*, 18. A natureza da decisão do mandado de injunção é controvertida tanto na doutrina quanto na jurisprudência, existindo uma pluralidade de posicionamentos e havendo quem sustente uma natureza declaratória, mandamental ou constitutiva deste remédio constitucional. Assim, para a *teoria concretista*, a decisão é constitutiva: o tribunal declara a existência de omissão administrativa ou legislativa e implementa o exercício do direito (até que sobrevenha sua regulamentação pelo poder competente), enquanto que, para a *teoria não-concretista*, a decisão consiste no mero reconhecimento formal da inexistência de norma regulamentadora, fazendo uma exortação ao legislador. No Mandado de Injunção n.º 769, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, adotou o Supremo Tribunal Federal o posicionamento de que o Mandado de Injunção gera apenas o reconhecimento do direito de expedição de ato normativo – corrente *não-concretista*. Mas, como sustentou o ministro Teori Zavascki, à época, em sentido contrário a essa posição inicial, passou-se a entender que o mandado de injunção deve ser considerado um remédio que não se limita a recomendar ou a provocar a ação do legislador. Quando necessário, pode e deve ir além, para também garantir o exercício (e, por vezes, até a própria satisfação) dos direitos, liberdades ou prerrogativas reclamados, editando, para tanto, uma espécie de regulamentação provisória da norma faltante.”

⁶⁰ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019.

⁶¹ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, p. 3.

⁶² Em consulta realizada no mês de março/2020, o citado Projeto de Lei se encontra na Comissão de Constituição de Justiça sem movimentações posteriores desde fevereiro do ano de 2019.

a discussão já existente no Projeto de Lei Complementar n.º 122, do ano de 2006.⁶³ Este último é referido na manifestação da Câmara dos Deputados, também consultada, a qual ressalta a posição adotada pela Casa por ocasião da aprovação do Projeto de Lei n.º 5003/2001,⁶⁴ que deu origem ao Projeto de Lei n.º 122, no Senado. A manifestação, contudo, não indica o fato de que houve o arquivamento do mesmo.

No que se refere ao Projeto ainda em tramitação, observa a relatora da Comissão, senadora Regina Sousa, que “a sugestão é oriunda da Ideia Legislativa nº 76.910, que alcançou, no período de 16/06/2017 a 24/06/2017, apoio superior a 20.000 manifestações individuais no portal e-Cidadania, do Senado Federal”,⁶⁵ sendo encaminhada para a Comissão em razão do disposto no artigo 6º da Resolução n.º 19 do Senado Federal,⁶⁶ o qual prevê que, por meio do referido portal, manifestações de cidadãos que atingirem tal adesão serão encaminhadas às comissões respectivas.

Destaca-se que, embora o Projeto de Lei trate da mesma questão suscitada judicialmente, o tema vem sendo debatido legislativamente desde o ano de 2001 – por meio do PL n.º 5003, que deu origem ao PL n.º 122, arquivado no ano de 2014 –, havendo o debate sido retomado no ano de 2017 e estando desde o ano de 2019 na Comissão de Constituição e Justiça, sem avanços, como se sistematiza:

O ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, destaca, em seu voto, as manobras legislativas para o retardamento da aprovação de projetos com as pautas referidas, demonstrando a clara oposição dos congressistas às medidas de criminalização.⁶⁷ É neste sentido que a Procuradoria-Geral da República se manifestou, na presente ação, pela realização de interpretação conforme à Constituição, com equiparação das práticas homofóbicas e transfóbicas ao crime de racismo, disciplinado na Lei 7.716/89, referindo, quanto à mora inconstitucional, que a “existência de projetos de lei em curso no Congresso Nacional não afasta configuração de mora

⁶³ O referido Projeto de Lei Complementar também previa a alteração da Lei n.º 7.716/89, incluindo na tipificação dos crimes de racismo também aqueles resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. O Projeto foi arquivado em 26 de dezembro de 2014 em razão do final da legislatura, não sendo seu desarquivamento solicitado no prazo de sessenta dias após o início da primeira sessão legislativa seguinte – prazo regimental determinado –, demonstrando a falta de interesse na retomada dos debates acerca da criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas há época.

⁶⁴ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019.

⁶⁵ Senado Federal. *Projeto de Lei n.º 515 de 2017*, Relatora senadora Regina Sousa, proposto em 14 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7351969&ts=1567533829842&disposition=inline>, p. 9.

⁶⁶ A resolução pode ser consultada em: <https://legis.senado.leg.br/norma/561835/publicacao/15622229>.

⁶⁷ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, Voto ministro Gilmar Ferreira Mendes.

legislativa, ante período excessivamente longo de tramitação, a frustrar a força normativa da Constituição e a consubstanciar *inertia deliberandi*".⁶⁸

O mesmo posicionamento é reforçado pela ministra Rosa Weber (STF), que evidencia que o afastamento da mora apenas "se dá com a efetiva conclusão do processo legislativo,"⁶⁹ bem como pelo ministro Gilmar Mendes (STF), que observa que "é absolutamente imprevisível o destino das proposições legislativas examinadas". Para além do aspecto estritamente legal, destaca o ministro Alexandre de Moraes (STF) que "a existência de poucas e esparsas políticas públicas e, principalmente, legislações estaduais para combater as práticas homofóbicas e transfóbicas não afasta a omissão constitucional",⁷⁰ uma vez que há uma exigência de uma proteção satisfatória em termos mais abrangentes.

Inevitavelmente, debates sobre os limites da atuação jurisdicional são discutidos, fazendo a maior parte dos ministros referências à necessidade de atuação legislativa e, frente à sua omissão, da legitimidade para atuação do mais alto Tribunal brasileiro. O ministro Marco Aurélio (STF) menciona que "então fala-se em judicialização; é claro que há limites da jurisdição constitucional. A instância hegemônica do Estado Democrático de Direito é o Parlamento, mas o parlamento não atua".⁷¹ Refere, ainda, a condição protagonista que tem assumido o Poder Judiciário e uma defesa doutrinária da atuação do Tribunal em prol dos direitos das minorias, dado o seu caráter contramajoritário.⁷²

A noção de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) e a defesa de mandamentos de criminalização ao legislador – que sinalizariam a omissão constitucional – também são referidas como justificadoras da intervenção jurisdicional frente à omissão legal.⁷³ O caráter contramajoritário da jurisdição constitucional também é trazido como uma justificativa à sua atuação no caso em análise, pois "tal situação culmina por gerar um quadro de (*inaceitável*) *submissão* de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, *gravemente*, por reduzi-lo, o próprio *coeficiente de legitimidade democrática* da instituição parlamentar".⁷⁴

⁶⁸ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*.

⁶⁹ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*. Voto ministra Rosa Weber. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UFUa1EJeDMo&t=23s>.

⁷⁰ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Gilmar Ferreira Mendes.

⁷¹ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UFUa1EJeDMo&t=23s>.

⁷² Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais e justiça constitucional em Estado Democrático de Direito* (Coimbra: Coimbra, 2012).

⁷³ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019.

⁷⁴ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*. Voto ministro Celso de Mello.

Já o ministro Barroso (STF), adotando uma postura mais aberta, coloca que “precisamos estabelecer um diálogo respeitoso com o Congresso Nacional e com a sociedade para que se compreenda qual é o nosso papel nessa circunstância que nós estamos vivendo, à luz da teoria constitucional e à luz da teoria democrática”.⁷⁵ Em mesma linha, o ministro Gilmar Mendes refere que “o caso em tela parece contribuir positivamente para a construção de uma teoria de diálogos institucionais entre os Poderes”, possibilitando uma reação legislativa à decisão jurisdicional.⁷⁶

Observa ainda o ministro que a primazia legal é indiscutivelmente legislativa, mas que a interpretação constitucional é função típica do Supremo Tribunal Federal, existindo uma fronteira entre legislação e interpretação, na qual

o primeiro plano é o seguinte: quando o Congresso atua e produz uma lei, mediante uma decisão política própria, o Supremo Tribunal Federal deve ser deferente para com as escolhas políticas do Congresso e só deve invalidá-las quando não haja margem à dúvida razoável de que esta decisão política violou a Constituição. No entanto, quando o Congresso não atua, em situações em que havia um mandamento constitucional para que atuasse, aí eu penso que o papel do Supremo se amplia legitimamente para fazer valer a Constituição.⁷⁷

Haveria, portanto, diante da omissão legal, “a configuração de uma justa causa legitimadora da intervenção do Poder Judiciário”⁷⁸ para suprir a lacuna legislativa existente, a qual, para o ministro Gilmar Mendes (STF), possui “o mesmo nível de gravidade, ou até maior, do que aquele verificado em outras omissões inconstitucionais que têm historicamente demandado a atuação aditiva do Supremo Tribunal Federal”.⁷⁹

Sustentando a legitimidade da justiça constitucional e diferenciando a criação de um tipo penal inovador e a interpretação conforme desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, o ministro Alexandre de Moraes destaca a necessidade de se compatibilizarem “as ideias de *Democracia*, que se manifesta basicamente pela forma

⁷⁵ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*. Voto ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE&t=2710s>.

⁷⁶ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF* Voto ministro Gilmar Ferreira Mendes, p. 10. Alguns exemplos de reações legislativas ocorridas a partir de decisões judiciais são os casos da fosfoetanolamina e da vaquejada, já analisados sob a ótica dos diálogos institucionais.

⁷⁷ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE&t=2710s>.

⁷⁸ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Gilmar Ferreira Mendes, p. 7.

⁷⁹ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Gilmar Ferreira Mendes, p.11.

representativa, por meio dos Parlamentos, e de *Estado de Direito*, que se manifesta pela consagração da supremacia constitucional e o respeito aos direitos fundamentais”, por meio da colmatação “ainda que provisoriamente, [d]a lacuna constitucional referente ao inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal”.⁸⁰

Celso de Mello (STF), ministro relator da decisão, em mesma linha, refere expressamente a impossibilidade jurídica de tipificação dos crimes e de cominação das penas, afirmando que tal caso configuraria uma substituição ao Congresso Nacional não admitida constitucionalmente, frente ao postulado da reserva legal.⁸¹ Assim, “se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição *que lhe é institucionalmente estranha* (a de legislador positivo), usurpando, *desse modo*, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência *que não lhe pertence*, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes”.⁸²

Há uma notável preocupação, na decisão, em legitimar a atuação jurisdicional a partir da existência da omissão legal, demonstrando-se o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal quanto à “possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, uma espécie de sentença aditiva” quando decididas ações envolvendo a omissão do legislador.⁸³ Destaca Celso de Mello, adotando uma postura concretista, que “o mero apelo ao legislador, *no entanto*, nem sempre se tem demonstrado solução eficaz, *quando não inócua*, em razão da indiferença revelada pelo Poder Legislativo, que persiste, não obstante a decisão emanada desta Corte, em permanecer em estado de crônico e reiterado inadimplemento da prestação legislativa que lhe incumbe promover”,⁸⁴ entendendo ser a interpretação conforme a melhor solução jurídica.

Os limites interpretativos do termo “raça”, diante da discussão acerca da possibilidade de equiparação das condutas transfóbicas e homofóbicas àquelas descritas na Lei n.º 7.716, também são objeto de debate, observando a ministra Rosa Weber (STF), referindo-se ao Caso Ellwanger⁸⁵ – igualmente citado pelos ministros Barroso e Gilmar Mendes – que “não se lhe pode emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica, devendo-se entendê-lo em

⁸⁰ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Alexandre de Moraes, p. 33.

⁸¹ Observa o Ministro que, além de um princípio constitucional, o mesmo é também reconhecido na Convenção Americana da Direitos Humanos, em seu artigo 9º, e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no artigo 15.

⁸² Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Celso de Mello, p. 28.

⁸³ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Gilmar Ferreira Mendes, p. 25.

⁸⁴ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Celso de Mello, p. 65.

⁸⁵ O Caso Ellwanger se refere ao julgamento do Habeas Corpus 82.424/RS, no qual a controvérsia envolvia a divulgação de livros com conteúdo antissemita.

harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional”.⁸⁶

Buscando discutir o termo *raça*, o ministro Celso de Mello (STF) refere, ainda, que não se trata de um conceito meramente fenotípico, e sim de uma construção social. Sustenta que o racismo “traduz, *nada mais* do que um processo de *discriminação e exclusão sociais* de um grupo em relação a outros”,⁸⁷ indicando também o posicionamento já adotado pelo mais alto Tribunal brasileiro ao estender o conceito de *raça*. Traz o ministro Gilmar Mendes (STF), nesse sentido, os debates travados na constituinte, afirmando a intenção do legislador de não restringir o conceito de *raça*, permitindo ampliações não conhecidas à época da criação da Constituição de 1988,⁸⁸ reafirmando, tal como fizeram os demais julgadores, o conceito de *raça* como um conceito político social.

Para o ministro Luiz Fux (STF), não se está criando uma nova figura, mas interpretando-se uma lei infraconstitucional, referindo que o próprio Supremo Tribunal Federal já conceituou o racismo, abarcando “integrantes da comunidade LGBT, judeus, afrodescendentes, tudo isso é racismo”.⁸⁹ O direito à autodeterminação e a ideia de liberdade de autenticidade também são frequentemente invocados, mencionando o ministro Gilmar Mendes (STF) também o direito de autodesenvolvimento (*Selbstentfaltungsrecht*) e “o livre desenvolvimento da personalidade (*freie Entfaltung der Persönlichkeit*)”, protegidos no direito comparado.⁹⁰

Os votos utilizam como um dos principais fundamentos o princípio da igualdade,⁹¹ o qual sustenta as reivindicações de grupos minoritários⁹² que buscam

⁸⁶ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019. Voto Ministra Rosa Weber. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UFUa1EJeDMo&t=23s>.

⁸⁷ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Celso de Mello, p. 78.

⁸⁸ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto Ministro Celso de Mello.

⁸⁹ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UFUa1EJeDMo&t=23s>.

⁹⁰ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Gilmar Ferreira Mendes.

⁹¹ Interessante destacar a crítica de Naia ao referir que “a igualdade foi proclamada como um princípio universal, mas, enquanto uma criação ocidental segue a lógica do universalismo europeu, de maneira que o direito à igualdade, tal como concebido na Modernidade, pressupõe a sistemática negação da diferença”. Helena Reis Naia, *O direito à diversidade: Do Estado Moderno ao Estado Plurinacional* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015), 64.

⁹² Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, pp. 9, 10 e 13. Crítica-se – a partir de pesquisa realizada em nível de mestrado, na qual foram analisadas 83 decisões do órgão e 13 decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos recortadas pela nominação dos grupos em situação de vulnerabilidade na pesquisa jurisprudencial – a falta de conceituação,

reconhecimento de direitos humanos⁹³ em meio às pautas majoritárias. Referindo-se à proteção constitucional do artigo 5º, inciso XLI, no tocante à discriminação, salienta o ministro Ricardo Lewandowski (STF) que tais grupos “não raro, vítimas de preconceito e violência, demandam especial proteção do Estado. Nesse sentido, a criminalização de condutas discriminatórias não é só um passo importante, mas também obrigatório”.⁹⁴

Trazem os Ministros conceituações sobre identidade de gênero, orientação sexual e a expressão LGBT, como o fazem os ministros Celso de Mello, Edson Fachin e Alexandre de Moraes, citando a Opinião Consultiva n.º 24 da Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁹⁵ Demonstra a decisão, nesse sentido, a preocupação em colher fundamentos sobre o tema nos mais diferentes meios e também no alinhamento com os posicionamentos adotados no Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, no qual o país se insere.⁹⁶

A histórica discriminação sofrida pela população LGBT e o caráter cotidiano e reiterado das condutas discriminatórias direcionadas ao grupo – e sua condição de absoluta vulnerabilidade, nas palavras do ministro relator – são reforçados nos votos dos ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Celso de Mello,⁹⁷ enfatizando também o ministro Luís Roberto Barroso a condição de vulnerabilidade do grupo, que exige uma atuação estatal para além da garantia

por parte do Supremo Tribunal Federal, quanto à utilização das terminologias “minorias” e “grupos vulneráveis”, as quais por hora se referem a grupos numericamente minoritários, em condição de vulnerabilidade social ou, também, em condições de vulnerabilidade financeira. A decisão traz, ainda, o termo “grupos sistematicamente excluídos” ou “privados de direitos”, e “grupos oprimidos”, fazendo apenas o ministro Celso de Mello uma referência ao conceito de grupos vulneráveis como espécie do gênero minoria.

⁹³ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Gilmar Ferreira Mendes.

⁹⁴ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Ricardo Lewandowski, p. 8,

⁹⁵ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Ricardo Lewandowski. A Opinião Consultiva foi formulada pela Costa Rica sobre a interpretação do Pacto de San José, tendo a Corte IDH afirmado o reconhecimento da identidade sexual e de gênero como manifestação da autonomia e do direito à identidade, protegidos nos artigos 7 e 11 do Pacto.

⁹⁶ Destaca-se que o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ainda é incipiente, existindo pouquíssimas decisões em que, como realizado no julgamento da ADO n.º 26, são utilizadas decisões da Corte de San José como parte do fundamento da decisão. Por outro lado, é possível constatar uma tendência de progressiva abertura para a realização deste diálogo vertical entre os tribunais. Nesse sentido, ver Mônia Clarissa Hennig Leal, “A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: diálogo entre Cortes?”, em *Direitos Fundamentais na perspectiva da democracia interamericana*, ed. por Ingo Wolfgang Sarlet, Humberto Nogueira Alcalá e Gina Marcílio Pompeu (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019).

⁹⁷ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019.

do direito de orientação sexual, mas também dos direitos à integridade física e psíquica e do direito à própria vida.⁹⁸

O ministro Dias Tóffoli (STF), embora tenha se manifestado pela não criminalização judicial, destacou que todos os votos, “mesmo aqueles que com a divergência apresentada quanto à conclusão, reconhecem o repúdio à discriminação, o repúdio ao ódio, o repúdio ao preconceito e o repúdio à violência por razões de orientação sexual”.⁹⁹ Já o ministro Marco Aurélio (STF), por sua vez, vencido totalmente ao compreender que não houve a existência de mora inconstitucional, registrou que o Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião último da Constituição, não tem falhado na proteção dos grupos vulneráveis ao reconhecer diferentes orientações sexuais e identidades de gênero, atendo-se aos limites constitucionais impostos ao órgão.¹⁰⁰

São feitas referências aos tratados internacionais de direitos humanos, decisões de diferentes comitês, como o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, resoluções da Organização das Nações Unidas (ONU) e Organização dos Estados Americanos (OEA)¹⁰¹ e a Corte Europeia de Direitos Humanos,¹⁰² bem como citadas experiências de países que criminalizaram formas de lgbtfofia, como os Estados Unidos.¹⁰³ As bases convencionais quanto ao direito à igualdade e não-discriminação são, ainda, indicadas pelo ministro Edson Fachin (STF), destacando a ministra Cármen Lúcia (STF) a necessidade de que os ordenamentos internos busquem a concretização de direitos fundamentais e da dignidade humana, independentemente de raça, credo ou opção ideológica.¹⁰⁴

Também relatórios do Ministério de Direitos Humanos e apresentados por grupos de defesa de direitos humanos nacionais e internacionais são utilizados como argumentos, referindo o ministro Marco Aurélio o que chama de “níveis epidêmicos de violência homofóbica”.¹⁰⁵ Utilizando-se de dados dos mesmos relatórios, salientam

⁹⁸ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*.

⁹⁹ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Dias Tóffoli. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=qZUGC_1_oGY.

¹⁰⁰ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=qZUGC_1_oGY.

¹⁰¹ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*.

¹⁰² Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UFUa1EJeDMo&t=23s>.

¹⁰³ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*.

¹⁰⁴ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*.

¹⁰⁵ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UFUa1EJeDMo&t=23s>.

os ministros Celso de Mello e Luís Roberto Barroso que o Brasil possui a posição de país no qual se registra o maior número de assassinatos de pessoas transexuais em todo o mundo.¹⁰⁶

Haveria, portanto, a necessidade de uma atuação objetiva do legislador, visando à garantia de uma efetiva igualdade jurídica aos grupos vulneráveis,¹⁰⁷ que, por sua inércia, tornaria o legislador “complacente, assim, com o descumprimento mortal, fisicamente letal, dos direitos fundamentais”.¹⁰⁸ Relembrando o que caracterizou como “padrão protetivo” do Congresso na implementação de legislações voltadas a grupos vulneráveis, salientou o ministro Alexandre de Moraes (STF) que “a omissão legislativa, com o consequente estado de mora constitucional, persiste, tão somente, em relação às necessárias medidas normativas punitivas quanto às condutas discriminatórias por orientação sexual e identidade de gênero”.¹⁰⁹

Junto ao ministro Dias Tóffoli (STF) – que de forma sintética reconheceu a mora legislativa, mas não deu interpretação que equiparasse condutas transfóbicas e homofóbicas ao crime de racismo –, o ministro Lewandoswki (STF) destacou que “essa omissão contraria frontalmente a Constituição. Assim, entendendo estar configurada mora legislativa inconstitucional na criminalização específica da homofobia e da transfobia”,¹¹⁰ observando que “a Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta”.¹¹¹ Enfatiza também o ministro Marco Aurélio (STF) que apenas a lei punirá discriminações que violem direitos fundamentais, não sendo possível interpretação diferente diante do arcabouço jurídico brasileiro, sendo a criminalização de uma conduta incompatível com os instrumentos jurídicos utilizados.¹¹²

Para ele, o reconhecimento das ações na extensão proposta ofenderia a delimitação da atuação judicial e a relação com os demais Poderes, pois “a estrita

¹⁰⁶ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*.

¹⁰⁷ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*. Voto ministra Rosa Weber. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UFUa1EJeDMo&t=23s>.

¹⁰⁸ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministra Cármen Lúcia.

¹⁰⁹ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Alexandre de Moraes. Refere, quanto às legislações penais protetivas de grupos vulneráveis existentes, a Lei 7.716/89 (raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional), Lei 11.829/2008 (crianças e adolescentes), Lei 7.853/89 (pessoas com deficiência), Lei 11.340/2006 (gênero) e Lei 8.078/90 (consumidores).

¹¹⁰ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, p. 14, Voto ministro Ricardo Lewandowski.

¹¹¹ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, p. 17.

¹¹² Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=qZUGC_1_oGY.

legalidade no que direciona a ortodoxia na interpretação da Constituição Federal em matéria penal não viabiliza ao Tribunal, em desconformidade com expressa e clara restrição contida na lei maior, esvaziar o sentido literal do texto mediante a complementação de tipos penais”.¹¹³ Em sentido oposto, o ministro Celso de Mello (STF) defende que deve, sim, o Supremo Tribunal Federal atuar, “impedindo que razões de pragmatismo (ou de indiferença) governamental ou de mera conveniência de grupos, instituições ou estamentos prevaleçam e deformem, *inclusive mediante comportamento omissivo*, o significado da própria Lei Fundamental”.¹¹⁴

Sinalizando o posicionamento majoritário adotado, no sentido de reconhecimento da mora inconstitucional e criminalização das condutas homofóbicas e transfóbicas, destaca a ministra Rosa Weber (STF) que “há temas em que a palavra se impõe e não o silêncio: este é um deles”,¹¹⁵ defendendo o ministro Luiz Fux (STF), e que acolher o pedido da comunidade LGBT significa “dar a cada um aquilo que é seu”.¹¹⁶ O ministro Gilmar Mendes (STF), por sua vez, conclui que “não há como negar que a ausência de tipo penal específico para a homofobia tem sido óbice à fruição de direitos básicos de pessoas em razão de sua orientação sexual”.¹¹⁷

Já a ministra Cármen Lúcia (STF) assevera que “se se tem a norma, mas não se tem a sua eficácia, direito não há verdadeiramente”, impondo a Constituição uma ordem ao legislador, um dever estatal.¹¹⁸ Defende o ministro Barroso (STF), em mesma linha – uma vez que também reconhece a omissão legal e a necessidade de criminalização das condutas transfóbicas e homofóbicas – que a atuação jurisdicional, no presente caso, é legítima diante da soma de dois elementos: omissão legislativa e direitos fundamentais.¹¹⁹

A ação possui uma particularidade na medida em que “a lacuna não decorre exclusivamente da falta de norma que tipifique o ato atentatório, mas também da própria ofensa à igualdade, uma vez que condutas igualmente reprováveis recebem

¹¹³ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Marco Aurélio.

¹¹⁴ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, p. 150, Voto ministro Celso de Mello.

¹¹⁵ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministra Rosa Weber. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UFUaiEJeDMo&t=23s>.

¹¹⁶ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UFUaiEJeDMo&t=23s>.

¹¹⁷ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Gilmar Ferreira Mendes.

¹¹⁸ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministra Cármen Lúcia.

¹¹⁹ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE&t=2710s>.

tratamento jurídico distinto”.¹²⁰ Embora não identificada desta forma, é possível observar o emprego da noção alemã de “proibição de proteção insuficiente” como fundamento para o posicionamento dos Ministros que sustentam uma obrigação de legislar, em que estaria o Poder Legislativo se omitindo. No mesmo sentido, o ministro Alexandre de Moraes (STF) defende que a Lei 7.716/1989 “veda não somente preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, mas estende a proibição a quaisquer outras formas de discriminação”.¹²¹

A decisão amplia, desta forma, o conceito de racismo, equiparando as práticas homofóbicas e transfóbicas às contidas na Lei Antirracismo (Lei n.º 7.716/1989). O caráter provisório da equiparação, passível de superação legislativa por meio de um diálogo institucional, é, por sua vez, constantemente referido nos votos, que consideram necessário não apenas o reconhecimento da mora inconstitucional, mas também a equiparação das condutas homofóbicas e transfóbicas aos tipos penais da lei antirracismo.

É dado destaque à compatibilidade da atuação do Tribunal e à posição de abertura ao diálogo, com uma provocação à manifestação do Congresso Nacional no tocante à criminalização legal de condutas lgbtfóbicas. A decisão acerta em qualidade argumentativa, sendo buscados fundamentos para sustentar e evidenciar a omissão legal, especialmente diante da necessária demonstração da legitimidade do Supremo Tribunal Federal, ainda que a determinação dos limites de atuação do órgão jurisdicional sempre caia no constante debate sobre a proteção de direitos fundamentais de forma abstrata.

Sendo assim, a demarcação dos limites para fins de aferição de um ativismo judicial e de uma atuação que prime pelos princípios da legalidade e da separação de Poderes se mostra complexa, não conseguindo o mais alto tribunal brasileiro avançar em termos de construção de limites precisos sobre seu papel na relação entre Poderes, contexto em que o argumento sobre sua condição de guardião da Constituição e responsável pela proteção dos direitos fundamentais acaba por servir, mais uma vez, como elemento de legitimação da atuação da jurisdição constitucional.

Conclusão

A atuação da jurisdição constitucional, especialmente no que toca aos limites de atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro, é sempre debatida. Posturas supremacistas e ativistas, por irem além dos complexos, e por vezes indefinidos, limites interpretativos constitucionais estabelecidos são criticadas, colocando em xeque

¹²⁰ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, p. 22, Voto ministro Edson Fachin.

¹²¹ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, p. 42, Voto ministro Alexandre de Moraes.

a legitimidade da *judicial review*. Doutra banda, diante do protagonismo judicial que tem marcado os últimos anos, muitos autores defendem a adoção de posturas de autocontenção judicial e que respeitem a margem de apreciação do legislador, preservando-se a harmonia entre Poderes.

A dificuldade em se estabelecer, com precisão, tais limites, exige do Poder Judiciário, contudo, a boa exposição das razões da decisão e a utilização de argumentos sólidos e concisos que permitam aferir a legitimidade de atuação do mais alto tribunal brasileiro na proteção e promoção de direitos fundamentais. A complexidade das pautas, como aqui analisada, evidencia a natureza política do Judiciário e o deslocamento, por vezes estratégico, dessas decisões, em princípio legislativas, para o espaço judicial, o que é evidenciado pelo reconhecimento da mora legislativa.

Frente a esses elementos e a partir da análise realizada, respondendo-se ao problema de pesquisa proposto: entende-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal que criminalizou a lgbtfobia, equiparando-a às condutas relativas ao crime de racismo, se sustenta no preenchimento de uma lacuna legislativa deixada pela inegável mora legislativa existente no caso em análise. Diante da violação de direitos desse grupo vulnerável e da falta de vontade política na criminalização das condutas, demonstrada pelo arquivamento das pautas relacionadas ao tema durante mais de dez anos, é afirmada a legitimidade da atuação jurisdicional que dá interpretação conforme à Lei Antirracismo, ampliando o conceito de raça.

Inexistindo a referida mora, reforçam os ministros que o espaço de atuação legislativa deveria ser preservado com a adoção de uma postura que reconhecesse a margem de apreciação do legislador. No entanto, a mora legislativa, evidenciada no caso concreto, deixaria espaço para a utilização de técnicas interpretativas que, de maneira provisória, resguardam direitos de um grupo vulnerabilizado socialmente. Cabe, agora, ao Congresso Nacional posicionar-se de maneira definitiva sobre o tema, seja criminalizando pela via legislativa as condutas homo e transfóbicas, seja superando argumentativamente a decisão jurisdicional.

Referências

- BARROSO, Luis Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. *[Syn]Thesis* 5, n.º. 1, (2012): 23-32.
- BEZERRA DE SANT’ANNA, Lara Freire. *Judiciário como guardião da Constituição: democracia ou guardiania?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- GARRORENA MORALES, Ángel. *Derecho Constitucional: Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

- GERVASONI, Tássia Aparecida e Mônia Clarissa HENNIG LEAL. *Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Multideia, 2013.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2006.
- HÄBERLE, Peter. “El Tribunal Constitucional como poder político”. *Revista de Estudos Políticos Nova Época*, n.º 125 (2004): 9-37.
- HÄBERLE, Peter. *Tiempo y Constitución: ámbito público y jurisdicción constitucional*. Lima: Palestra, 2017.
- HACHEM WUNDER, Daniel. “Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais”. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. 2014.
- HASSAN RIBEIRO, Diógenes Vicente. *A revisão do Princípio da Separação dos Poderes: por uma teoria da comunicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. “La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿existe realmente “un” o “el” activismo?”. *Estudios Constitucionales* 10, n.º 2 (2012): 429-454.
- HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. “Neoconstitucionalismo, judicialización y actuación del Supremo Tribunal Federal brasileño en el control jurisdiccional de Políticas Públicas”. En *Teoría Constitucional: ensayos escogidos*, editado por José Ignacio NUÑEZ LEIVA, 123-150. Santiago de Chile: Finis Terrae, 2014.
- HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. “A Corte Interamericana de Derechos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: diálogo entre Cortes?”. Em *Direitos Fundamentais na perspectiva da democracia interamericana*, editado por Ingo Wolfgang SARLET, Humberto NOGUEIRA ALCALÁ E Gina MARCÍLIO POMPEU, 359-379. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- KIRSTE, Stephan. “Autonomia e direito à autolesão. Para uma crítica do Paternalismo”. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, n.º. 14 (2013): 73-86.
- MARTINEZ ESTAY, José Ignacio. “Auto restricción, deferencia y margen de Apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 1 (2014): 365-396.
- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso JAIME, Jaime CUBIDES CÁRDENAS e María Camila MORENO TORRES. “Análisis comparativo de los mecanismos de protección de derechos humanos en la omisión legislativa dentro del ordenamiento jurídico de México y Colombia”. *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 2 (2017): 229-272.
- MAUS, Ingeborg. “Separação dos poderes e função judiciária. Uma perspectiva teórico democrática”. Em *Legitimidade da jurisdição constitucional*, editado por

- Antonio Carlos ALPINO BIGONHA e Luiz MOREIRA, 17-65. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MENDES HÜBNER, Conrado. “Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação”. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2008.
- NAIA REIS, Helena. *O direito à diversidade: do Estado Moderno ao Estado Plurinacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina”. En *Estudios de Derecho Internacional: libro homenaje al Profesor Hugo Llanos Mansilla*, editado por Hugo Ignacio LLANOS MARDONES y Eduardo PICAND ALBÓNICO, 301-350. Santiago: Abeledo Perrot, 2012.
- NOVAIS REIS, Jorge. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado democrático de direito*. Coimbra: Coimbra, 2012.
- QUEIROZ, Cristina. *O princípio não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Lisboa: Coimbra, 2006.
- SARMENTO, Daniel. “Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais”. Em *Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*, editado por Bernardo GONÇALVES FERNANDES, 141-160. Salvador: Juspodivm, 2010.
- SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei n.º 515 de 2017*, Relatora Senadora Regina Sousa, proposto em 14 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7351969&ts=1567533829842&disposition=inline>.
- STONE SWEET, Alec. *Governing with judges*. Oxford University Press: New York, 2010.
- STRECK, Lênio Luiz. “Hermenêutica, constituição, autonomia do Direito e o direito fundamental a obter respostas adequadas”. Em *Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*, editado por Bernardo GONÇALVES FERNANDES, 217-246. Salvador: Juspodivm, 2010.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Relator Ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção 670*, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 25 out. 2007.
- WALDRON, Jeremy. “A essência da oposição ao Judicial Review”. Em *Legitimidade da jurisdição constitucional* editado por Antonio Carlos ALPINO BIGONHA e Luiz MOREIRA, 93-157. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ZAPATA LARRAÍN, Patricio. *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*. Santiago: Jurídica de Chile, 2008.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ANEXO 1

Posicionamento	Ministro	Justificativa
Não há mora legislativa	Marco Aurélio	“Eventual omissão pela criminalização, a partir do vocábulo/ gênero ‘punirá’, de condutas motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero real ou suposta da vítima há que se dar na esfera própria, em outra parte na praça dos três Poderes, que não o plenário do Supremo, não podendo possível omissão ser suplantada por exegese extensiva da legislação em vigor”, “deixando de reconhecer, assim, omissão legislativa quanto à criminalização, que não está referida no texto constitucional, específica da homofobia e da transfobia”.
Reconhecimento da mora legislativa, mas criminalização cabe ao Poder Legislativo	Ricardo Lewandowski	“Muito poderia ser feito para proteger esses grupos minoritários, e a criminalização de condutas seria um passo importante. Parece-me incontestado que se deve reconhecer a mora legislativa neste sentido. Entretanto, a par de reconhecer a mora legislativa, pouco pode esta Corte fazer, não é viável invocar os precedentes concretistas firmados nos Mandados de Injunção – MIs 670, 708 e 712 por conta de uma distinção fundamental a incidir neste caso: este processo diz respeito à matéria penal, sujeita à reserva legal absoluta”.
	Dias Tóffoli	Limita-se a acompanhar o voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski.
Reconhecimento da mora legislativa e interpretação pela criminalização da LGBTfobia por meio dos tipos penais aplicáveis ao racismo (Lei n.º 7.716/89)	Cármem Lúcia	“nesses mais de trinta anos após a promulgação da Constituição do Brasil, definidora da dignidade humana e da pluralidade, da liberdade de todos, após tantas mortes causadas aos homossexuais e aos transexuais, após tanto ódio e incitação contra eles, a despeito de tantos documentos assinados pelo Estado brasileiro, acolhido no ordenamento, reafirmando a escolha brasileira pela democracia em benefício de todas as formas de exercício e de manifestação da liberdade, assecuratórias do direito de cada um ser o que é, sem ser discriminado, violentado, aviltado ou associado, não há como desconhecer a inércia contrastante da Constituição pelo legislador brasileiro”.
	Celso de Mello	“O que estou a propor, como anteriormente acentuei, limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (a Lei nº 7.716/89, no caso), na medida em que atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social”.

Posicionamiento	Ministro	Justificativa
Reconocimiento da mora legislativa e interpretação pela criminalização da LGBTfobia por meio dos tipos penais aplicáveis ao racismo (Lei n.º 7.716/89)	Edson Fachin	“Em casos tais, a Constituição Federal assegura aos cidadãos o controle da omissão legislativa, legitimando os que tenham por inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais à impetração de mandado de injunção. Noutras palavras: há um mandado constitucional de criminalização e há mora legislativa em regulamentar o tema. O mandado de injunção é, pois, a garantia para a efetividade do direito protegido pelo mandado de criminalização”.
	Gilmar Ferreira Mendes	“afigura-se compatível com o Texto Constitucional a solução interpretativa do art. 20 da Lei 7.716/1989, que já criminaliza a prática, indução ou incitação da “discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, para que tal norma também seja utilizada com a finalidade de cumprir integralmente o dever de proteção capitulado no art. 5º, XLI, da Constituição, estendendo-se a tipificação a atos de homofobia e transfobia”.
	Luís Roberto Barroso	“Aqui é um caso típico em que o processo político majoritário não dá conta de fazer valer o comando Constitucional. [...] As informações prestadas pelo Senado e pela Câmara noticiam a quantidade de projetos que tentaram tratar deste assunto e que terminaram resultando em nenhuma lei efetiva”.
	Luiz Fux	“É mais do que inequívoca a inércia legislativa. Esses projetos não caminham, esses projetos não andam [...]. É nesse sentido que se impõe a judicialização dessa questão e a palavra final do Poder Judiciário, porque as vezes voz e voto não são suficientes”.
	Alexandre de Moraes	“A supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República obrigam o intérprete, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função interpretativa, a aplicar não só <i>a norma mais favorável à proteção aos Direitos Humanos</i> , mas, também, a eleger em seu processo hermenêutico, a interpretação que lhe garanta a maior e mais ampla proteção”.
	Rosa Weber	“Enquanto persistir o estado de mora inconstitucional aplica-se aos crimes praticados com motivação homofóbica ou transfóbica, mediante interpretação conforme da Constituição, a lei 7716 de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”.

J. Ignacio Núñez Leiva* (Chile)

Los principios en las sentencias del Tribunal Constitucional chileno**

RESUMEN

El presente trabajo pasa lista a algunas problemáticas que circulan en torno a los principios, especialmente su omnipresencia, carácter polisémico, diferentes maneras en que emergen en los sistemas jurídicos y la contraposición que de ellos se hace con las reglas. A partir de su multiplicidad semántica, proporciona ejemplos de que el Tribunal Constitucional chileno confiere diferentes concepciones al concepto de *principio*. Para ello, nos valemos de una reputada taxonomía de la noción de principio elaborada por Luis Prieto Sanchís.

Palabras clave: principios jurídicos; jurisprudencia constitucional; interpretación constitucional.

Principles in the decisions of the Chilean Constitutional Court

ABSTRACT

This work lists some problems that revolve around principles, especially their omnipresence, polysemic nature, different ways in which they emerge in legal systems,

* Abogado y licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile; diplomado en Metodologías de Investigación e Intervención Social, Universidad Alberto Hurtado; diplomado en Derechos Humanos con mención en Educación en Derechos Humanos, Universidad Católica del Uruguay; especialista en Constitucionalismo y Garantismo; especialista en Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales, Universidad de Castilla La Mancha (España); magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile; diploma de Estudios Avanzados (DEA) en Filosofía del Derecho y doctor en Derecho, Universidad de Castilla La Mancha. jnunez@uc.cl / jose.nunez@ucentral.cl <https://orcid.org/0000-0003-4427-6562>.

** La elaboración del presente trabajo no hubiera sido posible sin la contribución de Alejandra Poillot.

and their opposition to rules. Based on their semantic multiplicity, the article provides examples of how the Chilean Constitutional Court confers different conceptions on the notion of *principle*. For this purpose, we make use of a reputed taxonomy of the notion of principle elaborated by Luis Prieto Sanchís.

Keywords: Legal principles; constitutional jurisprudence; constitutional interpretation.

Die Urteilsgrundlagen des chilenischen Verfassungsgerichts

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Arbeit geht auf einige Probleme im Zusammenhang mit den Urteilsgrundlagen ein, insbesondere ihre Omnipräsenz, ihren polysemischen Charakter, ihr unterschiedliches Auftreten in den Rechtssystemen und den Gegensatz, der zwischen ihnen und den Regelungen konstruiert wird. Ausgehend von ihrer semantischen Vielschichtigkeit belegt der Beitrag anhand von Beispielen, dass das chilenische Verfassungsgericht dem Begriff der *Grundlage* unterschiedliche Bedeutungen zuordnet. Die vorliegende Text stützt sich auf eine von Luis Prieto Sanchís ausgearbeitete anerkannte Taxonomie des Grundlagenbegriffs.

Schlagwörter: Rechtliche Grundlagen; Verfassungsrechtsprechung; Verfassungsinterpretation.

Introducción

El concepto de *principio* es de frecuente empleo en el discurso de los juristas. Este término es utilizado con insistencia en las teorías del caso con que abogados patrocinan intereses en los tribunales, figura en forma asidua en la dogmática jurídica (ya sea en manuales, tratados, trabajos científicos, etc.), al mismo tiempo que forma parte del repertorio permanente de las resoluciones jurisdiccionales. Y cuando los principios se encuentran consignados –directa o indirectamente– en la constitución, su impacto es mayor pues se hallan premunidos de la supremacía, rigidez y garantía que ostenta la carta fundamental, factor que torna especialmente interesante el estudio y análisis de los criterios con que el Tribunal Constitucional chileno asigna el carácter de principio a ciertas normas contenidas en la Constitución.

En torno a los principios circulan múltiples problemas; de la mayoría de ellos no nos haremos cargo en este trabajo. No nos ocuparemos de identificar el rol que de conformidad con el sistema jurídico chileno han de desempeñar los denominados principios, ni de su biografía o árbol genealógico, mucho menos de verificar –o evaluar– la corrección de las construcciones teóricas que los contraponen con otras categorías de normas. Tampoco aspiramos a indagar acerca de los instrumentos de interpretación/aplicación más adecuados para incorporar los en la argumentación jurídica, sea en el rol de parte o en la posición de adjudicador. No intentaremos

adentrarnos en las repercusiones políticas que su aplicación pueda producir. Mucho menos aspiramos a proponer un concepto de principio o una clasificación ideal. Únicamente intentaremos probar que el Tribunal Constitucional chileno utiliza el concepto de principio en varios de los posibles significados predicables respecto de este tipo de preceptos. Cuestión que resulta particularmente interesante en momentos en los que se discute en Chile sobre un cambio de Constitución y una reformulación de la jurisdicción constitucional.

El análisis que desarrollaremos se organiza de la siguiente forma: en primer lugar, revisaremos el portentoso ámbito de influencia que ostentan las normas identificadas como principios; luego, pondremos en relieve las complejas aristas en torno a la asignación de tal estatus; posteriormente, reseñaremos algunas de las concepciones predicables respecto del concepto de principio; a continuación, nos detendremos brevemente a mencionar algunas de las aristas de la aparente dialéctica entre reglas y principios, aportaremos evidencia en torno al diverso empleo de tal concepto por parte del Tribunal Constitucional chileno, para finalizar con algunas reflexiones.

1. La omnipresencia de los principios

Leguina Villa sostuvo hace ya un tiempo que “parece ocioso insistir en el hecho, hoy generalmente admitido, de que los principios ocupan un lugar central en la teoría general del derecho y en el sistema de producción y aplicación normativa de los ordenamientos jurídicos contemporáneos”.¹

Lo señalado constituye un certero diagnóstico. Aquello que los juristas suelen denominar principios pareciera gozar de una palmaria idoneidad para modificar el tejido normativo,² pues los papeles tradicionalmente asignados a ellos han sido diversos, pero siempre protagónicos: i) suministrar coherencia a los ordenamientos jurídicos; ii) conferirles plenitud;³ iii) ayudar a resolver los problemas de vaguedad, indeterminación y textura abierta de algunas de sus normas,⁴ además de iv) dotarlos de cierta justicia material en su aplicación.⁵ Se adiciona a las

¹ Jesús Leguina Villa, “Principios generales del derecho y constitución”, *Revista de Administración Pública*, n.º 114 (1987): 7.

² Claudio Luzzati, *El principio de autoridad y la autoridad de los principios* (Madrid: Marcial Pons, 2013), p. 20.

³ En palabras de Guastini, “Los principios, entonces, son reclamados aquí como instrumentos para la integración del derecho en presencia de lagunas” [Riccardo Guastini, *Distinguendo* (Barcelona: Marcial Pons, 1999), 165].

⁴ Hasta acá nos referimos al catálogo de los que habitualmente se denominan “casos difíciles”, según un listado propuesto por Agustín Squella, “Principios y positivismo jurídico”, en *Principios jurídicos, análisis y crítica*, coord. por Flavia Carbonell, Raúl Letelier y Rodrigo Coloma (Santiago: Thomson Reuters, 2011).

⁵ Función deconstructiva, la llamaría Luzzati (*El principio...*, 32). Mientras que “máquina de lagunas axiológicas” sería la denominación de Guastini [Riccardo Guastini, *Teoría e*

anteriores funciones, en el caso de que los principios tengan rango constitucional, v) operar como parámetro de interpretación de normas inferiores y vi) funcionar como norma sobre la producción jurídica.⁶ Esta asignación de roles se constata desde los primeros empleos de la rúbrica –en sentido historiográfico– hasta las complejas conjeturas que en la actualidad se debaten al contrastarlos con las reglas.

También pareciera haber cierto acuerdo en torno a la omnipresencia de la noción de principio en el transcurso de la historia del derecho. Pérez Luño, por ejemplo, parafrasea alusiones a ellos en el título “*De regulis iuris*” del *Digesto*, en particular la siguiente referencia:

“*Regula est quae rem, quae est, breviter enarrat*” (regla es lo que expone brevemente la cosa tal cual es). Mientras que: “*non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat*”; es decir, el derecho no emana de la regla (principio), sino que esta procede del derecho establecido (*Digesto*, 50,17,1).⁷

Beladiez Rojo, por su parte, en su libro *Los principios jurídicos*, relata que luego de la Época Antigua los principios fueron pacíficamente entendidos como componentes basales del derecho, puesto que

... hasta la Edad Moderna el fundamento del Derecho se encontraba en el Derecho natural, entendiendo este como el derivado de la ley divina eterna [...] Hasta el siglo XIX, por tanto, el Derecho se fundamenta en un Derecho ideal, compuesto por un conjunto de verdades primeras, eternas e inmutables, ya se considere que se derivaban de la ley eterna, o que no sean más que un producto intelectual.⁸

Con posterioridad a la Edad Media fue el empeño codificador,⁹ estimulado por la filosofía de la Ilustración, el que confirió un nuevo espacio y rol a los principios,

ideología de la interpretación constitucional (Madrid: Trotta, 2010), 91].

⁶ Estos últimos dos roles no se vinculan con soluciones a casos difíciles, sino que forman parte de la actividad habitual de los ordenamientos constitucionalizados (Guastini, *Distin-guiendo*, 162-163). Con todo, reconocemos que la función 5 podría entenderse como parte de la función 3 de nuestro listado. Hemos preferido referenciarlas aparte para destacar el impacto de los principios contenidos implícita o explícitamente en las constituciones en las que se ha denominado interpretación conforme a la carta.

⁷ Antonio Pérez Luño, “Los principios generales del derecho ¿un mito jurídico?”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.º 98 (1997): 7.

⁸ Margarita Beladiez Rojo, *Los principios jurídicos* (Madrid: Civitas, 2010), 23-24.

⁹ El conocido artículo 7 del Código Civil austriaco sería una de las primeras evidencias disponibles para acreditar este tipo de afirmaciones: “Si no se puede decidir una cuestión jurídica ni conforme a las palabras, ni según el sentido literal de una ley, se tendrá en cuenta lo que se decida por la ley en los casos semejantes y en los fundamentos de otras leyes análogas. Si resultase aún dudoso el caso que se decidirá, de acuerdo con las circunstancias

designados también desde ese momento “principios generales del derecho”.¹⁰ Por eso algunos autores, como Rodríguez Boente, señalan que esta última expresión halla sus raíces en la escuela clásica del derecho natural de los siglos XVII y XVIII.¹¹ Desde la segunda mitad del siglo XX extendieron su influencia al derecho internacional público¹² y, en la actualidad, las consecuencias de la constitucionalización del derecho,¹³ particularmente la existencia de constituciones axiológicamente cargadas que ostentan mecanismos de garantía de su supremacía, mantienen –aunque con aristas y problemáticas diferentes– a los principios en los capítulos fundamentales de las reflexiones jurídicas. Al mismo tiempo que los instalan como objeto de reflexión, no solo para los estudiosos de la historia del derecho, el derecho romano o el derecho privado, sino también para constitucionalistas y teóricos del derecho.¹⁴

Con certeza, la omnipresencia del concepto de principio a través de la historia de los sistemas jurídicos, junto a la colonización que han efectuado en prácticamente todas las subdisciplinas jurídicas, su versatilidad funcional y el masivo uso que de este han hecho los juristas en sus diferentes tipos de discursos (dogmáticos, profesionales o jurisdiccionales, por mencionar algunos), son factores que han alimentado su carácter polisémico. Condición con la que hoy debe lidiar la judicatura constitucional cuando en ejercicio de sus funciones acude a las normas contenidas en las cartas fundamentales a las que se les atribuye la índole de principios para efectuar el control de constitucionalidad de las leyes.

2. La identificación de los principios

Los principios se insertan de diversas maneras en los sistemas jurídicos. Algunas de estas maneras implican la existencia de operaciones interpretativas y argumentativas (aparentemente) complejas y, por eso, controvertibles. El primer asunto, en orden lógico, al que debemos atender cuando empleamos u observamos el uso de

cuidadosamente recogidas y maduradamente pesadas, según los principios jurídicos naturales” [Sonia Rodríguez Boente, *Los principios generales del derecho* (Santiago: Universidad de Santiago de Compostela, 2008), 19].

¹⁰ Beladiez Rojo, *Los principios...*, 24 y ss.

¹¹ Rodríguez Boente, *Los principios...*, 17.

¹² Véase María Angélica Benavides y José Ignacio Núñez, “Los principios en el derecho internacional: ¿una fuente del derecho o una fuente de interrogantes?”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Uruguay*, n.º 16 (2017): 31-46.

¹³ Aunque para otros –como Ruiz Manero– el impulso vigorizante de las discusiones actuales en torno a los principios (especialmente en sede de teoría del derecho) provendría de las aportaciones de Dworkin en “El modelo de las reglas” de 1967 [Juan Ruiz Manero, “Principios jurídicos”, en *El derecho y la justicia*, ed. por Ernesto Garzón y Francisco Laporta (Madrid: Trotta, 2000), 149].

¹⁴ Sobre el particular, véase José Ignacio Núñez, *Jurisdicción constitucional: las implicancias del neoconstitucionalismo* (Santiago: DER Ediciones, 2019).

principios es la justificación en virtud de la cual se le confiere el estatus de principio a una (presunta) norma.

En algunas oportunidades –las menos–, nuestros protagonistas figuran en las que Guastini denomina disposiciones de principio, esto es, enunciados normativos que califican de principio a las normas que contienen. Tal es el caso, por ejemplo, del inciso primero del artículo octavo de la Constitución chilena cuando menciona el “principio de probidad”. En dichas ocasiones, la identificación de los principios proviene de la autoridad normativa y no requiere participación de algún intérprete (sin perjuicio de que las normas calificadas como principio sí puedan requerir interpretación).

En otros casos –que el mismo autor llama principios explícitos–, ellos se encuentran formulados en uno o varios enunciados normativos de donde pueden ser extraídos, como ocurre con cualquier otra norma, mediante un proceso interpretativo. Así acontece, entre otros, con los principios de juridicidad, supremacía constitucional o separación de poderes.

Algo diferente ocurre con los llamados principios implícitos, los que no se hallan expresamente formulados en algún enunciado constitucional o legislativo, pero que resultan de una elaboración o construcción del intérprete.¹⁵ Un ejemplo de esta clase de principios en la Constitución chilena sería el que se ha dado en llamar principio de subsidiariedad del Estado.¹⁶

Cerramos nuestra taxonomía en torno a la identificación de los principios con el aporte de Wróblewski, quien agrega la existencia de los que denomina principios extrasistemáticos, que se encontrarían fuera de los sistemas jurídicos, domiciliados en el derecho comparado, la práctica judicial generalmente aceptada, la moral o la costumbre.¹⁷

Como puede apreciarse, únicamente en el caso de las *disposiciones de principio* resulta indubitado que estamos frente a una norma de tal especie, aunque aquello –por sí solo– nada nos diga acerca del significado de dicha noción. Pero esa certeza va disminuyendo a medida que nos aproximamos a los principios explícitos e implícitos, pues, allí la pertenencia a la categoría en estudio no depende de una prescripción jurídica, sino de procesos de interpretación/argumentación para ser efectuados con diferentes cantidades de insumos normativos: más en los primeros y menos en los segundos. No en vano Guastini afirma que los principios implícitos son creaciones de los intérpretes del sistema, no realizadas con base en inferencias, sino mediante conjeturas.¹⁸ Y que más decir acerca de los principios extrasistémicos cuya

¹⁵ Guastini, *Distinguiendo*, 41.

¹⁶ Fernando Muñoz, “¿Qué principios aplicamos cuando aplicamos directamente los principios constitucionales?”, en *Principios jurídicos, análisis y crítica*, coord. por Flavia Carbonell, Raúl Letelier y Rodrigo Coloma (Santiago: Thomson Reuters, 2011), 190.

¹⁷ Jerzy Wróblewski, *Sentido y hecho en el derecho* (México: Fontamara, 1998), 206.

¹⁸ Guastini, *Distinguiendo*, 157.

aplicación excede las problemáticas de la argumentación para situarse directamente en el ámbito de la legitimidad: se trata directamente de normas no pertenecientes al sistema, pero que se pretenden aplicar.¹⁹

Lo expresado es razón suficiente para poner atención a los criterios en virtud de los cuales el Tribunal Constitucional chileno asigna cierto estatus a entidades tan disímilmente identificables, funcionalmente dúctiles y semánticamente abiertas, como los principios.

3. El precioso, pero no preciso, significado de los principios²⁰

La vastedad de la alusión a los principios en el derecho –según palabras de García Figueroa– es “solo comparable con el grado de ambigüedad y vaguedad que afecta a esta noción en manos de los juristas”.²¹ Sigue cerniéndose sobre estos –otra vez en palabras de Leguina Villa–

... si no la mayor oscuridad, sí al menos grandes dosis de opacidad, porque ciertamente, en la medida en que parecen no formar una categoría jurídica unitaria, los principios jurídicos [...] siguen siendo para muchos un concepto complejo, oscuro, huidizo, de significación multívoca o ambigua susceptible por lo mismo de albergar productos o mercancías de diferente naturaleza, y cuya utilización en la práctica jurídica acusa a menudo una cierta falta de rigor técnico.²²

Por eso los principios parecen ser uno de los más vistosos artificios fabricados por los juristas, aptos para servir por igual a malabarismos conceptuales que a propósitos ideológicos, de ser útiles para estimular una cierta racionalidad argumentativa, como para encubrir las más disparatadas operaciones hermenéuticas.²³

Con el mismo criterio –en nuestro medio– Rodrigo Coloma ha señalado que

... cuando en el mundo del derecho hablamos de principios, podríamos intentar hacer referencia a distintas clases de enunciados normativos, tanto

¹⁹ Flavia Carbonell y Raúl Letelier, “Principios jurídicos e interpretación democrática del derecho”, en *Principios jurídicos, análisis y crítica*, coord. por Flavia Carbonell, Raúl Letelier y Rodrigo Coloma (Santiago: Thomson Reuters, 2011).

²⁰ Parafraseamos en este acápite el sugestivo título del trabajo “¿Normas precisas o normas preciosas? Un falso dilema” (Alfonso García Figueroa, “¿Normas precisas o normas preciosas? Un falso dilema. Algunas consideraciones críticas sobre el imperio de la ley. Una visión actual”, *Doxa*, n.º 16 (2017): 109-114).

²¹ Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy* (Madrid: CEPC, 1998), 42.

²² Leguina Villa, “Principios generales del derecho y constitución”, 7.

²³ Luis Prieto Sachís, *Ley, principios, derechos* (Madrid: Dykinson, 1998), 47.

es así que resulta frecuente que en los textos de teoría del derecho se llame la atención acerca de las expresiones principios, principios del derecho, o principios generales del derecho.²⁴

Por eso Luis Prieto nos recuerda:

... ni en el lenguaje del legislador, ni en el de los jueces, ni en el de la teoría del Derecho existe un empleo mínimamente uniforme de la expresión principios, hasta el punto de que, recordando la terminología de Hart, cabe decir que aquí la zona de penumbra resulta más amplia que el núcleo de certeza.²⁵

Basta para confirmar lo anterior señalar que, por ejemplo, Genaro Carrió²⁶ identifica al menos ocho sentidos para el término; lo mismo hacen Carbonell y Letelier,²⁷ mientras que Juan Ruiz Manero señala seis.²⁸ Cinco concepciones detectan Riccardo Guastini,²⁹ Luis Prieto y Frank Moderne;³⁰ Antonio Pérez Luño,³¹ por su parte, divisa tres.

4. Un marco de referencia: la taxonomía de Luis Prieto Sanchís

Los diferentes catálogos disponibles en la dogmática jurídica servirán únicamente como punto de referencia al servicio de la comprobación de nuestra hipótesis. A efectos de proporcionar indicios sobre la existencia de una concepción no uniforme del concepto de principio por parte del Tribunal Constitucional chileno, utilizaremos la propuesta de organización de significados que para dicha rúbrica propone Luis Prieto Sanchís.

Nuestro autor, sin ánimo exhaustivo, enumera cinco concepciones predicadas respecto del concepto: i) las normas que se suponen axiológicamente fundamentales,

²⁴ Rodrigo Coloma, “Los principios como analgésicos ante lagunas, inconsistencias e inequidades de los sistemas jurídicos”, en *Principios jurídicos, análisis y crítica*, coord. por Flavia Carbonell, Raúl Letelier y Rodrigo Coloma (Santiago: Thomson Reuters, 2011), 5.

²⁵ Prieto Sanchís, *Ley...*, 48.

²⁶ Genaro Carrió, *Principios jurídicos y positivismo jurídico* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1986).

²⁷ Carbonell y Letelier, “Principios jurídicos e interpretación democrática del derecho”, 163 y ss.

²⁸ Ruiz Manero, “Principios jurídicos”, 149.

²⁹ Riccardo Guastini, *Dalle fonti alle norme* (Torino: Giappichelli, 1990).

³⁰ Franck Moderne, *Principios generales del derecho*. Trad. por Alejandro Vergara (Santiago: Thomson Reuters, 2017), 21 y ss.

³¹ Antonio Pérez Luño, “Los principios generales del derecho ¿un mito jurídico?”, 16 y ss.

como la libertad o la justicia; ii) las más generales o que inspiran amplios sectores del ordenamiento, como la autonomía de la voluntad en el derecho privado o el principio de culpabilidad en el derecho penal; iii) las que indican los fines de la acción estatal, como el bienestar o el pleno empleo; iv) las más vagas o que presentan indeterminado el supuesto de hecho o de su aplicación, como la igualdad; v) las que recogen algunos tópicos interpretativos, como los adagios “lo accesorio sigue a lo principal” o “el argumento *a fortiori*”.³²

Y dentro de esta sistematización, son los puntos tercero y cuarto enunciados por Prieto los que convocan a otro páramo de incertidumbres: el (virtual) antagonismo entre reglas y principios.

5. Un apéndice necesario: los antagonismos entre reglas y principios

Los autores que reportan el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos occidentales, encabezados por constituciones rígidas, materializadas y garantizadas –como la chilena– suelen enfatizar al menos seis posibles significados para los principios en tanto normas distintas a las reglas:³³ normas con un peso especial e imposibles de ser aplicadas con un criterio de “todo o nada” (Dworkin), mandatos de optimización (Alexy), disposiciones con una estructura –abierta– y una funcionalidad particular en el razonamiento práctico (Atienza y Ruiz Manero), normas propiamente constitucionales (Zagrebelsky), entidades normativas derrotables (García Figueroa) o como normas más exigentes para el intérprete (Prieto).

Aunque según las traducciones al español *El modelo de las normas I*, de Ronald Dworkin, contrapone normas con principios, parece ser –siguiendo a García Figueroa y Alexy, entre otros– que el contraste se efectúa realmente entre reglas y principios. En tal sentido, el iusfilósofo anglosajón propone que la diferencia entre principios y reglas es de carácter “lógico”. Ambas categorías apuntarían a decisiones jurídicas particulares en determinadas circunstancias, pero se distanciarían por su orientación. Mientras las reglas serían susceptibles de una aplicación disyuntiva, al estilo de todo o nada, los principios no podrían ser aplicados de la misma forma, pues no establecen consecuencias jurídicas que deban seguirse automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas por la norma.³⁴ Contendrían, más bien, razones no concluyentes para actuar o decidir en un sentido

³² Prieto Sachís, *Ley...*, 49.

³³ Aunque Atria expresa que se trata de una discusión sin sentido [Fernando Atria, “Lo que importa sobre los principios”, en *Principios jurídicos, análisis y crítica*, coord. por Flavia Carbonell, Raúl Letelier y Rodrigo Coloma (Santiago: Thomson Reuters, 2011)].

³⁴ Ronald Dworkin, *El imperio del derecho* (Barcelona: Gedisa, 2010), 75.

determinado.³⁵ De lo anterior se derivaría, en opinión de nuestro autor, que mientras las antinomias entre reglas resultan solubles con base en criterios proporcionados por el propio sistema (jerárquico, cronológico o de especialidad), tales recursos serían insuficientes en el caso de los principios, que se encuentran dotados de una dimensión de peso o importancia inexistente en la reglas, y que obliga a quien resuelve una colisión entre ellos a tener en cuenta el peso relativo de cada uno, cuestión imposible de efectuar en abstracto y que solo emergerá de los hechos.³⁶

La idea de principios como mandatos de optimización, como es bien sabido, procede de la obra de Robert Alexy, quien en su *Teoría de los derechos fundamentales* erige una clasificación de normas entre reglas y principios a propósito de los derechos de tal índole. Así, sostiene que la distinción más importante para la teoría de los derechos fundamentales es la que existe entre reglas y principios.³⁷ El factor decisivo para la diferenciación entre reglas y principios, señala el autor, consiste en que estos últimos ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, por tanto, son *mandatos de optimización* caracterizados porque pueden cumplirse en diferente grado y el baremo de tal satisfacción depende de las posibilidades reales (los recursos extrajurídicos disponibles) y las jurídicas existentes, donde las segundas consisten en el efecto de los principios y reglas opuestos.³⁸

Las reglas, por otra parte, serían normas que resisten únicamente dos alternativas: cumplimiento o incumplimiento. Si la regla es válida y pertinente al caso, solo cabe efectuar con exactitud lo que ella prescribe, ni menos ni más. De esta manera, las reglas son portadoras de determinaciones en el aspecto de lo posible en la realidad y en lo jurídico. Lo anterior, concluye el profesor de Kiel, implica que entre reglas y principios existe una diferencia cualitativa y no de grado, además de que toda norma puede ser distribuida en una de las dos categorías.³⁹

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, teniendo como punto de partida que existe una diferencia entre reglas y principios, se preguntan ¿cómo se pueden distinguir los principios de las reglas?, interrogante que tratan de despejar acudiendo a dos enfoques. Uno estructural, que consiste en ver las normas como entidades organizadas de una cierta forma, y otro funcional, que se centra en el papel o la función que estas cumplen en el razonamiento práctico de sus destinatarios.⁴⁰

Desde el primero de los enfoques –sostienen Atienza y Ruiz Manero–, el problema parece ser este: una vez aceptado que las reglas pueden formularse siempre

³⁵ Dworkin, *El imperio...*, 76.

³⁶ Dworkin, *El imperio...*, 77.

³⁷ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998), 63.

³⁸ Alexy, *Teoría...*, 68.

³⁹ Alexy, *Teoría...*

⁴⁰ Manuel Atienza y Juan Ruiz, *Las piezas del derecho* (Barcelona: Ariel, 1996), 107.

recurriendo a un esquema condicional, esto es, de correlación caso/solución (lo que no significa aceptar –ni negar– que las normas sean entidades lingüísticas, sino tan solo que pueden expresarse en un lenguaje), ¿puede decirse lo mismo de los principios? La concepción estructural de los principios conlleva la distinción entre dos clases de ellos: principios propiamente tales y directrices, variantes que comparten un grado de indefinición en su condición de aplicación o en el modelo de conducta prescrito.⁴¹ Los primeros se caracterizan por estar formulados como enunciados que correlacionan siempre casos con la calificación normativa de una determinada conducta, pero de manera abierta. A diferencia de las reglas, carecen de una condición de aplicación determinada. No se trata de que posean una condición de aplicación con una periferia más o menos amplia, sino de que tales condiciones no se encuentran ni siquiera genéricamente determinadas.⁴² En las segundas, directrices las llaman, su consecuencia jurídica (su modelo de conducta prescrita) no se encuentra determinada.⁴³

Ahora bien, en perspectiva funcional, según estos autores, las reglas estarían destinadas a que, cuando se dan sus condiciones de aplicación, los entes jurisdiccionales excluyan, en cuanto base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla. El carácter independiente del contenido, a su juicio, afecta a las razones por las cuales los órganos jurisdiccionales deben obedecer las reglas, esto es, a aquellas por las que deben considerarlas como razones “perentorias” o “protegidas”. Y en este sentido, continuando con el razonamiento de los catedráticos de Alicante, se supone que los órganos jurisdiccionales deberían considerarlas así por razón de su fuente, esto es, la autoridad normativa que las ha dictado o adoptado. Para ellos, su origen en dicha fuente es condición suficiente para que los órganos jurisdiccionales deban considerarlas como razones perentorias.⁴⁴

No obstante, los principios explícitos serían razones para la acción independientes del contenido, pero no perentorias. Son independientes del contenido porque la causa por la que son razones para la acción de los órganos jurisdiccionales, esto es, el motivo por el que deben entrar a formar parte del razonamiento justificatorio de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, es el mismo que en el caso de las reglas, a saber: su origen en una determinada fuente. No son, sin embargo, razones perentorias porque no están destinadas a excluir la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la resolución que se va a dictar, sino que constituyen meramente razones de primer orden para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones (otros principios) –que puedan

⁴¹ Atienza y Ruiz, *Las piezas*, 108-110.

⁴² Atienza y Ruiz, *Las piezas*, 9.

⁴³ Atienza y Ruiz, *Las piezas*, 10.

⁴⁴ Ruiz Manero, “Principios jurídicos”, 154.

constituir, a su vez, razones para resolver en otro sentido– ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional.⁴⁵

Es la anterior caracterización la que impulsa a los mencionados autores a plantear que –dentro de otros importantes roles– los principios (especialmente en el plano constitucional) operan en la práctica como generadores de ilícitos atípicos, esto es, el efecto que se caracteriza por la inversión del sentido de una regla que en una primera aproximación parecería autorizar la realización de una conducta. Sin embargo y a consecuencia de su oposición a uno o más principios, tal conducta se convierte en ilícita, cuestión que a su juicio acontecería especialmente con el abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder.⁴⁶

Gustavo Zagrebelsky, por su parte, efectúa una tripartición de normas constitucionales al distinguir entre valores, principios y reglas. En su esquema, los valores consignan fines en sí mismos, esto es, bienes a los que el orden constitucional atribuye la máxima importancia. Los principios, por su parte, no serían “puntos de llegada” sino “puntos de partida” que consignan bienes valiosos que han de ser materializados mediante actividades consecuentes,⁴⁷ dotadas de un “exceso de contenido deontológico y axiológico” que les atribuye un estatus conceptual diferente –superior– al de las reglas.⁴⁸ Sin objetar ideas como las de Dworkin, Alexy o Atienza y Ruiz Manero, el académico italiano postula que los principios, particularmente los constitucionales, serían –acudiendo a sus conceptos– normas portadoras de una especial jerarquía en razón de su contenido: propiamente constitucionales, mientras que las reglas –aun cuando se encuentren en la constitución– no serían más que leyes reforzadas: a las reglas, por su simpleza, se las obedece; a los principios, se les presta adhesión.⁴⁹

Quien sí se aparta de las tesis fuertes acerca de la diferencia entre reglas y principios es Alfonso García Figueroa, que de manera tajante afirma que una distinción severa entre esta clase de normas es improcedente y distorsiona la realidad del derecho bajo un Estado constitucional.⁵⁰ Con todo, en el pensamiento de este autor sobre la materia pueden distinguirse dos etapas, las que mencionaremos no con un afán enciclopédico, sino porque revelan dos posturas diferentes respecto del problema.

En su libro de 2009 *Criaturas de la moralidad*, y en trabajos posteriores, García Figueroa proponía que la mejor manera de conceptualizar los principios era

⁴⁵ Ruiz Manero, “Principios jurídicos”, 154.

⁴⁶ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos* (Madrid: Trotta, 2006), 27.

⁴⁷ Gustavo Zagrebelsky, *La ley y su justicia* (Madrid, Trotta, 2014), 174-176.

⁴⁸ Zagrebelsky, *La ley...*, 181.

⁴⁹ Zagrebelsky, *La ley...*, 110.

⁵⁰ Alfonso García Figueroa, “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”, en *El canon neoconstitucional*, ed. por Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Madrid: Trotta, 2010), 192.

afirmando su condición *disposicional* de normas derrotables.⁵¹ Una norma es derrotable, decía, cuando está sujeta a excepciones implícitas que no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemano, de manera que no es posible precisar por anticipado las circunstancias que operan como genuina condición suficiente de su aplicación, sin que aquello obste su validez. Una propiedad disposicional, por su parte, consiste en aquella característica *a priori* indetectable, pero evidente al concurrir ciertas circunstancias.

Sin embargo, tiempo después, al aceptar la influencia del pensamiento de Carsten Bäcker,⁵² en su *The Ubiquity of Principles*,⁵³ el profesor García Figueroa cambia su parecer en la materia e invierte su esquema en la caracterización de reglas y principios. Desde 2017, fecha de publicación del mencionado texto, viene afirmando que lo derrotable son las reglas y lo inderrotable son los principios. Lo anterior, a consecuencia de su adhesión a la concepción de estos últimos como mandatos de optimización, pues el imperativo de perseguir lo preceptuado por la norma, en la mayor medida de lo posible de conformidad con las posibilidades fácticas y jurídicas, impondría un mandato categórico que repelería toda clase de excepciones posibles. Se trataría de normas deónticamente más demandantes.⁵⁴ Del otro lado, se encontrarían las reglas que, en virtud de verse sometidas al constante asedio de excepciones imprevistas (e imprevisibles), llevarían latente una derrota ante otra regla aplicable y que deba aplicarse en un caso concreto.⁵⁵

Otro autor que se aparta de las tesis intensas acerca de la diferencia entre las clases de normas en estudio es Luis Prieto. Para él, los contrastes entre reglas y principios pueden ser apreciados tanto en perspectiva estructural como interpretativa. Desde el primer punto de vista, nuestro autor sostiene que parece poco aconsejable trazar una frontera nítida entre la “apertura” de los principios y la “zona de penumbra” de las reglas, pues en ambos supuestos se precisa de un empeño interpretativo equivalente para definir la aplicación de la norma al caso concreto. De cualquier manera, de admitirse la diferencia, los principios –en este sentido– vendrían a ser las normas situadas en el extremo de la penumbra, esto es, aquellas cuya concreción exige un mayor protagonismo por parte del intérprete. La “apertura” de los principios representaría una suerte de delegación constitucional o legal, a fin de que sea el juez quien fabrique la premisa mayor de su razonamiento; implicaría, de tal forma, un fortalecimiento de la posición del intérprete.⁵⁶

⁵¹ Alfonso García Figueroa, *Criaturas de la moralidad, una aproximación neoconstitucional al derecho a través de los derechos* (Madrid, Trotta, 2009), 136.

⁵² Carsten Bäcker, “Reglas, principios y derrotabilidad”, *Doxa*, n.º 37 (2014): 31-44.

⁵³ Alfonso García Figueroa, “The ubiquity of principles”, en *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie Robert Alexys System*, ed. por Martin Borowski, Stanley L. Paulson y Jan-Reinard Sieckmann (Tübingen: Mohr Siebeck, 2017), 523-545.

⁵⁴ García Figueroa, “The ubiquity of principles”, 543.

⁵⁵ García Figueroa, “The ubiquity of principles”.

⁵⁶ Prieto Sanchís, *Ley...*, 60.

Por su parte, desde la óptica interpretativa, la diferencia entre una y otra clase de norma, nos dice Prieto, provendría de la concurrencia a un caso concreto de dos enunciados a los que se les aplica la ponderación como mecanismo de solución de antinomias, pues solamente posponderación⁵⁷ podríamos sostener que estamos ante principios y no reglas.⁵⁸

6. Ejemplos acerca del uso de los principios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno

Con este marco de referencia, no resulta difícil constatar que el Tribunal Constitucional chileno emplea en sus sentencias la noción principio, y tampoco resulta una tarea demasiado engorrosa acreditar que lo hace en diferentes sentidos.

Bajo la vigencia de la actual Constitución, el Tribunal Constitucional prontamente –en la conocida sentencia rol 46– se acercó al primer sentido de la taxonomía de Prieto (principios como normas que se suponen axiológicamente más fundamentales) al sostener:

... el ordenamiento institucional configurado por la Constitución de 1980 descansa sobre ciertos principios y valores básicos, entre los cuales cabe señalar, por su íntima vinculación con el problema que se analiza, los siguientes: la libertad del hombre, que los derechos de la persona humana son anteriores y superiores al Estado y la Constitución, razón por la cual esta no los crea sino que reconoce y asegura; que el Estado en cumplimiento de su finalidad propia, cual es promover el bien común, debe darles eficaz protección [...] que todos estos principios se encarnan en disposiciones concretas de la Carta Fundamental. (Extractos de los considerandos 19 y 20)

Similar razonamiento se ha reiterado en diversas ocasiones. Por ejemplo, la Resolución Rol 943 de 2008 expresó:

Ello no es sino la aplicación de las bases fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional, configurada por ciertos principios y valores básicos, entre otros, el reconocimiento de la dignidad intrínseca de la persona humana; la servicialidad del Estado, cuya finalidad propia es promover el bien común y dar seguridad y protección a la población con pleno respeto a los derechos de las personas; el respeto y promoción de los derechos esenciales del hombre, que son superiores y anteriores al Estado y a la Constitución, que no los crea sino que reconoce y asegura. Todos ellos principios que se encarnan en

⁵⁷ Riccardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional* (México: Fontamara, 2007), 128.

⁵⁸ Prieto Sanchís, *Ley...*, 61.

disposiciones concretas de la Constitución Política, como los artículos 1º, 4º, 5º y 19. (Considerando 16)

En otras sentencias, en cambio, aunque aludan o citen a las ya mencionadas, se aprecian matices que desplazan la concepción de principio hacia un entendimiento más cercano al segundo sentido propuesto por Prieto (como normas más generales o que inspiran amplios sectores del ordenamiento). Por ejemplo –entre otras–, en la Sentencia Rol 1185 de 2009, específicamente en su considerando 11, en tanto afirma:

Que el contenido del artículo 19 de la Carta Fundamental, conjuntamente con sus artículos 1º, 4º y 5º, inciso segundo, configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana, a su dignidad y libertad natural, en el respeto, promoción y protección a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se imponen como limitación del ejercicio de la soberanía y como deber de los órganos del Estado.

En la misma línea se encuentra la Resolución Rol 7784-19, en tanto expresa:

Prescindiendo de lo dicho en el apartado precedente –que supone por si el rechazo del requerimiento– es preciso acometer a analizar los alcances del principio constitucional de legalidad en materia tributaria. En relación con aquel, y teniendo en cuenta un señero pronunciamiento previo de esta Magistratura, se ha establecido que aquel supone “que los elementos esenciales de la obligación tributaria deben quedar fijados suficientemente en la ley, no pudiendo efectuarse remisiones vagas y genéricas a la potestad reglamentaria de ejecución. Ello también –incluso– se ha sostenido en los ordenamientos jurídicos en los cuales existe una reserva legal más relativa. (Considerando 10)

También es posible hallar resoluciones que adoptan el tercer sentido reportado por Luis Prieto (normas que indican los fines de la acción estatal). Tal es el caso del pronunciamiento Rol 2410 al señalar:

Que estos principios y valores no configuran meras declaraciones programáticas sino que constituyen mandatos expresos para gobernantes y gobernados, debiendo tenerse presente que el inciso segundo del artículo 6º de la Constitución precisa que los preceptos de esta obligan no solo a los titulares o integrantes de los órganos del Estado sino a toda persona, institución o grupo. (Considerando 12)

Desde la temprana Sentencia Rol 46, el Tribunal Constitucional también reconoció a los principios como normas “más vagas” (cuarto sentido en la clasificación

que nos orienta), pero no por eso menos obligatorias, al negarles la condición de disposiciones meramente programáticas. En efecto, el Considerando 21 señala que, aludiendo a su indeterminación, no se trata de preceptos meramente declarativos, sino que se trata de normas expresas.

Por último, también es posible hallar sentencias del Tribunal Constitucional chileno que entienden a los principios como tópicos interpretativos⁵⁹ (el último de los sentidos enlistados por nuestro autor). Nos referimos al Rol 591 de 2006, que en su considerando quinto expresa que –citando a Linares Quintana–

... no es dable suponer que la Carta Política incluya en su texto normas superfluas o reiterativas que lejos de regular en forma clara la convivencia política y pacífica de un pueblo en sociedad, confunda o dé cabida a interpretaciones que permiten vulnerar la esencia de los principios y valores en que ella descansa.

En un sentido similar se puede citar la Sentencia Rol 4131-17, que en su considerando segundo afirmó:

Que, una primera línea argumentativa, desarrollada, a vía ejemplar, en la STC Rol N° 3062, plantea como elemento de juicio inicial, que el derecho a punir o *ius puniendi*, no constituye un derecho absoluto del Estado sobre la persona del imputado. En tal sentido, y como consideración inicial, se sostiene que dicho derecho a punir corresponde no solo al Estado, sino a la sociedad para la defensa de la propia existencia contra los hechos dañosos de los sujetos que cometen ilícitos. Se resalta que, a partir del valor fundamental de la dignidad humana, el cual tiene reconocimiento constitucional, se sustentan múltiples principios limitadores del *ius puniendi* que pueden reconocerse en diversos preceptos de la Carta Fundamental, tales como los artículos 19, núms. 1°, 2°, 3° y 7° (letras g y h), entre otros. Se destaca que detrás del fenómeno de la constitucionalización del derecho penal se encuentra la idea de que las normas constitucionales deben interpretarse a partir de criterios sistemáticos y teleológicos, no exclusivamente literales o gramaticales.

7. Reflexiones finales

Como anunciamos al comienzo de este trabajo, su propósito es proporcionar una panorámica acerca de los distintos problemas que rodean a la noción principio, especialmente cuando se encuentran en las constituciones y –específicamente– ofrecer

⁵⁹ Conclusión que también se puede fundar en el considerando 21 de la ya citada sentencia Rol 46.

ejemplos de que el Tribunal Constitucional chileno confiere diferentes concepciones al concepto. Para ello, hemos acudido a una reputada taxonomía elaborada por Luis Prieto Sanchís.

En la parte final del trabajo nos hemos dedicado a demostrar que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno existen pronunciamientos que emplean el concepto de principio en todos los sentidos enlistados por el excatedrático de Toledo, aunque sin ahondar en los páramos de aquellos sentidos que abren cajas de pandora: me refiero a la noción de principios como normas diferentes a las reglas.

La razón de lo anterior no ha sido la falta de rigor científico.⁶⁰ Con este trabajo pretendemos aportar cierta evidencia relevante para el diseño de las instituciones jurídico-políticas chilenas –especialmente en el contexto del proceso constituyente que hoy atraviesa Chile–, al mismo tiempo que deseamos promover nuevas discusiones y abonar el camino para futuras investigaciones. Pues a la fecha no existe en Chile ninguna línea de investigación dedicada a estudiar la vastedad de los significados que la judicatura confiere a los principios contenidos en la Constitución.

Con todo, a partir de los ejemplos mencionados, se pueden inferir ciertos potenciales usos de los principios constitucionales, especialmente en la actividad desarrollada por el Tribunal Constitucional. En efecto, algunas concepciones acerca de los principios constitucionalmente consignados tenderán a resolver a su favor cualquier aparente antinomia con una ley (tal sería el caso del sentido 1 enunciado por Prieto), otras inspirarán estándares de atribución de significado para los preceptos infraconstitucionales (como el sentido 2 de la taxonomía de Prieto). En cambio, las concepciones 3 y 4 descritas por el excatedrático toledano demandarán la elaboración/suscripción de modelos de razonamiento –por ejemplo, el test de proporcionalidad– que observen la legislación como normas potencialmente pensadas para satisfacer imperativos constitucionalmente impuestos (mediante principios), pero que no deben sacrificar de manera injustificable otros principios. Lo anterior, con las prevenciones y precisiones derivables de las múltiples concepciones de los principios. En síntesis, requerirá una teoría de la argumentación constitucional. Finalmente, la quinta concepción de Prieto demandará de los principios elementos auxiliares o sistematizadores en la interpretación constitucional, especialmente para colmar (aparentes) lagunas constitucionales.

Finalmente, junto a la evidencia y las inferencias, nos permitimos dejar planteados interrogantes que aspiramos abordar en próximas investigaciones. ¿Resulta imprescindible, desde algún punto de vista, que un Tribunal Constitucional seleccione uno de los cinco sentidos del concepto de principio abordados en este trabajo? Y ¿son compatibles entre sí –conforme a la evidencia empírica– los cinco sentidos del concepto de principio propuestos por Luis Fernando Prieto Sanchís?

⁶⁰ Aunque si el lector continúa inquieto puede consultar nuestro libro: Núñez Leiva, *Jurisdicción...*

Bibliografía

- ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- ATRIA, Fernando. “Lo que importa sobre los principios”. En *Principios Jurídicos, análisis y crítica*, coordinado por Flavia CARBONELL, Raúl LETELIER y Rodrigo COLOMA. Santiago: Thomson Reuters, 2011.
- ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ. *Las piezas del derecho*. Barcelona: Ariel, 1996.
- ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ. *Ilícitos atípicos*. Madrid: Trotta, 2006.
- BEALDIEZ ROJO, Margarita. *Los principios jurídicos*. Madrid: Civitas, 2010.
- BÄCKER, Carsten. “Reglas, principios y derrotabilidad”. *Doxa*, n.º 37 (2014): 31-44.
- BENAVIDES, María Angélica y José Ignacio NÚÑEZ. “Los principios en el derecho internacional: ¿una fuente del derecho o una fuente de interrogantes?”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Uruguay*, n.º 16 (2017): 31-46.
- PÉREZ LUÑO, Antonio. “Los principios generales del derecho ¿un mito jurídico?”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.º 98 (1997).
- CARBONELL, Flavia y Raúl LETELIER. “Principios jurídicos e interpretación democrática del Derecho”. En *Principios Jurídicos, análisis y crítica*, coordinado por Flavia CARBONELL, Raúl LETELIER y Rodrigo COLOMA. Santiago: Thomson Reuters, 2011.
- CARRIO, Genaro. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aire: Abeledo Perrot, 1986.
- COLOMA, Rodrigo. “Los principios como analgésicos ante lagunas, inconsistencias e inequidades de los sistemas jurídicos”. En *Principios jurídicos, análisis y crítica*, coordinado por Flavia CARBONELL, Raúl LETELIER y Rodrigo COLOMA. Santiago: Thomson Reuters, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *El imperio del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2010.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la moralidad, una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”. En *El canon neoconstitucional*, editado por Miguel CARBONELL y Leonardo GARCÍA JARAMILLO. Madrid: Trotta, 2010.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “¿Normas precisas o normas preciosas? Un falso dilema. Algunas consideraciones críticas sobre el imperio de la ley. Una visión actual”. *Doxa*, n.º 16 (2017), 109-114.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: CEP, 1998.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “The ubiquity of principles”. En *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie Robert Alexys System*, editado por Stanley L. PAULSON, Martin BOROWSKI y Jan-Reinard SIECKMANN. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.
- GUASTINI, Riccardo. *Dalle fonti alle norme*. Torino: Giappichelli, 1990.

- GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo*. Barcelona: Marcial Pons, 1999.
- GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara, 2007.
- GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta, 2010.
- LEGUINA VILLA, Jesús. “Principios generales del Derecho y Constitución”. *Revista de Administración Pública*, n.º 114 (1987).
- LUZZATI, Claudio. *El principio de autoridad y la autoridad de los principios*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- MODERNE, Franck. *Principios generales del derecho*. Traducido por Alejandro Vergara. Santiago: Thomson Reuters, 2017.
- MUÑOZ, Fernando. “¿Qué principios aplicamos cuando aplicamos directamente los principios constitucionales?”. En *Principios jurídicos, análisis y crítica*, coordinado por Flavia CARBONELL, Raúl LETELIER y Rodrigo COLOMA. Santiago: Thomson Reuters, 2011.
- NÚÑEZ, José Ignacio. *Jurisdicción constitucional: las implicancias del neoconstitucionalismo*. Santiago: DER Ediciones, 2019.
- PEREZ LUÑO, Antonio. “Los principios generales del derecho ¿un mito jurídico?”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.º 98 (1997).
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykison, 2008.
- RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia. *Los principios generales del derecho*. Santiago: Universidad de Santiago de Compostela, 2008.
- RUIZ MANERO, Juan. “Principios Jurídicos”. En *El derecho y la justicia*, editado por Ernesto GARZÓN y Francisco LAPORTA. Madrid: Trotta, 2000.
- SQUELLA, Agustín. “Principios y positivismo jurídico”. En *Principios Jurídicos, análisis y crítica*, coordinado por Flavia CARBONELL, Raúl LETELIER y Rodrigo COLOMA. Santiago: Thomson Reuters, 2011.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. México: Fontamara, 1998.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *La ley y su justicia*. Madrid: Trotta, 2014.

Emerson Affonso da Costa Moura* (Brasil)

“O brasil não pode parar”: análise dos limites do ativismo judicial no controle dos atos da administração pública em razão do princípio da legalidade à luz do julgamento da medida cautelar nas ADPFS 668 e 669 pelo Supremo Tribunal Federal

RESUMO

A análise dos limites do ativismo judicial no controle dos atos da Administração Pública em razão do princípio da legalidade à luz do julgamento da medida cautelar nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 668 e 669 pelo Supremo Tribunal Federal é o tema posto em debate, a partir da análise do processo de expansão da jurisdição constitucional brasileira e do ativismo judicial, do princípio da legalidade na vinculação e controle da Administração Pública, do ativismo judicial no que tange ao controle dos atos da Administração Pública, e do julgamento da medida cautelar nas referidas ações pelas cortes constitucionais.

Palavras-chaves: Controle judicial; Ativismo judicial; Administração Pública; Legalidade; Supremo Tribunal Federal.

* Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Constitucional e Especialista em Direito Administrativo da Universidade Federal Fluminense (UFF). Vice-presidente da Comissão de Direito Administrativo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Co-Idealizador, Co-Fundador, e Diretor Acadêmico do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). emersonacmoura@yahoo.com.br.

“Brazil cannot stop”: analysis of the limits of judicial activism in reviewing public administration acts on the basis of the principle of legality, in light of the Supreme Federal Court’s ruling on the precautionary measure in the Action for Non-Compliance with Fundamental Precepts (ADPFs) 668 and 669

ABSTRACT

The issue discussed in this article is the analysis of the limits of judicial activism in reviewing public administration acts due to the principle of legality, in light of the Supreme Federal Court’s ruling on precautionary measures in the Action for Non-compliance with Fundamental Precepts 668 and 669, based on an analysis of the process of expansion of Brazilian constitutional jurisdiction and judicial activism, the principle of legality in binding and controlling the Public Administration, judicial activism with regard to the control of Public Administration acts, and Constitutional Court rulings on precautionary measures in said actions.

Keywords: Judicial activism; public administration; legality.

„Brasilien darf nicht stillstehen“: Analyse der Grenzen des juristischen Aktivismus durch das Oberste Bundesgericht

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Artikel befasst sich mit der Expansion der brasilianischen Verfassungsgerichtsbarkeit und des juristischen Aktivismus sowie mit der Geltung des Legalitätsprinzips hinsichtlich der gesetzlichen Bindung und Kontrolle der öffentlichen Verwaltung, mit dem juristischen Aktivismus bei der Kontrolle ihrer Rechtsakte sowie mit der Beurteilung von vorbeugenden Schutzmaßnahmen durch die Verfassungsgerichte. Davon ausgehend analysiert der Beitrag die Grenzen des juristischen Aktivismus bei der Kontrolle von Verwaltungsakten auf der Grundlage des Legalitätsprinzips im Lichte der Beurteilung der vorbeugenden Schutzmaßnahmen wegen Nichteinhaltung der Grundsatzbestimmungen 668 y 669 durch das Oberste Bundesgericht.

Schlagwörter: Juristischer Aktivismus; öffentliche Verwaltung; Legalität.

Introdução

Nas últimas quadras tem-se observado um crescente exercício das ações abstratas pelos atores políticos e sociais, que amplia a influência da Constituição sobre as relações políticas, bem como a atuação do Supremo Tribunal Federal na decisão de matérias essenciais para a sociedade.

Em um cenário de judicialização das questões políticas e sociais, bem como de déficit de legitimidade e representatividade das instâncias democráticas, observa-se o exercício de um papel ativo das cortes judiciais na concretização dos valores e fins veiculados pela constituição, usualmente designado de ativismo judicial.

Não obstante, o ativismo judicial tem sido objeto de severas críticas por parte da literatura, em razão de questões que variam desde a falta de legitimidade democrática e o estreitamento do debate político, até, mesmo, a suposta violação às normas positivas e o desrespeito ao princípio da legalidade.

Assume especial relevância a matéria no que tange à Administração Pública, uma vez que tem sido crescente o controle da atividade administrativa pelo Poder Judiciário, em especial no que tange à implementação de políticas públicas, acompanhadas de críticas acerca dos limites do ativismo judicial em razão do mérito e discricionariedade administrativa.

Visa o presente trabalho analisar, por conseguinte, os limites do ativismo judicial no controle dos atos da Administração Pública em razão do princípio da legalidade à luz do julgamento da medida cautelar nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 668 e 669 pelo Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, de início fixam-se os pressupostos para debate. A saber: o processo de expansão da jurisdição constitucional brasileira, que resultou no protagonismo do Poder Judiciário e na crescente ampliação da técnica de decisão chamada de ativismo judicial com a respectiva análise dos seus elementos.

Após, verifica-se a conformação do princípio da legalidade, no que tange a vinculação e controle da Administração Pública, de forma a delimitar os contornos do problema, quanto à possível violação ou concretização de tal princípio pela fiscalização promovida pelo Poder Judiciário no exercício do ativismo judicial.

Depois, delimita-se o debate à análise do ativismo judicial no que tange ao controle dos atos da Administração Pública, apontando-se os problemas e extraíndo os limites e possibilidades, no que se refere às questões relativas à tensão entre constitucionalismo e democracia na proteção dos valores constitucionais e do princípio majoritário.

Por fim, testa-se a hipótese, através da verificação do julgamento da medida cautelar nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 668 e 669 pelo Supremo Tribunal Federal, de modo a determinar se o ativismo judicial desenvolvido no caso viola ou promove a proteção do princípio da legalidade.

1. A expansão da jurisdição constitucional e do ativismo judicial no Brasil

A Constituição Federal de 1988 é marcada pela expansão do Poder Judiciário com a ampliação do elenco de legitimados para a propositura das ações de controle de constitucionalidade e a criação de novos instrumentos de controle concentrado, garantindo a preservação dos direitos fundamentais do processo político majoritário.¹

¹ Rosa Júlia Plá Coelho, *Mecanismos de proteção dos direitos fundamentais* (Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2005), 34. Insere-se, portanto, o exercício da jurisdição

Com a expansão da jurisdição constitucional se pretende garantir a proteção da lei fundamental com a preservação de sua hierarquia formal e axiológica perante as normas infraconstitucionais, bem como perante os atos dos demais poderes, mediante a atuação das cortes constitucionais.²

O tema assume relevo, pois houve um processo de ampla disciplina de matérias políticas e sociais, que, antes sujeitas ao campo da legislação, se deslocam para a esfera da Constituição, submetendo-se apenas à regulamentação pelas normas infraconstitucionais, garantindo destarte maior segurança e estabilidade jurídica em face das ingerências fugazes dos poderes constituídos.³

Com a previsão exaustiva dos bens e interesses sociais na lei fundamental, e a respectiva subtração das questões da vida política e social do alcance do legislador, essas passaram a encontrar fundamentos imediatos nas normas constitucionais, sujeitando-se ao controle de adequabilidade dos atos legislativos e administrativos com a lei fundamental.

Esses novos paradigmas importam um novo papel das cortes judiciais na promoção dos valores constitucionais, que, aliado ao acréscimo da demanda social por justiça e à recuperação das garantias institucionais, resulta na ascensão político-institucional do Poder Judiciário e na expressiva judicialização das questões políticas e sociais.⁴

No vértice da ascensão político-institucional do Poder Judiciário, a recuperação das liberdades democráticas e das garantias institucionais dos membros da magistratura com a redemocratização brasileira permitiu um campo de independência e imparcialidade na aplicação do direito vigente e na interpretação das normas constitucionais.⁵

constitucional orgânica e das liberdades no complexo de mecanismos de natureza normativa, institucional ou processual tendentes a assegurar a plena realização dos direitos fundamentais.

² No Brasil amplia-se o objeto e escopo da jurisdição constitucional através da ampliação do elenco de legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103 inciso I a IX), da criação do controle de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103 §2º) com a ação direta e o mandado de injunção (artigo 102 "q"), da previsão da arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102 §1º) dentre outros.

³ Oscar Vilhena Vieira, "Supremocracia", *Revista de Direito GV*, jul./dez. (2008): 443-444. Surge no pós-guerra na Europa como reação aos governos nazistas e fascistas e a desconfiança da democracia em massa que fizeram surgir substantivas cartas de direito e potentes tribunais constitucionais. No Brasil há enorme ambição do texto constitucional de 1988 em um compromisso com as transformações sociais e a concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal.

⁴ Antonie Garapon, *O juiz e a democracia: o guardião de promessas* (Rio de Janeiro: Renovam, 1999), 48. Em um contexto de déficit democrático com crescente descrédito das instituições políticas clássicas e crise de desinteresse pelas questões políticas, o Poder Judiciário passa a ser tido como o guardião das promessas, responsável pela efetivação da Constituição.

⁵ Luís Roberto Barroso, "A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil", em *A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil, Livro Comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso*, ed. por Luís Roberto Barroso (Rio de Janeiro:

No campo da judicialização, as questões políticas e sociais, que aprioristicamente estariam sujeitas ao campo do processo político majoritário e exteriorizadas na conformação legislativa e discricionariedade administrativa, passam a ser decididas pelo Poder Judiciário na preservação da supremacia da Constituição e dos bens e valores por ela veiculados.⁶

Este campo de independência e imparcialidade é aferido através da

atribuição aos órgãos de controle de constitucionalidade da resolução de conflitos de competência relativo ao exercício do poder estatal, do controle do exercício da conformação legislativa e discricionariedade administrativa pelo Poder Judiciário, e do emprego das normas constitucionais na argumentação dos atores políticos.

Pode-se definir ativismo judicial como uma atuação intensa e ativa do Poder Judiciário em questões políticas e sociais que caberiam precipuamente aos demais poderes, de forma a garantir a concretização dos valores e fins veiculados pelas normas constitucionais e preservar a supremacia axiológica e formal da Constituição.^{7,8}

Renovar, 2007), 35. Com a redemocratização ampliou-se a demanda por justiça na sociedade brasileira, pela redescoberta da cidadania e conscientização dos indivíduos sobre os seus direitos. Neste ambiente, os juízes passaram a desempenhar um papel simbólico no imaginário coletivo, na defesa da justiça e dos direitos.

⁶ Riccardo Guastini, “A constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana”, em *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, ed. por Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007), 276. Toda decisão legislativa é pré-disciplinada por normas constitucionais, idôneas, portanto, a regular de forma explícita qualquer aspecto da vida política e social. Isto importa no reconhecimento da inexistência de qualquer questão que não esteja sujeita ao controle de parâmetros com a Constituição, sem desconsiderar que existem questões de natureza política sujeitas ao princípio majoritário, mas compreender que existem outros princípios a serem preservados na ordem constitucional.

⁷ Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunardi, “Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade”, em *As novas faces do ativismo judicial*, ed. por André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Grotti de Paula e Marcelo Novelino (São Paulo: Jus Podvim, 2011), 460-464. O termo ativismo judicial foi empregado pela primeira vez em 1947 pelo historiador e político Arthur Schlesinger Jr. em artigo na revista *Fortune*. Todavia, não há um consenso sobre a sua definição, adotando alguns autores um critério quantitativo – para definir como a atuação demasiada do Poder Judiciário nas decisões dos demais poderes – e outros um critério qualitativo – de forma minimalista ou maximalista – na concretização dos valores constitucionais, que adotamos neste trabalho.

⁸ Como visto, não sendo a judicialização uma opção política do Poder Judiciário, mas uma decorrência do desenho institucional vigente, uma vez provocados em razão do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional cabe aos juízes e tribunais se manifestarem. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que importará em um ativismo judicial – na concretização dos valores e fins constitucionais em atenção à supremacia axiológica da constituição – ou em uma autocontenção judicial – na preservação do ato legislativo

Envolve a aplicação direta e imediata da Constituição em situações não expressamente contempladas no texto constitucional, diante de omissão ou violação, por disciplina normativa, pelo legislador ou ato concreto do administrador, com vistas à garantia de proteção ou concretização dos valores e fins constitucionais.⁹

Abrange a invalidação de atos normativos de constitucionalidade discutível emanados do Poder Legislativo ou Administrativo, ou seja: com a adoção de critérios menos rígidos do que aqueles onde inexistente patente e ostensiva violação da Constituição, com vista à preservação da hierarquia das normas constitucionais.¹⁰

Por fim, compreende a imposição ao Poder Público de condutas ou de abstenções capazes de impedir violação ou garantir a concretização de direitos e fins constitucionais, em especial mediante o controle judicial sobre os programas de políticas públicas de forma a assegurar o acesso a prestações, bens e serviços essenciais.¹¹

No Brasil o ativismo judicial está diretamente relacionado com a crise de legitimidade e representatividade democrática, que gera um descolamento entre os órgãos representativos e a sociedade, e a incapacidade ou desinteresse em atender

ou administrativo em atenção ao princípio democrático, razão pela qual não se confunde judicialização das questões políticas e sociais com ativismo judicial.

⁹ Luís Roberto Barroso, "O Reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil". Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 17 – jan./jun. 2011, p. 105-138. Como, por exemplo, no caso das uniões homoafetivas (ADPF 132) onde inexistente regra constitucional expressa que tutele as relações ou prescreva a aplicação do regime de união estável, bem como não há vedação da norma do artigo 226 §3º que, ao tratar de homem e mulher, buscou a superação da desigualdade na relação de casamento e não impedir a aplicação do regime às uniões homoafetivas. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, com fundamento na dignidade da pessoa humana, aplicou o regime das uniões estáveis a essa nova modalidade de família.

¹⁰ Fernando Bernardi Galacci, O STF e as Cláusulas Pétreas: o ônus argumentativo em prol da governabilidade? (São Paulo: SBDP, 2011), 25-27. Como, por exemplo, no caso da verticalização (ADIn 3685) onde o artigo 2º da Emenda Constitucional 52 de 8 de Março de 2006 alterava o artigo 17 §1º da Constituição da República, fixando data para alteração, em violação ao princípio da anterioridade anual da lei eleitoral (CF, art. 16). O Supremo Tribunal Federal, para proteger a norma constitucional, que embora não tivesse uma violação frontal perderia sua eficácia, declarou inconstitucional a emenda constitucional, dando à norma do artigo 16 o status de cláusula pétrea embora não se enquadrasse no rol de cláusulas elencadas na Constituição.

¹¹ Emerson Affonso da Costa Moura, "Do controle jurídico ao controle social: parâmetros à efetividade dos direitos sociais", Revista de Direito Constitucional e Internacional - IBDC 77, (2011). Sobre o tema, seus limites e possibilidades são exemplo, as ações judiciais relativas à concretização de prestações necessárias a fruições de direitos sociais (alimentação, saúde e moradia...) concedidas pelos órgãos do Poder Judiciário, como, por exemplo, a distribuição de medicamentos e determinação de terapia. O Supremo Tribunal Federal na ADPF 45/DF se manifestou no sentido de que, não obstante a formulação e a execução das políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, neste domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo, de modo que não podem proceder com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais.

as demandas sociais, o que produz um deslocamento do exercício da cidadania para o âmbito do Poder Judiciário.

A redução da deliberação política ao processo eletivo,¹² a histórica e perniciosa influência econômica dos agentes políticos sobre o eleitor,¹³ e a captação dos agentes políticos por grupos de interesse¹⁴ conduzem a um distanciamento entre representante e representado, promovendo estreitamento do debate político, que se transfere para os órgãos judiciários.

O desinteresse dos atores políticos em atender questões de interesse social onde há desacordo moral razoável na comunidade, de forma a evitar os desgastes promovidos pelo debate e os riscos da responsabilização política nas eleições, tornam o Poder Judiciário uma instância decisória política de questões polêmicas.¹⁵

O processo de hipertrofia legislativa com a explosão de legislação infraconstitucional e regulamentação infralegal, bem como a atecnicidade da produção legislativa com a criação de conceitos jurídicos indeterminados desencadeiam a ampliação dos conflitos na sociedade e litigiosidade, e também do potencial criativo e da margem de discricionariedade do Judiciário.¹⁶

¹² Ana Paula de Barcellos, “Papéis do Direito Constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação”, RDE3, n.º 12 (2008): 82-84. Trata-se de fenômeno com fundamentos diversos, que variam desde a impossibilidade de participação devido às condições de pobreza extrema e baixo nível de educação de grande parte da população, da dificuldade de acesso às informações sobre as questões políticas e a falta de tempo para debater e manifestar sobre tais assuntos, até mesmo a descrença de que sua participação seja capaz de influenciar na ação pública.

¹³ Raymundo Faoro, *Os donos do poder* (São Paulo: Editora Globo, 2000); Gilberto Freyre, *Casa-grande e Senzala* (Rio de Janeiro: Record, 2000); Edson Nunes, *A gramática política do Brasil – clientelismo e insulamento burocrático* (Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997). Remonta ao período colonial brasileiro a adoção de um modelo patrimonialista marcado pelo predomínio da corrupção, nepotismo e uso do poder econômico que se exterioriza até os dias atuais na corrupção persistente e nas políticas paternalistas que marcam a política brasileira.

¹⁴ Wagner Pralon Mancuso, *O lobby da indústria no Congresso Nacional* (São Paulo: EDUSP, 2007), 110. A captura de partidos e candidatos por grupos de interesse que patrocinam as campanhas eleitorais para posteriormente cobrar favores, por meio da satisfação de políticas distributivas a seu favor é uma das formas de captura, mas não único meio de influência dos grupos de interesse, em especial, econômicos, na captura dos membros do Congresso.

¹⁵ José Ribas Vieira, Margarida Maria Lacombe Camargo e Alexandre Garrido Silva, “O Supremo Tribunal Federal como arquiteto constitucional: a judicialização da política e o ativismo judicial”, em *Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria dos Direitos* (2009): 44-45. Dentre outros fatores, o ativismo judicial é exercido em contextos de inércia intencional pelos demais poderes de Estado. Em casos que são politicamente custosos, com temas profundamente custosos, sem perspectiva de consenso na sociedade, como as uniões homoafetivas, abertura dos arquivos da ditadura militar e aborto, as instâncias democráticas abrem espaço para atuação ativista repassando os custos políticos para os tribunais, que não passam pelo crivo do voto popular após suas decisões.

¹⁶ Celso Fernandes Campilongo, *O Direito na sociedade complexa* (São Paulo: Max Limonad, 2000), 87. A hipertrofia do direito legislado e a produção de leis vagas reforçam e

As omissões legislativas na regulamentação de preceitos impostas pela Constituição, que impede o exercício dos direitos pelos representados, aliadas à instituição de mecanismo próprio de controle de constitucionalidade pela via concentrada e à utilização de ação constitucional na via incidental, impõem a intervenção judicial na decisão política.

O tema assume relevo, igualmente, no que tange ao controle da Administração Pública, que se antes era formal e baseado em uma concepção limitada do princípio da separação dos poderes e à legalidade estrita, com a expansão do constitucionalismo se sujeita a novos parâmetros na promoção dos bens e valores constitucionais.

O tema será visto a seguir.

2. O princípio da legalidade na vinculação e controle da administração pública

Desde o advento do Estado Liberal tem sido empregada a legalidade, enquanto vinculação do agir estatal a legislação emanada pelo poder competente, segundo as prescrições formais, independentemente do grau de adequação material à vontade de seus titulares e dos eventuais limites da representatividade como parâmetro para controle da Administração Pública.¹⁷

Entretanto, o reconhecimento da normatividade da Constituição, com a consolidação de sua supremacia hierárquica e axiológica, bem como o advento da pluralização das fontes normativas redimensionam a juridicidade para além do fundamento positivista, adequando-a à expansão do Direito além da lei e dando nova configuração ao princípio da legalidade.¹⁸

Com a elevação da Constituição a parâmetro de validade formal e material de todos os atos e normas que compõem o ordenamento jurídico, a legalidade passa a corresponder, em *primeiro grau*, à compatibilidade dos atos oriundos da

alimentam a possibilidade de o direito judicial transferir para o Poder Judiciário a decisão sobre conflitos que caberiam ser dirimidos no âmbito político.

¹⁷ Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro* (São Paulo: Malheiros, 2016), 88. Restringe-se, portanto, a atuação administrativa à prévia prescrição ou autorização legal, independentemente do conteúdo do diploma legal, ainda que produzido por regime de duvidosa legitimidade ou com patente violação a direitos da própria sociedade. É clássica a lição de Hely Lopes Meirelles, de que enquanto aos particulares é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

¹⁸ Rafael Carvalho Rezende Oliveira, *A constitucionalidade do Direito Administrativo: o Princípio da Juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009). Concorrem, portanto, com a crise da concepção liberal do princípio da legalidade decorrente dentre outros, pela inflação legislativa e da ascensão da sociedade de conhecimento que amplia a complexidade das demandas sociais e demanda por celeridade na persecução do interesse público.

Administração Pública com a carta magna, e não com a lei ou com a espécie normativa próxima.¹⁹

Observa-se, portanto, uma vinculação direta e imediata da atividade administrativa à Constituição, independentemente da conformação legislativa, sem que resulte na sua exclusão como parâmetro de validade da atividade administrativa a regulamentação dada pelo legislador ordinário através da lei ou das demais espécies normativas adequadas.²⁰

A Administração Pública permanece em grau inferior adstrita à legislação, não podendo, sob a assertiva de encontrar fundamento direto na lei fundamental e a sua alegada aplicação otimizada, desvincular a atuação administrativa para além dos domínios da lei ou eventualmente fazê-la contrariar as suas prescrições, ignorando a deliberação promovida no âmbito infraconstitucional.²¹

Perde a lei o status de fonte normativa única da juridicidade, para assumir o papel de espécie normativa *privilegiada* em um domínio fracionado pela normatividade complementar, ou seja: por um complexo de normas editadas pela própria Administração Pública, no interior do campo normativo traçado pelo legislador ou da competência dos órgãos autônomos.²²

¹⁹ José Joaquín Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição* (Coimbra: Almedina, 2002), 836. Isto representa a substituição do parâmetro de juridicidade, ou seja, da reserva vertical da lei pela reserva vertical da Constituição. Neste tocante, a introdução pela Emenda Constitucional n.º 45 de 2004 do efeito vinculante de súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal para a Administração Pública, demonstra que a Constituição passa a ser o fundamento primeiro de validade da atividade administrativa, e não o último, verificada após a compatibilidade com o decreto, regulamento, portaria ou demais que o ensejou.

²⁰ Paulo Otero, *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade* (Coimbra: Almedina, 2003), 735. Corresponderia, em último grau, a concessão ao agente administrativo de uma ampliação de sua margem de discricionariedade, de modo a ensinar, sob a falsa alegação de aplicação da Constituição, uma burla a obrigatoriedade da lei com fundamento em eventual desinteresse político na realização do interesse público nela colimado, afetando, por conseguinte, a segurança jurídica advinda do caráter geral, abstrato e obrigatório da lei, ao assegurar a previsibilidade das condutas e a estabilidade das relações sociais.

²¹ Barroso, “O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil”, 38. O deslocamento da Constituição para o centro do ordenamento jurídico não pode importar na ocupação de todo o espaço jurídico no Estado Democrático de Direito. Não é possível que, diante do Princípio Democrático, o administrador faça uma otimizada aplicação da Constituição com a ponderação direta entre os seus valores, em detrimento da norma infra-constitucional, sem que importe em subtração da legitimidade conferida pelo povo ao legislador, bem como em violação ao sensível equilíbrio dos poderes em razão da ingerência indevida na função tipicamente afetada a esse poder orgânico.

²² Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do Direito Público* (Rio de Janeiro: Renovar, 2006), 39. Na constelação de normas editadas pela Administração Pública para regular as matérias originariamente de seara da competência legislativa mediante delegação, conserva a lei sua primazia na vinculação da Administração Pública, sob a égide da Constituição. Neste sentido:

Agrega-se à legalidade revistada de valores materiais a legitimidade como indissociável projeção do princípio democrático, de modo a exigir da atuação da Administração Pública não apenas a sua conformidade com a ordem jurídica globalmente considerada, mas, também, com a vontade emanada da sociedade pluralisticamente definida.²³

Sob um primeiro ângulo, a legitimidade é construída a partir de um contexto aberto, livre e igualitário de deliberação pública, onde todos os cidadãos possam participar com iguais capacidades para influenciar e persuadir nas decisões *administrativas*, garantindo uma maior legitimidade e racionalidade na gestão pública.²⁴

No segundo vértice, é aferida pelos resultados produzidos no exercício da atividade administrativa, a partir da necessária coincidência entre os interesses públicos obtidos no âmbito da deliberação com a sociedade e o desempenho minimamente eficiente dos seus agentes na persecução destes respectivos interesses.²⁵

Redefine-se, também, a juridicidade a partir da confluência da ilicitude enquanto a construção objetiva e precisa da moralidade administrativa como uma moral de *resultados*, exteriorizada no comportamento ético exigido do agente na consecução das finalidades colimadas pela sociedade, e não como uma moral das intenções, de índole comum e despida de força cogente.²⁶

Sua irradiação pela ciência administrativa fundamenta a *prudência fiscal* explicitada no *standard* comportamental de observância obrigatória na gestão dos recursos da sociedade, que impõe um elevado grau de cuidado e moderação nos gastos

²³ Patrícia Baptista, Transformações do Direito Administrativo (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018), 112-116. Com as transformações ocorridas na concepção da legalidade e a percepção de áreas da atividade administrativa que escapam do domínio da lei formal, a legitimidade da Administração Pública, que antes permanecia circunscrita à própria lei editada segundo as prescrições formais, torna-se insuficiente, sendo necessários novos fundamentos capazes de garantir o fundamento de sua atuação.

²⁴ Cláudio Pereira de Souza Neto, Teoria constitucional e democracia deliberativa (Rio de Janeiro: Renovar, 2006). Isto porque a troca de argumentos e contra-argumentos racionaliza e legitima a gestão da res publica, pois se determinada política consegue superar as críticas formuladas pelos demais participantes da deliberação, de início pode ser considerada legítima e racional.

²⁵ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Legitimidade E Discrecionariedade: Novas Reflexões Sobre Os Limites E Controle Da Discrecionariedade (Rio de Janeiro: Forense, 1991), 25-26 e 76. A legitimidade de qualquer sistema juspolítico se baseia na sua eficiência na satisfação dos interesses do seu grupo social. Na Administração Pública, onde a discrecionariedade administrativa representa resíduo dessa legitimidade, as opções legítimas traduzem-se no dever de boa administração, ou seja, na escolha dos meios que produzam melhores resultados em atendimento do interesse público.

²⁶ Moreira Neto, Mutações do Direito Público, 34. Corresponde a ilicitude o fundamento moral da juridicidade, que busca se aproximar à ordem jurídica do conceito ideal de justiça, incorporando uma dimensão ética ao Estado Democrático de Direito.

públicos, bem como a sua alocação moralmente adequada à proteção e promoção dos direitos fundamentais.²⁷

Desta forma, o controle do atos da Administração Pública passa igualmente a estar vinculado, não apenas à legalidade em seu vértice formal, mas à sua forma de juridicidade, com a sujeição à ordem jurídico-constitucional, permitindo, portanto, o Poder Judiciário, conformar a atividade administrativa aos bens e valores fundamentais da sociedade.

O tema será visto a seguir.

3. O ativismo judicial no controle dos atos da administração pública

O Estado Democrático de Direito se erige sob a dialética entre *constitucionalismo* – enquanto técnica de limitação do poder como forma de garantia dos direitos básicos do cidadão –²⁸ e *democracia* – enquanto soberania popular e vontade da maioria –²⁹ e, portanto, sob uma tensão imanente entre os direitos fundamentais e o governo democrático.

Cabe à Constituição garantir as condições necessárias ao processo democrático mediante a garantia das condições procedimentais e da reserva do espaço próprio do pluralismo político, assegurando um ambiente para o adequado funcionamento da deliberação política, inclusive com a garantia das liberdades fundamentais essenciais ao exercício democrático.³⁰

²⁷ Moreira Neto, *Mutações do Direito Público*, 32. A improbidade administrativa se configura como uma espécie de imoralidade administrativa moralmente qualificada, uma vez que, embora fundamente a anulação do ato lesivo, a imposição das sanções será definida de acordo com o grau de lesividade do ato à moralidade administrativa.

²⁸ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 47.

²⁹ Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, *Dicionário de Política* (Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998), 320. Na teoria contemporânea da Democracia confluem três grandes tradições do pensamento político: a teoria clássica de Aristóteles, da Democracia como Governo do povo, de todos os cidadãos; ou seja: de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania; a teoria medieval, de origem Romana, que identifica Democracia com soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe, e se transmite por delegação do superior para o inferior; e a teoria moderna, de Maquiavel, onde Democracia é o governo genuinamente popular.

³⁰ John Hart Ely, *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade* (São Paulo: Martins Fontes, 2011); Jürgen Habermas, *Direito e democracia entre facticidade e validade* (Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997). (Viés procedimentalista). A Constituição não pode e nem deve ter a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária, mas deve proteger as condições procedimentais que permitam o desenvolvimento do processo político deliberativo. Assim, a Constituição da República de 1988 veiculou o princípio democrático e majoritário (Art. 1º caput), garantiu o pluralismo político (Art. 1º inciso V), a inserção como cláusula pétrea a tendente a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico e a forma federativa (art. 60 § 4º) dentre outros.

Porém, por outro lado abrange a preservação de um conjunto de valores e objetivos que traduzem um compromisso para com a transformação social e não permite que os poderes constituídos disponham livremente dos bens essenciais da sociedade, gerando o esvaziamento da eficácia das normas constitucionais a título de exercício da democracia.

Neste sentido, a lei fundamental veicula, portanto, consensos mínimos para proteção dos indivíduos e funcionamento do regime democrático, protegendo os direitos fundamentais do exercício do princípio majoritário e das decisões proferidas por maiorias políticas ocasionais, inclusive mediante o controle de deliberações políticas que o violem.³¹

Compete ao exercício da jurisdição constitucional³² não apenas a proteção dos *direitos fundamentais* contra a manifestação da vontade da maioria, mas o processo de concretização das normas constitucionais envolve igualmente o reconhecimento de legítimo espaço da conformação legislativa e da discricionariedade administrativa.³³

De tal sorte, cabe ao Poder Judiciário garantir a proteção e promoção dos direitos fundamentais mediante o controle dos atos dos demais poderes públicos que os violem ou não os concretizem, sem que isto necessariamente resulte em violação do princípio democrático, mas, inclusive, exteriorize a proteção dos pressupostos básicos da democracia.

Isto porque nas democracias contemporâneas o processo democrático deve abranger a deliberação pública que ocorre em um contexto de livre circulação de ideias e de informações, mediante o respeito e concretização de direitos fundamentais que permitem a igualdade de condições no debate democrático, racionalizando e legitimando as decisões políticas.³⁴

³¹ John Rawls, *Uma Teoria de Justiça* (Belo Horizonte: Editora Martins Fontes, 2008); Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério* (Belo Horizonte: Editora Martins Fontes, 2010). (Viés substancialista). A Constituição deve proteger e as cortes judiciais implementar os direitos e princípios que realizem os valores de justiça, liberdade e igualdade.

³² Peter Häberle, "El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma", en *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, ed. por Peter Häberle, (Ciudad de México: Porrúa, 2005), 166. Cabe a todo órgão que possua o status de realizar a jurisdição constitucional zelar pela aplicação das normas constitucionais, inclusive, se for necessário, contra a vontade da maioria.

³³ Moreira Vital, "Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional", 179.

³⁴ Cláudio Pereira Souza Neto, "Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação Democrática", em *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, ed. por Daniel Sarmento (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009), 79-80. Para que a deliberação ocorra em efetivo deve existir um contexto aberto, livre e igualitário, onde todos possam participar com iguais possibilidades e capacidades para influenciar e persuadir. Esses pressupostos de uma deliberação justa e eficiente são institucionalizados através do Estado de Direito e da garantia dos direitos fundamentais que são pressupostos da verdadeira democracia. Assim, quando uma corte

Isto importa na adjudicação, pelo Poder Judiciário, das prestações materiais necessárias à fruição do direito à liberdade e à igualdade, permitindo que o indivíduo possa exercer efetivamente sua autonomia na esfera privada e pública³⁵ e tenha possibilidade de participar e cooperar de forma igualitária no processo político democrático.³⁶

Todavia, o conteúdo que devem ter e a forma de distribuição entre grupos e indivíduos, uma vez que sujeito a intenso desacordo entre os participantes³⁷ na sociedade, deve ser definido no âmbito da realização do princípio democrático, com a deliberação majoritária pela própria sociedade ou através dos seus representantes.

Isto não importa desconsiderar que há influência de fatores políticos mesmo em decisões técnicas nos atos emitidos pela Administração Pública,³⁸ que podem resultar, por vezes, em que não correspondam de fato à deliberação majoritária almejada enquanto irradiação do princípio majoritário.

Todavia, se cabe ao Poder Judiciário a correção da discricionariedade, isto ocorre apenas no que tange à sua conformidade com o Direito, à racionalidade do discurso que a legitima, ao atendimento ao código dos valores dominantes e à proporcionalidade na correlação lógica entre motivos, meios e fins,³⁹ porém jamais no que tange à substituição da escolha da Administração.

constitucional garante os direitos fundamentais contra a vontade da maioria, não está violando o princípio democrático, mas estabelecendo as condições para a sua plena realização.

³⁵ Como ilustração, no que tange ao direito de educação, não envolve apenas as prestações referentes à educação fundamental, pois o ingresso nos níveis mais avançados de ensino depende da capacidade de cada um e envolve a necessária igualdade de condição, ou seja, o acesso ao ensino médio, permitindo que o indivíduo possa buscar um projeto razoável para a sua vida (faculdade) e seja capaz de participar da deliberação política de forma igualitária com os demais.

³⁶ A igualdade envolve, em certa medida, uma igualdade econômica e social razoável que permita que todos os indivíduos e grupos em um contexto de pluralismo tenham condições e se vejam motivados a cooperar no processo político democrático. É inverossímil sustentar que uma pessoa que não tem acesso a alimentação adequada ou a saúde curativa, bem como, um grupo hipossuficiente sem saneamento básico ou acesso a programas sociais, sejam capazes de participar do debate democrático em igual condição com os demais indivíduos e grupos.

³⁷ Dworkin, Levando os direitos a sério, cap. 13. Frisa-se a expressão pode, pois se reconhece, como Dworkin, que não há apenas uma resposta possível para as questões envolvendo direitos

³⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988 (São Paulo: Saraiva, 1993), 93; Eva Desdentado Daroca, Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Madrid: Civitas, 1997), 49. É o que ocorre quando os critérios técnicos não constituem único fundamento possível na decisão administrativa, deixando margem para juízo de conveniência e oportunidade, como, por exemplo, o tombamento, ou quando existem diferentes soluções técnicas equivalentes, que impõe um juízo político na escolha administrativa.

³⁹ Rubem Dário Peregrino Cunha, A juridicização da discricionariedade administrativa (Salvador: Vercia, 2005), 168-172.

As escolhas administrativas envolvem questões de considerável complexidade que demandam conhecimento específico, onde o emprego da técnica permite tornar o ato administrativo instrumento racional e manejável, garantindo a clareza e previsibilidade do fenômeno administrativo,⁴⁰ algo que o Poder Judiciário não está preparado para realizar.

Falta à jurisdição constitucional o conhecimento dos juízos técnicos formulados no processo de tomada de decisão administrativa, na medida em que o mérito administrativo envolve a complexidade de inúmeros interesses públicos, para abranger os quais o Poder Judiciário não necessariamente possui capacidade institucional.

Por esta razão, há clara violação ao princípio da separação dos poderes ao se ignorar que a especialização funcional se densifica na competência técnico-operacional dos órgãos especializados da Administração Pública, em razão da *especialização funcional*⁴¹ para avaliação dos fatores exógenos a partir dos atores, métodos e subsídios envolvidos na ação estatal que permitem a visão global sobre o tema.

Neste sentido, quando o Poder Judiciário promove a adjudicação de prestações relativas à fruição dos direitos fundamentais, ignorando a racionalização dos fatores limitados na satisfação das múltiplas demandas, desencadeia distorções no sistema globalmente considerado, que inviabilizam a eficiência da atuação estatal.

Não obstante seja responsável a Administração Pública pelo desenho institucional das políticas públicas mediante o emprego de conhecimento, recursos e atividade nas decisões operacionais voltadas a satisfação dos direitos fundamentais, é incontestável que a realização destes interesses subjetivamente abstratos impõe a observância deles individualmente delimitados.⁴²

Ignora-se que o mérito administrativo é ponto de distribuição entre a *macrojustiça* e a *microjustiça*, de forma que a atuação do Poder Judiciário sem considerar uma atitude de reserva no que tange ao impacto institucional e à própria organização da Administração Pública no que se refere a gestão dos interesses, resulta em violação clara à separação dos poderes.

⁴⁰ Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em busca do Acto Administrativo Perdido* (Coimbra: Almedina, 1996), 461-462.

⁴¹ Marcos Maselli de Gouvêa, *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais* (Rio de Janeiro: Forense, 2003), 22-23. Compreende o princípio da separação dos poderes uma vertente técnico-operacional na atribuição das funções entre os poderes orgânicos, que se traduz em uma organização construída a partir de órgãos técnicos, com estruturas, recursos e pessoas qualificados a soluções nos campos macropolíticos, superiores ao Poder Judiciário, que não dispõe de iguais subsídios.

⁴² Seria considerar, por exemplo, que a política pública de fornecimento gratuito de medicamentos de dado ente federativo atua na promoção ao direito à saúde, quando encontramos que a titulares que se encontram em condições idênticas de fruir tais bens não são adjudicadas as relativas prestações pelo poder público. A promoção coletiva dos bens sociais depende da sua realização individualmente considerada.

Em um Estado Democrático de Direito a Constituição não pode ocupar todo o espaço jurídico, inviabilizando a expressão da soberania popular ou impondo um projeto social às próximas gerações.⁴³ Tampouco, em um cenário de pluralismo social e de complexidade da vida, a interpretação constitucional se restringe a um processo judicial e à corte constitucional.⁴⁴

Contudo, o sistema de separação de poderes, com o epicentro em uma Constituição formal, atribui, em razão da especialização funcional e independência orgânica, ao Poder Legislativo e Executivo funções cujo exercício, que ocorre de forma preponderante e sem interferência, corresponde, em último grau, à realização das normas constitucionais.

Cabe, portanto, à Administração Pública a concretização dos preceitos fundamentais, observadas as possibilidades das regras e princípios constitucionais e limitada ao respectivo campo de discricionariedade dos atos administrativos, de forma atender as necessidades almejadas pelo grupo social.⁴⁵

Por efeito, deve-se buscar uma justa medida entre a tutela e promoção dos bens e valores constitucionais – exercidos através da atuação da jurisdição constitucional, em especial, pela técnica do ativismo judicial – e a preservação e realização do princípio democrático – na proteção da esfera de decisão dos atos da Administração Pública.

Desta feita, no exercício do controle dos atos da Administração Pública, o Poder Judiciário deve pautar-se na legalidade – em seu sentido de juridicidade –, porém compreendendo os espaços legítimos que podem haver na tomada de decisão estatal, desde que de acordo com a própria ordem jurídico-constitucional e democrática.

O tema será visto a seguir.

4. Análise do julgamento da medida cautelar nas ADPFs 668 e 669 do Supremo Tribunal Federal

Os limites do ativismo judicial promovido pela jurisdição constitucional no que tange aos atos expedidos pela Administração Pública em proteção e promoção ao

⁴³ Souza Neto, Teoria constitucional e democracia deliberativa, 79-112. Ao contrário, o direito constitucional deve atuar no aprimoramento do processo democrático, permitindo que os cidadãos decidam os valores e bens jurídicos a serem alcançados pelo grupo social em um contexto de livre circulação de ideias e de informações.

⁴⁴ Häberle, “El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma”, 73.

⁴⁵ Fábio Corrêa Souza de Oliveira, Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003). Isto não importa, todavia, na intangibilidade do conteúdo do ato do Poder Público. O princípio da razoabilidade tem sido utilizado para aferir a adequação de sentido entre os motivos, os meios e os fins empregados, permitindo a invalidação dos atos tidos como inadequados, desnecessários ou excessivos em relação aos valores vigentes da sociedade.

princípio da legalidade, mas em respeito ao princípio democrático e, portanto, ao espaço legítimo de decisão dos poderes públicos, podem ser analisados à luz de dado julgamento da corte constitucional.

As Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) de nº 668 e 669 foram ajuizadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (CNTM) e pelo partido Rede Sustentabilidade contra ato do Governo Federal, de divulgação preliminar e de contratação de campanha publicitária designada "O Brasil Não Pode Parar".

Tratava-se de medida cautelar, uma vez que vídeo preliminar circulava nas redes sociais, bem como extrato de dispensa de licitação com o objeto de prestação de serviços de comunicação digital e a justificativa de "disseminar informações de interesse público à sociedade" foi publicado no Diário Oficial, prevendo a contratação de campanha publicitária.

Os requerentes alegam violação a bens e valores constitucionais, entre os quais o direito fundamental à vida, à saúde e à informação, bem como aos princípios da Administração Pública, de moralidade, probidade, transparência e eficiência, uma vez que tal ato administrativo atua de forma contrária às medidas necessárias e globais de proteção contra a COVID-19.

Na decisão, a corte constitucional aponta dados técnico-científicos da importância das medidas de distanciamento social, que demonstram a ausência de proporcionalidade e razoabilidade daquele ato administrativo, que fulmina, também, a observância dos princípios da precaução e da prevenção, que devem ser vistos pela Administração Pública.

Explica que "O Brasil não pode parar" fulmina o previsto na Constituição Federal no seu artigo 37, §1º, de que a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, sendo desvinculado dos interesses da sociedade brasileira.

Determina que o uso de recursos públicos para tais fins, não voltados à salvar vidas, proteger a saúde e preservar a ordem e o funcionamento do sistema de saúde, traduz uma aplicação de recursos públicos que não observa os bens e valores constitucionais, exteriorizados nos princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência.

Adentra na análise do seu fundamento sob a alegação de que não há efetivamente uma dicotomia entre proteção à saúde da população e proteção à economia e aos empregos da mesma população, tal como vem sendo alegado, uma vez que a pandemia é global, com adoção, por quase todos os países, de medidas restritivas de isolamento e distanciamento social.

Na decisão, a corte aponta que cabe ao Supremo Tribunal Federal o dever constitucional de tutelar os direitos fundamentais à vida, à saúde e à informação de todos os brasileiros, deferindo a cautelar para vedar a produção e circulação, por qualquer meio, de qualquer campanha que pregue que "O Brasil Não Pode Parar".

Igualmente, veda qualquer ato administrativo que sugira que a população deve retornar às suas atividades plenas ou, ainda, que expresse que a pandemia constitui

evento de diminuta gravidade para a saúde e a vida da população, bem como susta a contratação de qualquer campanha publicitária destinada ao mesmo fim.

O Supremo Tribunal Federal *in casu* adotou uma postura de ativismo judicial, determinando a aplicação direta e imediata da Constituição, com a invalidação do ato administrativo e impondo conduta de abstenção à Administração Pública, adentrando em decisão que a rigor está dentro de uma competência legal expressa.

Observe-se que a Constituição Federal de 1988 determina as atribuições do Chefe do Poder Executivo, dentre as quais está a de exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da Administração Pública Federal e sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.⁴⁶

Em uma análise tradicional, a assertiva de que “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”⁴⁷ poderia ser suficiente para fundamentar uma suposta legalidade do ato e um espaço de decisão legítimo do agente público.

Neste sentido, qualquer ingerência do Poder Judiciário sobre o ato administrativo representaria uma violação do princípio da separação dos poderes, por significar adentrar no âmbito da esfera de discricionariedade administrativa trazida pela norma constitucional ao atribuir competência ao chefe do Executivo.

Desta feita, por ilação haveria um limite ao controle judicial em razão do princípio da legalidade no que tange à competência da chefia do Poder Executivo de, dentro da sua discricionariedade, dar fiel cumprimento à lei e exercer a direção superior da Administração Pública – de forma legítima, de acordo com o princípio majoritário.

Porém, o princípio da legalidade corresponde à superação de uma concepção liberal de vinculação estrita a uma *lei emanada segundo as prescrições legais*, para uma visão da *juridicidade revisitada por valores materiais*, com reconhecimento de sua compatibilidade em primeiro grau à Constituição e após a conformação dada pelo legislador ordinário através da lei ou demais espécies normativas.

Abrange, ainda, como projeção do princípio democrático, a *legitimidade*, exigindo da atuação administrativa a conformidade com a vontade emanada da sociedade pluralisticamente definida, extraída pela *participação* nos processos decisórios administrativos e pela *eficiência* mínima na realização dos interesses públicos obtidos no âmbito da deliberação com a sociedade.

Conflui na juridicidade, também, a *ilicitude* – como construção objetiva e precisa da moralidade administrativa, não como moral das intenções, de índole comum e despida de força cogente, mas como a moral dos resultados, exteriorizada no comportamento exigido do agente na consecução das finalidades colimadas pela sociedade.

⁴⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 84 II e IV.

⁴⁷ Lopes Meirelles, Direito administrativo brasileiro, 93.

Neste viés, observa-se na decisão que a proteção da legalidade não pode se limitar à mera análise do tipo legal – ou, melhor especificando, constitucional – mas à compreensão da legalidade como normatividade ampla – incluídos os vetores de legitimidade e ilicitude –, adequando-se a um modelo de juridicidade de um Estado Constitucional e Democrático de Direito.

O ativismo judicial promovido pelo Poder Judiciário – no exercício da jurisdição constitucional – configurará, deste modo, antes que uma violação ao princípio da legalidade – as competências do chefe do Poder Executivo –, uma concretização de sua feição de juridicidade – ao proteger os direitos fundamentais e os princípios constitucionais.

Assim, não houve uma substituição na tomada de decisão administrativa – com a usurpação da discricionariedade decorrente da competência constitucional da chefia do Executivo –, mas a verificação, dentro do princípio da legalidade – a partir de uma interpretação sistêmico-constitucional –, da violação à própria ordem normativa subjacente.

O caso demonstra que o ativismo judicial pode tutelar e promover o princípio da legalidade – em seu sentido de juridicidade – mediante a salvaguarda dos bens e valores constitucionais, sem que busque substituir a Administração Pública no que tange à tomada de decisão a partir de sua discricionariedade e capacidade institucionais.

Conclusão

Com o amplo processo de constitucionalização das matérias políticas e sociais promovido pela redemocratização, a ampliação das garantias e competências do Poder Judiciário, e a consagração do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, há uma crescente judicialização das questões da vida, que passa a ser decidida pelas cortes.

Neste sentido, a adoção da técnica de ativismo judicial acaba por tornar-se crescente diante dos limites de atuação e legitimidades dos demais poderes públicos, bem como do protagonismo judicial que assumem as cortes, deslocando o debate de diversas questões da deliberação pública para o processo judicial.

Inúmeras e justas são as possíveis críticas ao ativismo judicial e os excessos promovidos quanto ao deslocamento, também, do processo de tomada de decisão dos agentes eleitos para o Poder Judiciário, resultando, na tensão entre constitucionalismo e democracia, um estreitamento do processo deliberativo que não contribui para a ampliação da cidadania e responsabilidade.

Não obstante, em um modelo marcado pela falta de efetividade dos bens e valores constitucionais e pelos comuns desrespeitos, pelos poderes públicos, às escolhas políticas fundamentais consagradas na Carta Magna, o ativismo judicial pode assumir importante papel no que tange à limitação ao arbítrio e a concretização do pacto constitucional de justiça social.

O princípio da legalidade acaba por assumir um papel relevante no que tange à garantia da concretização do princípio republicano e sua técnica de independência e harmonia dos poderes, ao ser o fundamento e limite do controle recíproco entre os poderes na garantia de respeito à ordem jurídica e não ingerência ordinária no exercício do poder.

Contudo, o princípio da legalidade não pode ser tido em concepção literal ou positiva que o limite à previsão do texto legal, sob pena de desconsiderar as normas-princípios, bem como os bens e valores constitucionais que compõem a normatividade da ordem jurídico-constitucional que deve ser observada pelos poderes públicos.

No ativismo judicial, ao exercer seu papel de corte constitucional o Poder Judiciário deve proteger o princípio da legalidade identificada como uma normatividade ampla, que se reveste de valores como legitimidade e juridicidade, impondo o respeito a todos os vetores que compõem o Estado Constitucional Democrático de Direito.

Por efeito, não haverá violação do Princípio da Separação dos Poderes, atentando contra a independência dos poderes públicos, mas a sua concretização, por impor nos *checks and balances* a observância à produção normativa subjacente à sua atuação, em resguardo à ordem constitucional e política traduzida nas escolhas fundamentais veiculadas na carta magna.

Assim como o ativismo judicial pelo Poder Judiciário não pode representar ou substituir os demais poderes no exercício de suas funções, igualmente a discricionariedade administrativa ou a conformação legislativa não podem representar um “cheque em branco”, com desrespeito à ordem jurídica global com epicentro na Constituição Federal.

Apesar de a campanha do caso estudado se chamar “O Brasil Não Pode Parar”, em um Estado Republicano marcado pela existência de instituições livres e independentes, mas igualmente sujeitas à harmonia e controles recíprocos, o Poder Judiciário e o ativismo judicial devem ser capazes de obstar atos que atentem contra a Constituição Federal e seus valores.

Referências

- BARCELLOS, Ana Paula de. “Papeis do Direito Constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação”. *RDE* 3, n.º 12 (2008): 82-84.
- BARROSO, Luís Roberto. “A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil”. Em *A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil: Livro Comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso*, editado por Luís Roberto BARROSO, 790. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. “O Reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil”. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n.º 17 – jan./jun. (2011): 105-138.

- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- BOBBIO, Norberto, Nicola MATTEUCCI e Gianfranco PASQUINO. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- DA COSTA MOURA, Emerson Affonso. "Do controle jurídico ao controle social: parâmetros à efetividade dos direitos sociais, *Revista de Direito Constitucional e Internacional* - IBDC 77 (2011): 131-184.
- DESDENTADO DAROCA, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*. Madrid: Civitas, 1997.
- DIAS PEREIRA DA SILVA, Pascoal, Manuel VASCO. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996.
- DIMOULIS, Dimitri e Soraya GASPARETTO LUNARDI. "Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade". Em *As novas faces do ativismo judicial*, editado por André Luiz FERNANDES FELLET, Daniel GROTTI DE PAULA e Marcelo NOVELINO, 460-464. São Paulo: Jus Podvim, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Belo Horizonte: Editora Martins Fontes, 2010.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. São Paulo: Editora Globo, 2000.
- FERNANDES CAMPILONGO, Celso. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e Senzala*. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- GALACCI, Fernando Bernardi. *O STF e as Cláusulas Pétreas: O ônus argumentativo em prol da governabilidade?* São Paulo: SBDP, 2011.
- GARAPON, Antonie. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Renavam, 1999.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquín. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.
- GOUVÊA, Marcos Maselli de. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GUASTINI, Riccardo. "A Constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana". Em *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, editado por Daniel SARMENTO e Cláudio PEREIRA DE SOUZA NETO, 204-225. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HÄBERLE, Peter. "El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma". Em *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, editado por Peter HÄBERLE, 113-139. Ciudad de México: Porrúa, 2005.
- HART ELY, John. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016.

- MANCUSO, Wagner Pralon. *O lobby da indústria no Congresso Nacional*. São Paulo: EDUSP, 2007.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NUNES, Edson. *A gramática política do Brasil – clientelismo e insulamento burocrático*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.
- OLIVEIRA SOUZA, Fábio Corrêa de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalidade do Direito Administrativo: o princípio da juridicidade, a reeleitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.
- PLÁ COELHO, Rosa Júlia. *Mecanismos de proteção dos direitos fundamentais*. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2005.
- PEREGRINO CUNHA, Rubem Dário. *A juridicização da discricionariedade administrativa*. Salvador: Vercia, 2005.
- RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Belo Horizonte: Editora Martins, 2008.
- RIBAS VIEIRA, José, Margarida Maria LACOMBE CAMARGO e Alexandre GARRIDO SILVA. “O Supremo Tribunal Federal como arquiteto constitucional: a judicialização da política e o ativismo judicial”. *Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria dos Direitos* (2009): 44-45.
- SARMENTO, Daniel, e Cláudio PEREIRA SOUZA NETO. *Fundamentos teóricos e aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira. “Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática”. Em *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, editado por Daniel SARMENTO, 58-63. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- VILHENA VIEIRA, Oscar. *Supremocracia*. *Revista de Direito GV*, jul./dez. (2008): 441-463.
- VITAL, Moreira. “Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional”. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1993.

Francisco Alejandro Chíquiza Gómez* (Colombia)

Activismo judicial en la Jurisdicción Especial para la Paz**

RESUMEN

El presente artículo pretende realizar una aproximación a la eventual intervención judicial y los niveles de intensidad que podrá realizar la Jurisdicción Especial para la Paz, como una estructura sofisticada, transitoria y excepcional, de naturaleza constitucional y característica judicial que le permita a la sociedad colombiana hacer tránsito de un conflicto armado interno a la paz y al fortalecimiento de la democracia. En ese sentido, se retoman conceptos básicos sobre el activismo judicial y sus límites en el marco de una democracia constitucional y se analiza cómo esta teoría impacta directamente en el modelo de justicia transicional adoptado por Colombia y cuál sería su efecto transformador.

Palabras clave: activismo judicial; justicia transicional; procedimiento dialógico.

Judicial activism in the Special Jurisdiction for Peace

ABSTRACT

This article aims to approach the possible judicial intervention and the levels of intensity of the Special Jurisdiction for Peace, as a sophisticated, transitory and exceptional structure, of a constitutional nature and judicial characteristics, that allows Colombian society to transition from an internal armed conflict to peace and the strengthening of democracy. In this regard, the article takes up basic concepts about judicial activism

* Abogado, especialista en derecho administrativo, magíster en derecho constitucional y candidato a doctor en derecho, Universidad Austral de Argentina. Docente universitario de la Escuela Militar de Cadetes José María Córdova. fachiquizagomez@mail.austral.edu.ar y alejandro_chiquiza@hotmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-9514-8080>.

Este artículo hace parte del proyecto de investigación “Observatorio de Derecho Operacional” del Grupo de Investigación en Ciencias Militares, de la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova” (ESMIC), registrado con el código COL0082556 de Colciencias.

and its limits in the framework of a constitutional democracy, and it analyzes how this theory directly impacts the transitional justice model adopted by Colombia and what its transformative effect would be.

Keywords: Judicial activism; transitional justice; dialogical procedure.

Juristischer Aktivismus in der kolumbianischen Sondergerichtsbarkeit für den Frieden

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Artikel beabsichtigt eine Annäherung an mögliche Eingriffe der Justiz und deren Intensität im Rahmen der Sondergerichtsbarkeit für den Frieden als einer hoch entwickelten, vorübergehenden und außerordentlichen Struktur mit Verfassungscharakter und einer rechtlichen Sonderstellung, die der kolumbianischen Gesellschaft den Übergang von einem inneren bewaffneten Konflikt zum Frieden und zur Stärkung der Demokratie ermöglichen soll. Dazu werden zunächst einige Grundkonzepte des juristischen Aktivismus und seiner Grenzen in einer konstitutionellen Demokratie aufgegriffen. Anschließend wird analysiert, wie sich diese Theorie direkt auf das Modell der von Kolumbien gewählten Übergangsjustiz auswirkt und welche Auswirkungen es auf die Transformation hat.

Schlagwörter: Juristischer Aktivismus; Übergangsjustiz; dialogisches Verfahren.

Introducción

Actualmente existe una prolífera literatura en torno a la judicialización de la política y a la intervención del juez como un sujeto activo en la configuración de las políticas públicas, ya sean de raigambre legislativa o administrativa, lo que se ha denominado “activismo judicial”. Las posturas con relación a este asunto están divididas, a tal punto que algunos consideran que dicha intervención representa un desbordamiento de los límites competenciales del juez y que, en consecuencia, constituye un abuso de poder por parte de este. Por otro lado, la postura contraria pretende reivindicar el activismo judicial, señalando que este representa la justa intervención como elemento equilibrador ante la indolencia y paquidermia de los demás órganos de poder.¹

La presente investigación procura aproximarse a los límites competenciales del juez, particularmente, del juez transicional, en un escenario de finalización de conflicto armado de carácter no internacional, partiendo del presupuesto de que este está llamado a garantizar la satisfacción de los derechos de las víctimas de violaciones de

¹ Jorge Mejía y Roberto Pérez, “Activismo judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes”, *Justicia* 27 (2015): 31, <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n27/n27ao3.pdf>.

los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario (DIH) a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.

El análisis se focaliza en el caso colombiano, esencialmente, en el componente judicial del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), es decir, en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), cuya fuente radica en el Acuerdo Final de Paz (Acuerdo Final) y su vocación es la de administrar justicia de forma transitoria y autónoma, de manera preferente y prevalente sobre las conductas cometidas con anterioridad al 1º de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, en especial respecto de aquellas consideradas infracciones al DIH o violaciones de los derechos humanos.²

La particular relevancia del análisis de la JEP, como juez transicional, surge de su mandato de ofrecer verdad, proteger los derechos de las víctimas y su disposición a la transformación de la sociedad colombiana, lo que implica ofrecer garantías de no repetición y consolidación de una paz estable y duradera; esto significa, inevitablemente, la intervención de la JEP en una nueva configuración política inspirada desde el SIVJRNR, pero con una clara preponderancia de la administración de justicia. Esto supone un contexto de *manifestación judicial* en un panorama de transición política y social, donde la injerencia jurisdiccional está legitimada, al menos, desde el punto de vista del constituyente derivado y del legislador.

Esa legitimidad democrática, respaldada por imperativos del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), reconoce que la política de transición en Colombia es altamente compleja; sin embargo, admite en la JEP una vocación particular de articulación institucional, que busca satisfacer los derechos de las víctimas, promover la reconciliación nacional, sentar las bases de una paz estable y duradera y restablecer el *rule of law*. En ese sentido, la presente investigación abordará la naturaleza de la JEP, la vocación transformadora de sus decisiones y su injerencia en la configuración de las políticas públicas que permitan transitar del conflicto a la paz.

Así las cosas, lo anterior supone un trasplante de la actividad dinamizadora y dialógica, en el marco de la actividad política de la jurisdicción constitucional a la transicional; sin embargo, con un alcance, en principio limitado, pero pretensioso, pues en este escenario judicial se procura el tratamiento de un pasado violento para construir o proyectar un futuro ausente, por lo menos, de conflicto armado de carácter no internacional. Una transformación política, social, económica y jurídica desde las entrañas del *judicial power*.

² Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 01 de 04 de abril de 2017.

1. El control jurisdiccional constitucional como paradigma del activismo judicial

En primer lugar, es preciso señalar que el sustrato de la discusión sobre la razonabilidad o no del activismo judicial, surge de la función de control de los tribunales constitucionales. Al respecto, el profesor Aragón Reyes señala:

... el carácter objetivado del control jurídico implica que los órganos que lo ejercen sean órganos no limitadores sino verificadores de limitaciones pre-establecidas, órganos, como antes se decía, que ‘no mandan, sino que frenan’, que se encuentran ajenos a la relación de supra o subordinación respecto de los órganos controlados y que, por aplicar cánones jurídicos, estén integrados por peritos en derecho.³

Este tipo de control se considera esencial del *rule of law*, en tanto se traduce en la materialización del sistema de pesos y contrapesos o *checks and balances*; sin embargo, ha sido altamente rechazado y criticado por entenderse contradictorio con la primacía del poder legislativo e incluso ejecutivo, debido al hecho de que estos gozan de legitimidad democrática directa.⁴ Y es que, tal como lo señala el profesor Bork, cuando se les autoriza a los jueces a derogar decisiones mayoritarias o a intervenir en aquellas que son de naturaleza política, construidas a partir de discusiones complejas y técnicas, se cuestiona la excesiva judicialización al suponer que se configura una especie de erosión del gobierno democrático.⁵

En ese sentido, lo que se cuestiona en el control jurisdiccional, en la esfera constitucional, es cómo el catálogo de derechos del que es beneficiario el pueblo está mejor protegido a través de la práctica judicial que, dicho sea de paso, es un poder que goza de menor legitimidad democrática, que los poderes legislativo y ejecutivo, los dos con mayor legitimidad democrática y tecnicismo.⁶ Esta discusión podría solventarse en la medida en que se precise la naturaleza del principio de *jurisdicción constitucional*.

Al respecto, el profesor Dermizaky señaló que el principio de jurisdicción constitucional debe ser entendido como aquel que otorga la facultad a los jueces, de naturaleza constitucional, de ejercer el control, la defensa y la interpretación de la

³ Manuel Aragón Reyes, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control* (Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2014).

⁴ Hans-Rudolf Horn, “Activismo judicial versus gobierno democrático”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 14 (2010): 183-192, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3331531>.

⁵ Robert H. Bork, *Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges* (Washington D.C.: AEI Press, 2003).

⁶ Jeremy Waldron, “The core of the case against judicial review”, *Yale Law Journal* 115 (2006): 1349-1406.

Constitución,⁷ lo que supone un ejercicio de protección formal y material de la integridad de la carta jurídico-política de un Estado. En el mismo sentido, Gregorio Olmos señaló que este es entendido como la “oposición dialéctica jurídico-política que se hace de una norma, hecho u omisión frente a la Constitución con el objeto de verificar su conformidad y compatibilidad con los postulados superiores”,⁸ la cual tiene un carácter eminentemente político.⁹ Al respecto, Lowenstein afirmó:

El control de constitucionalidad es, esencialmente, control político y cuando se impone frente a los otros detentadores del poder, es, en realidad, una decisión política. Cuando los jueces proclaman ejercer su derecho de control, dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política, y se convierten por su propio derecho en detentadores semejantes, cuando no superiores a los otros detentadores del poder instituido.¹⁰

Este principio, que es esencial para garantizar la supremacía constitucional, tal como se indicó, supone que el órgano jurisdiccional sirve de guardián natural y protector de las disposiciones constitucionales, no solo entre los particulares, sino también frente al Estado. Este sistema de control jurisdiccional constitucional se presenta en tres corrientes o subsistemas de control: i) concentrado, ii) difuso y iii) mixto.

El primero, es decir, el *control concentrado*, derivado de la tradición continental europea, inspirado por las teorías de Hermann Heller y Hans Kelsen, plantea que la Constitución necesita de un defensor institucional, el cual debe estar ubicado en el escenario judicial.¹¹ Esta propuesta considera ingenuo pensar que la simple manifestación de supremacía de la constitución en el texto es suficiente para garantizar la eficacia normativa de sus disposiciones, por lo que es necesario dotar de poder a una autoridad jurisdiccional, o sea, un tribunal constitucional, para que reivindique la integridad normativa de la constitución.

⁷ Pablo Dermizaky Paredo, “El derecho procesal constitucional”, *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 4 (2007): 1-20, <https://www.redalyc.org/pdf/4275/427539904002.pdf>.

⁸ Édgar Andrés Quiroga Natale, “El control constitucional como instrumento de la intervención económica”, *Revista Con-Texto* de la Universidad Externado n.º 23 (2007), 11-27, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/1965/1755>.

⁹ Vladimiro Naranjo Mesa, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 11 ed. (Bogotá D.C.: Temis, 2010).

¹⁰ Karl Lowenstein, *Teoría de la constitución*, 2.ª ed. (Barcelona: Ariel, 1970).

¹¹ Hans Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 15, (2011): 249-300. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3764308>.

Por otro lado, en oposición a la propuesta teórica del control concentrado, está la del *control difuso*, también conocido como el *judicial review*.¹² Este modelo, de origen norteamericano, no supone la creación de un órgano especializado para la realización de un control constitucional, sino que atribuye esta facultad a todas las autoridades judiciales y, en caso de advertir la incompatibilidad de una ley con una disposición constitucional le estará permitido inaplicar dicha ley. En ese sentido, todos los jueces operan como reivindicadores de la integridad normativa de la constitución.

Finalmente, como una propuesta ecléctica e integradora, ha surgido el modelo de control constitucional *mixto*, el cual supone que, por mandato del constituyente, se integran los modelos *concentrado* y *difuso*, es decir, los jueces están facultados y, además, obligados, para realizar control constitucional en cada uno de los casos en concreto que lleguen a su conocimiento; y, además, dentro de los órganos de poder constituidos, la institucionalidad cuenta con un tribunal constitucional encargado de realizar control concentrado y *abstracto* de constitucionalidad a las decisiones de naturaleza política.

Dicho lo anterior, resulta entonces de potísima importancia el principio de jurisdicción constitucional para garantizar la supremacía de la constitución, pero, además, este principio es la fuente de control jurisdiccional necesario para mantener el sistema de pesos y contrapesos, así como la protección del catálogo de derechos incorporado al texto de la carta política. Es decir, los sistemas de control garantizan que, no solo por mandato, sino además por coerción, las autoridades respeten sus límites competenciales previstos en el diseño institucional.

Ahora bien, la controversia se agudiza cuando los demás poderes consideran que: i) el control jurisdiccional excede sus propios límites competenciales; ii) no existe un poder efectivo que controle la actividad jurisdiccional; iii) como se ha mencionado, es un poder, en principio, que no goza de una fuerte legitimidad democrática. Este gran debate ha dado paso a lo que se conoce como activismo judicial, el cual, para efectos de este trabajo de investigación, se considera consecuencia o efecto del control judicial.

1.1. El activismo judicial y su legitimidad

El concepto de activismo judicial no es pacífico en la doctrina jurídica, pues tal como se indicó en la introducción, la intervención judicial en la política tiene posturas divididas; sin embargo, inicialmente representaba una frase peyorativa con la que se identificaba a la intervención judicial en la toma de decisiones políticas

¹² Francisco Fernández Segado, “La *judicial review* en la pre-marshall court”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional* 28 (2011): 133-178.

o, al menos, así lo concebían algunos jueces norteamericanos, tales como Frank H. Easterbrook¹³ o Anthony Kennedy.¹⁴

En el mismo sentido, Leonardo García, refiriéndose a la definición dada por el *Black's Law Dictionary*, indicó que este se entendió, sobre todo desde el modelo anglosajón, como una

... filosofía de la toma de decisiones judiciales a partir de la cual los jueces permiten que sus perspectivas personales sobre la política pública, los principios y el derecho constitucional, entre otros factores, guíen sus decisiones, en el sentido que los fundamentos de la decisión pueden ser las consideraciones morales o políticas personales del juez, en vez del derecho legislativo, jurisprudencial o aquel internacional que sea vinculante.¹⁵

Además, algunos autores, como Holland, consideran que el *activismo judicial* es un fenómeno distinto al del control judicial;¹⁶ sin embargo, actualmente, se piensa que este puede gozar de un alto grado de legitimidad en Estados que atraviesan alguna transición democrática o en aquellos donde sus instituciones, aunque democráticas, sean ineficientes o se encuentran cooptadas por la corrupción y el clientelismo. Allí, “las cortes pueden dar un ejemplo de moralidad (liberal) y de ciudadanía democrática”;¹⁷ en ese sentido, se disiente de la propuesta de Holland en tanto la intervención judicial en escenarios de control constitucional reivindica los límites competenciales de los órganos de poder de un Estado.

Así las cosas, para efectos de la presente investigación, el activismo judicial se entiende como la disposición adicional o agregada de las autoridades jurisdiccionales a involucrarse en asuntos de satisfacción de derechos individuales y colectivos, o en fiscalizar o imponer diseño de políticas públicas a los demás órganos de poder dentro del Estado, entre otros,¹⁸ pero con una finalidad no invasiva de los demás poderes constituidos del Estado.

¹³ Frank H. Easterbrook, “Do liberals and conservatives differ in judicial activism?”, *University of Colorado Law Review* 73 (2002): 1401.

¹⁴ Fredrick P. Lewis, *The Context of Judicial Activism: The Endurance of the Warren Court Legacy in a Conservative Age* (Boston: Rowman & Littlefield Publishers, 1999).

¹⁵ Leonardo García Jaramillo, *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: una discusión en clave neoconstitucional* (Querétano: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétano, 2016).

¹⁶ Kenneth Holland, *Judicial Activism in Comparative Perspective* (London: McMillan, 1991).

¹⁷ Lisa Helbink, *Legalism Against Democracy: The Political Role of the Judiciary in Chile, 1964-1994* (San Diego: University of California, 1999).

¹⁸ Víctor Abramovich y Laura Pautassi, “El derecho a la salud en los tribunales: algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina”, *Salud Colectiva*, n.º 4 (2008): 261-282.

Por otro lado, se comparte el modelo evolutivo y dialéctico del Estado de derecho propuesto por Nonet y Selznick, donde el poder judicial juega un rol dinamizador en las relaciones sociales e institucionales, máxime, en Estados que recién están transitando a la democratización y que están superando las consecuencias de la guerra y del disenso social.¹⁹ Esto, evidentemente, no supone anular su intervención en Estados completamente democratizados, pues la adopción de una cultura legal de reconocimiento de derechos²⁰ supondrá la constante presencia jurisdiccional, pero, en este escenario, su procuración debe concebirse como autorrestringida, para no vaciar de contenido su función dialógica, de lo cual se hablará en párrafos posteriores.

1.2. De los límites al *activismo judicial*

1.2.1. *El principio de la autocontención judicial (self-restraint)*

El principio de la autocontención judicial, en términos generales, según el texto clásico de Thayer, se configura como una limitante competencial de las decisiones adoptadas por cada uno de los poderes públicos del Estado.²¹ Por su parte, Posner entiende este principio en términos de antónimo del vocablo “activismo judicial”.²²

En ese sentido, este autor plantea al menos cinco premisas que exigen del juez su propia restricción: i) identificación de las posibles consecuencias institucionales que podría traer el ejercicio de un poder judicial excesivo; ii) el funcionario jurisdiccional no admitirá que sus decisiones se produzcan con el fin de posicionar sus posturas políticas; iii) el juez debe ser cauteloso y prudente en sus providencias cuando en ellas se discutan sus posiciones personales y políticas; iv) el funcionario judicial debe evitar los fallos que impliquen creación de derecho o normas de rango constitucional; v) el juez debe ser consciente de las competencias que la Constitución asignó y su papel en el sistema político del Estado.

La doctrina de la autocontención judicial fue creada por la Corte Suprema norteamericana para delimitar los ámbitos de aplicación de la *judicial review*, en las decisiones adoptadas por otros órganos estatales.²³ Dicha garantía se concreta

¹⁹ Philippe Nonet y Philip Selznick, *Law & Society in Transition* (New York: Routledge, 2001).

²⁰ Javier Couso, “Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política”, *Revista de Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile* XXIV, n.º 2 (2004): 29-48.

²¹ James Thayer, “The origins and the scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review* 7 (1893): 129-256.

²² Richard Posner, “The meaning of judicial self-restraint”, *Indiana Law Journal* 59, n.º 1 (2008).

²³ Jorge Portocarreño, “The role of formal principles in determining the scope of the constitutional control”, *Derecho del Estado*, n.º 27 (2011).

mediante una abstención del juez constitucional de abocar el examen de asuntos que desbordan sus competencias. Esta figura ha sido utilizada, esencialmente, en dos hipótesis: la primera, para rechazar su jurisdicción sobre los temas relativos a la *doctrine of political question*, que significa desechar los casos que implican una pregunta política y no jurídica y, la segunda y más evidente, cuando se decide declarar una ley inválida, siempre que vulnere claramente una norma de la Constitución.²⁴

Además de los supuestos comunes de aplicación, algunos autores como Roche estiman que las técnicas de la *judicial self-restraint* pueden ser de naturaleza procedimental o sustantiva. Así las cosas, se estará ante la primera cuando se evite asumir conocimiento, *in limine*, de temas que estén por fuera de su competencia; y, se configurará la de naturaleza material, en los supuestos en que el juez entienda que no se está ante un tema de carácter judicial.²⁵

En pocas palabras, la doctrina de la autocontención judicial se orienta a limitar el grado de subjetivismo que puede acompañar las decisiones de los jueces respecto a la extensión de sus ámbitos competenciales. La Corte Constitucional de Colombia, en varias de sus decisiones, al realizar un control abstracto de constitucionalidad a actos reformativos de la Constitución, ha optado por aplicar criterios de prudencia judicial,²⁶ con el fin de cumplir cuatro requisitos: i) salvaguardar la identidad de la Constitución de ejercicios arbitrarios del poder de reforma que transformen sus ejes definitorios; ii) permitir la adaptación a cambios sociopolíticos más trascendentales, esto como condición para la supervivencia del ordenamiento constitucional; iii) evitar, de forma estricta, que el juicio de sustitución se confunda con un control material de las reformas; iv) evitar que las mayorías prefieran acudir a vías extraconstitucionales para reformar, o incluso destruir, la carta política.²⁷

Este principio, nacido como límite a la intervención judicial en la política, no supone suprimir el ejercicio del control judicial pues, como se mencionó en párrafos anteriores, este es el resultado de la aplicación del principio de *jurisdicción constitucional*, el cual constituye la garantía coercitiva de la supremacía constitucional. Ahora bien, este límite de autocontención –conocido en el modelo anglosajón como *self-restraint*– no supone vaciar de contenido el poder transformador de los jueces, sino que plantea un test de intervención judicial para mantener la legitimidad del sistema de pesos y contrapesos. En ese sentido, el *activismo judicial* no puede ser absoluto y, en todo caso, debe mantener su esencia evolutiva y dialéctica.

²⁴ Vincent M. Barnett, "Constitutional interpretation and judicial self-restraint", *Michigan Law Review* 39, n.º 2 (1940): 212-237, <https://www.jstor.org/stable/1283166>.

²⁵ John P. Roche, "Judicial Self-Restraint", *American Political Science Review* 49, n.º 3 (1955): 762-772, <https://www.jstor.org/stable/1951437>.

²⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-332 de 17 de mayo de 2017.

²⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-303 de 28 de abril de 2010.

1.2.2. *El principio de cuestiones políticas (political questions)*

La doctrina del principio de cuestiones políticas o *political questions* es, naturalmente, de génesis anglosajona y, en esencia, se define como una forma de justificar la incompetencia del poder judicial para pronunciarse sobre ciertos casos,²⁸ particularmente aquellos cuya naturaleza es eminentemente política y, en consecuencia, su discusión se excluye o aleja de la esfera jurisdiccional.

Sus antecedentes se remontan al caso *Ware vs. Hylton*; sin embargo, fue en el caso *Marbury vs. Madison*, génesis del *judicial review*, donde se precisó que el poder judicial está habilitado para inaplicar una ley cuando contradiga el contenido constitucional, siempre que se trate de la protección de derechos de los individuos, pero advirtió que, en caso alguno, los jueces se convierten en supervisores de los poderes políticos en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales.²⁹

La doctrina de cuestiones políticas carece de respaldo normativo, en ese sentido, no existe disposición constitucional que imponga como límite al ejercicio del control jurisdiccional los asuntos de naturaleza estrictamente política, por lo que esta doctrina ha sido producto, esencialmente, de pronunciamientos judiciales. En consecuencia, es la propia jurisprudencia la que ha fijado sus matices y su alcance, precisamente, para efectos del control judicial, ya sea abstracto o difuso; no obstante, la discusión persiste sobre la imprecisión de los asuntos que son justiciables y los que no lo son, máxime cuando, siguiendo la postura Lowenstein, el control jurisdiccional constitucional es un asunto de naturaleza política.

Esta doctrina tiene dos versiones, la primera, denominada clásica,³⁰ consiste en una interpretación literal de la constitución, donde se pueda advertir que el asunto por resolver corresponde a otro poder de la constitución; y, la segunda, conocida como la prudencial,³¹ donde la decisión de no intervenir en un conflicto es el resultado de un juicio potestativo y moderado, no previsto, necesariamente, en la constitución.

Esta teoría, aunque se presenta como un límite a la intervención del juez en asuntos políticos, no ha tenido suficiente acogida y pareciese que las objeciones que se le formulan ponen en entredicho la utilidad de la misma, en tanto: i) su aplicación es incompatible con el principio de *checks and balances*; ii) su esencia descansa en la confusión entre lo político y lo jurídico que, en todo caso, será facultad judicial

²⁸ Luis Alejandro Silva Irrarrázabal, “Las cuestiones políticas: una doctrina sobre los límites del poder judicial. El caso de los Estados Unidos”, *Estudios Constitucionales* 14, n.º 2 (2016): 231-262, <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n2/arto8.pdf>.

²⁹ Silva Irrarrázabal, “Las cuestiones políticas”, 231-262.

³⁰ Richard H. Jr. Fallon, *et al.*, *Hart and Wechsler's. The Federal Courts and the Federal System*, 6.ª ed. (New York: Foundation Press, 2009).

³¹ Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics* (New Haven: Yale University Press, 1986).

determinar el contenido de la controversia; iii) existen otras doctrinas que cumplen mejor la función limitadora del excesivo activismo judicial.

1.2.3. *La excepción del principio contramayoritario*

La excepción del principio contramayoritario constituye la fuente legitimadora de la intervención judicial excepcional en la toma de decisiones políticas, ya sean de naturaleza legislativa o administrativa. Este principio, en oposición al democrático, establece ciertos deberes de protección de derechos de las minorías a las autoridades del Estado y, en este caso particular, al poder judicial.

En primer lugar, para efectos de señalar el alcance del principio contramayoritario, se hará una precisión sobre el concepto de democracia; en ese sentido, Bobbio, en su obra clásica *El futuro de la democracia*, considera que una definición mínima de esta consiste en “un conjunto de reglas procesales para la toma de decisiones colectivas en el que está prevista y propiciada la más amplia participación posible de los interesados”, las cuales se subdividen en primarias y fundamentales, que serán aquellas que establezcan el procedimiento y la titularidad de quien está autorizado y legitimado para la toma de decisiones colectivas.³²

Desde esta perspectiva, el sistema democrático de gobierno posee un innegable valor instrumental, en la medida en que permite que sean expresadas libremente las preferencias de los ciudadanos, bien sea en relación con la selección de los programas políticos que proponen los diversos candidatos, lo que se traduce en democracia representativa, o en punto a la adopción de decisiones colectivas, que sería la manifestación de la democracia directa,³³ con una consecuencia fuertísima en la definición de las políticas públicas, ya sean estas de naturaleza administrativa o legislativa, pues tal como lo enseña el profesor Garzón Valdés, la manifestación de los intereses de los votantes está dotada de un elemento normativo y vinculante con respecto al resultado, pues debe aceptarse e imponerse de manera general.³⁴

En el mismo sentido, John Rawls propone un concepto de democracia en términos de justicia procedimental pura, según la cual se deben satisfacer los deseos de los sufragantes, confiriéndoles un valor vinculante a los resultados de la elección.³⁵ En este orden de ideas, *prima facie* se puede sostener que los procedimientos fundados sobre el principio mayoritario resultan ser los más adecuados en una sociedad para resolver los conflictos: el resultado será calificado en términos de “justo” y, en

³² Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1986), <https://socialesenpdf.files.wordpress.com/2013/09/bobbio-norberto-el-futuro-de-la-democracia-1986.pdf>.

³³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-699 de 13 de diciembre de 2016.

³⁴ Ernesto Garzón Valdés, “El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 12 (2000): 7-34. <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n12/1405-0218-is-12-00007.pdf>.

³⁵ John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1972).

palabras de Rawls, vinculante para todos. Lo justo y obligatorio para una sociedad será aquello que, en un determinado momento histórico, la mayoría de sus integrantes así lo decidan.³⁶

Pero el consenso democrático ha venido construyendo lo que podría denominarse en el constitucionalismo moderno la axiología de la dignidad, de donde ha surgido el contenido nuclear de los derechos incorporados en la constitución, que se traduce en la configuración de la esfera de lo indecible por el principio democrático y ajena a las versatilidades de este. Así las cosas, el catálogo de derechos incorporado en la constitución no puede ser sometido a escrutinio popular, evidentemente, sin desconocer el carácter programático de algunos de estos derechos.

Hans Kelsen, en su obra *La naturaleza y el valor de la democracia*, sostuvo que no podía confundirse el “dominio de la mayoría” con el “principio de la mayoría”. Lo anterior por cuanto la vigencia del principio democrático impone no solo la existencia y el respeto por los derechos de las minorías, sino la exclusión de algunos temas básicos de la negociación parlamentaria y de la votación ciudadana.³⁷ En un Estado social de derecho existe un conjunto de derechos fundamentales cuyos contenidos esenciales configuran un “coto vedado” para las mayorías,³⁸ es decir, unas conquistas sociales no negociables, que derivan de la dignidad humana y que configuran bienes esenciales para la realización del proyecto de vida de cada ser humano.

En consecuencia, en virtud del principio contramayoritario, los derechos consagrados en la carta política son de obligatorio cumplimiento por parte de autoridades del Estado, incluso contra la voluntad de la mayoría.³⁹ Así es como los poderes públicos encuentran en los derechos constitucionales la fuente de su legitimidad y, a su vez, el límite material a sus actuaciones. En tal sentido, estos escapan al ámbito de la negociación parlamentaria (*democracia representativa*) y, al mismo tiempo, su vigencia no puede estar sometida al querer de las mayorías, expresado en las urnas (*democracia participativa*).⁴⁰

Si bien las decisiones adoptadas por la mayoría resultan esenciales en una democracia, no es menos cierto que existen unos derechos que se encuentran sustraídos de la voluntad popular.⁴¹ La democracia no puede entenderse como el poder omnímodo

³⁶ Rawls, *A Theory of Justice*.

³⁷ Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Viena, Tübingen: J.C. B. Mohr, 1929).

³⁸ Garzón Valdés, “El consenso democrático”, 7-34.

³⁹ Luigi Ferrajoli, “La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna”, *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 10 (2016): 146-161, <http://revistas.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/15489/18650>.

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-699 de 13 de diciembre de 2016.

⁴¹ Luigi Ferrajoli, “Derechos y garantías. La ley del más débil”, *Cuestiones Constitucionales* 17 (2007): 309-314.

de las mayorías⁴² y, por el contrario, no se concibe un sistema democrático sin el ejercicio de derechos constitucionales.

En definitiva, dentro de un sistema democrático de gobierno, que acepte como núcleo inviolable de su pacto de convivencia la vigencia y el respeto por los derechos constitucionales, en palabras de Kelsen, el desacuerdo con los mismos vale solo en el ámbito de lo discutible, y constituye la excepción a los límites de intervención jurisdiccional en las esferas políticas, ya sean de naturaleza administrativa o legislativa.

2. El activismo judicial y la justicia transicional en Colombia

El proceso de comprensión de la intervención política por parte de la JEP supone contextualizar al lector, al menos, sobre tres puntos esenciales: i) el concepto y alcance de la *justicia transicional*, ii) el caso de transición del conflicto colombiano y iii) la naturaleza de la JEP. Lo anterior facilita la comprensión de la tesis propuesta en la introducción, sobre el trasplante de algunas funciones de “control” o de “transformación” del tribunal constitucional a los jueces transicionales.

2.1. El concepto de justicia transicional

La institución jurídica de la justicia transicional se puede considerar como relativamente reciente, la cual ha surgido como una respuesta a la degradación social e institucional derivada de arbitrariedades sistemáticas en materia de derechos humanos en periodos de opresión por gobiernos autoritarios o en escenarios de conflicto armado.⁴³ En ese sentido, se estima que esta figura permite a las sociedades poner fin a contextos generalizados de violencia y hacer tránsito a la paz y a la democratización.

Esta institución –que podría calificarse de contemporánea– ha dado lugar a varias definiciones. Por ejemplo, Ruti Teitel la concibe como una “justicia asociada con periodos de cambio político, caracterizados por respuestas legales que tienen el objetivo de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes anteriores”.⁴⁴ En el mismo sentido, el ICTJ la define como

⁴² Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial* (Barcelona: Ariel, 1996).

⁴³ Félix Eduardo Torres Penagos, “Justicia transicional en perspectiva: posibilidades, retos y nuevas paradojas en escenarios de (post) conflicto”. En *Justicia transicional y postconflicto*. Ed. por Louise Arbour, Dustin Sharp y Lars Waldorf (Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2019), 13-87.

⁴⁴ Ruti G. Teitel, “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal* 16 (2003): 69-94.

... una respuesta a las violaciones sistemáticas o generalizadas a los derechos humanos. Su objetivo es reconocer a las víctimas y promover iniciativas de paz, reconciliación y democracia. La justicia transicional no es una forma especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un periodo de violación generalizada de los derechos humanos. En algunos casos, estas transformaciones suceden de un momento a otro; en otros, pueden tener lugar después de muchas décadas.⁴⁵

Por otro lado, el Secretario General de las Naciones Unidas definió lo que denominó *justicia de transición*, como

... toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos.⁴⁶

Finalmente, la Corte Constitucional colombiana la ha definido como

... una institución jurídica a través de la cual se pretende integrar diversos esfuerzos, que aplican las sociedades para enfrentar las consecuencias de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, sufridos en un conflicto, hacia una etapa constructiva de paz, respeto, reconciliación y consolidación de la democracia, situaciones de excepción frente a lo que resultaría de la aplicación de las instituciones penales corrientes.⁴⁷

Como se puede advertir de los conceptos precedentes, la justicia transicional –o justicia para la transición– representa un instrumento jurídico diseñado para procurar la aplicación de una institucionalidad transitoria y excepcional, que permita hacer tránsito a la finalización de regímenes autoritarios o del conflicto armado y,

⁴⁵ Centro Internacional para la Justicia Transicional (CIJT), *¿Qué es la justicia transicional?* (s. l.: CIJT, 2009), 1-2, <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-Spanish.pdf>.

⁴⁶ Naciones Unidas, Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad, “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, S/2004/616, 3 de agosto de 2004, <https://www.un.org/securitycouncil/es/content/secretary-generals-reports-submitted-security-council-2004>.

⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-052 de 8 de febrero de 2012.

además, sentar las bases para la restauración del *rule of law*. Todo esto, a través de mecanismos *judiciales* y *extrajudiciales*.

Lo anterior supone que, en primer lugar, el Estado de derecho y, en consecuencia, la democracia, se encuentran en incapacidad de respuesta para castigar las masivas violaciones de los derechos humanos e infracciones al DIH y, en segundo lugar, esta excepcionalidad resulta plausible en la medida que los mecanismos transicionales deben, primordialmente, satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición; pero, además, exige que estos mecanismos transitorios permitan el fortalecimiento del Estado de derecho.

Esto supone un esfuerzo de “política pública” renovada, pues, como se puede inferir, la justicia transicional puede optar por medidas jurisdiccionales, pero también se puede valer de otras que permitan la satisfacción de la verdad, la reparación integral y la reconciliación nacional, todo dependerá del contexto y el diseño adoptados. Para efectos de la presente investigación, resultan de particular interés aquellas medidas de naturaleza judicial y el efecto de estas en la satisfacción de los derechos de las víctimas, sobre todo, de la posibilidad de garantizar la no repetición, pues esto supone reformas institucionales y transformaciones sociales profundas.⁴⁸

2.2. La justicia transicional en el caso colombiano

Actualmente, Colombia transita por un momento histórico que pretende superar el conflicto armado interno, en particular con la denominada y antigua guerrilla de las FARC-EP. Este escenario ha planteado una serie de retos sociales e institucionales que han dado paso al concepto de justicia transicional o justicia para la transición, como el modelo adecuado para superar el periodo de conflicto y sentar las bases para ofrecer productos de paz y reconciliación.

El modelo de justicia transicional adoptado por Colombia en el contexto del proceso de negociación con la extinta guerrilla de las FARC-EP es particularmente genuino, tanto por su formación –dada la naturaleza transaccional– como por el modo en que se pretende satisfacer los estándares de protección y garantía de los derechos de las víctimas de violaciones de los derechos humanos e infracciones al DIH.

Lo anterior supone que, al menos desde un punto de vista teleológico, el Acuerdo Final resulta ser un derrotero para el cumplimiento de las funciones asignadas a las instituciones derivadas de este.⁴⁹ Es decir que, conforme a la jurisprudencia constitucional colombiana, este no tiene un valor normativo *per se*, lo que significa que *ex*

⁴⁸ Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo De Greiff, de 9 de agosto de 2012. Informe A/HRC721/46.

⁴⁹ Gobierno de Colombia y FARC-EP, “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, La Habana, 12 de noviembre de 2016, https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Fotos2016/12.11_1.2016nuevoacuerdofinal.pdf.

ante de la activación de los mecanismos de implementación y desarrollo, como política pública vincula al Gobierno nacional y lo obliga a impulsar su implementación.⁵⁰

Esto implica que el Acuerdo final no se encuentra incorporado de manera automática al ordenamiento jurídico (salvo que se trate de disposiciones relativas al DIDH o al DIH) y, en consecuencia, no constituye una fuente formal y no es directamente vinculante para las instituciones de Colombia; sin embargo, sobre estas recae un deber de implementación de este, conforme a las vías de creación normativa y, en este caso, dichas disposiciones se tornan obligatorias. Así las cosas, los contenidos del Acuerdo final constituyen una visión sobre una política de paz del Estado.

Así las cosas, algunas características determinantes del modelo de justicia transicional ajustado al contexto colombiano son las siguientes: i) es de naturaleza transaccional, pues es fruto de una negociación; ii) pretende llevar a Colombia a un nuevo acuerdo político donde se desvanezcan o superen las causas estructurales del conflicto, lo que supone comprender el territorio de una manera distinta; iii) su objetivo es restaurar y reparar a las víctimas, en sus dimensiones individual y colectiva; iv) busca reconciliar a la sociedad; v) busca restablecer el Estado de derecho, en sus aspectos social y democrático.

Estas características, conjugadas con los seis puntos que componen el Acuerdo final, hacen de este un complejo y único modelo de justicia transicional que, a su vez, se ha enmarañado con la abundante producción normativa y la nutrida jurisprudencia que al respecto se ha proferido. Lo anterior implica que, cada una de las instancias derivadas del Acuerdo Final tengan presente que este último solo alcanzará los fines pactados si actúan de manera coordinada y engranada, reconociendo que son parte de un gran sistema que debe articularse para imponerse sobre las causas estructurales del conflicto a fin de restaurar y reparar los derechos de las víctimas, cerrar las brechas de impunidad, reincorporar a la vida civil a los combatientes y promover la reconciliación nacional.

2.3. La naturaleza de la Jurisdicción Especial para la Paz

Abordar la JEP implica hacer referencia, nuevamente, al Acuerdo Final en el punto 5, Acuerdo sobre las víctimas del conflicto,⁵¹ donde se pactó la creación del SIVJRNR, el cual, huelga decir, representa solo una porción del Acuerdo Final, pero que, en todo caso, su vocación es la de actuar en coordinación y armonía con otras instancias para alcanzar los fines últimos de lo pactado.

Este sistema (SIVJRNR), tal como se acordó, supone la integración de mecanismos y medidas de distinta naturaleza, entre los que se encuentran: i) la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV); ii) la Unidad de búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y

⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-630 de 11 de octubre de 2017.

⁵¹ Gobierno de Colombia y FARC-EP, “Acuerdo Final”.

en razón del conflicto (UBPD); iii) la JEP; iv) las medidas de reparación integral para la construcción de la paz. Toda esta institucionalidad adopta esfuerzos judiciales y extrajudiciales para satisfacer las demandas de las víctimas. En este punto, es preciso señalar que el Acuerdo Final tiene una característica holística como un gran modelo de justicia transicional que, además, incorpora lo previsto en los otros puntos del acuerdo.

Todo este diseño institucional, atendiendo las vías “ordinarias”⁵² de creación normativa, a través de un acto reformativo de la Constitución,⁵³ incorporó, de manera transitoria, el SIVJRNR al ordenamiento jurídico colombiano. Así las cosas, mediante el Acto Legislativo 01 de 2017, el SIVJRNR adquirió un respaldo normativo y, precisamente, constitucional.

El SIVJRNR se concibió como aquella institucionalidad derivada de la estrategia de finalización del conflicto armado que tiene, en principio, la obligación de exigir la rendición de cuentas de los victimarios, el esclarecimiento de la verdad y la construcción de la memoria histórica del conflicto con un enfoque reparador y restaurador, a fin de ofrecer una respuesta integral a las víctimas del conflicto.⁵⁴ En este punto, el constituyente derivado fue enfático en precisar que i) la *justicia restaurativa* será el paradigma orientador de la JEP, desde las dimensiones de restauración y reparación del daño, priorizando la necesidad y la dignidad de las víctimas, y que ii) los mecanismos de verdad, justicia, reparación y no repetición deben concebirse de manera integral e interconectada.

Por otro lado, como se señaló, la JEP hace parte de este sistema, por lo que, en consecuencia, se puede afirmar que su naturaleza es constitucional, pero además es transaccional, pues surgió como resultado de la negociación entre el gobierno de Juan Manuel Santos y la extinta guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP). Ahora bien, según lo señalado por las partes en negociación y el propio constituyente derivado, la función de esta es administrar justicia de manera transitoria y autónoma, particularmente, sobre las conductas cometidas antes del 1º de diciembre de 2016 y que constituyan violaciones de los derechos humanos e infracciones al DIH.⁵⁵

Dentro de sus objetivos están: i) satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, ii) ofrecer verdad a la sociedad colombiana. iii) proteger los derechos de las víctimas; iv) contribuir al logro de una paz estable y duradera, y v) adoptar decisiones

⁵² En este caso, el Congreso de Colombia promulgó el Acto Legislativo 01 de 2016, el cual se conoció como *fast track*, el cual suponía la adopción, de manera transitoria, de un procedimiento legislativo especial para la paz, que dotara de facultades excepcionales al Ejecutivo para adoptar los decretos con fuerza de ley necesarios para implementar el Acuerdo final, además que agilizará el trámite legislativo y el procedimiento de reforma constitucional.

⁵³ Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 01 de 04 de abril de 2017.

⁵⁴ Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 01 de 04 de abril de 2017.

⁵⁵ Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 01 de 04 de abril de 2017.

que otorguen seguridad jurídica a los sujetos procesales e intervinientes.⁵⁶ En ese sentido, la JEP es, por antonomasia, la institución encargada de exigir la rendición de cuentas de los responsables de la victimización producida en Colombia en el marco del conflicto armado interno que se suscitó, sobre todo, con la extinta guerrilla de las FARC-EP; pero, además, es un mecanismo de carácter judicial, que tiene una vocación más profunda y transformadora que la de, simplemente, atribuir responsabilidad, pues sus objetivos están estrechamente relacionados con el resto del catálogo de derechos de las víctimas, es decir, con la verdad, la reparación y la no repetición.

Tanto así que su diseño contempla variedad de procedimientos para procurar el enjuiciamiento de los responsables; sin embargo, tiene una alta tendencia a preferir aquellos de naturaleza restaurativa,⁵⁷ cuya característica esencial es el diálogo, en la medida en que promueve la satisfacción de los derechos de las víctimas, la reconciliación nacional, la no repetición y el fortalecimiento del Estado de derecho, en su dimensión social y democrática. De ahí que el modelo punitivo contemple distintos tipos de sanción: i) propia, que supone el mayor enfoque restaurativo; ii) alternativa, la cual procura mediar entre el enfoque restaurativo y retributivo; iii) ordinaria, la cual exige un mayor enfoque retributivo, y que, en últimas, tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz.⁵⁸

2.4. El procedimiento dialógico transicional y la intervención judicial

La JEP, por ministerio de la constitución y la ley, integra una variedad de procedimientos para garantizar el enjuiciamiento de los responsables de violaciones sistemáticas y generalizadas de los derechos humanos e infracciones al DIH; sin embargo, como se ha precisado, prioriza el enfoque restaurativo y, en consonancia, previó un trámite judicial prevalente, cuya característica es dialógica. Al respecto, Camilo Suárez ha precisado que “la escucha es el componente ontológico del modelo de justicia restaurativa”.⁵⁹

Este esquema plantea serios retos desde la perspectiva de la dogmática penal y sobre el procedimiento y la finalidad del castigo en el derecho punitivo, pues su centro de gravedad ya no será la reivindicación del poder estatal, sino la satisfacción de los derechos de los ofendidos directos como consecuencia de las conductas

⁵⁶ Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 01 de 04 de abril de 2017.

⁵⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-674 de 14 de noviembre de 2017.

⁵⁸ Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 01 de 04 de abril de 2017.

⁵⁹ Camilo Andrés Suárez Aldana, “La justicia transicional, restaurativa y su proyección en el procedimiento dialógico dispuesto para la Jurisdicción Especial para la Paz”, en *La JEP vista por sus jueces 2018-2019*, ed. por Danilo Rojas Betancourth (Bogotá: Jurisdicción Especial para la Paz, 2020), 135-155, <https://www.jep.gov.co/Documents/LA%20JEP%20VISTA%20POR%20SUS%20JUEVES.pdf>.

constitutivas de violaciones de los derechos humanos e infracciones al DIH. En ese sentido, se busca, principalmente, la reconciliación nacional, la reconstrucción del tejido social y, en último lugar, pero no menos importante, la reivindicación del Estado de derecho.

El entendimiento de esta transformación procedimental y punitiva puede llegar a garantizar el éxito del componente judicial del SIVJRNR, pues el juez transicional, en cada caso, debe priorizar la dignidad de las víctimas en sus dimensiones individual y colectiva y, por último, aunque también de meridiana importancia, reivindicar el Estado de derecho, pero ya no desde un aspecto castigador, sino mucho más social y democrático.

Ello supone que el principio dialógico tiene la vocación de promover un escenario que supere la rendición de cuentas de los victimarios, extendiendo su pretensión hasta la reconstrucción del tejido social, la promoción de la reconciliación y la construcción de una memoria histórica que sirva como garantía de no repetición. Es decir, está llamada a materializar los objetivos retributivos, restaurativos y transicionales propuestos en el modelo transaccional previsto en el Acuerdo Final y en el Acto Legislativo 01 de 2017.

Esta virtualidad incluye el deber de ofrecer una respuesta integral con un *enfoque global*, por lo que las obligaciones de justicia no pueden entenderse aisladamente de las obligaciones de garantizar el goce efectivo de los derechos a la verdad y la reparación integral de las víctimas, así como de implementar las medidas necesarias para garantizar la no repetición de los hechos violentos.⁶⁰ Lo anterior, por cuanto la eficacia del modelo parte de una política integrada de transición que permita a corto plazo: i) garantizar la rendición de cuentas, ii) hacer justicia, iii) brindar vías de recurso a las víctimas, iv) fomentar la recuperación de la normalidad, v) promover la reconciliación, vi) consolidar la separación de poderes y el control de agencias de seguridad (democracia), vii) restablecer la confianza en las instituciones del Estado y viii) promover los imperativos del Estado de derecho (*rule of law*).

Este enfoque global, a su vez, incluye un enfoque de derechos (Solís, 2003), lo que supone: a) reconocer la ciudadanía como un derecho de todas las personas, independientemente de su sexo, nacionalidad, edad, etnia, condición social y opción sexual; b) reconocer que la estructura social está fundamentada en relaciones sociales basadas en el poder (en sus distintas manifestaciones: económicas, generacionales, de género, étnicas, ente otras); c) enfatizar en la persona como sujeto integral (bio-psico-social), como un sujeto concreto y particular, cuyos derechos son universales, indivisibles e integrales; d) recuperar la diversidad social y el reconocimiento de la especificidad; e) plantear la democracia como un derecho humano, asociado intrínsecamente a la transparencia y la rendición de cuentas, la

⁶⁰ Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo De Greiff, de 9 de agosto de 2012. Informe A/HRC721/46.

Gráfica 1. Integración de enfoques en la JEP



Fuente: Elaboración propia.

participación ciudadana, la vigilancia y la exigibilidad de los derechos ciudadanos. Se refiere a una democracia participativa, con participación real y consciente de la ciudadanía; f) suponer una institucionalidad centrada en el sujeto, “más y mejores mecanismos de coordinación de los sistemas de acción social y de los sistemas político-administrativos”.⁶¹

Dada la característica prospectiva de la JEP, los enfoques anteriores exigen, además, una perspectiva diferenciada que reivindique: i) el territorio y el medio ambiente; ii) el multiculturalismo; iii) las diferencias de género y la represión de las violencias sustentadas en estas; iv) a los niños, las niñas y adolescentes, así como a

⁶¹ Sonia Solís Umaña, “El enfoque de derechos: aspectos teóricos y conceptuales” (Universidad de Costa Rica, 2003), <http://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/docente/pd-000133.pdf>.

los adultos mayores, quienes son los sujetos que han sufrido en mayor medida el impacto del conflicto armado interno.

Lo expuesto hasta aquí advierte una carga de transformación social profunda en cabeza de la JEP, la cual solo podrá materializarse acudiendo a criterios de democracia conversacional o principio dialéctico, ya que sus fines superan la simple rendición de cuentas. En ese sentido, por imperativo constitucional y legal, muy al estilo constitucional, la JEP tiene una vocación transformadora y esta metamorfosis social, política y económica se da desde el poder judicial.

En esos escenarios de transición, algunos autores consideran absolutamente legítima la intervención del poder judicial en esferas políticas, por cuanto en estos contextos dicho poder está llamado a restablecer los principios del *rule of law* y amparar la vigencia de los derechos humanos del pueblo. En ese sentido, Ulrich K. Preuß considera que el poder judicial actúa como una entidad preconstitucional que tiene la vocación de articular la aspiración popular, interrumpiendo las causas estructurales del desorden social y proponiendo un nuevo modelo político y social que preserve el poder constituyente.⁶²

En este caso, el autor se refiere en particular a la facultad transformadora de los tribunales constitucionales; sin embargo, se considera que, *mutatis mutandis*, la JEP está dotada de ciertas características particulares que, virtual y potencialmente, la convocan a diseñar sus decisiones de manera que tengan un verdadero efecto transformador en la sociedad colombiana, lo que le demanda la promoción de una justicia dialógica en sentido lato, es decir, con un enfoque siempre heterogéneo, pero, además, endógeno, tratándose de los sujetos procesales e intervinientes y, exógeno, con el fin de articular todas las instituciones involucradas en la reparación integral de las víctimas, la reintegración de los excombatientes, la consolidación de la paz y las mutaciones sociales e institucionales requeridas para que lo ocurrido no vuelva a suceder.

Lo anterior se sustenta en las disposiciones incorporadas en el Acto Legislativo 01 de 2017 y la Ley 1957 de 2019, que consagran los fines de la JEP, donde se incluyen, además de las demandas de justicia de las víctimas, los derechos a la verdad, la reparación y la no repetición. Esto exige de la JEP promover encuentros de diálogo que involucren a las distintas entidades del Estado implicadas con la política de paz, las víctimas, los victimarios y la sociedad en general.

En ese sentido, el procedimiento dialógico previsto en la JEP, interpretado de manera sistémica con el principio de justicia prospectiva que enarbola el modelo transicional colombiano, parece estar altamente inspirado en la idea de la revisión dialógica propuesta por el profesor Tushnet, la cual considera que esta está llamada a alentar interacciones –diálogos– entre los distintos actores involucrados en la

⁶² Ulrich K. Preuß, “Judicial power in processes of transformation”, en *Judicial Power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations*, ed. por Christine Landfried (Cambridge: Cambridge University Press, 2019), 342-364.

relación de poder, a fin de encontrar la interpretación y aplicación normativa más razonable.⁶³ Lo anterior supone identificar la *justa medida* de intervención judicial, en este caso del juez transicional, que garantice el sistema de pesos y contrapesos y fortalezca el Estado de derecho, en las dimensiones social y democrática.

De esta manera, dados los objetivos propuestos a la JEP, podrían advertirse distintos niveles de intensidad en su intervención de naturaleza judicial para la toma de decisiones políticas en torno a la finalización del conflicto armado interno y la construcción de una paz estable y duradera: i) débil, ii) intermedio, iii) intenso, los cuales se graduarán conforme al hecho victimizante y el nivel de afectación a las víctimas en sus dimensiones individual y colectiva.

Ahora bien, se advierte que en aquellos casos donde el actor victimizante tiene la calidad de agente del Estado, el nivel de intervención judicial será mucho más intenso, pues le corresponde a la JEP promover los ajustes institucionales necesarios; así como a las políticas públicas que dieron paso a la victimización, por ejemplo, en los casos de ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, desplazamiento y despojos de tierras. Así las cosas, conforme a la normatividad transicional, la JEP tiene una vocación de reajuste de las relaciones sociales y de potencializar una cultura de paz y de *rule of law* en Colombia.

Conclusiones

A manera de conclusión, se considera que la JEP, al ser un instrumento judicial de transición, y dado que el constituyente derivado le planteó objetivos tan ambiciosos en el proceso de fortalecer la democracia en Colombia, tiene la potencialidad de ofrecer soluciones, desde lo judicial, que promuevan la transformación política, social y económica donde se encuentran las brechas que han alimentado el conflicto armado interno.

Esto no quiere decir, evidentemente, que la JEP represente al juez *hércules*, del que hablaba Dworkin, pero sí tiene la obligación de provocar espacios de amplia disertación que superen la participación de los sujetos procesales, pues, como se ha anotado, la Jurisdicción tiene una responsabilidad en la construcción de verdad, reparación y no repetición. Ello supone, también, advertir, las deficiencias institucionales.

Ahora bien, la JEP no tiene una vocación de amplio escrutinio a la institucionalidad, sino a los responsables individuales de los hechos victimizantes en materia de derechos humanos y DIH, por lo que resulta más relevante alentar espacios de diálogo entre los distintos actores, tanto estatales como particulares, que de alguna manera influyeron o impactaron en las consecuencias del conflicto armado colombiano.

⁶³ Mark Tushnet, “Revisión judicial dialógica”, en *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, ed. por Roberto Garagarella (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014), 105-116.

Dependiendo del caso concreto y del hecho victimizante que se trate, se considera que la JEP podrá valorar el nivel de intervención judicial que realizará, ya sea intenso, intermedio o débil. En todo caso, es conveniente que la JEP suscite espacios que democratizen la toma de decisiones en las esferas de poder, con el fin de provocar los siguientes efectos: i) una cultura democrática desde lo institucional; ii) visibilizar la participación de la sociedad y, particularmente, de las víctimas en los asuntos que las impactan o afectan directamente.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor y Laura PAUTASSI. “El derecho a la salud en los tribunales: algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina”. *Salud Colectiva*, n.º 4 (2008): 261-282.
- ARAGÓN REYES, Manuel. *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- BARNETT, Vincent M. “Constitutional interpretation and judicial self-restraint”. *Michigan Law Review* 39, n.º 2 (1940): 212-237. <https://www.jstor.org/stable/1283166>.
- BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1986. <https://socialesenpdf.files.wordpress.com/2013/09/bobbio-norberto-el-futuro-de-la-democracia-1986.pdf>.
- BORK, Robert H. *Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges*. Washington D.C.: AEI Press, 2003.
- CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL (CIJT). *¿Qué es la justicia transicional?* s. l.: CIJT, 2009. <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-Spanish.pdf>.
- COUSO, Javier. “Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política”. *Revista de Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile* XXIV, n.º 2 (2004): 29-48.
- DERMIZAKY PAREDO, Pablo. “El derecho procesal constitucional”. *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 4 (2007): 1-20, <https://www.redalyc.org/pdf/4275/427539904002.pdf>.
- EASTERBROOK, Frank H. “Do liberals and conservatives differ in judicial activism?”. *University of Colorado Law Review* 73 (2002): 1401.
- FALLON, Richard H. Jr. et al., *Hart and Wechsler’s. The Federal Courts and the Federal System*, 6.ª ed. New York: Foundation Press, 2009.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La judicial review en la pre-marshall court”. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional* 28 (2011): 133-178.

- FERRAJOLI, Luigi. “Derechos y garantías. La ley del más débil”. *Cuestiones Constitucionales* 17 (2007): 309-314.
- FERRAJOLI, Luigi. “La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna”. *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 10 (2016): 146-161. <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/15489/1865>.
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: una discusión en clave neoconstitucional*. Querétano: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétano, 2016.
- GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías”. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 12 (2000): 7-34. <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n12/1405-0218-is-12-00007.pdf>.
- GOBIERNO DE COLOMBIA Y FARC-EP. “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. La Habana, 12 de noviembre de 2016. https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Fotos2016/12.11_1.2016nuevoacuerdofinal.pdf.
- HELBINK, Lisa. *Legalism Against Democracy: The Political Role of the Judiciary in Chile, 1964-1994*. San Diego: University of California, 1999.
- HOLLAND, Kenneth. *Judicial Activism in Comparative Perspective*. London: McMillan, 1991.
- HORN, Hans-Rudolf. “Activismo judicial versus gobierno democrático”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* n.º 14, (2010): 183-192. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3331531>.
- KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* vol., n.º 15, (2011): 249-300. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3764308>.
- Kelsen, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. Viena, Tübingen: J.C. B. Mohr, 1929.
- LEWIS, Fredrick P. *The Context of Judicial Activism: The Endurance of the Warren Court Legacy in a Conservative Age*. Boston: Rowman & Littlefield Publishers, 1999.
- LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*, 2.º ed. Barcelona: Ariel, 1970.
- MEJÍA, Jorge y Roberto PÉREZ. “Activismo judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes”. *Justicia* 27 (2015). <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n27/n27ao3.pdf>.
- NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 11 ed. Bogotá, D.C.: Temis, 2010.
- NONET, Philippe y Philip SELZNICK. *Law & Society in Transition*. New York: Routledge, 2001.
- PORTOCARREÑO, Jorge. “The role of formal principles in determining the scope of the constitutional control”. *Derecho del Estado*, n.º 27 (2011).

- POSNER, Richard. "The meaning of judicial self-restraint". *Indiana Law Journal* 59, n.º 1 (2008).
- PREUSS, Ulrich K. "Judicial power in processes of transformation". En *Judicial Power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations*, editado por Christine LANDFRIED. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- QUIROGA NATALE, Édgar Andrés. "El control constitucional como instrumento de la intervención económica". *Derecho y Economía*. Revista Con-Texto de la Universidad Externado, n.º 23 (2007): 11-27. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/1965/1755>.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1972.
- ROCHE, John P. "Judicial Self-Restraint". *American Political Science Review* 49, n.º 3 (1955): 762-772. <https://www.jstor.org/stable/1951437>.
- SILVA IRARRÁZABAL, Luis Alejandro. "Las cuestiones políticas: una doctrina sobre los límites del poder judicial. El caso de los Estados Unidos". *Estudios Constitucionales* 14, n.º 2 (2016.): 231-262. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n2/arto8.pdf>.
- SOLÍS UMAÑA, Sonia. "El enfoque de derechos: aspectos teóricos y conceptuales". Universidad de Costa Rica, 2003. <http://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/docente/pd-000133.pdf>.
- SUÁREZ ALDANA, Camilo Andrés. "La justicia transicional, restaurativa y su proyección en el procedimiento dialógico dispuesto para la Jurisdicción Especial para la Paz". En *La JEP vista por sus jueces 2018-2019*. Editado por Danilo ROJAS BETANCOURTH. Bogotá: Jurisdicción Especial para la Paz, 2020. <https://www.jep.gov.co/Documents/LA%20JEP%20VISTA%20POR%20SUS%20JUEVES.pdf>.
- TEITEL, Ruti G. "Transitional Justice Genealogy". *Harvard Human Rights Journal* 16 (2003): 69-94.
- THAYER, James. "The origins and the scope of the American Doctrine of Constitutional Law". *Harvard Law Review* 7 (1893): 129-256.
- TORRES PENAGOS, Félix Eduardo. "Justicia transicional en perspectiva: posibilidades, retos y nuevas paradojas en escenarios de (post) conflicto". En *Justicia Transicional y Postconflicto*, editado por Louise ARBOUR, Dustin SHARP y Lars WALDORF. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2019.
- TUSHNET, Mark. "Revisión judicial dialógica". En *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, editado por Roberto GARAGARELLA. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- WALDROM, Jeremy. "The core of the case against judicial review". *Yale Law Journal* 115 (2006): 1349-1406.

Normas jurídicas y jurisprudencia

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto Legislativo 01 de 04 de abril de 2017.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-052 de 8 de febrero de 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-303 de 28 de abril de 2010.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-332 de 17 de mayo de 2017.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-630 de 11 de octubre de 2017.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-674 de 14 de noviembre de 2017.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-699 de 13 de diciembre de 2016.

NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo De Greiff, de 9 de agosto de 2012. Informe A/HRC721/46.

NACIONES UNIDAS. Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad, “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, S/2004/616, 3 de agosto de 2004, <https://www.un.org/securitycouncil/es/content/secretary-generals-reports-submitted-security-council-2004>.

David Oconitrillo Fonseca* (Costa Rica)

El activismo judicial en Costa Rica: breves apuntes y consideraciones para reflexionar en posibles reformas legislativas

RESUMEN

Este trabajo muestra un panorama general sobre la importancia del límite del poder, los tribunales constitucionales y los de orden ordinario llamados a realizarlo, así como sobre el fenómeno del activismo judicial, los excesos judiciales y, en ocasiones, las insuficientes potestades otorgadas al juez para realizar un adecuado control jurisdiccional. Se hace un examen del ordenamiento jurídico costarricense, su Sala Constitucional y el Tribunal Contencioso Administrativo. Igualmente, se identifican una serie de retos para el Estado costarricense en relación con el tema en análisis.

Palabras clave: activismo judicial; autocontención del juzgador; control judicial de la discrecionalidad administrativa.

Judicial activism in Costa Rica: brief notes and considerations for reflecting on possible legislative reforms

ABSTRACT

This work presents a general panorama of the importance of the limits of power, the constitutional courts and ordinary courts called upon to exercise it, as well as the phenomenon of judicial activism, judicial excesses and, on occasion, the insufficient powers granted to judges for carrying out adequate judicial review. It examines the Costa Rican legal system, its Constitutional Chamber, and the Administrative Tribu-

* Abogado; licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica; egresado de la maestría profesional en Derecho Público, Universidad de Costa Rica. Ha sido abogado litigante, letrado en la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, abogado asesor en materia municipal y de gobierno local; actualmente se desempeña como abogado fiscalizador en la División Jurídica de la Contraloría General de la República. davidoconi@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-6271-0513>.

nal. It also identifies a series of challenges for the Costa Rican State in relation to the subject under analysis.

Keywords: Judicial activism; judicial restraint; judicial review of administrative discretion.

Juristischer Aktivismus in Costa Rica: Anmerkungen und Überlegungen zu möglichen Gesetzesinitiativen

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag geht in einer Überblicksdarstellung auf die Bedeutung der Machtbegrenzung, der Verfassungsgerichtsbarkeit und der ordentlichen Gerichtsbarkeit ein, die für ihre Umsetzung verantwortlich sind. Weiterhin befasst er sich mit dem Phänomen des juristischen Aktivismus, der richterlichen Kompetenzüberschreitungen und der gelegentlich unzureichenden Kompetenzen für die Sicherstellung einer angemessenen gerichtlichen Kontrolle. Darüber hinaus analysiert er die Rechtsordnung Costa Ricas und insbesondere den Verfassungs- sowie den Verwaltungssenat des Obersten Gerichtshofs. Daran anschließend werden mehrere Herausforderungen benannt, die sich hinsichtlich des Gegenstands der Analyse für den costa-ricanischen Staat ergeben.

Schlagwörter: Juristischer Aktivismus; Selbstbeschränkung der urteilenden Instanz; richterliche Kontrolle des Verwaltungsermessens.

1. La necesidad de limitar el poder público

Es indudable que la principal tarea del derecho público a lo largo de su historia ha sido tratar de controlar al poder y a la administración en sus conductas. La máxima de quien detenta el poder político como un ser iluminado por alguna deidad, cuya voluntad es innegable e indiscutible, ha sido en buena y sana teoría erradicada en gran parte de los Estados de derecho, aunque se encuentren algunos exóticos ejemplos de resabios de aquella alegoría a lo largo del istmo.

Es innegable la necesidad de limitar el poder por la tendencia a los desbordamientos del ser humano que, finalmente, es quien administra y gestiona en lo público. En este orden de razones, la respuesta para la organización del poder y la voluntad pública es delegada en el Estado constitucional moderno en las diferentes constituciones políticas y en el derecho administrativo conformado por las distintas legislaciones que organizan y componen el Estado.

Así las cosas, no cabe duda de que el poder deba limitarse para que el ciudadano pueda defenderse de sus abusos y desarrollar sus potenciales. En este trabajo se seguirá una serie de parámetros vitales en el Estado de derecho para la explicación y el trato del tema que nos ocupa, para lo que se hará una ligera explicación de aspectos como el principio de legalidad, la división de funciones, el control de la actividad administrativa por parte de la jurisdicción y la responsabilidad pública.

1.1. Principio de legalidad

Este principio es, quizás, el más importante pilar de los Estados de derecho. Es el sometimiento total de la voluntad del administrador o gobernante a lo establecido en la ley, como garantía de objetividad en el actuar de la administración pública y observancia de los derechos de las diferentes personas que conforman el Estado y las relaciones que establecen las personas físicas o jurídicas con este, o las múltiples relaciones que se dan entre los órganos gubernamentales.

En términos de definición, siguiendo a la profesora Magally Hernández, el principio de legalidad ha ido tomando forma en relación con el deber de motivación de los actos y la interdicción de la arbitrariedad, matizándose incluso para acuñar el término de principio de juridicidad de la administración que postula que las instituciones públicas pueden actuar únicamente en la medida que se encuentren apoderadas para hacerlo por el mismo ordenamiento y normalmente a texto expreso.¹

Este principio adquiere relevancia en este trabajo, en tanto no escapa el juez al deber de motivación de su resolución y en velar por que su actuación se encuentre fundamentada en normativa o principios del derecho reconocidos en el ámbito jurisdiccional o administrativo para aplicar al caso concreto.

1.2. Separación de poderes o división de funciones²

Este principio establece como premisa fundamental controlar el poder dividiéndolo y permitiendo una relación de balance entre los diferentes órganos estatales. Asimismo, al establecer un deber de no intromisión en las competencias definidas para cada órgano estatal, pero sí permitiendo la colaboración entre los mismos y otorgándole deberes de revisión, anulación o veto de uno sobre el otro, según sea el ámbito de sus funciones.

Es decir, lo deseable es una coordinación mínima entre las autoridades públicas, a fin de cumplir con sus potestades de buena manera. Así, se encuentra terminantemente prohibida la ocupación o sustitución de los órganos en el ejercicio de sus potestades cuando la normativa no lo permita, o excediendo las posibilidades permitidas.

En este orden de ideas, este principio adquiere mucha relevancia por las muchas veces que acusa un órgano a otro de interferencia en el ejercicio de sus competencias o, incluso, de claros abusos en el ejercicio de estas, lo que da lugar a desbordamientos inadecuados en el uso de sus potestades. Aunque, en ocasiones, detrás de

¹ Magally Hernández Rodríguez, *Bases constitucionales del régimen administrativo en Costa Rica: la constitución como control de la actividad administrativa* (San José: Editorial Jurídica Continental, 2014), 78.

² Javier Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional*, 4.^a ed. (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997), 463-487.

esos reclamos se esconden inexcusables atrasos o incumplimientos en el adecuado ejercicio de sus potestades.

1.3. Control jurisdiccional de la actividad administrativa

El Estado de derecho debe garantizar el control y la revisión de las conductas administrativas en sede jurisdiccional. En el ordenamiento jurídico costarricense existen órganos especializados, cuyos principales referentes en la materia son los juzgados y tribunales de lo contencioso administrativo y la Sala Constitucional, los cuales velan por un examen completo de las conductas administrativas estatales por asuntos de constitucionalidad o de legislación ordinaria, según corresponda.

En este orden de ideas, siguiendo a la profesora Hernández Rodríguez, a partir de 2008, con la entrada en vigencia del Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA), la justicia administrativa adquirió una serie de características propias como, por ejemplo, un control de legalidad a toda la función administrativa desplegada por cualquier ente u órgano público, esto es, a todas las administraciones públicas, sin excepción. Además, se optó por una justicia administrativa mixta que vela por la legalidad de la función administrativa (rol objetivo) y por la tutela de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados frente a los poderes públicos (rol subjetivo).³

Igualmente, el control judicial no solo se limita a la revisión de actos administrativos; comporta también la posibilidad de discutir, en vía judicial, la legalidad de los reglamentos, así como de reaccionar frente a pasividades, vías de hecho y todo comportamiento del poder administrativo en contra de los derechos de las personas.⁴

1.4. Responsabilidad pública

La responsabilidad es vital en el Estado de derecho, pues garantiza el resarcimiento a los particulares por los daños ocasionados por los poderes públicos. Es indispensable, como parte de los límites que se deben ejercer al poder público, exigir las responsabilidades de los funcionarios o de los órganos estatales por los daños ocasionados a los administrados.

El modelo de responsabilidad administrativa que sigue el Estado costarricense se ha denominado modelo objetivo, esto es que busca reparar un daño que el damnificado no tiene el deber de soportar con una participación de un agente estatal que le vincula con el daño efectuado.⁵

³ Hernández Rodríguez, *Bases constitucionales...*, 104.

⁴ Aldo Milano Sánchez *et al.*, *Manual de derecho administrativo* (San José: Editorial Jurídica Continental, 2016), 202.

⁵ Milano Sánchez *et al.*, *Manual de derecho...*, 218.

2. Activismo judicial y judicialización de la política

A efectos del presente trabajo interesa diferenciar entre el concepto de activismo y el de judicialización de la política. Lo anterior por considerarse que adquiere mayor relevancia para comprender el activismo judicial como elemento presente en la realidad latinoamericana y con respaldo normativo. Es decir, se ha habilitado al juzgador para sostener un rol más activo en la atención de los casos judiciales, incluso existiendo reformas legislativas que lo abanderan como una ideología imperante.

En este orden de ideas, si bien puede existir un determinado comportamiento otorgado al juzgador por la legislación habilitante, si se le permite ir más allá, al ser un asunto de interpretación jurídica esto no es excluyente de la función jurisdiccional, sino que concierne a toda autoridad administrativa o judicial que realice una función de motivar decisiones. Por ejemplo, una disposición administrativa que permite eliminar el género de las cédulas de identidad a partir del 14 de mayo de 2018 en el Tribunal Supremo de Elecciones costarricense, a raíz de un estudio de la Opinión Consultiva (OC-24/17) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), realizado a nivel interno, claramente no es un activismo judicial, es un activismo administrativo, pero fundamentado en una interpretación del derecho aplicable a esa situación.

Así las cosas, si bien pueden verse relacionados, son fenómenos jurídicos distintos, pues el activismo judicial se liga más con determinado comportamiento en el proceso judicial y el uso de las diferentes herramientas con las que cuenta a su disposición para solucionar los casos. Por su parte, la judicialización de la política responde más a una etiqueta que se otorga a determinados asuntos que no se resuelven por las vías usuales de los órganos encargados en la administración pública y terminan siendo puestos en conocimiento de un juez, sea este de orden ordinario o constitucional, para que ejerza un control de legalidad sobre esas conductas administrativas.⁶

2.1. Concepto de activismo judicial

Existen una serie de consideraciones alrededor del rol que ha tenido el juez a lo largo de la historia, que son importantes de tomar en cuenta para la comprensión de este fenómeno. El rol del juez ha variado de manera considerable, no es el mismo que se le asignaba anteriormente cuando se limitaba a aplicar la literalidad de las normas a casos que no revestían mayor complejidad y se podían resolver con lo regulado en las leyes, pues las relaciones sociales han evolucionado y se ven afectadas por numerosos elementos para los que muchas veces el ordenamiento jurídico no

⁶ Pilar Domingo, "Relaciones de poder: justicia y nuevos actores", en *Los actores de la justicia latinoamericana*, ed. por Luis Pásara (Salamanca: Editorial Ediciones Universidad de Salamanca, 2007), 159.

encuentra respuesta, por lo que el juez debe, entonces, tener una función de integración e incluso creación de pautas normativas para futuros casos.

Sobre este aspecto se ha mencionado que la cultura del juez que aplicaba normas mediante un silogismo perfecto, para resolver conflictos básicamente entre sujetos privados, se encontraba absolutamente aceptada. La idea de que el control y la limitación del poder se pudieran ejercer también desde la magistratura resultaba, si se quiere, contrafáctica. El juez se mantuvo relegado porque su función debía restringirse a aspectos que no tocaran el desempeño de los otros actores políticos.⁷

El activismo judicial se relaciona con el rol del administrador de justicia dentro del proceso y la manera como aborda el asunto sometido a su jurisdicción para la búsqueda de una solución. Se ha descrito que el activismo judicial se vincula con la anulación, a través del control judicial, de las decisiones tomadas por los poderes del Estado; y también cuando los jueces, al aplicar las normas, se apartan de su contenido textual o literal.⁸ Los elementos anteriormente descritos corresponden a diferentes momentos en los que se afirma que existe una manera activa del juez en el proceso. Se ha establecido, además, que el activismo judicial corresponde a una manera específica en la que se implican los jueces en los asuntos públicos mediando, o no, la asignación formal de funciones de control sobre las actuaciones del poder legislativo o del poder ejecutivo.⁹

De esta manera, el activismo judicial se ha definido como un tipo de relación que establecen los jueces con las personas y con los otros órganos del Estado, a partir de una decisión caracterizada por delimitar los alcances de las normas jurídicas, estableciendo significados que no surgen de la literalidad de esas normas y que pueden incluir la definición de políticas públicas o la invalidación de las decisiones o de las políticas públicas diseñadas por otros órganos estatales. Hay, pues, un núcleo esencial referido a la delimitación interpretativa de los alcances de una norma jurídica, sin apegarse a su literalidad, y a ese núcleo pueden agregarse tanto la anulación de las decisiones adoptadas por otro órgano del Estado como la definición de políticas públicas por el propio juez.¹⁰

En este orden de ideas, en muchas ocasiones el mismo ordenamiento jurídico promueve ese tipo de participación activa por parte de los juzgadores. En algunos casos, incluso, en aras de una justicia efectiva, se estimula que el juez tenga este tipo de comportamientos de ir un poco más allá de lo que plantean las partes en el proceso

⁷ Marco Feoli, "Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación para América Latina", *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* 27, n.º 1 (2016): 75-98, doi: <http://dx.doi.org/10.15359/rldh.27-1.4>

⁸ Feoli, "Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación para América Latina", 75-98.

⁹ Feoli, "Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación para América Latina", 75-98.

¹⁰ Feoli, "Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación para América Latina", 75-98.

y se le habilita para sancionar conductas administrativas de oficio, anulándolas o declarándolas en oposición al ordenamiento jurídico. Ahora bien, puede que se le plantee determinado caso al juez para que sea resuelto, pero la trascendencia social del tema planteado escapa muchas veces de su control, incluso si debe inmiscuirse en la función de otro órgano estatal de una forma que puede considerarse indebida por aquel órgano. De esta manera, es importante el autocontrol o la autocontención que tenga el juzgador para abordar el asunto y no asumir un rol de administración activa o legislador.

En este aspecto existen otros criterios en la materia, los cuales establecen que las sentencias aditivas solo son consentidas cuando la solución adecuadora no debe ser el fruto de una valoración discrecional, sino la consecuencia necesaria de un juicio de legitimidad en que la Corte proceda, en realidad, a una extensión lógicamente necesaria y a veces implíen la potencialidad interpretativa del contexto normativo en el que se encuentra inserta la disposición impugnada. Cuando, en cambio, exista una pluralidad de soluciones que deriven de posibles valoraciones, la intervención de la Corte no es admisible y la escogencia única le corresponde al legislador.¹¹

Sobre este tema particular, el profesor Hugo Alfonso Muñoz, refiriéndose a la Sala Constitucional, indicó que por estar inspirada en las renovadas corrientes contraloras del poder político para garantizar la supremacía de la Constitución, con el antecedente de la creación del Poder Conservador, en los albores de la Independencia, la Sala Constitucional ha de reorientar los equilibrios de poderes y moderar, con dosis adecuadas, el cumplimiento de las funciones de los otros poderes, sin excederse en ese control; justamente, está llamada a fiscalizar y evitar que su justicia “activa, dinámica y creadora” desborde los límites de su competencia, para incursionar en terrenos propios de otros poderes de la República. Así, la Sala se convierte en el órgano moderador de los excesos, con prudencia política y dosificación en sus decisiones, pero no en un factor de desequilibrio que, en lugar de colaborar con el desarrollo armónico y balanceado de poderes, agregue un elemento distorsionador del natural y legítimo cauce de la actividad política del Estado, en las relaciones entre los órganos públicos y los ciudadanos.¹² Esta frase tiene vigencia absoluta y ha sido recientemente utilizada por la Sala Constitucional en el voto de mayoría 12783-2018, para denotar ese deber de resguardar la supremacía del derecho de la Constitución sin excesos en el ejercicio de esa competencia, usurpando funciones de otro poder al dictar normativa o regulación general, como en este caso en particular referente a la unión entre personas del mismo sexo, en el que le otorgó un plazo al legislador para ello.

Así las cosas, sin lugar a dudas para efectos de este trabajo, se concuerda con que fue técnicamente acertada la posición tomada por el voto de mayoría de la Sala

¹¹ Silvia Patiño Cruz, *La inconstitucionalidad por omisión* (San José: IJSA, 2011), 220-222.

¹² Hugo Alfonso Muñoz Quesada, *Las comisiones legislativas plenas* (San José: IJSA, 1994), 91.

Constitucional, en el entendido de que los órganos estatales están todos dispuestos a ejercer una función determinada y fijada por el ordenamiento jurídico. Es abiertamente incorrecto que se supla la voluntad legislativa o de un órgano administrativo para el ejercicio activo de esa competencia cuando no se es el titular de esa potestad, más aún por los problemas prácticos que puede acarrear arrogarse dicha posibilidad.

2.2. Empoderamiento del juez contencioso con el Código Procesal Contencioso Administrativo

El componedor del proceso y de la pretensión es siempre el juez, quien judica, y tiene bajo su responsabilidad dictar una decisión en la contienda judicial, de acuerdo con lo planteado por las partes. El hecho de someter sistemáticamente al poder a un juicio en el que cualquier ciudadano pueda exigirle cumplidamente justificaciones de su comportamiento ante el derecho es una idea que surge del Estado montado por la Revolución francesa, pero que aparece de modo ocasional. No se encuentra en las grandes fuentes doctrinales de la Revolución una anticipación a este mecanismo que lejanamente pudiese parecerse a lo que hoy podemos ver.¹³

Es relevante el rol que se le ha otorgado al juez en el no tan nuevo CPCA. Siguiendo los postulados del profesor García de Enterría, el recurso de lo contencioso administrativo no es montado desde la propia administración y en su propio interés, sino que es heterocontrol (valga el término), un control arbitrado por auténticos jueces, un control jurisdiccional puro y simple, y, por consiguiente, en interés de los demandantes, salvo en los supuestos excepcionales de acciones populares, aunque en todo caso produzca siempre saludables efectos de buena administración.¹⁴

A todo esto habrá que agregar, en la realidad costarricense, un empoderamiento del juez de lo contencioso administrativo en la resolución de los asuntos planteados en su despacho con una serie de potestades que le permiten ser más activo en la búsqueda de la solución al caso concreto. Esta fue la elección que encontró el legislador ante la lentitud de la competencia contencioso administrativa para resolver casos en los que la misma administración, luego de tortuosos procesos que se extendían en el tiempo, no proveía una solución efectiva a los conflictos.

Como se adelantó líneas arriba, hay una nueva corriente que busca empoderar al juez en la tutela del conflicto. Ello basándose en un andamiaje histórico importante, pues existe una discusión sobre los roles del juez en un proceso heterocompuesto, con una participación triangular, en donde la figura del juzgador es relevante en la búsqueda de la solución y no solo en la administración de los alegatos de las partes.¹⁵

¹³ Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades en el poder en el derecho administrativo* (Madrid: Civitas, 1983), 13.

¹⁴ García de Enterría, *La lucha...*, 21.

¹⁵ Joaquín Villalobos Soto, "La pretensión en el nuevo código procesal contencioso administrativo de Costa Rica", *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo* 7, n.º 7 (2007): 206.

En este orden de ideas, el mismo CPCA otorga una serie de roles activos al juez en el marco del proceso. Dentro de estos podemos citar los incisos a y k del numeral 122 del CPCA, que imponen el deber al juzgador de declarar la desconformidad con el ordenamiento jurídico de los actos o las actuaciones conexas, y suprimir de oficio toda conducta administrativa directamente relacionada con la sometida en el proceso cuando sea desconforme con el ordenamiento jurídico.

2.3. El juez contencioso y el control de la discrecionalidad y las conductas omisivas

La doctrina señala que existe una suerte de involución del control de discrecionalidad por parte de los jueces. Y es que se actúa bajo un fetiche de que solo los jueces y la administración obran siempre bien y esto se debe corregir. Bajo este parámetro, se empieza a ejercer un control más objetivo y general de la legalidad de la acción administrativa, ante las deficiencias e insuficiencias de otros controles (en especial el político-parlamentario). El control judicial se realiza no con criterios jurídicos, sino económicos, sociales o técnicos, disfrazados de razonamientos y consideraciones jurídicas. Y no solo eso, al tener la última palabra, el juez crea la regla de derecho casuística, lo que genera inseguridad.¹⁶

En este sentido, no solo el juez está obligado por el principio de tutela judicial efectiva y por la prohibición de la arbitrariedad a integrar en forma racional y razonable sus decisiones con el auxilio de los principios generales del derecho y los provenientes de la justicia material, sino que la administración está a su vez sometida al control pleno y suficiente por parte de los jueces, cuyas decisiones pueden excepcionalmente sustituir, sin incurrir en exceso de jurisdicción. Y es evidente que en la delimitación de esta frontera se halla la clave para el correcto funcionamiento de un Estado de derecho que sostenga y afirme principalmente las libertades y los demás derechos e intereses, tanto individuales como colectivos, de todas las personas.¹⁷

El límite al ejercicio del poder discrecional sigue siendo la legalidad, ya que de ella emana la competencia, por lo que es incorrecto reconocer la discrecionalidad a la falta de ley, pues se trata de lo contrario, solamente se reconoce ante la presencia de una norma que expresamente la facilite, por lo que se afirma que la discrecionalidad es un poder jurídico que ha de ejercitarse dentro de la legalidad, pues aun cuando se actúe discrecionalmente, se está limitado por el resto del ordenamiento jurídico. Se trata, en suma, de una discrecionalidad legal o reglada, como precisan con claridad algunos exponentes ibéricos, al señalar que no hay

¹⁶ Miguel Sánchez Morón, *Discrecionalidad administrativa y control judicial* (Madrid: Tecnos, 1994), 32.

¹⁷ Juan Carlos Cassagne, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa* (Buenos Aires: Marcial Pons, 2009), 215.

discrecionalidad al margen de la ley, sino solo en virtud de la ley y en la medida en que esta la haya dispuesto.¹⁸

En este sentido, se afirma que cuando el control jurídico traiga consigo la sustitución del acto impugnado, debe fijarse claramente esa posibilidad y el límite para su ejercicio. Consideramos que esta cuestión dependerá de la lista de funciones que la Constitución reserva a cada poder, impidiendo la sustitución cuando se trate de una función reservada al controlado. No obstante, si la función no está reservada de manera expresa en el texto, constitucionalmente nos encontramos ante una cuestión de mera legalidad, en manos del legislador y la jurisprudencia. Esto refleja la situación actual en materia de sustitución de decisiones administrativas por parte del Poder Judicial, que solo entrará a sustituir la decisión cuando la ley lo permite o cuando la propia jurisprudencia, en caso de silencio legislativo, lo estime necesario, en atención a sus propios precedentes.¹⁹

En este orden de ideas, es necesario precisar el tipo de control que se quiere establecer. Es harto conocido que el legislador optó en el CPCA por empoderar la función jurisdiccional. Sin embargo, este diseño parece no ser respetuoso en un orden ahora material y ya no formal, pues la misma ley permite al juez tutelar este tipo de situaciones. No obstante, es importante establecer estos casos específicos tan controversiales como la tutela de omisiones con contenido discrecional, en donde se ponen en evidencia de manera clara los roces con el principio de división de funciones.

Es importante establecer la posibilidad de que existan omisiones tutelables de oficio. Se encuentra en la doctrina la llamada pretensión deducida. Esta misma ha sido explorada por autores nacionales que han establecido que las acciones declarativa y ejecutiva coexisten y se complementan en beneficio de una tutela judicial efectiva, en el sentido de que simplemente se constata y se declara la inactividad de la administración, por ejemplo: no dio, no hizo, no ejecutó el convenio, no ejecutó el contrato, no construyó el puente, no realizó la actividad material en el tiempo oportuno y en forma válida, lo que significa una constatación o declaración previa del derecho conculcado, pero, a la vez, el mismo juez ordena la ejecución, es decir, el restablecimiento de la situación jurídica vulnerada con el acto impugnado o con la omisión acusada en la pretensión deducida.²⁰

Esto se desprende fácilmente de la redacción del 1 del CPCA, al establecer la restitución de las situaciones jurídicas resolviendo los aspectos de la relación jurídico-administrativa. Esto último debido a que de nada vale declarar la existencia de una omisión, que incluso es disconforme con el ordenamiento, sin exigir acciones

¹⁸ César Hines Céspedes, *La discrecionalidad administrativa y su control en Costa Rica* (San José: Mundo Gráfico, 2006), 307.

¹⁹ Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa* (Valencia: Guada Impresores, 2014), 154.

²⁰ Álvaro Enrique Mora Espinoza, *El deber de hacer de la administración* (San José: IJSA, 2009), 29.

concretas para resolver o corregir tal situación o estado de cosas. Es esta la tutela que se menciona en los numerales 42) g y 122) f y en el inciso g, así como en los numerales 127 y 128 del CPCA.

Aquí es necesario realizar una distinción, que no es menor, y escapa a la redacción del Código Procesal: la determinación de la existencia de una obligación por parte de la administración es menester para poder decir que ante el incumplimiento de esta surge una omisión o inactividad administrativa. Esto tampoco se contempla con claridad en la regulación del CPCA que, como se evidencia, intentó cubrir el supuesto de la inactividad y de la discrecionalidad empoderando al juez, pero no presta atención a estos detalles que pueden ser útiles para encaminar este tipo de procesos hacia una solución expedita y técnicamente correcta, de forma que no se propicien excesos de jurisdicción amparados en una supuesta búsqueda de una reparación integral al administrado.²¹

Entre el deber en sentido estricto y la obligación suele mediar, por tanto, un proceso de concreción semejante al que, con toda frecuencia, se produce entre la potestad y el derecho subjetivo, proceso que en este caso se resuelve en actos administrativos de accertamiento o fijación que, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, en relación con un sujeto determinado, precisan el deber genérico impuesto en la norma y el alcance concreto del comportamiento exigible al sujeto gravado.²²

2.4. Las potestades del juez constitucional en la Ley de la Jurisdicción Constitucional

La Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC) costarricense otorga al magistrado constitucional una serie de poderes de dimensionamiento de sus resoluciones para no alterar la paz social y modular las situaciones jurídicas. Esta facultad ha sido utilizada en muchas ocasiones por la Sala Constitucional para exhortar a órganos del Estado a cumplir con sus encargos constitucionales como, por ejemplo, legislar sobre determinada materia.

Es importante indicar que, al igual que otros ámbitos del derecho, en sede Constitucional se han realizado tipologías de sentencias que se efectúan en sus estrados, esto a nivel de doctrina. Para efectos de esta investigación, sirve de base la división realizada por el autor costarricense Hernández Valle, principalmente basándose en las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad.

²¹ Cassagne, *El principio de legalidad...*, 215.

²² Eduardo García de Enterría y Thomas Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo II* (Madrid: Civitas, 2012), 32.

La tipología establece que existen sentencias: a) exhortativas, b) de inconstitucionalidad simple, c) interpretativas, d) normativas y e) desaplicativas.²³ Este trabajo se limita a las sentencias exhortativas por ser las que revisten mayor interés desde el punto de vista del activismo judicial en el contexto costarricense, por ser este tipo de resoluciones las que de manera habitual ha utilizado la Sala Constitucional. Las sentencias exhortativas, dice el constitucionalista costarricense, son las que se aplican a la figura de la inconstitucionalidad por omisión. Sin embargo, agregamos que las soluciones son variadas, existen tantas soluciones como ordenamientos y cortes constitucionales hay en el mundo.

El autor Rubén Hernández señala que este tipo de sentencias se caracteriza porque el juez constitucional considera que una disposición legal es contraria a la constitución, pero no declara su nulidad, le confiere un plazo al legislador para reformar la disposición impugnada para eliminar la incompatibilidad existente con la constitución.

Este tipo de sentencias se aplica por parte de la Sala Constitucional costarricense, emitiendo jurisprudencia en donde da al legislador un plazo para otorgar alguna legislación. Esta parece una solución acertada, que no violenta el principio de separación de funciones, por ser la Sala Constitucional la que tiene la labor de ejercer control constitucional y al señalar un plazo está velando por el resguardo de los derechos conculcados, en aras de la efectiva tutela judicial. Debe recordarse que la Sala Constitucional no es un órgano legislativo especializado, y la labor legislativa lleva inmerso un alto grado de técnica y discusión.

De esta manera, no invade en su totalidad la discrecionalidad del órgano estatal para la configuración de la conducta debida. Sin importar que, posteriormente, se someta a consulta constitucional el proyecto de ley que pretende subsanar la incompatibilidad con el derecho de la Constitución –posibilidad muy real–, se estaría respetando en primera instancia el orden jurídico y la institucionalidad.

3. Análisis de algunos casos puntuales

Es de interés abordar casos puntuales en donde se manifiesta, en consideración de quien escribe, de alguna forma el activismo judicial. La posibilidad de hacerlo adquiere mayor importancia con base en las normas que habilitan a los órganos jurisdiccionales a realizar este tipo de actuaciones. Lo anterior debido a la intencionalidad que se desarrolla en el presente trabajo, de brindar un enfoque basado en la normativa existente y la posibilidad de presentar oportunidades de mejora, en aras de fortalecer un Estado de derecho y un régimen democrático del que siempre nos sentimos honrados como costarricenses. Así las cosas, se analizarán algunos casos

²³ Rubén Hernández Valle, *Derecho procesal constitucional* (San José, Editorial Juricentro, 2009), 112.

que han sido resueltos por órganos jurisdiccionales que se prestan para el objeto de este estudio.

3.1. Sala Constitucional

La Sala Constitucional ha tenido actuaciones en diferentes resoluciones en donde se le ha calificado algunas veces como proclive al activismo judicial, principalmente cuando ha fijado límites temporales para actuaciones legislativas. En algunas ocasiones han surgido polémicas respecto a estas resoluciones de tipo exhortativo, por no existir fundamento legal para estas actuaciones; sin embargo, los cuestionamientos de ese talante han ido disipándose con el tiempo. Algo que no cambia, para mal del efectivo cumplimiento de las disposiciones jurisdiccionales de la Sala Constitucional, es la demora en el cumplimiento de las exhortaciones al Legislativo. Existe un histórico de incumplimiento que no es sano para un Estado de derecho, y el ordenamiento jurídico no ofrece soluciones efectivas ante ese panorama.

Existen casos de vieja data como el resuelto mediante la Resolución 5649-2005 del 11 de mayo de 2005. En este voto, la Sala Constitucional realiza un análisis de la figura de las omisiones legislativas.

Se trata de una acción de inconstitucionalidad por la omisión de la Asamblea Legislativa de dictar una ley que regulara la materia del referéndum y la iniciativa popular en materia legislativa, ambos institutos reconocidos y establecidos en la Constitución Política mediante la Reforma Constitucional 8281 que modificó los numerales 102, 105 y 124.

En dicha reforma se realizaron los transitorios a los artículos 105 y 123 que establecían la obligación de la Asamblea Legislativa de dictar las leyes especiales requeridas dentro del año siguiente a la publicación de la norma en que se aprobaba la Reforma Constitucional. A pesar de esto, 27 meses después, la Asamblea Legislativa no había cumplido con esta obligación, tal y como se narra en el resultando primero de dicho voto.

Es interesante lo establecido por la propia Sala Constitucional en cuanto a la limitación existente en la legislación aplicable al caso en concreto,

... en los ordinales 87 a 95 que establecen la tipología de las sentencias de inconstitucionalidad, no prevé, para el caso de las omisiones, un plazo para que el órgano proceda a dictar el acto normativo que se echa de menos y se supere la situación antijurídica generada por la conducta omisa. No obstante, dado que, el presente asunto versa sobre una omisión absoluta de la Asamblea Legislativa en el ejercicio de su poder normativo por un inequívoco incumplimiento de un mandato expreso y bajo plazo del poder reformador, este Tribunal estima que resulta absolutamente imperioso establecer un término a ese Poder del Estado para que subsane la referida omisión. Lo anterior con sustento en los principios de auto integración (artículo 14 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional) y

de prudencia establecido en el artículo 91, párrafo 2º, de la supra citada ley, en cuanto habilita a este Tribunal para [...] graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia [...] los efectos de una sentencia de inconstitucionalidad [...] para evitar [...] graves dislocaciones de la seguridad (Sala Constitucional, voto 5649-2006). (Énfasis agregado)

La forma en que puede verse el problema de la habilitación normativa para este tipo de casos no existe expresamente en la ley, debe acudir a la integración. Esto no deslegitima las decisiones, pero en buena técnica jurídica no es adecuado y puede darse para cuestionamientos por parte de quienes desoyen ese tipo de requerimientos.

En este mismo orden de ideas, en el voto 11352-2010 de 29 de junio de 2010, la Sala Constitucional hace un análisis de una norma en materia electoral, relacionada con el retiro de credenciales de los diputados.

Se trata de una acción de inconstitucionalidad presentada en contra del numeral 262 del Código Electoral, que establecía una disposición normativa que permitía al Tribunal Supremo de Elecciones cancelar las credenciales a los diputados sin perjuicio de lo que establece el numeral 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Este último artículo establece el deber de la Contraloría de recomendar sanciones en contra de las personas que infrinjan el ordenamiento de fiscalización superior de la hacienda pública. En la acción de inconstitucionalidad presentada se estableció que con esa norma se sustraía de la competencia de los tribunales ordinarios y la propia asamblea legislativa la posibilidad de cancelar las credenciales.

En esa oportunidad la Sala Constitucional, haciendo un exhaustivo análisis de derecho comparado, considera importante la posibilidad de que la Asamblea Legislativa se autorregule (*interna corporis*), esto al decir que la Constitución Política no contempla en sus preceptos el procedimiento para establecer disposiciones que contengan causales para cancelar las credenciales a los miembros de la Asamblea Legislativa, distintas a los artículos 111 y 112. Por el contrario, es inconstitucional una solución de la legislación común u otra cuya aprobación no contempla mejores garantías en el procedimiento, al establecer una reserva de garantía constitucional matizada en la forma en que se entiende en el resto de América, por una línea jurisprudencial que eleva el reglamento de la Asamblea Legislativa a rango de parámetro constitucional o como elemento integrante del derecho de la Constitución.

Lo cierto es que, en este caso, la Sala concluye que debe declarar parcialmente con lugar la acción contra el artículo 262 del Código Electoral y anular la frase “sin perjuicio de lo que establece el artículo 68 de la Ley orgánica de la Contraloría General de la República”; además, otorga a la Asamblea Legislativa un plazo de 36 meses para que dicte la reforma parcial a la Constitución Política y la enmienda al Reglamento de la Asamblea Legislativa, a fin de que se incorporen como causal de pérdida de credencial de los diputados las faltas al deber de probidad, así como el establecimiento de otras sanciones administrativas que no impliquen esa

cancelación, cuando los diputados cometan faltas a los deberes éticos-funcionariales. Es importante establecer que en este caso, si bien se cumplió con la reforma constitucional, aunque fue extemporánea al límite fijado, queda pendiente la legislación ordinaria que haga aplicable dicha reforma, por lo que aún no es posible aplicar el mecanismo de destitución ordenado por la Sala Constitucional. Igualmente, en un voto de reciente data, la Resolución 12783-2018 de 8 de agosto de 2018, se pone de manifiesto la falta de herramientas de orden legal para que la Sala Constitucional pueda hacer cumplir a cabalidad las sentencias exhortativas que emite. En este voto, la Sala Constitucional realiza un análisis de la figura de las uniones entre personas del mismo sexo.

Se trata de una acción de inconstitucionalidad presentada en contra del numeral 262 del Código de Familia y el artículo 4 inciso m de la Ley de la Persona Joven por considerarse en contra de los parámetros de convencionalidad aceptados por el Estado costarricense y establecidos por la Corte IDH, disposiciones reguladas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y preceptos de la propia Constitución Política de Costa Rica.

En el voto, después de una discutida y polémica decisión por el objeto del proceso y algunas resistencias de orden histórico-cultural, así como el descontento de algunos grupos conservadores, por mayoría la Sala Constitucional declara inconstitucional los preceptos normativos interpretando y dimensionando su fallo, y establece una serie de estado de cosas inconstitucionales que debe ser conocida por el legislador para su adecuación normativa. Además, establece un plazo de 18 meses para que la Asamblea Legislativa adecue el ordenamiento jurídico de acuerdo con lo establecido, haciendo uso del principio de autocontención del juez constitucional al no invadir o sustituir las competencias del legislador e instando a legislar en un plazo establecido.

Sin embargo, debe decirse que dicho plazo se cumplió el 26 de mayo de 2020 y no se aprobó ningún proyecto de ley referente a la materia; asimismo, existió un ambiente de distracción respecto a la posibilidad de prolongar dicho plazo por parte de un sector de la población. Esta es una muestra más de que es necesario dotar al juez constitucional de herramientas que le permitan hacer efectivos sus fallos, para lo que sin duda se precisa una reforma en ese sentido, si se pretende optar –como ha sido la línea seguida hasta ahora– por una postura en la que sea la Asamblea Legislativa la que formule las regulaciones normativas y no por medio de interpretación de la Sala Constitucional.

3.2. Jurisdicción de lo contencioso administrativo

Como se señaló anteriormente, existen en el Código Procesal Contencioso Administrativo una serie de potestades otorgadas al juez que fortalecen su rol, principalmente en la tutela de omisiones y discrecionalidad administrativa, sea esta actuada o no actuada. Al respecto, han existido diferentes resoluciones de la jurisdicción contenciosa que llaman la atención en cuanto a las potestades del juez y las actuaciones en

el proceso jurisdiccional que pueden ser catalogadas como de activismo judicial, según la definición del abordaje realizado.

La Sala Primera de la Corte de Justicia ha establecido que existen límites que el legislador fijó a la potestad del juez para sustituir la voluntad de la administración, lo que es adecuado al observar debidamente el principio de separación de funciones. En este orden de ideas, en el voto 116-2010 de 22 de enero de 2010, hace un análisis muy interesante del control de discrecionalidad administrativa e intentó marcar una pauta de interpretación; sin embargo, en criterio de quien escribe, ha sido mal entendida en casos posteriores y hay puntos sustanciales bastante diversos entre los casos resueltos.

Se trata de un recurso de casación interpuesto en contra de una actuación de la Dirección General de Migración que rechaza una solicitud de visa a una mujer de nacionalidad china; sin embargo, el rechazo se da por archivo de la solicitud contenida en el expediente por falta de cumplimiento de un requisito. Este elemento no debe perderse de vista, pues es un eje central para la comprensión de la aplicación de la legislación que se hace al caso, al considerar que es una discrecionalidad administrativa que no ha sido actuada o ejercida por la administración, al darle o concretar la orden directa, y otorgando un plazo de 15 días para el ejercicio de dicha conducta.

En esa oportunidad, la Sala indica:

Cuando a pesar de que se ha dado una reducción a cero de la discrecionalidad en forma previa al dictado del acto, ya sea a partir de actuaciones formales de la administración, o por el cuadro fáctico que sirve de motivo al acto, si se resuelve en forma distinta a la prevista, en ejercicio del pleno control jurisdiccional, los órganos judiciales podrían llegar a sustituir a la administración. Esto supone que los restantes supuestos de hecho previstos en las disposiciones jurídicas que regulan el acto se cumplieron. Así, al momento en que se dicta la sentencia, todos los elementos del acto se encuentran definidos, sea porque son reglados, o porque la administración ya adoptó un criterio respecto de ellos que no es objeto de controversia. En el presente caso, esta no es la situación. *El otorgamiento de la visa implica la valoración de una serie de requisitos por parte de la Dirección General de Migración, como lo es, y solo a manera de ejemplo, la acreditación fehaciente, a criterio de dicho órgano, de la convivencia conyugal o de la solvencia económica. Al haberse ordenado el indebido archivo de la solicitud por un aspecto formal –la no presentación de las hojas de trabajo–, ninguno de los requisitos ha sido analizados por el órgano competente, en la medida en que el procedimiento nunca avanzó hasta dicha etapa.* Como nunca fueron estudiadas las probanzas aportadas, ni los requisitos, subsiste un grado de discrecionalidad instrumental al momento de adoptar la decisión administrativa, por lo que resulta improcedente ordenar el otorgamiento de la visa en esta sede. (Énfasis agregado)

Como se desprende de la cita, en este caso el ejercicio de la discrecionalidad se reserva a la administración para que sea ejercido, y se señala que la administración no debe ser sustituida.

En ese mismo sentido, el Tribunal de Casación, en el voto 85-F-TC-2014 de 11 de septiembre de 2014, hace un mismo análisis referido a un procedimiento administrativo. Se establece en lo pretendido que se declare la caducidad del procedimiento administrativo llevado en sede administrativa, aun cuando se solicitó por parte del investigado la caducidad del procedimiento, pero esta gestión no fue resuelta por el órgano del procedimiento. En este caso, el Tribunal de Casación hace un mismo análisis respecto a la imposibilidad de sustituir a la administración en una discrecionalidad no actuada.

En este sentido establece:

La declaratoria de caducidad dentro del procedimiento administrativo, ya lo ha dispuesto esta Cámara, constituye el mecanismo mediante el cual se sanciona la inercia en la tramitación de un procedimiento; circunstancia que habilita el archivo del asunto. (Resolución 608-2012 de las 11 horas 55 minutos del 16 de mayo de 2012). *Resulta inobjetable, tal declaratoria constituye un acto administrativo unilateral, por el cual, la Administración pone fin al curso del procedimiento, al haber determinado que la referida inactividad superó el plazo de ley. De lo expuesto se extrae, que el dictado de un acto final de esta naturaleza corresponde exclusivamente a la Administración. Evidentemente, el margen de discrecionalidad se reduce tangencialmente ante una potencial declaratoria de caducidad, mas, como sucede en la especie, la entidad pública mantiene al menos para ello, un margen de discrecionalidad residual, circunstancia que impide al juez declararla directamente.* Adicionalmente, se evidencia que acorde a la pretensión esbozada en la demanda y mantenida a lo largo del proceso, no existe solicitud del accionante en el sentido de ordenar al BCAC emitir el acto final. Por el contrario, se reitera, *esta se limita a requerir la sustitución de la conducta administrativa, a través de la declaratoria en sede judicial, de la caducidad del procedimiento, lo cual, como ya se ha expuesto, le está vedado al juez contencioso administrativo.* Por esta razón, estima esta Cámara, no es de recibo la tesis del casacionista quien solicita, indiscutiblemente, la sustitución de la conducta administrativa, ordenando declarar en forma directa la caducidad del procedimiento sancionatorio seguido en su contra, razón por la cual, el reclamo deberá rechazarse. (Énfasis agregado)

Es muy interesante el análisis referente a la discrecionalidad no actuada y a la imposibilidad de sustitución de la administración en el dictado del contenido del acto administrativo, pues se encuentra abierta la posibilidad de declarar la caducidad del procedimiento al no haberse resuelto esto en el mismo.

Hasta el momento se han descrito dos criterios con similitudes en el abordaje del tema; sin embargo, existen excepciones que son referentes para el presente trabajo. Así las cosas, en el contexto de un procedimiento administrativo ejercido en el control de fiscalización superior que por encargo constitucional tiene la Contraloría General de la República, como órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa, la sanción impuesta en el procedimiento fue de despido e inhabilitación para ejercer cargos públicos. En el proceso judicial, las pretensiones de los actores se dirigieron a la nulidad de las sanciones impuestas y del procedimiento. No obstante, el tribunal de primera instancia, al conocer del asunto, mediante Resolución 044-2018-VII de 19 de junio de 2018, al declarar parcialmente con lugar la demanda decide, no solo anular el procedimiento, sino que modifica la sanción por imponer y establece una ejemplarizante, esto sin mayor comentario sobre la proporcionalidad o no de la sanción anteriormente impuesta y, peor aún, declara la nulidad del procedimiento de base para la sanción inicial, fija una sanción –ejemplarizante– de suspensión por 30 días y elimina la inhabilitación para cargos públicos.

Este asunto tiene muchas aristas que deben señalarse. Si bien la diferencia sustancial con lo establecido por la jurisprudencia anteriormente se refiere a potestades discrecionales no actuadas al estar en presencia de inactividades u omisiones, parece ser que la consecuencia de la no sustitución de la administración para el ejercicio de la potestad persiste al permanecer un elemento del acto, en este caso el contenido, un margen de discrecionalidad bastante amplio. Es decir, el abanico de sanciones por imponer es variado, por lo que se considera que no debe sustituirse a la administración y únicamente limitarse el juez de primera instancia a revisar la legalidad de lo actuado y ejercer la potestad anulatoria sin entrar a modificar la conducta, estableciendo en la parte dispositiva un elemento extraño al proceso. Lo anterior partiendo de lo analizado en los casos recién abordados.

En esta misma línea, tampoco parece razonable que el tribunal de casación haga un reenvío al juez de primera instancia pues debe revisar si existió un exceso en las potestades jurisdiccionales y, de ser preciso, anular la resolución resolviendo por el fondo el asunto de manera que se garantice una justicia pronta y cumplida a las partes. Además de evitar un diálogo interno de la jurisdicción entre el tribunal de casación y el juez de primera instancia, quien posiblemente, al haber sostenido una tesis, y amparado en la independencia judicial, va a pretender seguir en una misma línea.

De esta manera, parece que las habilitaciones para el control sobre discrecionalidad no actuada o actuada de forma indebida con reducción a cero de dicha discrecionalidad son difícilmente aplicables a los procedimientos sancionatorios, al imputarse en la mayoría de los casos múltiples sanciones posibles que se reservan para el acto final como un halo de discrecionalidad bastante grande para la administración; este parece un esquema normativo enfocado en otro tipo de procedimientos administrativos.

Es poco posible que se sustituya a un órgano administrativo en el dictado de un acto y esto ha sido entendido de esta forma por la propia Sala Primera y Tribunal de

Casación, reservándose ese halo de discrecionalidad exclusivamente para la administración y al ser el juez un revisor de la legalidad del acto para confirmarlo o anularlo. La misma suerte corre el Tribunal de Casación o la Sala Primera al considerar, en el contexto descrito, inapropiado un reenvío a un tribunal ordinario para que reitere una resolución, y mucho menos apropiado una posible habilitación para que el juez de primera instancia reenvíe otra vez el acto a la administración para el ejercicio de la potestad sancionatoria a fin de readecuarlo, cosa poco posible de ser acatada, lo que sometería a los investigados a procesos extendidos en el tiempo sobre una potestad discrecional ejercida, pero considerada desproporcionada en el contenido.

Conclusiones

- a) El concepto de activismo judicial responde a un nuevo paradigma de juez y de proceso en donde el juzgador tiene un rol más activo y dinámico, además de un conjunto de fenómenos sociales complejos que rebasan los supuestos normativos y obligan al juez a realizar interpretaciones cada vez más elaboradas en garantía de los derechos de los administrados, con un equilibrio hacia las potestades otorgadas a los poderes públicos. El rol de la Sala Constitucional es relevante en temas clave a nivel nacional, como los mecanismos de participación ciudadana en la formación de las leyes y el referéndum, causales de remoción de diputados por vulneraciones al deber de probidad y reconocimiento de derechos de minorías en donde se ha actuado en apego institucional, y se ha conminado al legislativo a emitir normas en resguardo de los derechos y las garantías ciudadanas.
- b) Desde un punto de vista formal, los ordenamientos jurídicos deben brindar las normativas más accesibles, adecuadas y necesarias para que las cortes constitucionales, los jueces ordinarios o jueces superiores puedan ejercer un control sobre las conductas administrativas y garanticen su adecuado cumplimiento.
- c) El ordenamiento jurídico costarricense debe contar con los recursos accesibles y claros para controlar la labor del juzgador contencioso administrativo cuando incurra o se acuse algún posible exceso en el ejercicio de la función jurisdiccional. Esto adquiere mayor relevancia cuando el juez toma por habilitación normativa una serie de potestades que pueden ser calificadas como de activismo procesal y judicial por parte del juzgador. Lo anterior se relaciona con el fortalecimiento del sistema de pesos y contrapesos que debe promover el ordenamiento jurídico en un Estado de derecho, a fin de resguardar la legalidad, la responsabilidad de los poderes públicos y el principio de división de funciones.

Bibliografía

- CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.
- DOMINGO, Pilar. “Relaciones de poder: justicia y nuevos actores”. En *Los actores de la justicia latinoamericana*, editado por Luis PÁSARA. Salamanca: Editorial Ediciones Universidad de Salamanca, 2007.
- FEOLI, Marco. “Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación para América Latina”. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* 27, n.º 1 (2016): 75-98. doi: <http://dx.doi.org/10.15359/rldh.27-1.4>.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades en el poder en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1983.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomas Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo II*. Madrid: Civitas, 2012.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Magally. *Bases constitucionales del régimen administrativo en Costa Rica: la constitución como control de la actividad administrativa*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2014.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Derecho procesal constitucional*. San José: Editorial Juricentro, 2009.
- HINES CÉSPEDES, César. *La discrecionalidad administrativa y su control en Costa Rica*. San José: Mundo Gráfico, 2006.
- MILANO SÁNCHEZ, Aldo. *Manual de derecho administrativo*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2016.
- MORA ESPINOZA, Álvaro Enrique. *El deber de hacer de la administración*. San José: IJSA, 2009.
- MUÑOZ QUESADA, Hugo Alfonso. *Las comisiones legislativas plenas*. San José: IJSA, 1994.
- PATÍÑO CRUZ, Silvia. *La inconstitucionalidad por omisión*, 2ª. ed. San José: IJSA, 2011.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994.
- PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*, 4ª. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1997.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, Daniel. *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Valencia: Guada Impresores, 2014.
- VILLALOBOS SOTO, José Joaquín. “La pretensión en el nuevo código procesal contencioso administrativo de Costa Rica”. *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo* 7, n.º. (7): 2007.

Adán Maldonado Sánchez* (México)

El activismo judicial en México a través de las sentencias interpretativas/atípicas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

RESUMEN

La insuficiencia del binomio de la simple declaración de constitucionalidad/inconstitucionalidad utilizado por la jurisdicción constitucional en la revisión de omisiones, actos y normas fue superada a través de la incorporación de matices en los efectos de las sentencias constitucionales en los ámbitos *personal, espacial, temporal y material*. A estas técnicas se les ha denominado "sentencias atípicas". El artículo da cuenta del uso que les ha dado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a efecto de participar en un constitucionalismo dialógico (activismo judicial), entendido no como intromisión en la esfera de otros poderes, sino en clave de construcción del lenguaje de los derechos.

Palabras clave: sentencias interpretativas; sentencias atípicas; activismo judicial.

Judicial activism in Mexico through the interpretive/atypical decisions of the Supreme Court of Justice of the Nation

ABSTRACT

The insufficiency of the binomial of the simple declaration of constitutionality/unconstitutionality used by the constitutional jurisdiction in reviewing omissions, acts and regulations was overcome through the incorporation of nuances in the effects of constitutional decisions on the *personal, spatial, temporal and material* spheres. These techniques have been called "atypical decisions." The article discusses the use that the Supreme Court of Justice of the Nation has made of them for the purpose of participating in a dialogic constitutionalism (judicial activism), understood not as

* Candidato a maestro en Derecho Procesal Constitucional, Universidad Panamericana. Autor de *El bloque de constitucionalidad en México. Hacia su integración y aplicación* (Tirant lo Blanch, 2019). @adannaldonado. <https://orcid.0000-0002-9468-6693>.

intrusion in the sphere of the other branches of government, but as key in the construction of the language of rights.

Keywords: Interpretive decisions; atypical decisions; judicial activism.

Juristischer Aktivismus in Mexiko am Beispiel der auslegenden / atypischen Urteile des Obersten Gerichtshofs

ZUSAMMENFASSUNG

Mithilfe der Einfügung von *personen-, orts-, zeit- und inhaltsbezogenen* Nuancen, die die Wirkung der Urteile des Verfassungsgerichts betreffen, ist es gelungen, die Unzulänglichkeiten einer einfachen Erklärung der Verfassungsmäßigkeit oder Verfassungswidrigkeit zu überwinden, wie sie die Verfassungsgerichtsbarkeit bei der Beurteilung von Unterlassungen, Rechtsakten und Normen verwendet. Dieser Ansatz wird als „atypisches Urteil“ bezeichnet. Der Beitrag legt dar, wie sich der Oberste Gerichtshof dieser Technik mit der Absicht bedient, an einem dialogbasierten Konstitutionalismus mitzuwirken (juristischer Aktivismus), der nicht als Einmischung in die Zuständigkeiten anderer Gewalten zu verstehen ist, sondern als Beitrag zur Weiterentwicklung der Rechtssprache.

Schlagwörter: Auslegende Urteile; atypische Urteile; juristischer Aktivismus.

Introducción

El *activismo judicial* es una expresión con diversos sentidos; se utilizará aquí para señalar el papel protagónico que tienen actualmente las jurisdicciones constitucionales en la definición del sentido de las leyes y en la protección de los derechos fundamentales.¹ En el presente caso se vincula dicho activismo con la utilización de *sentencias interpretativas* (intermedias), que permiten no solo resolver la cuestión abstracta, el acto u omisión sometido a control de constitucionalidad/convencionalidad, sino, además, enviar señales innovadoras (*efectos exhortativos/apelativos/aditivos/reductores/sustitutivos*) a los demás poderes, a los jueces inferiores y a la sociedad en general, tendientes a generar un cambio en la legislación o en la jurisprudencia o en las costumbres (respectivamente).² Así, el activismo judicial va de la

¹ María Luisa Marín Castán, “Activismo judicial y paradigma neoconstitucional”, *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*, n.º 6 (2016): 111-132, citada en Carlos Mario Molina Betancur y Sergio Orlando Silva Arroyave, “El activismo judicial del juez constitucional en Iberoamérica”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 24, n.º 1 (2020): 117-145.

² Véase Julio A. Gálvez Bautista, “Activismo judicial”, *Law Observatory* (2009), https://lawobservatory.wordpress.com/2009/05/21/activismo-judicial/#_ftn14, citado en Molina Betancur y Sergio Orlando Silva Arroyave, “El activismo judicial del juez constitucional en Iberoamérica”, 117-145.

mano con las amplias competencias interpretativas de los que ejercen una función materialmente jurisdiccional.

Ahora bien, en razón de lo anterior, el binomio sentencias estimatorias/desestimatorias –entendidas como aquellas que se limitan a la declaración lisa y llana de constitucionalidad/inconstitucionalidad como diseño institucional de la jurisdicción constitucional en la revisión de omisiones, actos y normas– al poco tiempo fue superado a través de la incorporación de matices en los efectos de las sentencias constitucionales en los diversos campos de actuación de las normas jurídicas (personal, espacial, temporal y material). Así, por ejemplo, en materia de *modulación de los efectos en el ámbito temporal*, la redacción del artículo 140.5 de la Constitución Austriaca habilitaba al Tribunal Constitucional a aplazar los efectos de la sentencia estimatoria (anulación), por un lapso de 18 meses.³ Por su parte, la Corte Constitucional de Italia ha utilizado la técnica de la *doppia pronuncia*, que se integra por una declaración de rechazo (desestimación), indicándole en las consideraciones de la sentencia que en un sucesivo caso, de no ser corregido por el legislador, se emitirá una sentencia *di accoglimento* (estimación);⁴ aquí se advierte claramente una deferencia al legislador.

Además de dichas modulaciones temporales, las jurisdicciones constitucionales también han innovado en introducir aspectos que no contiene la disposición legal, mediante la generación de normas⁵ (sentencia aditiva); la reducción de hipótesis o porciones normativas (sentencia reductora); el intercambio de formulaciones o expresiones normativas (sentencia sustitutiva); o bien, la opción por la deferencia hacia el poder legislativo al exhortar o emitir directrices para la futura creación, reforma o adición de una ley (sentencia exhortativa/apelativa/monitoria).

A estas técnicas se las ha llamado sentencias “interpretativas”, “atípicas”, “intermedias”, entre otras denominaciones (aquí se prefiere utilizar el término sentencias intermedias). Esta necesidad de atemperar los efectos de una declaratoria de in/constitucionalidad o in/convencionalidad surge, precisamente, del rol que asume la justicia constitucional frente a una gran diversidad de aspectos jurídicos que van desde el acceso a la justicia, el respeto de los derechos o su debida restricción, la construcción y consolidación de la democracia mediante el respeto de los principios constitucionales y las formalidades esenciales del procedimiento en la justicia intrapartidaria y frente a las autoridades administrativas y jurisdiccionales electorales, hasta la emisión de lineamientos de políticas públicas. El presente artículo da cuenta del uso que les ha dado a las sentencias intermedias la Suprema Corte de Justicia de

³ Víctor Bazán, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos* (México: TEPJF, 2017), 239.

⁴ Bazán, *Control...*, 239.

⁵ Se entiende por ‘disposición’, el texto legal/normativo; mientras que el concepto de ‘norma’ es producto de la interpretación del texto legal/normativo, es decir, se trata de la relación materia prima-producto.

la Nación (SCJN), a efecto de participar en un constitucionalismo dialógico, al cual se le puede denominar activismo judicial, entendido no como una intromisión en la esfera de otros poderes, sino en clave de construcción del lenguaje de los derechos y de la consolidación de la teoría de la coordinación entre poderes.

Para entrar en materia es preciso analizar brevemente *la evolución de la teoría de la división de poderes a la teoría de la coordinación de poderes*; asimismo, abordar la connotación que debe atribuirse a la expresión activismo judicial, pasando enseguida revista panorámica a los efectos de las sentencias constitucionales en derecho comparado y su recepción por la SCJN, para finalmente examinar algunas resoluciones de las llamadas interpretativas, atípicas, intermedias o moduladas.

1. El activismo judicial a cargo de la jurisdicción constitucional

La función a cargo de los órganos materialmente jurisdiccionales, sea en el modelo concentrado o difuso de constitucionalidad/convencionalidad,⁶ calificada como “activismo judicial”, puede verse desde dos ópticas:

- a) *En sentido negativo*: como extralimitación del control de constitucionalidad (invasión de competencias en detrimento de los poderes Ejecutivo, Legislativo y de los órganos constitucionalmente autónomos).
- b) *En sentido positivo*: como diálogo constitucional en la construcción del lenguaje de los derechos y de la correcta evolución de la separación de poderes, entendida como “coordinación y colaboración entre poderes”.

Sea en sentido positivo o negativo, un pilar de la jurisdicción constitucional es la “autocontención”, sin perjuicio de las directrices, los principios, las reglas o los métodos de interpretación/argumentación que dan un amplio margen de actuación a la justicia constitucional, de manera destacada las sentencias exhortativas y aditivas, frente a la interpretación conforme, la deferencia al legislador (libre configuración del legislador), el margen de apreciación, las sentencias de eficacia diferida, entre otras técnicas, que constituyen un filtro adicional a dicha “autocontención” (*judicial self-restraint*).

Como es de suponerse, el *activismo judicial* ha puesto en duda el *principio de supremacía parlamentaria* (principio mayoritario) sobre el que se han fundado las democracias contemporáneas, activismo que se ha traducido en una expansión

⁶ Es preciso señalar que, actualmente, ya no existen modelos puros. Sean difusos preponderantemente o concentrados, la última palabra o cierre de la interpretación/argumentación estará a cargo de una alta corte u órgano equivalente.

global del poder judicial o la judicialización de la política.⁷ Lo anterior, si se toma en cuenta que los jueces y las cortes han pasado al primer plano de la vida política, dado que han decidido casos controversiales sobre:⁸

- a) Corrupción política.
- b) Políticas públicas, vinculadas esencialmente con los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Desca).
- c) Árbitros de conflictos entre poderes.
- d) Defensores de los derechos.
- e) Revisión de resultados electorales o de los actos del proceso electoral.
- f) Justicia transicional.

Si a lo anterior agregamos la construcción de un diálogo entre las cortes constitucionales de las naciones y de estas con los tribunales regionales de protección de los derechos humanos, y las lecturas e interpretaciones de los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los organismos creados *ex professo* por la Organización de las Naciones Unidas, fenómeno conocido como “diálogo jurisprudencial”, que constituye uno de los elementos del “constitucionalismo global”, se puede concluir que los espacios de judicialización han crecido de manera proporcional a la reducción de las *political questions* no justiciables. Dicha relación es la tierra fértil de análisis del activismo judicial y de la aportación que ha significado que las cortes constitucionales u órganos de control de constitucionalidad/convencionalidad maten, modulen o atemperen los efectos de las sentencias constitucionales en los diversos campos de actuación de las normas jurídicas (personal, espacial, temporal y material).

2. De la división de poderes a su coordinación

Un Estado constitucional democrático, con un *sistema de pesos y contrapesos* en la división y coordinación de las funciones y facultades de los poderes públicos, así como basado en la promoción, el respeto, la protección y la garantía de los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, es un Estado que atiende los cánones del constitucionalismo moderno que diáfananamente plasmó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, al expresar en su artículo 16: “Una Sociedad en la que

⁷ Azul A. Aguiar Aguilar, “Gobernando con los jueces. Una introducción a la política judicial”, en *Gobierno y política judicial en México*, ed. por Azul A. Aguiar Aguilar (México: Fontamara, 2019), 19.

⁸ Aguiar Aguilar, “Gobernando con los jueces. Una introducción a la política judicial”, 19.

no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”.⁹

Locke y Montesquieu son los mentores de la teoría de la división de poderes, entendida como la separación de funciones y un sistema de equilibrio entre los entes de gobierno para evitar la arbitrariedad integrada de los tres poderes: el ejecutivo, el legislativo y el judicial, conocidos como “la trinidad constitucional”;¹⁰ sin embargo, la división original no ha permanecido inmutable debido a la incorporación de los llamados órganos constitucionalmente autónomos (OCA), cuya función reside, básicamente, en no depender, a escala constitucional, de los tres poderes tradicionales por la función esencial que desarrollan en el esquema de los derechos fundamentales.

A pesar de la incorporación de los OCA, aún se mantiene vigente la necesidad de que las decisiones del poder público no se concentren (control interorgánico) y de que los órganos del poder se autocontrolen (control intraorgánico) mediante un sistema de contrapesos y equilibrios.¹¹

En tal sentido, la teoría de la división de poderes, en su concepción original, ha mutado a una de coordinación de poderes, dado que el legislativo, el ejecutivo, el judicial y los OCA realizan funciones materiales, que primariamente le pertenecen a otro poder, pero acotadas a cumplir con las dinámicas de control interorgánico e intraorgánico. A manera de ejemplo, podemos observar la tabla 1.¹²

Bajo este entendimiento, es indudable que la función materialmente legislativa o ejecutiva (administrativa) que desarrolla la SCJN a través de las sentencias intermedias, se inscribe en la teoría de la coordinación de poderes, que permite superar los dos grandes argumentos que juegan en contra de la *judicial review*, a saber:

- a) El principio contramayoritario.
- b) El legislador negativo.

⁹ Adán Maldonado Sánchez, “Los derechos político-electorales involucrados en el juicio político y en la declaración de procedencia. Su revisión judicial mediante el derecho a un recurso sencillo y efectivo”, *Revista Justicia Electoral*, n.º 21 (2018): 125.

¹⁰ Bartolomé Clavero Salvador, *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional* (Madrid: Trotta, 2007), 17.

¹¹ Maldonado Sánchez, “Los derechos político-electorales involucrados en el juicio político y en la declaración de procedencia. Su revisión judicial mediante el derecho a un recurso sencillo y efectivo”, 125.

¹² Maldonado Sánchez, “Los derechos político-electorales involucrados en el juicio político y en la declaración de procedencia. Su revisión judicial mediante el derecho a un recurso sencillo y efectivo”, 131.

Tabla 1. Coordinación de poderes

Poder Legislativo	Poder Judicial	Poder Ejecutivo	OCA
Función material Legisla, emite normas generales, imperativas, abstractas e impersonales.	Función material Resuelve controversias diciendo el derecho. Emite normas particulares para el caso concreto que resuelve.	Función material Ejecuta las acciones de gobierno para cumplir con las obligaciones y funciones gubernamentales en el ámbito administrativo y hace que se observe la ley.	Función material Atiende a su naturaleza y sector toral de las funciones del Estado para el cual fueron diseñados y concebidos. Esencialmente son órganos reguladores/ supervisores
Función administrativa En general esta se actualiza mediante los nombramientos, dirección y remoción de los empleados del Congreso.	Función administrativa Nombra y dirige o remueve a sus empleados, cuando alquila sus locales o las adquiere, cuando compra libros, edita fallos, adquiere papel, tinta, etc.	Función administrativa Es su naturaleza.	Función administrativa Elaboración y propuesta de su presupuesto y su ejercicio.
Función legislativa Es su naturaleza.	Función legislativa Jurisprudencia, reglamentos, acuerdos generales. Sentencias con efectos generales o vinculación general y declaratoria general de inconstitucionalidad.	Función legislativa Reglamentos, celebración de tratados internacionales.	Función legislativa Estatuto, reglamentos, acuerdos generales.
Función judicial Juicio político y declaración de procedencia.	Función judicial Es su naturaleza	Función judicial Justicia laboral, agraria y fiscal-administrativa. El indulto y la amnistía.	Función judicial Resoluciones en la materia mediante la cual resuelven controversias o procedimientos.
Control difuso de la constitución y <i>ex officio</i> de convencionalidad			
Lo obliga en el ámbito de sus competencias.	Lo obliga en el ámbito de sus competencias.	Lo obliga en el ámbito de sus competencias.	Lo obliga en el ámbito de sus competencias.

Fuente: Elaboración propia.

3. Concepto y tipología de las sentencias atípicas (intermedias)¹³

La jurisdicción constitucional, casi desde sus inicios, vislumbró que reducir el esquema a dos únicos tipos de sentencias constitucionales (estimatorias y desestimatorias) resultaba insuficiente para la realidad a la que se tenían que enfrentar y los problemas que tenían que resolver, sin perjuicio de atender las particularidades de cada escenario jurídico. Bajo dicha premisa, resultaba y resulta necesario modelar una diversidad en los efectos de las sentencias, que permita a los tribunales, las cortes o salas constitucionales y las cortes supremas de justicia desempeñar de modo más adecuado el relevante rol que están llamados a cumplir:¹⁴ velar por los componentes de la constitución material (bloque de constitucionalidad). Crisafulli afirmaba que las sentencias atípicas nacieron de la exigencia práctica y no de construcciones teóricas, cuyo análisis doctrinario vino después.¹⁵

Como bien señala Víctor Bazán, Europa, seguida de Latinoamérica, fueron construyendo jurisprudencialmente las llamadas *sentencias atípicas o intermedias*. La búsqueda de nuevas técnicas en los efectos de la sentencia constitucional denota un intento por superar lo que Modugno denomina la ingenua alternativa entre *constitucionalidad e inconstitucionalidad*,¹⁶ es decir, tomando en consideración que las normas, los actos y las omisiones sujetos a control de constitucionalidad/convencionalidad operan y despliegan sus efectos ineludiblemente sobre los ámbitos de actuación jurídica, a saber: *material, espacial, temporal y personal*, es como la magistratura pondera los valores, principios y derechos fundamentales en juego, mediante técnicas que no se limitan a expulsar del ordenamiento jurídico las normas inconstitucionales, de las cuales puedan depender los actos o la exigencia de realización de determinadas conductas que se traduzcan en omisiones, o bien la simple declaración de inconstitucionalidad de actos u omisiones, sino que además incorporan algo nuevo, *cuya intensidad creativa es distinta en cada caso*.¹⁷ En otras palabras, utilizan “modulaciones” en el terreno temporal, material, personal o espacial, atemperando ciertas consecuencias que puedan generar mayor inestabilidad a razón de una declaración pura y simple de inconstitucionalidad/inconvencionalidad. Por tanto, son ámbitos que se deben atender en el momento de emitirse la sentencia

¹³ El presente apartado forma parte del artículo de próxima publicación: Adán Maldonado Sánchez, “Las sentencias atípicas en el juicio de amparo (en México)”.

¹⁴ Bazán, *Control...*, nota 3, 177-178.

¹⁵ Bazán, *Control...*, p. 208.

¹⁶ Franco Modugno, “Corte Costituzionale e Potere Legislativo”, en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, coord. por Paolo Barile, Enzo Cheli y Stefano Grassi (Bologna: Il Mulino, 1982), 48, citado en Bazán, *Control...*, nota 3, 191.

¹⁷ Giovanni A. Figueroa Mejía, *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad* (México: Porrúa, 2011), 93.

constitucional,¹⁸ lo que, desde luego, escapa al simple binomio constitucional/inconstitucional, al que se incorporan toda una estela de efectos entre ambos extremos, de ahí que se les denomine sentencias intermedias o sentencias modulatorias.

Es preciso señalar que *todas las sentencias interpretativas son materialmente estimatorias*, ya que entienden que al menos una entre las varias interpretaciones posibles de un texto legal (o incluso todas, menos una) es contraria a la Constitución; o bien, en un sentido más amplio, que parte del contenido normativo, derivado alternativa (sentencias interpretativas en sentido estricto) o conjuntamente (sentencias manipulativas) de la disposición impugnada, es inconstitucional.¹⁹ Así, toda sentencia que no sea desestimación total, es de estimación parcial.²⁰

Las sentencias atípicas, también denominadas intermedias, constituyen el género, dentro de las cuales se encuentran las siguientes:

- a) *Las sentencias interpretativas en sentido estricto (interpretación conforme)*,²¹ que a su vez se dividen en:
 - Desestimatorias.
 - Estimatorias.
- b) *Las sentencias interpretativas (latu sensu, tienen una naturaleza creativa)*, que a su vez se dividen en:
 - Manipulativas: aditivas-simples y aditivas de principio/reenvío al legislador.
 - Reductoras.
 - Sustitutivas.
- c) *Las sentencias monitorias*, que no constituyen una desestimación simple y llana, sino que dejan algunas directrices y condiciones,²² se trata de un diálogo cooperativo con el legislador.

¹⁸ Este razonamiento constituye el hilo conductor de la investigación: Adán Maldonado Sánchez, *La sentencia constitucional en México. El sistema de efectos en el juicio de amparo, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad*, prólogo de José Ramón Cosío Díaz, presentación de Francisco Javier Díaz Revorio (trabajo de próxima publicación).

¹⁹ Figueroa Mejía, *Las sentencias...*, 98-99.

²⁰ Figueroa Mejía, *Las sentencias...*, 100.

²¹ En estas se incluyen, desde nuestra óptica, las llamadas sentencias armonizadoras a las que alude Figueroa Mejía (*Las sentencias...*).

²² Entre las variantes se han detectado, en términos de Tomás y Valiente, las siguientes: Recomendaciones transaccionales (STC 108/1986), acerca de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Recomendaciones cautelares (STC 3/1983), sobre el artículo 170 de la Ley de Procedimiento Laboral, en punto a la obligación de consignar para el empresario recurrente en casación. Recomendaciones correctivas (STC 76/1983), sobre la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico. Recomendaciones orientadoras (entre otras, STC 49/1988, sobre la Ley de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros. Y otras recomendaciones emitidas por el TC en aras de lograr la igualdad material consagrada en el artículo 9.2 de la Constitución, citando en tal sentido a las STC 30/1984, 108/1986 y 99/1987. (resoluciones citadas en Bazán, *Control...*, nota 3, p. 218).

Como se advierte, es través de las sentencias intermedias como las jurisdicciones constitucionales pueden asumir un activismo judicial (en su connotación positiva) con herramientas prácticas que incidan con mayor eficacia en la construcción/diseño de políticas públicas y en el desarrollo del lenguaje de la constitución material (bloque de constitucionalidad).

4. El activismo judicial como materia de la política judicial

La judicialización de la política es definida como la participación cada vez más activa de los jueces en la creación, expansión, pero también restricción, de políticas, derechos y libertades.²³ Así, el activismo judicial se ha estudiado desde la óptica de la “política judicial”. De la misma manera, se han formulado algunas interrogantes a efecto de desarrollar las correspondientes teorías, por ejemplo:²⁴

1. ¿Qué factores institucionales, políticos, estructurales o ideológicos permiten que las cortes adquieran poder frente a los demás actores del sistema político?
2. ¿Qué condiciones permiten que los jueces sean catalizadores de cambios sociales?
3. ¿Cuándo, cómo y por qué los jueces se convierten en hacedores de políticas?
4. ¿Qué motiva a los jueces a decidir en contra o a favor del Gobierno?

Como puede advertirse, las primeras tres preguntas conducen a responder, en términos generales, que la *revisión judicial de las leyes (normas), actos y omisiones* –sea un control previo o posterior, con efectos interpartes o *erga omnes*, de carácter difuso, concentrado o mixto– es lo que ha motivado el empoderamiento de los jueces al grado de considerarse que nos encontramos en el “siglo de los jueces”, si bien ya desde el siglo XIX²⁵ a este actor se le consideraba como creador del derecho, tal y como se aprecia en las discusiones *entre originalistas y evolucionistas* (o no originalistas).²⁶

En el mismo sentido, en las preguntas dos y tres, aunque los argumentos que pueden sostener la respuesta son multifactoriales, parcialmente las sentencias intermedias, moduladas o interpretativas llevan a los jueces a asumir el papel de catalizadores de cambios sociales mediante el peso y las modalidades de sus resoluciones, técnicas que, entre otras, se enfocan en emitir lineamientos en las políticas públicas.

²³ Aguiar Aguilar, “Gobernando con los jueces. Una introducción a la política judicial”, nota 7, 27.

²⁴ Aguiar Aguilar, “Gobernando con los jueces. Una introducción a la política judicial”, 20.

²⁵ A partir del emblemático caso *Marbury vs. Madison* de 1803.

²⁶ John M. Collins, “Why the debate between originalists and evolutionists rests on a semantic mistake”, *Law and Philosophy* 30 (2011): 645-684.

Específicamente, a las sentencias que inciden en este rubro se les ha llamado sentencias estructurales,²⁷ las cuales no agotan el catálogo de las sentencias intermedias.

Ahora bien, las condiciones (institucionales) indispensables son: la *independencia judicial interna y externa*,²⁸ el sistema de nombramientos y remuneraciones de los jueces, la duración en el cargo y su relación con el periodo gubernamental y la representación de las fuerzas políticas, la dinámica interna del gobierno judicial (vertical y horizontal); mientras que las respuestas a cómo y por qué los jueces transforman o propician los cambios sociales y son generadores de políticas públicas, van desde la pasividad del legislador y el ejecutivo hasta los efectos dañinos de la corrupción, la presencia de discriminación institucional o normativa hacia los grupos vulnerables de la sociedad, entre otros elementos.

5. De las sentencias constitucionales de simple constitucionalidad/inconstitucionalidad a la utilización de matices en sus efectos²⁹

Es preciso mencionar que la “interpretación conforme”, como alternativa para declarar la nulidad o inaplicación, solo constituye la base de algunas sentencias atípicas, a saber, las denominadas sentencias interpretativas en sentido estricto (desestimatorias y estimatorias), no así de toda la tipología, especialmente en tópicos donde no es posible llevar a cabo una interpretación de conformidad con la constitución, por antonomasia: fenómenos de discriminación normativa (expresa o tácita), omisiones legislativas o actos que los actualicen, haciendo uso de las sentencias manipulativas (reductoras, aditivas, sustitutivas), o sentencias monitorias (desestimatorias y estimatorias).

A las sentencias interpretativas³⁰ también se les conoce como manipulativas, condicionadas, atípicas, moduladas o intermedias, y surgen de la necesidad de *matizar los efectos de los fallos constitucionales* que la dicotomía lisa y llana de estimación-desestimación produce,³¹ para incursionar en una maquila de efectos mixtos

²⁷ Néstor Osuna, “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, ed. por Víctor Bazán (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015), 91-116.

²⁸ La independencia externa hace referencia a la creación de mecanismos que aíslan a los jueces de presiones del poder político, económico y criminal a efecto de evitar influencias de cualquier actor fuera de la institución en sus decisiones. Por su parte, la independencia interna busca crear instrumentos que aseguren la protección de los jueces de influencias indebidas de los superiores jerárquicos al interior de la institución (Aguilar Aguilar, “Gobernando con los jueces. Una introducción a la política judicial”, nota 7, 30).

²⁹ Esta sección forma parte de la investigación de Maldonado Sánchez, *La sentencia...*

³⁰ Esta denominación es la generalmente aceptada.

³¹ En el mismo sentido, César Landa, “Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional latinoamericana”, en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius*

o condicionados por vía de la interpretación y la argumentación constitucional,³² a efecto de dar respuesta a específicas exigencias de carácter práctico que la simple nulidad o inaplicabilidad dejaba sin atender, generando sentencias ineficaces.³³ Esta peculiaridad en los efectos es la principal característica que sostiene la teoría de la sentencia constitucional, inherente a la función de garantizar, sin traumatismos innecesarios, la integridad y supremacía de la constitución material³⁴ (bloque de constitucionalidad/convencionalidad), lo que constituye la concretización de aquel sistema³⁵ de efectos (ámbitos temporal, espacial, personal y material), pero, sobre todo, planteando en los terrenos político, económico, social y cultural las soluciones que se ajusten al problema de inconstitucionalidad/inconvencionalidad esbozado.

En ese orden de ideas, de la experiencia observada en el derecho comparado, destaca la compleja tipología italiana de las decisiones constitucionales que ofrece claros indicios de la potencialidad intrínseca al ejercicio de estas técnicas de la jurisdicción constitucional, y que persigue dotar de la mayor eficacia a la sentencia constitucional. Destacan, además, Colombia, Alemania, Francia³⁶ y España, que permiten afirmar que en la práctica se obliga a los tribunales constitucionales a establecer, en mayor o menor medida, una modulación en el efecto de sus decisiones,³⁷ identificando dos sistemas: modulaciones relativas a los efectos temporales de las sentencias y modulaciones que afectan al contenido de la ley;³⁸ el primero, como es

constitutionale commune en América Latina?, coord. por Armin von Bogdandy et al. (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010), 606.

³² Interpretar es reconducir las normas, los actos o las omisiones a los principios superiores contenidos en la Constitución y a los valores del núcleo institucional, por la idea material de una justicia referida a una concreta relación social con el funcionamiento interno de todos los elementos técnicos que la institución organiza [véase Eduardo García de Enterría, “Principio de legalidad. Estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia de la constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 4, n.º 10 (1984), 37.

³³ En igual sentido se pronuncia Figueroa Mejía, *Las sentencias...*, nota 17, XXVII.

³⁴ Alejandro Martínez Caballero, “Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes; la experiencia colombiana”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 2, n.º 1 (2000), 10; Alberto Ricardo Dalla Via, “Modelos, tribunales y sentencias constitucionales”, en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, coord. por Armin von Bogdandy et al. (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010), 455.

³⁵ Aunque el presente capítulo trata de esquematizar los diversos sectores de toda norma jurídica para el análisis de la sentencia constitucional, no debe perderse de vista que el concepto de sistema, para nuestro estudio, significa no considerar solo un ámbito de los efectos de la decisión constitucional, sino integrarlos al momento de realizar su examen [Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, *La interpretación constitucional en la justicia constitucional* (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2008), 121.

³⁶ En Francia las sentencias interpretativas son emitidas por el Consejo Constitucional.

³⁷ Martínez Caballero, “Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes; la experiencia colombiana”, 12.

³⁸ Dalla Via, “Modelos, tribunales y sentencias constitucionales”, 459.

evidente, opera en el ámbito temporal de la sentencia constitucional, mientras que el segundo, en los ámbitos espacial, personal y material.

Así, la eficacia del pronunciamiento se convierte en piedra de toque no solo de la capacidad de la SCJN para cumplir con sus funciones constitucionales, sino del *estatus que como órgano constitucional* asumirá en el esquema de poderes y en el sistema político en el que actúa.³⁹ Bajo tal premisa, es posible pensar en un diseño teórico y de aplicación práctica,⁴⁰ ajustado a nuestra tradición constitucional, que adopte el uso de las sentencias interpretativas-atípicas.⁴¹ El mismo Kelsen, desde la concepción del modelo concentrado de control constitucional (1920), por cuanto hace al ámbito temporal, admitió que en eventos excepcionales, o para cierta categoría de casos, podría adoptarse un cierto efecto retroactivo a la decisión de anulación.⁴² Asimismo, fue el Tribunal Constitucional de Austria el que en 1951 hizo uso de una sentencia atípica, seguida del Tribunal Constitucional Federal Alemán en 1953 y la Corte Constitucional italiana en 1956.

6. Sentencias interpretativas emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

La sentencia es el acto procesal más importante que producen los tribunales constitucionales, pone término al objeto del proceso, crea derecho, impone obligaciones y la decisión produce consecuencias políticas,⁴³ culturales, sociales y económicas mediante el despliegue de sus efectos en correlación con sus alcances.

Los casos paradigmáticos en el uso de las sentencias atípicas se han pronunciado, en general, en situaciones que pretenden evitar el caos social, político, institucional y financiero derivado del *eventual vacío normativo que se genera con la nulidad o inaplicación*, de ahí que el activismo judicial, pueda evaluarse en sentido material, con el análisis de sentencias atípicas. Enseguida, se presentan algunas resoluciones sobresalientes al respecto.

³⁹ Augusto Martín de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia; tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal*, pról. de Antonio La Pergola (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003), 29.

⁴⁰ En el mismo sentido, Martín de la Vega, *La sentencia...*, 31.

⁴¹ Práctica que no es desconocida por nuestra SCJN. En el mismo sentido, puede consultarse Landa, “Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional latinoamericana”, nota 31, 614-615.

⁴² Martínez Caballero, “Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes; la experiencia colombiana”, nota 34, 11.

⁴³ Humberto A. Sierra Porto, *Sentencias de inconstitucionalidad. Jurisdicción española* (Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, Universidad Externado de Colombia, 1995), 7.

6.1. Controversia constitucional 31/1997: ampliación del radio protector de la parte dogmática de la Constitución a través de la controversia constitucional (violaciones indirectas a la Constitución)⁴⁴

También conocida como el “caso Temixco”, la citada controversia constitucional fue promovida por el presidente municipal, síndico y regidores del Ayuntamiento de Temixco, Morelos, en contra del Congreso y gobernador del Estado de Morelos, demandando la invalidez del Decreto 92, por estimar que el procedimiento llevado ante el Congreso del Estado para reconocer los límites territoriales entre los municipios de Temixco y de Cuernavaca violó los artículos 14 y 16 de la Constitución General de la República, en dos aspectos fundamentales:

- a) *Violaciones al procedimiento establecido en la Ley Orgánica Municipal de Morelos*: se desconoció el derecho de audiencia, omisión de recabar la opinión del gobernador e indebida fundamentación y motivación, y valoración de pruebas.⁴⁵
- b) *Inseguridad jurídica*: en perjuicio de cientos de ciudadanos, al no encontrarse definida la prestación de los servicios públicos, dada la imprecisión de los límites territoriales.

En dicha ocasión, la SCJN reflexionó sobre los alcances en el objeto de protección de las controversias constitucionales, considerando que, además de las violaciones relativas a la parte orgánica de la norma fundamental, también resultan atendibles las planteadas respecto a la parte dogmática. A partir de dichas consideraciones nació el llamado “interés legítimo” en la controversia constitucional y los matices que corresponden a las violaciones indirectas ya desarrolladas para el juicio de amparo. En este sentido, la Corte expresó en la sentencia:

⁴⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Controversia constitucional 31/1997, Sentencia de 9 de agosto de 1999, Considerando quinto, 60-104, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=17330>.

⁴⁵ De las relatadas violaciones, solo resultó fundada la relativa a la indebida valoración de las pruebas, que fue estudiada en el Considerando noveno de la Resolución, en donde la Corte señaló: “En tal virtud, tanto la falta de estudio de las pruebas ofrecidas por el Ayuntamiento actor, como la omisión de expresar las razones por las cuales les otorgó valor probatorio a las documentales ofrecidas por el Municipio tercero perjudicado, al tratarse de la solución a un procedimiento de carácter contencioso entre órganos de poder, *que por tanto tiene una naturaleza jurisdiccional, constituyen vicios de la resolución que se traducen en violación a los artículos 14 y 16 constitucionales, por transgresión a las formalidades esenciales del procedimiento y legalidad, dada la falta de exhaustividad y motivación de la resolución impugnada*” (énfasis agregado).

... si bien las controversias constitucionales se instituyeron como un medio de defensa entre poderes y órganos de poder, *su sentido final es lograr el bienestar de la persona humana que se encuentra bajo el imperio de aquéllas*, encuentra claro sustento en el análisis relacionado en todos los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

[...]

De acuerdo con este esquema de carácter constitucional, que la SCJN debe salvaguardar, *siempre se encuentra latente e implícito el pueblo y sus integrantes, que constituyen el sentido y razón de ser de las partes orgánica y dogmática de la Constitución*, lo que justifica ampliamente que los mecanismos de control constitucional que previene, entre ellos *las controversias constitucionales, deben servir para salvaguardar el respeto pleno del orden primario*, sin que pueda admitirse ninguna limitación que pudiera dar lugar a arbitrariedades que en esencia irían en contra del pueblo soberano.

[...], aun cuando la materia fundamental sobre la que versen las decisiones de las controversias *constitucionales se relacionen con actos de carácter político, si su expresión tiene también una connotación jurídica, son susceptibles de ser examinados por esta Suprema Corte de Justicia*, dado que por la naturaleza total que tiene el orden constitucional, en cuanto tiende a establecer y proteger todo el sistema de un estado de derecho, *su defensa a través de los medios de control de su regularidad debe ser también integral, independientemente de que pueda tratarse de la parte orgánica o la dogmática de la norma suprema*, sin que se pueda parcializar este importante ejercicio por meras construcciones interpretativas.

Ciertamente, la doctrina ha establecido que las garantías individuales benefician, en su carácter de derechos públicos subjetivos, a los gobernados, quienes pueden oponerlos a los actos de autoridad; sin embargo, *las prevenciones constitucionales que establecen esas normas fundamentales generales disponen también obligaciones que deben cumplir las autoridades en su actuar, siendo que no existe razón jurídica para dejar de requerirlas cuando su destinatario sea otra autoridad, órgano o ente de poder, perteneciente al mismo u otro orden jurídico parcial*, pues basta con que el acto de que se trate sea susceptible de afectar el ejercicio competencial de la entidad para que este Alto Tribunal pueda determinar, sin cortapisas y en su integridad, su apego al estado de derecho, lo que se traduce en la salvaguarda de la supremacía constitucional, como orden jurídico total.

Llevando los razonamientos expuestos al caso que se examina, es de concluirse que cuando una legislatura dirime un conflicto de límites entre municipios, respetando siempre los principios contenidos en la Constitución Federal, ejercita plenamente su autonomía, ejercicio que es susceptible de examen integral por esta Suprema Corte para evitar arbitrariedades, *pues de lo contrario se podría estar reconociendo y autorizando implícitamente la comisión*

de infracciones a la norma suprema, violaciones que no serían susceptibles de purgarse con posterioridad.

Efectivamente, declarar la improcedencia de la controversia constitucional, bajo la óptica de que examinar cualquier acto proveniente de la legislatura estatal para con sus Municipios, vulneraría la autonomía local, *en virtud de que en esta clase de conflictos sólo son susceptibles de estudio los aspectos sobre invasión de esferas competenciales o de cuestiones meramente formales, conduciría prácticamente a derogar el artículo 105, fracción I, inciso i), de la Constitución*, puesto que solamente reduciría la procedencia y examen de fondo en las controversias constitucionales a un reducido número de supuestos, con lo que quedarían soslayadas del control hipótesis que pudieran presentarse en las relaciones políticas entre estados y municipios, en que las autoridades estatales, teniendo facultades constitucionales para realizar actos que inciden sobre la esfera de atribuciones de las autoridades municipales y cubriendo los requisitos formales previstos en la Constitución Federal, *cometan arbitrariedades o emitan actos incongruentes que redundan en la desarmonía y desajuste del orden normativo del orden jurídico parcial estatal.*

De este modo, de admitir la opinión contraria a la que en esta resolución se sustenta, quedaría cumplido, sólo en apariencia, el principio de autonomía interna (soberanía) de las entidades federativas, pues *se permitiría que las autoridades estatales incumplieran con la obligación de respetar los postulados de la Carta Magna Federal*, deber impuesto precisamente a los Estados por el artículo 40 de dicho ordenamiento.

En efecto, si como se ha establecido, el control ejercido por la Suprema Corte es una función constitucional, derivada directamente de las normas constitucionales, siendo su materia la totalidad de los actos autoritarios federales y locales enumerados en el artículo 105, fracción I, constitucional, cuya finalidad consiste en preservar los dos principios que sustentan las relaciones jurídicas y políticas de los órdenes jurídicos parciales señalados con anterioridad, a saber, salvaguardar el federalismo y la supremacía constitucional, *no debe existir una limitante conceptual para examinar los aspectos propuestos como conceptos de invalidez, porque la actualización de una arbitrariedad, cualquiera que sea su connotación, al incidir en la armonía en la relación entre entidades de diferentes órdenes jurídicos parciales, u órganos pertenecientes a uno de ellos, provoca el desajuste de todo el orden jurídico total, cuyo fortalecimiento es el objetivo de este medio de control, en detrimento de los gobernados a los que, en esencia, se trata de servir.*

Por todo lo expresado en el presente considerando, procede concluir que esta Suprema Corte de Justicia no sólo se encuentra autorizada por la Constitución para examinar cualquier planteamiento propuesto como concepto de invalidez en las controversias constitucionales, sino que tiene el deber de hacerlo para responder con fidelidad a la responsabilidad que se le ha conferido, de vigilar

celosamente a través de los diferentes medios de control de rango constitucional, que el orden supremo que la Constitución previene no sea vulnerado. (Énfasis agregado)

Sobre estas consideraciones, el ministro Gudiño Pelayo, en su “voto particular”, hizo ver que en la controversia constitucional solo podían realizarse planteamientos sobre violaciones de la Constitución Federal y no así de ningún otro ordenamiento secundario, por ende, la sentencia excede la interpretación de las facultades de la Corte con motivo de conocer de una controversia constitucional. En palabras de Gudiño:

... mi interpretación del inciso i) de la fracción I del artículo 105 constitucional consiste en que el pleno de la Corte tiene jurisdicción constitucional para dirimir los conflictos que se presenten entre un Estado y uno de sus municipios, *siempre que verse sobre (i) la invasión de esferas de competencia entre los mismos* (aunque reconozco que el municipio forma parte del orden jurídico estatal) y (ii) la constitucionalidad de sus actos, entendida como un examen del acto o disposición impugnada *a la luz de lo que dispone o impone la Constitución general (violaciones directas), y no ordenamientos secundarios o locales (violaciones indirectas)*, respecto a los cuales los propios estados tienen competencia para crear mecanismos de solución.⁴⁶ (Énfasis agregado)

Como se puede advertir de la discusión sostenida en las sesiones de 3 de septiembre de 1998⁴⁷ y 9 de agosto de 1999,⁴⁸ descontando las dos ocasiones en que se aplazó el proyecto de resolución, dada la complejidad del caso (22 de febrero y 13 de mayo de 1999), la SCJN construyó de manera provisional la *teoría de las violaciones indirectas a la Constitución*, tomando en consideración lo relativo en materia de amparo a efecto de hacer procedente la controversia constitucional, bajo los siguientes criterios:

- i) Que la cláusula constitucional haga expresa remisión a la ley (federal, estatal o norma municipal) para establecer la libertad de configuración en el ejercicio de las atribuciones o competencias.
- ii) Que se desconozcan las formalidades esenciales del procedimiento del acto o emisión de la norma (solo violaciones invalidantes), que involucre la lesión de

⁴⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Voto particular*, controversia constitucional 31/1997, José de Jesús Gudiño Pelayo, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/Paginas-Pub/DetallePub.aspx?AsuntoID=17330>.

⁴⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, versión taquigráfica de la sesión pública del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 3 de septiembre de 1998, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-10-26/1998sep1_o.pdf.

⁴⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, versión taquigráfica de la sesión pública del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 9 de agosto de 1999, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-10-26/1999ago1_o.pdf.

los artículos 14 y 16 de la carta magna, es decir, siempre que estén vinculadas de modo fundamental con la ley reclamada.

- iii) Que la norma, acto u omisión no sean susceptibles de combatirse o suspenderse, lo que implique una violación irreparable o la torne irrevisable de manera ulterior.

Toda vez que la citada controversia constitucional fue resuelta en septiembre de 1999, cuando aún eran inexistentes los tribunales o salas constitucionales a nivel local, y a la fecha existen más de 20 entidades federativas que cuentan con sistema de justicia constitucional local, se propone la siguiente condición adicional, a raíz del criterio mayoritario (que no vinculante) adoptado el 3 de diciembre 2019 por el pleno de la SCJN, al resolver el recurso de reclamación 150/2019-CA derivado de la controversia constitucional 279/2019 y reiterada por el mismo pleno en la sesión de 5 de diciembre de 2019 al resolver los recursos de reclamación 158/2019-CA y 151/2019-CA de 2019):

- iv) Que a nivel estatal se carezca de jurisdicción constitucional o la prevista sea deficiente para reparar las afectaciones a su esquema de funciones y atribuciones o su ejercicio, previstas y desarrolladas por legislación secundaria (con remisión constitucional).

Para finalizar los comentarios del caso Temixco, es gracias a dicho precedente que un sinnúmero de casos han ingresado al conocimiento de la SCJN, a través de violaciones indirectas a la Constitución, lo anterior en atención a que la violación de los artículos 14 y 16 de la Constitución general permiten que ante la violación del principio de legalidad y debido proceso o formalidades esenciales del procedimiento, puedan analizarse las llamadas “violaciones indirectas a la Constitución”.⁴⁹

6.2. Controversia constitucional 5/2001: husos horarios y la estabilidad en las actividades cotidianas de las personas

Gracias al “caso Temixco”⁵⁰ fue posible que el pleno de la SCJN abordara los conceptos de invalidez planteados en la controversia constitucional 5/2001; además, cabe

⁴⁹ Un análisis de esta resolución en José Ramón Cossío Díaz, “La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1995-2000”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 5 (2001): 408-412; Humberto Suárez Camacho y Antonio Rodrigo Mortera Díaz, “Reflexiones en torno a la controversia constitucional”, *Revista Cuestiones Constitucionales UNAM-III*, n.º 17 (2016), 195-256.

⁵⁰ Incluso el caso Temixco fue el detonador para el perfeccionamiento del interés legítimo y las violaciones indirectas a la Constitución, como bien da cuenta el siguiente criterio aislado de la Segunda Sala de la SCJN, que hace una narrativa de la evolución de ambos conceptos: “Controversia constitucional. Existe interés legítimo para la procedencia de la acción cuando

señalar que la Corte utilizó el *método genético-teleológico* en correlación con el gramatical, para interpretar el marco constitucional. En la citada litis constitucional, el jefe de gobierno del Distrito Federal (hoy Ciudad de México), demandó la invalidez del Decreto de 30 de enero de 2001, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 1 de febrero del mismo año, el cual estableció en el territorio nacional cuatro zonas de husos horarios, mismo que fue expedido por el presidente de la República y refrendado por los secretarios de Gobernación y de Energía.

Esencialmente, la parte actora consideró que el presidente de la República no contaba con facultades expresas para emitir un decreto en términos de los artículos 49 y 89, fracción I, en relación con los artículos 122 y 124, de la Constitución Federal, aunado a que resultaban inválidos los argumentos relativos a que se ahorra energía y que en numerosos países se aplica el “horario de verano”. Asimismo, argumentó que el artículo 27 de la Constitución tampoco otorga facultad de la Secretaría de Gobernación para establecer zonas de husos horarios en el territorio nacional, y que lo mismo acontecía con el artículo 33 de la Ley de la Administración Pública Federal, dado que la Secretaría de Energía solamente tiene la facultad de promover y realizar estudios e investigaciones sobre ahorro de energía, pero no así establecer zonas de husos horarios. De esta manera, en términos del citado artículo 33, la regulación de la energía corresponde al Congreso, conforme al artículo 73, fracción X, de la Constitución Federal.⁵¹

En efecto, la SCJN declaró fundados los conceptos de invalidez relativos a la invasión de competencias del Congreso de la Unión por parte del presidente de la República que extralimitó su facultad reglamentaria. Bajo este contexto, en la parte relativa a los efectos⁵² en el tiempo de la sentencia constitucional la SCJN, atendiendo a la zona geográfica del Distrito Federal, y a los husos horarios que rigen en la República mexicana, ajustó que la resolución debía surtir sus efectos de invalidez a partir de las dos horas del día 30 de septiembre de 2001. En otras palabras, la Corte no solo declaró la invalidez lisa y llana, sino que ajustó en el ámbito temporal su decisión, con el propósito de evitar discrepancia en los husos horarios que aplicarían para el resto del territorio nacional, estimando conveniente que la sentencia surtiera efectos a partir de la hora y día indicados, pues, de esa manera, las entidades que debían efectuar el cambio de huso horario anotado, al igual que el Distrito Federal, llevaran a cabo el cambio simultáneamente, a fin de evitar también la afectación de los diversos sectores sociales, comerciales, educativos y económicos (por el cambio y la sincronización de los husos horarios). En palabras de la Suprema Corte:

se actualiza una afectación a la esfera de atribuciones de las entidades, poderes u órganos legitimados, a su esfera jurídica, o solamente un principio de afectación” [Suprema Corte de Justicia de la Nación, *SJFG XXVII*, Tesis 2a. XVI/2008 (2008), 1897 (Registro IUS 170 357)].

⁵¹ La ejecutoria, abordó el estudio en los considerandos séptimo, octavo y noveno, pp. 105-220.

⁵² Suprema Corte de Justicia de la Nación, Controversia constitucional 5/2001, Considerando décimo, pp. 220-226.

Décimo. A continuación, con fundamento en los artículos 105, fracción I, constitucional y 45 de la Ley Reglamentaria de la materia, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación procede a establecer los efectos de la presente resolución y el momento a partir del cual debe surtirlos.

[...]

Por otra parte, este Alto Tribunal dispone que la presente sentencia surta efectos a partir de las *dos horas del día treinta de septiembre de dos mil uno*, únicamente por cuanto hace a la entidad del Distrito Federal, por las siguientes razones:

[...]

El huso horario correspondiente al Distrito Federal, según se advierte del decreto combatido, fue aplicado desde las dos horas del día seis de mayo de dos mil uno; desde esas fecha y hora, el huso horario de esa entidad es el del meridiano 75° al oeste del meridiano de Greenwich, por lo que existe una diferencia de menos cinco horas con relación al meridiano central.

Acorde con el decreto combatido, a las dos horas del día treinta de septiembre de dos mil uno, la entidad que forma el Distrito Federal tendrá que cambiar el huso horario del meridiano 75° al del meridiano 90°, ambos al oeste del meridiano de Greenwich, por lo que la diferencia será de menos seis horas con relación al meridiano 0°, o de origen.

Es cierto que el referido precepto de la ley reglamentaria, en su primer párrafo, establece que las sentencias producirán sus efectos a partir de la fecha que determine la SCJN, pero igualmente cierto resulta que partiendo de la expresa prohibición de retroactividad del precepto constitucional, remarcadas por el segundo párrafo del citado artículo 45 –con la entendible salvedad de la materia penal– tiene que concluirse que cuando este último precepto establece que *“las sentencias producirán sus efectos a partir de la fecha que determine la Suprema Corte de Justicia de la Nación”*, sólo está dando facultad discrecional a este Pleno para determinar el momento en que debe producir efectos su sentencia desde la fecha en que se dicta ésta, hacia el futuro, pero no para el pasado...

Pues bien, [...] tomando en consideración que el decreto impugnado *fue expedido por un órgano de autoridad que carece de competencia constitucional para ello*, que en el caso específico, se ha aplicado para el Distrito Federal el huso horario correspondiente al meridiano 75° al oeste del meridiano de Greenwich; que el cambio que se prevé al de 90° al oeste del mismo meridiano se estableció para las dos horas del treinta de septiembre de dos mil uno; *que diversos sectores sociales, comerciales, educativos y económicos han prevenido efectuar la modificación en los husos horarios aludida y que es necesario difundir el alcance de esta ejecutoria a través de diversos medios de información para que tales sectores no sufran afectación alguna, máxime cuando a la fecha se encuentra cercano el cambio de huso horario referido en el decreto combatido y*

que seguramente están previstos esos medios de información para que se efectúe el cambio de huso horario en comento, se estima prudente que la invalidez debe operar a partir de la fecha y hora señaladas en esta resolución.

Lo anterior obedece también al hecho de que, conforme al decreto impugnado, a excepción de los Estados de Baja California, Baja California Sur, Nayarit y Sonora, *las entidades federativas que conforman la República Mexicana cambiarán del huso horario correspondiente al meridiano 75° al del meridiano 90°, ambos al oeste del meridiano de Greenwich, a las dos horas del treinta de septiembre de dos mil uno*, de modo que como la declaratoria de invalidez del referido decreto únicamente tiene efectos respecto del Distrito Federal, *con el propósito de evitar discrepancia en los husos horarios que seguirán aplicándose para el resto del territorio nacional, es que se estima conveniente que la presente ejecutoria surta efectos a partir de la hora y día indicados pues de esa manera las entidades que deben efectuar el cambio de huso horario anotado*, al igual que el Distrito Federal lo llevarán a cabo el cambio simultáneamente, evitándose también con esa medida afectación a los diversos sectores sociales, comerciales, educativos y económicos a que se ha hecho mérito. (Énfasis agregado)

6.3. Controversia constitucional 25/2008: soluciones frente a las omisiones legislativas (sentencia apelativa)⁵³

En la controversia constitucional 25/2008, el presidente del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Jalisco demandó, entre otras cosas, la inconstitucionalidad de la omisión legislativa del Congreso del Estado de Jalisco consistente en la falta de regulación del haber de retiro en términos de lo previsto en el artículo 61 de la Constitución Política de la entidad (Decreto 21928/LVIII/07). Al respecto, la Corte impuso la obligación de legislar en el siguiente periodo ordinario de sesiones para corregir la deficiencia apuntada.⁵⁴

En tal sentido, la Suprema Corte abordó la “omisión parcial” en el Considerando octavo de la resolución, y precisó que la omisión controvertida también era deficiente por no haber contemplado como requisito “la carrera judicial” para recibir

⁵³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Controversia constitucional 5/2001, Sentencia de 22 de agosto de 2010, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=40798>.

⁵⁴ Previamente, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se había pronunciado en sentido similar en la Controversia constitucional 46/2002, promovida por el municipio de San Pedro Garza García, Nuevo León, en contra del Poder Legislativo de ese Estado, por omitir la expedición de disposiciones legales en materia municipal que establecieran medios de defensa de los particulares contra actos de la administración municipal, y los procedimientos tendientes a resolver las controversias entre la administración y los particulares (Raúl Montoya Zamora, “La justicia constitucional mexicana frente a las omisiones”, *Revista Quaestio Iuris* 12, n.º 2 (2019), 342.

el haber de retiro, por lo que resultaba violatoria del artículo 116, fracción III de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El fragmento de la ejecutoria señala:

a) Respecto de la omisión de establecer en qué consiste el haber por retiro para los Magistrados del Supremo Tribunal de Justicia y el cumplimiento de la carrera judicial para tener derecho a dicha remuneración, se estima pertinente tener presente lo resuelto en la diversa controversia constitucional 6/2007 así como los criterios jurisprudenciales de rubro siguiente:

“Poderes judiciales de los estados. Criterios que la Suprema Corte ha establecido sobre su situación, conforme a la interpretación de la fracción iii del artículo 116 de la Constitución federal”.

“Poderes judiciales de los estados. Marco jurídico de garantías establecido en el artículo 116, fracción iii, de la Constitución federal”.

“Magistrados de los poderes judiciales locales. Su seguridad económica es un principio constitucional que garantiza la independencia y autonomía judicial”.

“Magistrados de los poderes judiciales locales. Parámetros para respetarla, y su independencia judicial en los sistemas de nombramiento y ratificación”.

[...]

En la controversia que nos ocupa, el actor señala que el haber por retiro que establece el artículo 61 impugnado, no encuentra fundamento alguno en la normatividad interna del Estado. Al respecto, debe indicarse que, en efecto, *del contenido de los preceptos impugnados se desprende, que el legislador de Jalisco, al momento de emitir las reformas a la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado, omitió establecer las bases o mecanismos sobre el haber por retiro a que se harían acreedores los Magistrados*, por lo que estamos en presencia de una omisión legislativa y resulta oportuno observar lo indicado por la Suprema Corte de Justicia en la jurisprudencia P./J. 11/2006 de rubro “Omisiones legislativas. Sus tipos”.

De conformidad con el criterio referido, *en el caso nos encontramos en presencia de una omisión legislativa relativa en competencias de ejercicio obligatorio*, ya que el Congreso local sí emitió la norma teniendo la obligación de hacerlo, pero esto lo hizo de manera incompleta, toda vez que de la exposición de motivos del Decreto Número 21928/LVIII/07 impugnado, es posible advertir que sería la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado el cuerpo legal en que se fijarían las causas de retiro forzoso, así como del retiro voluntario y el haber por retiro que recibirían los Magistrados que hubiesen cumplido con el requisito de carrera judicial.

Por su parte, del estudio integral del Decreto Número 21946/LVIII/07, que reformó la referida Ley Orgánica, no se desprende que ésta se haya adecuado al imperativo establecido en el artículo 61 de la Constitución local, al no precisar

en qué consiste el haber por retiro de los magistrados, consecuentemente, la omisión antes descrita viola la independencia judicial de los órganos jurisdiccionales locales, ya que dicho principio constitucional se cumple cuando los juzgadores gozan de estabilidad y seguridad en sus cargos, mismas que pueden concretarse mediante la certeza de recibir, al final del periodo de su gestión, un haber por retiro determinado por los Congresos estatales, parámetro que no se cumple dada la ausencia de normas en que se establezcan las reglas a observar para la entrega del referido haber.

En términos de lo expuesto, es evidente que se viola el artículo 116, fracción III de la Constitución Política Federal, que consagra la obligación de respetar la independencia de los tribunales de justicia locales, mediante el otorgamiento de seguridad económica a sus miembros y el derecho de los juzgadores a recibir una remuneración adecuada e irrenunciable. Lo anterior es así, puesto que existe incertidumbre por parte de los magistrados respecto del monto y la manera en que se harán acreedores al haber por retiro enunciado en la ley, aspecto que trasciende al desempeño de su función jurisdiccional y, por ende, a las garantías de impartición de justicia y autonomía e independencia del poder judicial.

Se suma a la omisión legislativa, el establecimiento del cumplimiento de la carrera judicial como requisito para obtener el haber por retiro.

Al efecto, debe indicarse que si bien el artículo 116, fracción III de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que el nombramiento de los jueces y Magistrados se llevará a cabo preferentemente entre aquellas personas que hayan prestado sus servicios con eficiencia y probidad en la administración de justicia, también lo es que tal nombramiento puede recaer en personas que no posean una carrera judicial, pero que cumplen con los requisitos de honorabilidad, competencia y antecedentes en otras ramas de la profesión jurídica.

Lo anterior significa que el nombramiento de los funcionarios jurisdiccionales se hará preferentemente, entre los servidores públicos del propio órgano jurisdiccional. Sin embargo, dicho precepto otorga la posibilidad de que puedan designarse en tales cargos, a ciudadanos de otras áreas de la profesión jurídica que lo merezcan por su honorabilidad y competencia profesional, por lo que la norma impugnada resulta inconstitucional en la medida en que, sin importar que todos los Magistrados se encuentren tutelados por la Constitución Federal, establece límites a aquéllos que no formaron parte de la carrera judicial. (Énfasis agregado)

Bajo tales consideraciones, la Suprema Corte, en su resolutivo sexto, *conminó al Congreso del Estado a legislar a más tardar en el siguiente periodo de sesiones a efecto de colmar los vicios de insuficiencia de la norma*, respecto al haber de retiro, como garantía económica y de protección a la independencia judicial. En otras palabras, la Corte emitió una sentencia de condena. El referido resolutivo es del siguiente tenor:

Sexto. Se declara fundada la controversia constitucional en contra de la omisión legislativa del Congreso del Estado de Jalisco consistente en la falta de regulación del haber de retiro en términos de lo previsto en el artículo 61 de la Constitución Política de la entidad. En consecuencia, el órgano legislativo de esa entidad federativa, deberá legislar en el siguiente periodo ordinario de sesiones para corregir la deficiencia apuntada.

Por otra parte, debe señalarse que el voto concurrente⁵⁵ formulado por los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Olga María Sánchez Cordero de García Villegas, José Ramón Cossío Díaz y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, analiza puntualmente la utilidad de las sentencias interpretativas en la jurisdicción constitucional. Específicamente las que reparan con eficacia las omisiones legislativas,⁵⁶ bajo un esquema de condena y obligando a qué, mientras se legisla en la materia, sea aplicable normatividad ya existente; en este sentido, el voto expresa:

Desde esta perspectiva, nos parece que dentro de los efectos que le es dable fijar en sus fallos a esta SCJN, cuando advierte que una omisión legislativa produce inconstitucionalidad, se encuentra la posibilidad de hacer aplicable, en el ámbito de una determinada entidad federativa, una legislación diversa –existente o derogada, federal o de algún otro Estado–, de manera temporal, hasta en tanto la Legislatura Local subsana la omisión respectiva, cuando ello sea necesario para restablecer el orden constitucional transgredido y evitar que se consumen los efectos de la violación.⁵⁷

Todo Tribunal Constitucional tiene una función creadora del derecho que actúa en el nivel constitucional, por encima de los órdenes federal y estatal, de modo que, desde el artículo 41 de la ley reglamentaria, le es dable a esta Suprema Corte reconstruir partes del orden jurídico a partir de decisiones judiciales.

⁵⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Voto concurrente, controversia constitucional 25/2008, suscrito por los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Olga María Sánchez Cordero de García Villegas, José Ramón Cossío Díaz y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia”, *SJFG XXXII*, n.º 40442 (2010), https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?Epoca=1e3e1fd&Apndice=&Expresion=40442&Dominio=Emisor%2cTexto%2cAsunto&TA_TJ=o&Orden=1&Clase=VotosDetalleBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=&ID=40442&Hit=1&IDs=40442&tipoTesis=&Octava=1&Seminario=0&tabla=&Referencia=&Tema=

⁵⁶ Otro estudio donde se analiza la impugnación de las omisiones legislativas a través de la controversia constitucional puede encontrarse en: Alfonso Jaime Martínez Lazcano *et al.*, “Análisis comparativo de los mecanismos de protección de derechos humanos en la omisión legislativa dentro del ordenamiento jurídico de México y Colombia”, *Estudios Constitucionales* 15, n.º 2 (2017): 229-272.

⁵⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Voto concurrente, controversia constitucional 25/2008, suscrito por los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Olga María Sánchez Cordero de García Villegas, José Ramón Cossío Díaz y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia”.

Esto puede hacerse mediante el establecimiento de lineamientos que deberán observarse por los operadores jurídicos en ausencia de la legislación que subsane la omisión inconstitucional o, cuando ello resulte más conveniente, *mediante la remisión a otros ordenamientos legales, inclusive derogados o pertenecientes a otros órdenes parciales, sin que ello implique sustituirse en la función legislativa*, pues se trata de una medida transitoria que, con el fin de dar plena eficacia a una sentencia estimatoria, colma una laguna mediante la aplicación de una alternativa válida, sujeta a que el legislador actúe en pleno uso de su potestad, con el único límite del texto constitucional.

En los términos en que fueron aprobados, *los efectos de la sentencia no cumplen el objetivo de darle plena eficacia al fallo de la Corte*. El simple señalamiento de que el legislador debe subsanar la omisión en el próximo periodo de sesiones no da una solución inmediata a los casos de retiro que puedan presentarse, lo que resulta preocupante si se tienen en cuenta las dificultades del proceso legislativo, el cual involucra colaboración de poderes y pluralidad de etapas, que hacen incierto el oportuno cumplimiento del fallo. (Énfasis agregado)

Finalmente, una posición de relevancia sobre por qué en el caso concreto no resultaba viable una sentencia de condena, se encuentra en el voto concurrente de los ministros Luis María Aguilar Morales, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza, la cual señala que es suficiente la orden de reparación de la omisión declarada inconstitucional, mas no realizar una labor de integración normativa, en el caso, se acudió a la técnica de la ultraactividad.

... quienes suscribimos el presente voto, *la laguna normativa advertida no puede ser integrada por este Alto Tribunal*, ya que se trata de aspectos respecto de los cuales las entidades federativas gozan de libertad en su configuración.

Aunado a lo anterior, los términos del haber de retiro otorgados a los Magistrados [...], precisan una confección particular, considerando las circunstancias de la entidad federativa, aspectos que deben ser estimados por el legislador local, máxime que versa sobre un derecho reconocido por la Constitución Estatal.

Asimismo, *tampoco se advierte la apremiante necesidad de la regulación respectiva*, de modo que justifique la tarea integradora por este Alto Tribunal, porque no se trata de un derecho fundamental que amerite urgente restauración.

Finalmente, se aprecian mayores dificultades prácticas para su ejecución, dado que se carece de los elementos necesarios para ello, entre otros, el factor presupuestal, pues habría que determinar el monto y las partidas a cargo de las cuales debían establecerse. Así las cosas, este Alto Tribunal no se encuentra en condiciones de subsanar la omisión, para fijar bases, mecanismos, periodicidad, montos, porcentajes provisionales y, en general, para instrumentar el haber de retiro, lo cual debe ser determinado por el Congreso del Estado de Jalisco.

Es por las anteriores razones que, respetuosamente, se estima que, el caso particular, no precisa que se señalen en la sentencia medidas provisionales de urgente reparación, *siendo suficiente con el establecimiento de un plazo para que se subsane la omisión legislativa evidenciada.* (Énfasis agregado)

6.4. Acción de inconstitucionalidad 47/2006 y acumuladas: reviviscencia de normas en materia electoral⁵⁸

En el presente asunto, el presidente nacional del Partido Acción Nacional (PAN), solicitó la invalidez del Decreto 419, publicado en el *Periódico Oficial del Estado de Chiapas*, el 14 de octubre de 2006, en cuanto reformó los artículos 16, 36, párrafo segundo, y 61 de la Constitución Política de esa entidad federativa, así como la de sus artículos 1 a 6 transitorios de dicho Decreto.

Esencialmente, el problema planteado se originó en virtud de la reforma de la Constitución del Estado de Chiapas, que tuvo como finalidad que las elecciones locales fueran realizadas en los mismos tiempos electorales que los comicios federales, por diversas razones de eficiencia institucional (Considerando décimo tercero). Es conveniente señalar que las acciones de inconstitucionalidad se sobrepusieron por cuanto hace a los artículos 16 y 61, en los párrafos que no fueron primero del artículo 16 y segundo del artículo 62, los que se vinculaban a los artículos transitorios 4 y 6 respectivamente, normas transitorias que sí fueron efectivamente combatidas, en esencial por la prórroga del mandato de la LXII legislatura local y de los ayuntamientos más allá de los tres años.

En tal sentido, la Corte declaró inconstitucionales las citadas normas. Sin embargo, dado que dicha regulación cubría aspectos importantes del proceso electoral próximo a ocurrir, el vacío normativo generaba incertidumbre jurídica en grado mayor; por tanto, la Suprema Corte, además de declarar la invalidez, decidió sostener la vigencia de la legislación secundaria que aún no había sido reformada (que rigió el proceso electoral pasado), para que esta se aplicara al proceso en puerta. Al respecto, en el apartado relativo a los efectos, la Corte consideró lo siguiente:⁵⁹

Vigésimo Segundo. Efectos de la sentencia. Los artículos 41, fracción IV, y 73, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 constitucional, señalan lo siguiente:

⁵⁸ Sentencia de 7 de diciembre de 2006. El análisis de los conceptos de invalidez fue atendido a partir del Considerando décimo cuarto, pp. 83 y ss., mientras que el relativo a los efectos de la sentencia fue abordado en el Considerando vigésimo segundo.

⁵⁹ Con motivo de las consideraciones contenidas en la sentencia, se produjo el siguiente criterio jurisprudencial: Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Acción de inconstitucionalidad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación cuenta con amplias facultades para determinar los efectos de las sentencias estimatorias", *SJFG XXVI*, P./J. 84/2007 (2007), [Registro 170 879].

[...]

Asimismo, la SCJN, al declarar la invalidez de una norma general *debe evitar generar una situación de mayor inconstitucionalidad o de mayor incertidumbre jurídica, que la ocasionada por las normas impugnadas, sobre todo en el ámbito electoral*.

En diversas ocasiones, *este Alto Tribunal ha reconocido esas limitaciones de sus sentencias constitucionales estimatorias*. De ahí que sea una práctica reiterada expulsar únicamente las porciones normativas que el Tribunal determina inconstitucionales, en orden a no afectar las porciones no impugnadas o aquéllas que carecen de vicios de inconstitucionalidad.

Ahora bien, esa regla general (*expulsión exclusiva de porciones normativas viciadas*) no es absoluta.

Existen ocasiones en que las normas impugnadas en un determinado proceso conforman un *sistema normativo integral*, en el que cada parte encuentra una unión lógica indisoluble con el conjunto, de tal suerte que la exclusión de uno de los elementos del sistema termina por desconfigurarlo de manera terminante, o de rediseñarlo, creándose uno nuevo.

En ese sentido, parte de la doctrina ha puesto de manifiesto que el riesgo de intersección de las facultades de un Tribunal Constitucional con las ramas representativas también se produce a través de la facultad del órgano jurisdiccional de expulsar las normas inconstitucionales del ordenamiento jurídico (*función de legislador negativo*) ya que, en ocasiones, esa eliminación normativa termina por reconfigurar el sistema jurídico de una manera que no había previsto el legislador democrático.

En la especie, esa problemática se actualiza, porque las normas electorales impugnadas conforman un *sistema normativo integral*, diseñado de manera armónica por el Poder Revisor Local, en el que cada una de sus partes presenta una relación indisoluble con el conjunto, en el que, por ende, *la exclusión de alguno de sus elementos da lugar a un sistema normativo diferente*.

Ello significa que, en el caso en estudio, si se decide únicamente declarar la invalidez de las porciones normativas con vicios directos de inconstitucionalidad, dejando intocadas las demás normas que no presentan esos vicios inmediatos, ello terminaría por generar la configuración normativa de un sistema electoral por parte de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación (sustituyendo al Poder Reformador Estatal), lo que se traduciría en una afectación de manera directa del ámbito decisorio del Poder Revisor Local, [...], *sobre todo considerando que dicho órgano local cuenta con diversas alternativas (no sólo una) para rediseñar la transición del sistema de homologación de los tiempos de los comicios federales con los de la propia entidad federativa*.

[...]

En el caso concreto, [...], procede declarar la invalidez de los artículos Tercero y Quinto transitorios del Decreto 419 que respectivamente prorrogaban el

mandato de los Diputados integrantes de la Sexagésima Segunda Legislatura del Congreso del Estado de Chiapas y de los miembros de los actuales Ayuntamientos en los siguientes términos:

“Artículo Tercero. Para los efectos de la presente Reforma Constitucional, los Diputados miembros de la Sexagésima Segunda Legislatura del Congreso del Estado, concluirán sus funciones legislativas, por única vez, el día 15 de noviembre del año 2008”.

“Artículo Quinto. Para los efectos de la presente Reforma Constitucional, los miembros de los Ayuntamientos actuales, por única vez, concluirán su encargo, el día 31 de diciembre del año 2008”.

El efecto inmediato de esta declaración de invalidez será que los Diputados integrantes de la Sexagésima Segunda Legislatura del Congreso del Estado de Chiapas y los miembros de los actuales Ayuntamientos, *concluyan el ejercicio de sus cargos tal y como estaba previsto con anterioridad a la emisión del Decreto 419 reclamado, esto es, los días quince de noviembre y treinta y uno de diciembre de dos mil siete, respectivamente, y que la nueva elección de diputados y ayuntamientos constitucionales y municipales, se lleve a cabo conforme a la legislación vigente, antes de esta reforma, por las razones que a continuación se explican.*

La reviviscencia de la legislación electoral que aún no ha sido reformada, tiene por objeto proporcionar seguridad jurídica a los partidos políticos, a los electores y a los organismos participantes en la contienda, en atención al principio de certeza que rige esta materia y que impide que en la proximidad del proceso de renovación de los órganos de representación popular, se desconozcan cuáles serán las reglas trascendentales que regirán esta forma de acceso de los ciudadanos al poder público, como son, entre otras, los plazos relativos a la preparación de los comicios.

[...]

En segundo lugar, *la expulsión del orden jurídico de las anteriores normas legales impedirá que los integrantes de la próxima Sexagésima Tercera Legislatura y los miembros de los siguientes Ayuntamientos, sean electos el primer domingo del mes de julio de dos mil ocho –como se previó en los artículos Cuarto y Sexto transitorios del Decreto 419 citado– pues para entonces ya no estarán en funciones en quienes estaba pensado que les antecederían en esos cargos, toda vez que estos últimos concluirán su mandato, como se dijo, el quince de noviembre y treinta y uno de diciembre de dos mil siete, respectivamente, y no podría ocurrir que entre estas fechas y el día que se había previsto para las futuras elecciones el Estado de Chiapas se quede sin legislatura, ni Ayuntamientos instalados, tan sólo para poder dar cumplimiento a esos preceptos transitorios.*

[...]

De esta manera y ante el inconveniente mayor que significa dejar en pie los artículos Cuarto y Sexto transitorios reclamados, *este Tribunal Pleno estima adecuado que los efectos de la ejecutoria también alcancen a estas otras dispo-*

siciones legales, de suerte que la estancia de los diputados integrantes de la Sexagésima Tercera Legislatura y de los miembros de los próximos ayuntamientos en el Estado de Chiapas permanezcan en su encargo el trienio que ordinariamente la Constitución Política del Estado de Chiapas les confiere, dado el impedimento constitucional para que el Congreso del Estado, en este momento, modifique la Ley Electoral local, *porque no estaría dentro del plazo de anticipación de noventa días que exige el artículo 105, fracción II, párrafo penúltimo, de la Constitución Federal, y no se podría obligarse, ni permitirle, a dicho órgano legislativo, que emita un nuevo régimen jurídico para elecciones, cuando ya faltan unos días para el inicio del proceso.*

Por otra parte, como durante el año dos mil siete necesariamente habrán de llevarse a cabo las elecciones de diputados a la Sexagésima Tercera Legislatura y a los miembros de los próximos ayuntamientos, *corresponde ahora determinar si deben o no afectarse de invalidez los artículos 16, párrafo primero, y 61, párrafo segundo, de la Constitución Política del Estado de Chiapas, reformados mediante el Decreto 419, en cuanto a la porción normativa que en ambos preceptos legales establece que la elección de tales servidores públicos se llevará a cabo el “primer domingo de julio del año de la elección”.*

Para decidir lo conducente se advierte, en primer término, que si las elecciones citadas deben llevarse a cabo durante dos mil siete, todos los actos relacionados con la preparación de esos comicios deberían ajustarse a la fecha señalada y con extrema rapidez, *a fin de que la jornada electoral pudiera verificarse el primer domingo del mes de julio de dicho año, ya que hasta ahora estaba legalmente previsto que ello aconteciera tres meses después, es decir, el primer domingo de octubre del año de la elección.*

En efecto, conforme a los plazos previstos en el Código Electoral del Estado de Chiapas –el cual aún no ha sido reformado– tan sólo para el registro de candidaturas de diputados de mayoría relativa y de los miembros de los ayuntamientos se tiene contemplado que ello se haga entre el dieciséis y el treinta y uno de julio del año de la elección, y para el registro de las listas de diputados de representación proporcional, en el intervalo comprendido entre el primero y el quince de agosto, también del año de la elección, lapsos que, de mantenerse vigentes, tornarían imposible la verificación de la jornada electoral el día ahora previsto en la Constitución local.

Sin embargo, como estas fechas no son las únicas que tendrían que modificarse en la víspera del inicio del proceso electoral, sino muchas otras previstas dentro de la fase de preparación de las elecciones, este Tribunal Pleno tampoco estima conveniente apresurar las reformas legales necesarias, porque en caso de impugnación, se haría sumamente complicado examinar algunas posibles violaciones constitucionales teniendo en marcha el periodo preliminar de los comicios, ya que se enfrentaría la posibilidad de que se

consumaran irreparablemente las mismas al no existir el tiempo suficiente para su análisis antes de que se verifique la jornada electoral.

En estas condiciones y con el propósito de *no afectar de invalidez los artículos 16, párrafo primero, y 61, párrafo segundo, [...], reformados mediante el Decreto 419, en cuanto a la porción normativa que en ambos preceptos legales establece que la elección de tales servidores públicos se llevará a cabo el “...primer domingo de julio del año de la elección”*; procede declarar inválido el artículo Primero transitorio del referido Decreto 419 que establece que el mismo *“...entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Periódico Oficial del Estado.”*, únicamente en relación con *aquella porción normativa*, a fin de que la vigencia de esa fecha comicial *se difiera para las elecciones de los diputados de la Sexagésima Cuarta Legislatura [...], así como de los miembros de los ayuntamientos cuya día de elección fuese coincidente con el de tales legisladores.*

Lo anterior, en la inteligencia de que debido a la inminencia del siguiente proceso electoral, las disposiciones que con anterioridad a la reforma a dicha Constitución local estaban en vigor con el objeto de regir el calendario electoral para la elección de diputados y para la renovación de los ayuntamientos, *deberán aplicarse en el proceso comicial que estaba programado para el año dos mil siete, cuya jornada de emisión del voto deberá llevarse a cabo el primer domingo del mes de octubre siguiente, por lo que el próximo proceso electoral deberá iniciarse en el mes de enero del mismo año, con la primera sesión del Consejo General del Instituto Estatal Electoral del Estado de Chiapas, que deberá realizarse el día quince del mismo mes y año.*

Para este efecto, es el caso de invalidar también el artículo Segundo transitorio del Decreto 419 –que ordena la derogación de todas las disposiciones legales que se opongan al mismo– pero sólo en tanto cuanto afecten la aplicación de las normas contenidas en la Ley Electoral del Estado de Chiapas en vigor, la cual deberá aplicarse en su integridad para la celebración de las elecciones cuya jornada deberá realizarse el primer domingo del mes de octubre de dos mil siete.

Asimismo, la declaratoria de invalidez surtirá efectos a partir del día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

Finalmente, establecidos los efectos de la sentencia, se evita la creación o reordenación de un método de transición constitucional local por autoridad de este Alto Tribunal, de manera tal que se deja en plena libertad al Poder Reformador de la entidad federativa para diseñar autónomamente, de la manera que estime conveniente, oportuno y adecuado, el sistema normativo de carácter transitorio que elija (de entre las diversas opciones existentes) *para dar operatividad a su válida intención de homologar los tiempos de los comicios locales con los federales, condicionado únicamente por los contenidos de la norma suprema, de acuerdo a las directrices establecidas en los considerandos que anteceden.* (Énfasis agregado)

Como se advierte, el vacío que producía la simple declaración de inconstitucionalidad de los artículos 16, primer párrafo, en correlación con el 3 transitorio, y 61, segundo párrafo, en correlación con el artículo 5 transitorio del Decreto 419 que reformaban la Constitución de Chiapas, generaba mayor daño, por lo que la Corte, por una parte, salvó la validez de la porción normativa de los artículos 16, primer párrafo, y 61, segundo párrafo, relativa a que la elección de tales servidores públicos se llevará a cabo el “primer domingo de julio del año de la elección”, y, en consecuencia, declaró la invalidez del artículo primero transitorio y difirió su aplicación para las elecciones de los diputados de la Sexagésima Cuarta Legislatura. De igual forma, extendió los efectos de la declaración de invalidez al artículo 2 transitorio, que ordenaba la derogación de todas las normas que se opusieran, a efecto de permitir, que en su integridad La ley Electoral de Chiapas, derogada con motivo del Decreto 419, cobrara vigencia para el proceso electoral en puerta.

Luego, dado el *impedimento constitucional* para que el Congreso modificara la Ley Electoral local, al no estar dentro del plazo de anticipación de 90 días que exige el artículo 105, fracción II, párrafo penúltimo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dio reviviscencia al marco jurídico anterior,⁶⁰ que no se encontraba reformado en el Decreto 419.

Ahora bien, en materia electoral, al resolver la acción de inconstitucionalidad 9/99 y su acumulada 10/99, el Pleno de la Corte declaró temporalmente la “inaplicación” de normas electorales cuando su vicio de inconstitucionalidad radica en su extemporaneidad, es decir, que fueron disposiciones jurídicas que no respetaron los 90 días antes del inicio del proceso electoral, por tanto, y dado que su invalidez por motivos temporales no afecta su contenido sustantivo, pueden ser válidamente aplicables en procesos electorales posteriores.⁶¹

⁶⁰ Sobre este tópico se produjo el siguiente criterio jurisprudencial: Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Acción de inconstitucionalidad. Las facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para determinar los efectos de las sentencias estimatorias frente a un sistema normativo que ha reformado a otro, incluyen la posibilidad de establecer la reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad a aquellas declaradas inválidas, especialmente en materia electoral”, *SJFG XXVI*, P./J. 86/2007 (2007) [Registro 170 878].

⁶¹ Lo anterior se puede apreciar en el siguiente criterio jurisprudencial: Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Acción de inconstitucionalidad. Al estar facultada la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme al artículo 41, fracción V, de la ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la constitución federal, para declarar la validez o invalidez de las disposiciones o actos combatidos, también puede declarar su inaplicabilidad temporal”, *SJFG XI*, P./J. 41/2000 (2000) [Registro 192 096].

6.5. Amparo en Revisión 610/2019. Efectos generales en el juicio de amparo: extensión de los efectos subjetivos (ámbito personal) al involucrar derechos supraindividuales a la protección al medio ambiente

Como es sabido, el juicio de amparo en México se rige, entre otros ejes rectores, por el *principio de relatividad en los efectos de la sentencia*, el cual protege solo a quien acudió al citado juicio constitucional, con precedentes de un cambio de criterio en el año 2015 a cargo de la Primera Sala de la Corte,⁶² que se consolidó hasta el año 2018, lo que ha hecho que, al día de hoy, sea un mecanismo que permita combatir omisiones legislativas (*absolutas y parciales*),⁶³ así como extender sus efectos cuando se trata de asuntos que involucren un interés legítimo.⁶⁴

Ahora bien, el amparo en revisión 610/2019 derivó del juicio de amparo indirecto que se interpuso en contra del Acuerdo de la Comisión Reguladora de Energía que modifica la Norma Oficial Mexicana NOM-016-CRE-2016, Especificaciones de calidad de los petrolíferos, con fundamento en el artículo 51 de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de junio de 2017; y el proceso a través del cual se llevó a cabo la modificación de la citada NOM-016-CRE-2016, que originalmente fue del conocimiento del Juzgado Séptimo de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México. Dicho juzgado sobreseyó resolución contra la cual se interpuso recurso de revisión resuelto por el Décimo Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito (Ciudad de México) dentro del expediente 387/2018, que esencialmente levantó (revocó) el

⁶² Al respecto, puede verse el inicio del cambio jurisprudencial en las siguientes tesis: Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Improcedencia del juicio de amparo. No se actualiza la causal relativa a la imposibilidad de reparar la violación alegada, si se determina la existencia de un interés legítimo a una asociación civil en defensa del derecho a la educación”, *GSJF*, Libro 18, tomo I, Tesis 1a. CLXXIII/2015 (10a.) [IUS 2 009 193]; y la diversa: Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Improcedencia del juicio de amparo. No puede alegarse violación al principio de relatividad de las sentencias y, por ello, sobreseer en el juicio, cuando se actualiza la existencia de un interés legítimo en defensa de un derecho colectivo”, *GSJF*, Libro 18, Tesis I, 1a. CLXXIV/2015 (10a.) (2015) [IUS 2 009 192].

⁶³ Al respecto, son tres criterios los que resultan de interés: Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Omisiones legislativas absolutas. Su impugnación no configura un motivo manifiesto e indudable de improcedencia del juicio de amparo”, *GSJF*, Libro 58, tomo I, Tesis 2a., LXXXIII/2018 (10a.) (2018) [IUS 2 017 783]; “Juicio de amparo indirecto. Es procedente contra omisiones legislativas”, *GSJF*, Libro 55, tomo II, tesis 1a. LVIII/2018 (10a.) (2018) [IUS 2 017 065]; “Principio de relatividad. Su reinterpretación a partir de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011”, *GSJF*, Libro 52, tomo I, tesis 1a. XXI/2018 (10a.) (2018) [IUS 2 016 425].

⁶⁴ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Relatividad de las sentencias en el juicio de amparo en materia ambiental”, *GSJF*, Libro 61, tomo I, tesis 1a. CCXCIV/2018 (10a.) 2018 [IUS 2 018 800]; “Sentencias de amparo. El principio de relatividad admite modulaciones cuando se acude al juicio con un interés legítimo de naturaleza colectiva”, *GSJF*, Libro 58, tomo I, 2a. LXXXIV/2018 (10a.) (2018) [IUS 2 017 955].

sobreseimiento, declaró infundada la revisión adhesiva y dejó a salvo el tema del fondo (constitucionalidad del artículo 51 de la Ley Federal de Metrología y Normalización) para que, con base en su competencia originaria, conociera la Segunda Sala de la SCJN, con radicado AR 610/2019.⁶⁵

En el citado acuerdo impugnado, entre otras cosas, se incrementó como parámetro permitido de oxígeno adicionado hasta el 10 % en volumen de etanol en las gasolinas regular y premium fuera de las zonas metropolitanas del Valle de México, Guadalajara y Monterrey. Bajo este contexto, en términos del Considerando Quinto de la sentencia, la Segunda Sala de la SCJN fijó la litis en el AR 610/2019, así:

- I. Si el artículo 51, segundo párrafo, de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, resulta contrario al derecho humano a un medio ambiente sano;
- II. Si fue apegado a derecho que la Comisión Reguladora de Energía haya empleado tal hipótesis normativa para modificar unilateralmente la “NOM-016-CRE-2016, Especificaciones de calidad de los petrolíferos”; y
- III. Si el Acuerdo impugnado, intitulado “Acuerdo de la Comisión Reguladora de Energía que modifica la Norma Oficial Mexicana NOM-016-CRE-2016, Especificaciones de calidad de los petrolíferos”, resulta violatorio del derecho humano a un medio ambiente sano.

En las relatadas condiciones, por cuanto hace al apartado I, la Corte desestimó la inconstitucionalidad planteada, dado que solo en el contexto de evidencia clara o hechos notorios que hagan ocioso desahogar el procedimiento ordinario de creación/modificación de una NOM, es como se actualiza la excepción de que se active el procedimiento sumario y unilateral; por otra parte, la Sala consideró como fundados los agravios formulados respecto a los apartados marcados como II y III, esencialmente porque en el caso concreto no existía tal evidencia clara, notoria e irrefutable para que la autoridad optara por el procedimiento sumario y, por tanto, resultaba condición *sine qua non* la participación de la sociedad y especialistas en la materia. En palabras de la Corte:

... esta Corte Constitucional estima que en el presente caso se está frente a un ejemplo prototípico que exige que se observe y desahogue el procedimiento ordinario para la modificación de las normas oficiales mexicanas. Ello, pues al encontrarse en duda la magnitud de daños a la calidad del aire que podría producir el empleo del etanol como oxigenante en hidrocarburos, cobra plena aplicación el principio de precaución ambiental, el cual *mandata una evaluación pormenorizada respecto a los potenciales riesgos o incertidumbres sobre ese estado de cosas, a fin de dilucidar si es dable o no, modificar o cancelar tal regulación normativa y en qué medida.*

⁶⁵ Resuelto en sesión pública de la Segunda Sala de la SCJN el 15 de enero de 2020.

Esto es, el principio de precaución, aplicado al supuesto de modificaciones o cancelaciones a las normas oficiales mexicanas, exige que la determinación sobre la subsistencia del daño o riesgo de daño al ambiente, que llevaron a expedir la norma oficial mexicana respectiva, deba ser estudiada y atendida en forma plurilateral mediante los integrantes de los Comités Consultivos Nacionales de Normalización de que se trate, y mediante la participación ciudadana, esto es, demanda que se lleve a cabo el procedimiento ordinario para la alteración o cancelación de tal norma.

De ahí que en la especie no podía realizarse modificación alguna a la NOM-016-CRE-2016, en forma unilateral y sumaria, como indebidamente lo hizo la Comisión Reguladora de Energía, ya que ello acarrea el riesgo de permitir daños serios e irreversibles al ambiente y a la salud de la población, al no valorarse debidamente la magnitud del problema en cuestión, lo cual precisamente, pretende evitarse mediante el principio de precaución.

Asimismo, es inconcuso que en el presente caso debía permitirse la participación ciudadana, en forma previa a la modificación de tal norma oficial mexicana, a fin de que los gobernados, académicos, organizaciones no gubernamentales y, el público en general, *tuviesen la oportunidad de poder expresar sus opiniones y que éstas sean tomadas en cuenta al momento de adoptar tal decisión que, precisamente, puede afectar su derecho humano a un medio ambiente sano.*

[...]

Máxime que esta Segunda Sala advierte que el ozono troposférico [O₃], cuya emisión, precisamente, puede ser potencializada por el empleo de etanol como oxigenante de los combustibles, es uno de los gases responsables del efecto invernadero, el cual, a su vez, contribuye al fenómeno denominado como calentamiento global. (Énfasis agregado)

Ante este contexto, declarada la inconstitucionalidad del acuerdo combatido, la Segunda Sala de la SCJN determinó darle efectos generales a la sentencia de amparo, *ante la existencia de violaciones a bienes jurídicos supraindividuales*, es decir, que pertenecen a un grupo y que, por ende, son indivisibles, a saber: el medio ambiente; de ahí que los efectos de la protección constitucional no pueden referirse únicamente a la parte quejosa, pues ello sería insuficiente para lograr una efectiva restitución de los derechos violados en términos del artículo 77, fracción I, en relación con el artículo 78 de la Ley de Amparo.⁶⁶

⁶⁶ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Relatividad de las sentencias en el juicio de amparo en materia ambiental”, *GSJF*, Libro 61, tomo I, tesis 1a. CCXCIV/2018 (10a.) (2018) [Registro IUS 2 018 800]; “Sentencias de amparo. El principio de relatividad admite modulaciones cuando se acude al juicio con un interés legítimo de naturaleza colectiva”, *GSJF*, Libro 58, tomo I, criterio 2a. LXXXIV/2018 (10a.) (2018) [IUS 2 017 955].

Conclusiones

Primera. La insuficiencia del binomio de la simple declaración de nulidad o inaplicación, con efectos *ex tunc* (desde siempre) o *ex nunc* (desde ahora) simples y llanos, utilizado por la jurisdicción constitucional en la revisión de omisiones, actos y normas, desde su nacimiento (1920) dejó ver la posibilidad, por lo menos en el ámbito temporal de la sentencia constitucional, de que se permitiera cierta retroactividad. Con el inicio del control judicial o materialmente jurisdiccional fue claro que, para atender todos los escenarios jurídicos con efectividad, era necesaria la incorporación de matices en los efectos de las sentencias constitucionales en los diversos campos de actuación de las normas jurídicas (personal, espacial, temporal y material), lo que se logró primero como base, a través de la interpretación conforme y, enseguida, con la aparición de las sentencias interpretativas, también denominadas intermedias, atípicas o moduladas.

Segunda. Las sentencias interpretativas le han dado a la SCJN un canal institucional para participar en un “constitucionalismo dialógico”, al que se le puede denominar como “activismo judicial”, entendido no como intromisión a la esfera de otros poderes, sino en clave de construcción del lenguaje de los derechos y de la consolidación de la *teoría de la coordinación entre poderes*.

Tercera. Sea en sentido positivo o negativo del activismo judicial, un pilar de la jurisdicción constitucional es la “autocontención”, sin perjuicio de las directrices, los principios, las reglas o los métodos de interpretación/argumentación que dan un amplio margen de actuación a la justicia constitucional, de manera destacada en las sentencias exhortativas y aditivas, frente a la interpretación conforme, la deferencia al legislador (libre configuración del legislador), el margen de apreciación, las sentencias de eficacia diferida, entre otras técnicas que constituyen un filtro adicional a dicha “autocontención”.

No obstante, la construcción de una sólida *teoría de la sentencia constitucional*, en la que sin duda se encuentran las sentencias interpretativas, permitirá que el activismo judicial adquiera mayor peso y se posicione como un baluarte del constitucionalismo contemporáneo.

Bibliografía

- AGUIAR AGUILAR, Azul A. “Gobernando con los jueces. Una introducción a la política judicial. En *Gobierno y política judicial en México*, editado por Azul A. AGUIAR AGUILAR. México: Fontamara, 2019.
- BAZÁN, Víctor. *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos* (México: TEPJE, 2017).
- CLAVERO SALVADOR, Bartolomé. *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*. Madrid: Trotta, 2007.

- COLLINS, John M. "Why the debate between originalists and evolutionists rests on a semantic mistake". *Law and Philosophy* 30 (2011).
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón. "La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1995-2000, Madrid". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 5 (2001).
- DALLA VIA, Alberto Ricardo. "Modelos, tribunales y sentencias constitucionales". En *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, coordinado por Armin VON BOGDANDY et al. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *La interpretación constitucional en la justicia constitucional*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2008.
- FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A. *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*. México: Porrúa, 2011.
- GÁLVEZ BAUTISTA, Julio. "Activismo judicial". *Law Observatory* (2009). https://law-observatory.wordpress.com/2009/05/21/activismo-judicial/#_ftn14.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "Principio de legalidad. Estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia de la constitución". *Revista Española de Derecho Constitucional* 4, n.º. 10 (1984).
- LANDA, César. "Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional latinoamericana". En *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, coordinado por Armin VON BOGDANDY et al. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010.
- MALDONADO SÁNCHEZ, Adán. "Los derechos político-electorales involucrados en el juicio político y en la declaración de procedencia. Su revisión judicial mediante el derecho a un recurso sencillo y efectivo". *Revista Justicia Electoral*, n.º 21 (2018).
- MALDONADO SÁNCHEZ, Adán. "Las sentencias atípicas en el juicio de amparo (en México)" (de próxima publicación).
- MALDONADO SÁNCHEZ, Adán. *La sentencia constitucional en México. Sistema de efectos en el amparo, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad*. Prólogo de José Ramón Cossío Díaz, presentación de Francisco J. Díaz Revorio (de próxima publicación).
- MARÍN CASTÁN, María Luisa. "Activismo judicial y paradigma neoconstitucional". *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*, n.º 6 (2016).
- MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia; tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal*. Prólogo de Antonio La Pergola. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. "Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes; la experiencia colombiana". *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 2, n.º 1 (2000).

- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime *et al.* “Análisis comparativo de los mecanismos de protección de derechos humanos en la omisión legislativa dentro del ordenamiento jurídico de México y Colombia”. *Estudios Constitucionales, Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile* 15, n.º 2 (2017).
- MODUGNO, Franco. “Corte Costituzionale e Potere Legislativo”. En *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, coordinado por Paolo BARILE, Enzo CHELI y Stefano GRASSI. Bologna: Il Mulino, 1982.
- MOLINA BETANCUR, Carlos Mario y Sergio Orlando SILVA ARROYAVE. “El activismo judicial del juez constitucional en Iberoamérica”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 24, n.º 1 (2020).
- MONTOYA ZAMORA, Raúl. “La justicia constitucional mexicana frente a las omisiones”. *Revista Quaestio Iuris* 12, n.º 2, 2019.
- OSUNA, Néstor. “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”. En *Justicia constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, editado por Víctor BAZÁN. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015.
- SIERRA PORTO, Huberto A. *Sentencias de inconstitucionalidad. Jurisdicción española*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, Universidad Externado de Colombia, 1995.
- SUÁREZ CAMACHO, Humberto y Antonio Rodrigo MORTERA DÍAZ. “Reflexiones en torno a la controversia constitucional”. *Revista Cuestiones Constitucionales*, n.º 17 (2016).

Normas jurídicas y jurisprudencia

- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “Improcedencia del juicio de amparo. No se actualiza la causal relativa a la imposibilidad de reparar la violación alegada, si se determina la existencia de un interés legítimo a una asociación civil en defensa del derecho a la educación”, *GSJF*, Libro 18, tomo I, Tesis 1a. CLXXIII/2015 (10a.) [IUS 2 009 193], https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e100000000000&Apendice=10000000000000&Expresion=2009193&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2009193&Hit=1&IDs=2009193&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=&Referencia=&Tema=.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “Improcedencia del juicio de amparo. No puede alegarse violación al principio de relatividad de las sentencias y, por ello, sobreseer en el juicio, cuando se actualiza la existencia de un interés legítimo en defensa de un derecho colectivo”, *GSJF*, Libro 18, Tesis I, 1a. CLXXIV/2015 (10a.) (2015) [IUS 2 009 192], https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e100000000000&Apendice=10000000000000&Expresion=2009192&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSel

eccionadas=6,1,2,50,7&ID=2009192&Hit=1&IDs=2009192&tipoTesis=&Semana
rio=0&tabla=&Referencia=&Tema=.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “Omisiones legislativas absolutas. Su impugnación no configura un motivo manifiesto e indudable de improcedencia del juicio de amparo”, *GSJF*, Libro 58, tomo I, Tesis 2a. LXXXIII/2018 (10a.) (2018) [IUS 2 017 783], https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e100000000000&Apendice=10000000000000&Expresion=2017783&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2017783&Hit=1&IDs=2017783&tipoTesis=&Semana
rio=0&tabla=&Referencia=&Tema=.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “Acción de inconstitucionalidad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación cuenta con amplias facultades para determinar los efectos de las sentencias estimatorias”, *SJFG XXVI*, P./J. 84/2007 (2007) [Registro 170 879], https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e100000000000&Apendice=10000000000000&Expresion=170879&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=170879&Hit=1&IDs=170879&tipoTesis=&Semana
rio=0&tabla=&Referencia=&Tema=.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “Acción de inconstitucionalidad. Las facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para determinar los efectos de las sentencias estimatorias frente a un sistema normativo que ha reformado a otro, incluyen la posibilidad de establecer la reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad a aquellas declaradas inválidas, especialmente en materia electoral”, *SJFG XXVI*, P./J. 86/2007 (2007) [Registro 170 878], https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e100000000000&Apendice=10000000000000&Expresion=170878&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=170878&Hit=1&IDs=170878&tipoTesis=&Semana
rio=0&tabla=&Referencia=&Tema=.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “Acción de inconstitucionalidad. Al estar facultada la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme al artículo 41, fracción V, de la ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la constitución federal, para declarar la validez o invalidez de las disposiciones o actos combatidos, también puede declarar su inaplicabilidad temporal”, *SJFG XI*, P./J. 41/2000 (2000) [Registro 192 096], https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e100000000000&Apendice=10000000000000&Expresion=192096&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=192096&Hit=1&IDs=192096&tipoTesis=&Semana
rio=0&tabla=&Referencia=&Tema=.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “Controversia constitucional. Existe interés legítimo para la procedencia de la acción cuando se actualiza una afectación a la esfera de atribuciones de las entidades, poderes u órganos legitimados, a su esfera jurídica, o solamente un principio de afectación”, *SJFG XXVII*, Tesis 2a. XVI/2008 (2008), 1897 [Registro IUS 170 357], https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e1e10101000001&Apendice=1000000000000&Expresion=PRINCIPIO%2520AFECTACION%2520CONTROVERSIA&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=38&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=1&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,7&ID=170357&Hit=25&IDs=162742,16482-3344,176803,177124,180407,184746,186359,188857,200016,204682,223145,251969&tipoTesis=&Semanaio=0&tabla=&Referencia=&Tema=.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “Juicio de amparo indirecto. Es procedente contra omisiones legislativas”, *GSJF*, Libro 55, tomo II, Tesis 1a. LVIII/2018 (10a.) (2018) [IUS 2 017 065], https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e100000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=2017065&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2017065&Hit=1&IDs=2017065&tipoTesis=&Semanaio=0&tabla=&Referencia=&Tema=.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “Principio de relatividad. Su reinterpretación a partir de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011”, *GSJF*, Libro 52, tomo I, Tesis 1a. XXI/2018 (10a.) (2018) [IUS 2 016 425], https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e100000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=2016425&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2016425&Hit=1&IDs=2016425&tipoTesis=&Semanaio=0&tabla=&Referencia=&Tema=.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “Relatividad de las sentencias en el juicio de amparo en materia ambiental”, *GSJF*, Libro 61, tomo I, Tesis 1a. CCX-CIV/2018 (10a.) 2018 [IUS 2 018 800], https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e100000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=2018800&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2018800&Hit=1&IDs=2018800&tipoTesis=&Semanaio=0&tabla=&Referencia=&Tema=.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “Sentencias de amparo. El principio de relatividad admite modulaciones cuando se acude al juicio con un interés legítimo de naturaleza colectiva”, *GSJF*, Libro 58, tomo I, Tesis 2a. LXXXIV/2018 (10a.) (2018) [IUS 2 017 955], https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e100000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=2017955&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&Nu

mTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2017955&Hit=1&IDs=2017955&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=&Referencia=&Tema=.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “*Voto concurrente*, controversia constitucional 25/2008, suscrito por los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Olga María Sánchez Cordero de García Villegas, José Ramón Cossío Díaz y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia”, *SJFG XXXII*, n.º 40442 (2010), https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?Epoca=1e3e1fd&Apendice=&Expresion=40442&Dominio=Emisor%2cTexto%2cAsunto&TA_TJ=o&Orden=1&Clase=VotosDetalleBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=&ID=40442&Hit=1&IDs=40442&tipoTesis=&Octava=1&Semenario=0&tabla=&Referencia=&Tema=.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Controversia constitucional 31/1997. Sentencia de 9 de agosto de 1999, Considerando quinto, 60-104, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=17330>.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Controversia constitucional 5/2001, Sentencia de 22 de agosto de 2010, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=40798>.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Versión taquigráfica de la sesión pública del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 3 de septiembre de 1998, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-10-26/1998sep1_o.pdf.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Versión taquigráfica de la sesión pública del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 9 de agosto de 1999, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-10-26/1999ago1_o.pdf.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Voto particular*, controversia constitucional 31/1997, José de Jesús Gudiño Pelayo, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=17330>.

Farit Limbert Rojas Tudela* (Bolivia)

La interpretación en la Constitución Política del Estado boliviano y el activismo del Tribunal Constitucional Plurinacional

RESUMEN

Este ensayo expone las posibilidades de interpretación del texto constitucional boliviano, conforme a lo establecido en el mismo texto de la Constitución. Asimismo, revisa el uso de estas posibilidades, en particular, en la plurinacionalidad y la jurisdicción indígena originaria campesina como ejemplos positivos del activismo judicial del Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano.

Palabras clave: derechos de pueblos indígenas; pluralismo jurídico; Bolivia.

Interpretation in the Political Constitution of the Bolivian State and the activism of the Plurinational Constitutional Court

ABSTRACT

This essay discusses the possible interpretations of the Bolivian constitutional text, based on the provisions of the Constitution. It also reviews the use of these possible interpretations, in particular, in plurinationality and the native indigenous peasant jurisdiction as positive examples of the judicial activism of the Bolivian Plurinational Constitutional Court.

Keywords: Rights of indigenous peoples; legal pluralism; Bolivia.

* Abogado Constitucionalista, Ph. D. en Ciencias, mención Justicia. Investigador del proceso constituyente boliviano. Profesor de Teoría General del Derecho y Pluralismo Jurídico, y de la Clínica Legal en la Universidad Mayor de San Andrés. faritrojas@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-8009-5841>.

Die Auslegung der bolivianischen Verfassung und der Aktivismus des Plurinationalen Verfassungsgerichtes

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich mit den Möglichkeiten einer textkonformen Auslegung der bolivianischen Verfassung. Zugleich stellt er diese Möglichkeiten auf dem Gebiet der Plurinationalität und der originär-indigenen Rechtsprechung als positive Beispiele für den juristischen Aktivismus des bolivianischen Plurinationalen Verfassungsgerichtes dar.

Schlagwörter: Rechte der indigenen Völker, Rechtspluralismus, Bolivien.

Introducción

La labor de los jueces en Bolivia está condicionada a la observancia y el cumplimiento de la Constitución Política del Estado. El artículo 410, parágrafo I, es claro cuando refiere que todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la Constitución boliviana.

Así lo entiende también el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), que en su Sentencia STCP 112/2012, de 27 de abril, señaló:

La Constitución es una norma jurídica directamente aplicable y justiciable por su órgano final de aplicación, salvaguarda y garantía, de naturaleza judicial y de composición plurinacional (Tribunal Constitucional Plurinacional) así como –atendiendo sus específicas atribuciones– por los jueces y tribunales de garantías que ejercen justicia constitucional; sin exclusión de los jueces o autoridades originarias de la pluralidad de jurisdicciones reconocidos en el texto constitucional (Jurisdicción ordinaria, agroambiental, indígena originario campesina y las jurisdicciones especializadas reguladas por la ley, conforme disponen los arts. 179 y 410 de la CPE), últimos operadores jurídicos, que se constituyen en los garantes primarios de la Constitución. Ello, en razón a que la Constitución de 2009, supone un tránsito del Estado legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, o lo que es lo mismo, del Positivismo jurídico (legalismo) al neoconstitucionalismo o constitucionalismo fuerte.

Así también el TCP en su Sentencia STCP 1631/2013, de 4 de octubre, señaló:

Las autoridades de los otros sistemas de justicia (civil, penal, familiar, agroambiental, administrativa) en realidad ejercen al igual que la justicia constitucional una actividad hermenéutica que parte de la Constitución e irradia a todo el ordenamiento jurídico; por ello a la luz del Estado Constitucional de

Derecho no es válido hablar de “legalidad ordinaria”, pues todos los órganos de justicia se encuentran sometidos a la Constitución y su labor interpretativa parte de la misma.

Sin embargo, en el momento de aplicar la Constitución Política del Estado (CPE), los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, así como los jueces u otros operadores jurídicos, se encuentran con una pluralidad de posibilidades de interpretación de los enunciados jurídicos que la CPE contiene. Consideramos que estas posibilidades de interpretación abren el texto de la CPE al activismo judicial, entendido como las posibilidades interpretativas y argumentativas de un tribunal, que se realizan en sus sentencias y que van más allá de lo establecido por la literalidad de la CPE o de las leyes.¹

1. Criterios de interpretación de la Constitución boliviana

La interpretación constitucional es una de las funciones más importantes. Como lo señaló el juez Charles Evans Hughes, una constitución es lo que los jueces dicen que es.²

Para el constitucionalista israelí Aharon Barak,

... la interpretación constitucional constituye una parte de la teoría general de la interpretación jurídica. Como cualquier texto jurídico, la constitución debe ser interpretada de acuerdo a su finalidad. Tal finalidad es un término normativo. Ella es una construcción judicial; ella es una “institución jurídica”. Ella es la *ratio juris*. Ella corresponde a la finalidad para cuyo logro se ha diseñado el texto. Ella es la función del texto. Tal finalidad contiene tanto la finalidad subjetiva, respecto a las intenciones de los creadores del texto constitucional, como la finalidad objetiva que corresponde a la comprensión basada en su función. Por su parte, esta interpretación debe tomar en cuenta la función que jugaba el texto al momento de ser creado, como su función al momento de la interpretación. La interpretación teleológica toma en cuenta la naturaleza especial del texto constitucional. Esta naturaleza se deriva del

¹ El concepto de activismo que aquí asumimos implica un conjunto de buenas prácticas de derechos y garantías, aunque el tribunal se enfrente o contradiga lo que señale el órgano legislativo a través de alguna ley de desarrollo de los artículos establecidos en la CPE e incluso más allá de lo que esta señale, bajo una interpretación restrictiva de la misma. Es decir, el activismo se relaciona con la dimensión argumentativa del derecho [Leonardo García Jaramillo, *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: una discusión en clave neoconstitucional* (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017), 95-96].

² Hughes, citado en Segundo Victorio Linares Quintana, *Tratado de interpretación constitucional. Principios, métodos y enfoques para la aplicación de las constituciones*, 2.ª ed. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1987), 40.

estatus jurídico de la constitución como ley suprema del país, así como su rol único en la configuración de la imagen de la nación a través de generaciones.³

La interpretación de la constitución es parte de la hermenéutica jurídica, disciplina que tiene por objeto el estudio y la sistematización de los principios y métodos de interpretación jurídica que, como señala Aharon Barak,⁴ busca dar con el sentido y con la finalidad de la constitución.

¿Qué herramientas y criterios de interpretación encontramos en la Constitución boliviana? A continuación, ensayamos una respuesta.

1.1. La voluntad constituyente como criterio de interpretación

El artículo 196, parágrafo II, señala: “En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”.

La búsqueda de la voluntad constituyente es parte del método de interpretación teleológico o finalista que, como se señaló páginas atrás, debe orientarse en función de lo que busca la constitución. “Como cualquier texto jurídico, la constitución debe ser interpretada de acuerdo con su finalidad”.⁵

Esta búsqueda de la finalidad “se ocupa, en primer término, del examen de los actos en los que se exteriorizan las discusiones suscitadas en el momento de la elaboración de la norma, y por consiguiente de los trabajos preparatorios”.⁶

El complejo proceso constituyente boliviano que se desarrolló entre 2006 y 2009 permite afirmar que la Constitución Política del Estado ha sido construida por etapas, por capas, entre las cuales se pueden identificar:

- Las propuestas de la sociedad civil; entre estas, la propuesta de las organizaciones del Pacto de Unidad, gravitante en la elaboración de los informes y en el trabajo consolidado para los borradores de texto constitucional, entre otros.
- Los informes de las comisiones de la Asamblea Constituyente, que alimentarán el debate para el texto consolidado de los primeros borradores del texto constitucional.
- El texto constitucional aprobado en grande en Chuquisaca, en noviembre de 2007.

³ Aharon Barak, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones* (Lima: Palestra, 2017), 70.

⁴ Barak, *Proporcionalidad...*, 70.

⁵ Barak, *Proporcionalidad...*, 70.

⁶ Linares, *Tratado de interpretación...*, 258.

- El texto constitucional aprobado en grande y en detalle, con revisión en Oruro en diciembre de 2007.
- El texto constitucional acordado en el Congreso de la República en octubre de 2008.
- El texto constitucional aprobado en referéndum constitucional el 25 de enero de 2009.

Son estas etapas las que permiten rescatar la voluntad constituyente como uno de los criterios preferentes de interpretación constitucional. Se debe enfatizar que estos criterios son solo eso: criterios. Tanto los informes de las comisiones como los textos constitucionales aprobados en Chuquisaca y en Oruro son documentos en los que se estampan las firmas de los constituyentes; en consecuencia, pueden ser tomados como *documentos, actas y resoluciones del constituyente*, conforme lo establece el párrafo II del artículo 196.

En este sentido, es posible interpretar la Constitución con todos estos documentos que retratan la voluntad del constituyente. De esta manera se despliega un abanico mucho más amplio y rico en posibilidades de interpretación que tiene como condición el carácter preferente señalado en el artículo 196.

1.2. El tenor literal del texto como criterio de interpretación

Conjuntamente con la voluntad constituyente, el criterio de interpretación que destaca el artículo 196, párrafo II, es el tenor literal del texto.

Sobre la interpretación mediante el tenor literal del texto, Mathias Klatt señala:

El tenor literal de una norma juega un papel determinante en la metodología jurídica en la medida que realiza tres importantes funciones. En primer lugar, es el punto de partida de la interpretación de las leyes. En segundo lugar, posee enorme repercusión en el cumplimiento del principio de sujeción a la ley por parte de los órganos judiciales. Finalmente, fija el límite entre la interpretación y la creación judicial del derecho.⁷

El tenor literal del texto se emplea para la aplicación del método gramatical, uno de los más antiguos métodos de interpretación, pues fue el método por excelencia de los glosadores.

Una ilusión del paleopositivismo⁸ jurídico fue tratar de encontrar un significado exacto en cada término jurídico, y solo en caso de oscuridad, recurrir a los principios

⁷ Mathias Klatt, *Hacer el derecho explícito. Normatividad semántica en la argumentación jurídica* (Madrid: Marcial Pons, 2017), 23.

⁸ Por paleopositivismo jurídico entendemos al antiguo positivismo que se refería a las formas del derecho y no así a los contenidos de la norma. Para una profundización, véase de Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: la ley del más débil* (Madrid: Trotta, 2006).

generales del derecho. Esto llevó a considerar el tenor literal del texto como la referencia clásica del método gramatical antes referido.

El mandato del tenor literal podría resumirse en el principio de que *no hay nada fuera del texto*. Este criterio, como fuente de interpretación, supone un trabajo de concordancia interna del texto constitucional en el momento de tratar de encontrar las posibilidades de significado de los términos que se utilizan en los catálogos de derechos y en el propio texto constitucional.

Sin embargo, al tratar categorías como ‘pueblo boliviano’, ‘vivir bien’, ‘soberanía’ y otros, el intérprete se encuentra frente a lo que se denomina como *significante flotante*, es decir, un término que no termina de llegar a un significado (final), que flota, que no posee el peso determinante del cierre.⁹ Este fenómeno nos coloca delante de una riqueza de posibilidades que transforma el término en una categoría constitucional compleja, con un abanico de posibilidades de interpretación.

Asimismo, en el momento de tratar términos como *descolonización*, *comunidades interculturales*, *libre determinación*, *territorialidad* y otros, el intérprete se encuentra frente a *indecibles* e *indecidibles* que precisan el auxilio de la interpretación. Es decir, cuando el intérprete no encuentra en el texto un significado preciso, necesita convocar a algo que está en el texto, pero que no se explica, no se define en él.

El mismo tenor literal del texto otorga alternativas: interpretación heurística (art. 196, par. II, CPE); interpretación vía bloque de constitucionalidad (art. 410, CPE); interpretación a partir de instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 13, par. IV, CPE); e interpretación intercultural¹⁰ a partir del pluralismo jurídico (art. 1, CPE), entre otras.

Entonces, con respecto a la interpretación literal del texto, es posible que nos encontremos con *significantes flotantes* y con *indecibles constitucionales* que abran un abanico mucho más amplio de interpretación, no de cierre.

Finalmente, conviene cambiar la noción jurídica y tradicional de tenor, como la voz que sustenta y desarrolla un registro posible de voz, de posibilidades que

⁹ Ernesto Laclau señala lo siguiente respecto a los significantes flotantes: “En primer término, para que el flotamiento sea posible, la relación entre significante y significado tiene ya que ser indefinida –si el significante estuviera estrictamente adherido a un solo significado, ningún flotamiento podría tener lugar–. Es decir, que el flotamiento requiere una vacuidad tendencial. Pero, en segundo lugar, el módulo del flotamiento requiere: 1) que el término flotante se articule diferencialmente a cadenas discursivas opuestas (de otro modo, no habría flotamiento en absoluto); 2) que dentro de estas cadenas discursivas, el término flotante funcione no solo como componente diferencial sino también equivalencial respecto de los otros componentes de la cadena” [Ernesto Laclau, *Misticismo, retórica y política* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2002), 26].

¹⁰ El artículo 196 de la CPE boliviana señala que la voluntad constituyente se constituye en el criterio de interpretación preferente. Los archivos del proceso constituyente permiten encontrar múltiples documentos (actas y resoluciones) de la comisión 7 de la Asamblea Constituyente en la que se explica interpretación intercultural de los derechos como parte del pluralismo jurídico.

proviene de la resignificación de cada término en el texto mismo de la constitución. Este registro debe ser convocado para la búsqueda de una armonía de la constitución aplicada a un caso concreto.

En este sentido, el tenor literal del texto no es otro que la voz que armoniza la constitución con los materiales constitucionales necesarios para “decir la constitución” o para decir algo desde esta. Decimos la voz, pues se trata de la voluntad de los constituyentes (art. 196, CPE); decimos también la voz, en tanto jugamos con la idea de *tenor*, entendido como una voz que expresa (o busca expresar) armonía.

Quien diga lo que es o lo que dice la constitución, la voz que otorgue significado sus los artículos, lo podrá hacer solo a condición de su aplicación en un caso concreto. De lo contrario, el tenor literal generará una disonancia con la posibilidad de una armonía.

Pero el ruido es siempre una posibilidad abierta.

La deconstrucción derridiana hace hincapié en el carácter contradictorio de todo texto y en la violencia latente en la ley. El devenir del derecho, es decir, su invención como condición del acontecimiento no necesariamente podrá generar una armonía. Como señala Luis Gámez en su ensayo *El arte del ruido*,

... si aceptamos la capacidad profética que Jacques Attali otorga a la música (su capacidad para anticipar los cambios sociales mucho antes de que se hagan evidentes) se puede afirmar que nuestras sociedades, desde finales del siglo XX, han evolucionado en una dirección y a una velocidad tal que han asimilado expresiones originalmente radicales [...]. El ruido no es música impensable, pero resulta terrorífico siquiera pensar en la clase de mundo que anuncia con su estruendo ensordecedor. Trompetas de Jericó. En el advenimiento de este mundo por venir, el *noise* alcanzará su frecuencia de resonancia y multiplicará las vibraciones hasta provocar el colapso en el que acabará todo y desde el que todo tendrá que empezar de nuevo.¹¹

En un tono similar Alex Ross, en *El ruido eterno: escuchar al siglo XX a través de su música*, señala:

Con el tiempo, los extremos se convierten en contrarios. Los acordes escandalosos de Schoenberg, tótems del artista vienés sublevado contra la sociedad burguesa, se filtran en películas de policías de Hollywood y en el jazz de la posguerra. El supercompacto material dodecafónico de las *Variaciones para piano* de Webern muta en una generación o dos en *Second Dream of the High-Tension Line Stepdown Transformer* de La Monte Young. La notación

¹¹ Luis Gámez, *El arte del ruido* (Barcelona: Alpha Decay, 2012), 54-55.

indeterminada de Morton Feldman conduce por un camino tortuoso a “A Day in the Life” (“Un día en la vida”) de los Beatles.¹²

La armonía es un ideal, incluso uno moderno y estable. El ruido es híbrido y real. En materia constitucional consideramos que sucede lo mismo, la CPE boliviana contiene ruido que busca convertirse en armonía. Consideramos que esta es la tarea del Tribunal Constitucional Plurinacional, buscar la armonía en el ruido del texto.

1.3. Interpretación vía bloque de constitucionalidad

Esta modalidad de interpretación es considerada también parte literal del texto, pues conforme a lo establecido en el artículo 410 de la Constitución son parte de este, de sus contenidos, los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y las normas del derecho comunitario, ratificados por el país; es decir, continúa una interpretación extensa y abierta del texto constitucional.

El artículo 256 de la Constitución incluye en la noción de bloque de constitucionalidad los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado. Entonces, se descentra el requisito de “ratificación necesaria” del tratado y se amplía el criterio polisémico de *instrumentos internacionales* en materia de derechos humanos, con lo que se despliega una pluralidad de instrumentos.

También se establece una condición: que los tratados o instrumentos internacionales de derechos humanos declaren derechos “más favorables” a los contenidos en la constitución, lo que genera la posibilidad de ponderar derechos más favorables, derechos que convengan más a un caso concreto.

De la misma forma, el párrafo IV del artículo 13 de la Constitución incluye los deberes consagrados en la carta en la interpretación vía bloque de constitucionalidad; es decir, lo establecido en el artículo 108 de la Constitución (la lista de deberes de todas las bolivianas y los bolivianos) debe ser leído en contraste y tensión con los instrumentos internacionales de derechos humanos.

1.4. Interpretación de cláusula abierta

El párrafo II del artículo 13 de la Constitución señala que “los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados”. En consecuencia, la Constitución establece un reconocimiento de otros derechos, sin condicionar la naturaleza o la fuente de ellos.

¹² Alex Ross, *El ruido eterno: escuchar al siglo XX a través de su música* (Barcelona: Seix Barral, 2011), 667.

Inicialmente se puede asociar esta fuente de derechos a la voluntad del constituyente conforme con sus documentos, actas y archivos, así como con la interpretación intercultural de los derechos (arts. 196 y 1, CPE).

La cláusula abierta de los derechos permite pensar en derechos en devenir, es decir, en derechos que vendrán. Por ejemplo, en esta cláusula abierta es posible incluir los derechos de ciudad, de la naturaleza y de los animales, entre otros.

Sin embargo, desde el pospositivismo, también puede pensarse en los derechos que no descansan en criterios únicamente formales, sino materiales; es el caso de las normas implícitas que son parte del sistema jurídico, aunque no estén expresamente enunciadas. Por ejemplo, el derecho occidental ha establecido los principios de inocencia o de irretroactividad de la norma penal o la abolición de la esclavitud, que aunque no estén expresamente enunciados en todos los textos constitucionales de la misma manera y, en algunos casos, hasta en redacciones confusas, son condiciones materiales del derecho occidental.¹³

La riqueza de acepciones que puede haber en la expresión “derechos no enunciados” es muy amplia y, en consecuencia, está abierta a la interpretación.

1.5. Interpretación intercultural

A partir de 2009 se constitucionaliza la pluralidad y, en consonancia, el pluralismo jurídico,¹⁴ que supone necesariamente un diálogo intercultural entre derechos y, a la vez, un descentramiento con respecto a la fuente de derechos.

Si se interpreta la Constitución tomando en cuenta con preferencia la voluntad constituyente (conforme a lo establecido en el párrafo II del artículo 196), debe repararse en lo dispuesto por el párrafo II del artículo 199 del proyecto de texto constitucional aprobado en grande en Chuquisaca:¹⁵ “II. La jurisdicción indígena originaria campesina respetará los derechos fundamentales establecidos en la presente Constitución, interpretados interculturalmente”.

¹³ Para una explicación más detallada del pospositivismo, véase Josep Aguiló, “Positivismo y pospositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, en *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, ed. por Isabel Linfante (Lima: Palestra, 2010), 13-35.

¹⁴ Una de las condiciones del pluralismo jurídico, pero también de los otros pluralismos (político, lingüístico, cultural, institucional, etc.) es la preexistencia de otros derechos, de otras comunidades de derechos. Entonces, la Constitución solo vuelve a restablecer esta condición que su artículo 1 ha denominado pluralidad. En la redacción que se desarrolla en este texto no se ha querido recurrir a la noción de reconocimiento del pluralismo, pues esta noción de reconocimiento puede generar tensión entre el que reconoce y el (o los) reconocido(s). Asimismo, el artículo 2 de la CPE reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas, es decir, hay algo previo que podemos llamar pluralidad, desde la que se funda el pluralismo.

¹⁵ Para el estudio de la voluntad constituyente se usan los documentos compilados en Vicepresidencia del Estado, *Enciclopedia histórica documental del proceso constituyente boliviano* (La Paz: Vicepresidencia del Estado, 2012), tomos 2, 3 y 5.

Asimismo, el informe de la subcomisión de Justicia Comunitaria de la Comisión 6 (Judicial) señala: “La jurisdicción indígena originaria campesina respetará los valores y derechos fundamentales establecidos en la presente Constitución, interpretados interculturalmente”.

Por lo dicho hasta aquí, la voluntad constituyente permite rescatar la interpretación intercultural –que es parte del pluralismo jurídico– establecida en los artículos 1 y 178 de la Constitución vigente.

Para el pluralismo jurídico no hay una sola fuente del derecho y de los derechos; no hay una sola fuente del lenguaje de los derechos y de las posibilidades de su realización, sino que existe una pluralidad previa que funda los pluralismos como estrategias de diálogo intercultural.

El pluralismo connota la existencia previa de comunidades de derechos que provienen de diferentes matrices culturales. Es decir, el pluralismo supone que hay más de una fuente de derechos, pues hay más de una comunidad de derechos. La interpretación moderna de estos corresponde en realidad solo a una de las comunidades de derechos.

El pluralismo, en todo caso, debería connotar la posibilidad de una comunidad de comunidades de derechos, que debe caracterizarse por su naturaleza de construida e inventada,¹⁶ de necesidad histórica y política, es decir, de concreción política construida por necesidades y determinaciones históricas, lo cual también se relaciona con una nueva condición de estatalidad que está en juego en la constitución.

Esta comunidad de comunidades no es una síntesis, ni tampoco supone la construcción de una comunidad que elimina a las comunidades que la constituyen. Es, si se desea una caracterización, *una comunidad sin comunidad*¹⁷ que descentra la posibilidad de ser *una* comunidad realizada de manera definitiva.

Es necesario reparar en la condición plural y política de esta comunidad de comunidades de derechos, puesto que si fuera una comunidad social –o natural– se corre el riesgo de eliminar la diversidad de las comunidades de derechos y repetir el predominio de una sobre las otras. Por ello, la comunidad de comunidades

¹⁶ El carácter producido e inventado trata de apartarse de la dicotomía entre lo artificial y lo natural. No se trata de oponer esta comunidad de comunidades a la naturaleza, sino de desplazar la noción de naturaleza a la noción de producción colectiva de esta comunidad de comunidades, generando el diálogo entre comunidades, un diálogo que debe partir de la igualdad y que, a la vez, debe conservar su carácter abierto.

¹⁷ Esta idea de una comunidad sin comunidad ha sido tratada por Jean-Luc Nancy: “La Comunidad es lo que tiene lugar siempre a través del otro y para el otro. No es el espacio de los mí-mismo sino de los yo, que son siempre otros [...]. No es una comunión que fusione los mí-mismo en un Mí-mismo o en un Nosotros superior. Es la Comunidad de los otros. La verdadera comunidad de los seres mortales [...]. La Comunidad ocupa por tanto un lugar singular, asume la imposibilidad de su propia inmanencia, la imposibilidad de ser comunitario en tanto que sujeto. La Comunidad asume e inscribe –es su gesto y trazado propios–, de alguna manera, la imposibilidad de la comunidad” [Jean-Luc Nancy, *La comunidad desobrada* (Madrid: Arena Libros, 1999), 35].

presupone la existencia previa de las otras. Es el carácter singular e inacabado de la pluralidad. Entonces, las comunidades existen previamente (idea de la pluralidad y de pluralismo igualitario, es decir, muchos espacios de justicia), y para definir algún campo de aplicación del derecho se unen en una comunidad de comunidades (pluralismo unitario, es decir, un solo espacio de justicia, pero constituido pluralmente).

El pluralismo jurídico,¹⁸ en este entendido, supone descentrar el sistema jurídico dominante bajo el cual se ha organizado el Estado moderno y el constitucionalismo, y, al descentrarlo, vaciar los contenidos que funcionan como eje de organización de la discursividad de derechos.

Cuando nos referimos a que la *comunidad de comunidades* se genera en el diálogo político, no hacemos referencia a lo político partidario, sino a lo político que en sí mismo posibilita la pluralidad; es decir, lo político como querella discursiva, querella de la igualdad de las comunidades en busca de acordar esta comunidad de comunidades, en un tiempo y momento histórico, que no supone la fundación de ninguna categoría universal.

En consecuencia, la Constitución abre la posibilidad de pensar otro derecho o un derecho otro que no es un derecho de la otredad, sino de la comunidad de comunidades, es decir, un derecho a ser construido y que transformaría el lenguaje de derechos y abriría las posibilidades de un constitucionalismo plurinacional.

1.6. Interpretación de la Constitución por medio del precedente y la jurisprudencia

El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia puede emitir las siguientes resoluciones: 1) sentencias constitucionales, 2) declaraciones constitucionales y 3) autos constitucionales (art. 10 del Código Procesal Constitucional, Ley 254 de 5 de julio de 2012).

La vinculatoriedad de las decisiones y sentencias, establecida en el artículo 203 de la CPE, debe comprenderse para las dos primeras: 1) sentencias constitucionales y 2) declaraciones constitucionales.

Las declaraciones constitucionales no crean derecho *per se*, pues están relacionadas con el control previo de constitucionalidad, es decir, con la actividad del Tribunal de responder a consultas sobre proyectos de ley, proyectos de estatutos autonómicos, proyectos de cartas orgánicas; estos dos últimos son las normas institucionales básicas de las entidades territoriales autónomas.

¹⁸ Por pluralismo jurídico entendemos la existencia de otras fuentes de derechos, de otras lógicas y posibilidades políticas de producir los derechos y el lenguaje de los derechos. En este sentido, se abandona en parte el pluralismo en su vertiente liberal (como tolerancia con otras formas de vida) y se abre a la hospitalidad (como convivencia de todas las formas de vida sin centralidad).

Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional sí crean derecho, en cuanto determinan el fin de un conflicto en el que se disputa un derecho constitucional o una interpretación específica de la Constitución y la ley (art. 196).

A partir de la interpretación de las disposiciones que se encuentran en la Constitución, así como de la interpretación de las leyes conforme con lo establecido por la Constitución, el Tribunal Constitucional Plurinacional puede expulsar del ordenamiento jurídico leyes, decretos, resoluciones y otras disposiciones, o puede mantener su vigencia a través de una interpretación de la disposición acorde con la Constitución. Además, por medio de resoluciones puede sustituir una disposición por otra o complementar la disposición con un razonamiento constitucional. El Tribunal desarrolla todas estas tareas a través de las resoluciones que emite.

La posibilidad de crear derecho a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional se encuentra en las denominadas sentencias interpretativas,¹⁹ las sentencias aditivas o integradoras²⁰ y las sentencias sustantivas.²¹

La colección de sentencias –específicamente de la parte denominada *ratio decidendi*²²– genera en sí lo que se conoce como jurisprudencia. Paul Kahn considera

¹⁹ Declaran la inconstitucionalidad de una interpretación de la norma motivo de la acción, y mantienen la disposición como constitucional. Los parámetros de interpretación son explicitados en la misma sentencia por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

²⁰ Parten de la premisa de que se puede declarar la inconstitucionalidad de una disposición debido a que se encuentra incompleta; es decir, que se dé el caso de una inconstitucionalidad por omisión. O bien, se puede declarar la constitucionalidad, pero el Tribunal debe enmendar el contenido (en consecuencia, abarcar una función legislativa positiva). En las sentencias aditivas también se puede fijar un plazo para que el órgano encargado complemente la disposición.

²¹ Son similares a las sentencias aditivas. La diferencia radica en que si bien declaran inconstitucional una disposición o una parte de ella, la sustituyen (por completo o reemplazan la parte declarada inconstitucional) por otra, sea de la Constitución o del bloque de constitucionalidad o, incluso, por otra disposición producida por el mismo Tribunal Constitucional Plurinacional. Una vez más, este Tribunal se convierte en un legislador positivo.

²² El término *ratio* proviene de una voz latina que se define como razón o justificación de una regla jurídica. Estados como Alemania denominan *tragende* (fundamentos de soporte) a la *ratio decidendi*; en cambio, en Estados Unidos se utiliza la expresión *holding* [Diego López Medina, *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial* (Bogotá: Legis, 2006)]. En Bolivia es conocido el término *ratio decidendi* para referirse a la razón de la decisión. Pese a estas denominaciones, no es fácil dar una definición de lo que supone o trata una *ratio decidendi*. Según José Antonio Rivera, es en la *ratio decidendi* donde se consignan las normas adscritas obtenidas de esa labor de interpretación, interrelación o integración de las normas jurídicas aplicables a la resolución del caso concreto, que se constituirán en los precedentes jurisprudenciales constitucionales o precedentes obligatorios que deben ser aplicados por los jueces y tribunales ordinarios en otras situaciones o casos análogos [José Antonio Rivera, *Temas de derecho procesal constitucional* (Cochabamba: Kipus, 2007), 278]. Así, la *ratio decidendi* conlleva los fundamentos lógicos de la decisión, por lo que permite demostrar una decisión justa de acuerdo con el derecho. Esta fundamentación incluye reglas, principios y razones para argumentar la decisión judicial del Tribunal Constitucional Plurinacional.

que la jurisprudencia es una construcción compleja de precedentes, “las sentencias sitúan el caso nuevo frente a las decisiones pasadas”,²³ es decir, hay un arte que va más allá de la interpretación del texto, que apunta a una interpretación de las decisiones y que cada vez nos puede alejar del texto constitucional mismo.

Como señala Diego Eduardo López Medina,

... el derecho se ha liberado del monopolio de la ley. Sin dejarla de lado, apelando a un entendimiento más profundo del principio democrático y de las exigencias de la justicia, el derecho definitivamente se abre a una variedad de fuentes, modifica sus métodos y formas de aprehender la realidad y de reaccionar a su entorno. El juez se ve obligado a imprimir un giro a su quehacer puesto que debe resolver las controversias y cada vez con mayor nitidez es manifiesto que la ley ha dejado de ser la única cantera de la que pueden extraerse sin más las reglas o principios que determinen su solución.²⁴

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional posibilita la construcción de líneas de interpretación jurídica y bases de comprensión racional del derecho, en busca de una realización de un nuevo derecho constitucional plurinacional. ¿Es en esta labor donde se encuentra el activismo judicial? Consideramos que sí, en tanto en muchas de sus decisiones el Tribunal Constitucional Plurinacional no solo realiza una lectura constitucional de la ley (uno de los criterios de la constitucionalización del ordenamiento jurídico expresado por Guastini),²⁵ sino que incluso avanza más allá de la misma ley y brinda mayores contenidos a los que la misma CPE contiene.

2. Activismo en el Tribunal Constitucional Plurinacional

El denominativo del intérprete de la Constitución en Bolivia es un llamado al activismo judicial, pues este intérprete se designa Tribunal Constitucional Plurinacional. Lo plurinacional supone que su existencia está condicionada a la participación indígena y, en consecuencia, a crear un derecho plurinacional, como lo señala la Sentencia Constitucional Plurinacional 0112/2012:

²³ Paul Kahn, *Construir el caso: el arte de la jurisprudencia* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2019), 80.

²⁴ Diego López Medina, *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial* (Bogotá: Legis, 2006), XII.

²⁵ Riccardo Guastini desarrolló esta idea en una variedad de textos. Véase Riccardo Guastini, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, ed. por Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2005), 49-73.

De ahí que la Constitución de 2009, inicia un constitucionalismo sin precedentes en su historia, que es preciso comprender para construir, hilar una nueva teoría jurídica del derecho boliviano, en una secuencia lógica que va desde la comprensión de este nuevo derecho hasta los criterios para su aplicación judicial. Esto debido al nuevo modelo de Estado ínsito en el texto constitucional.

[...]

Corresponde a la jurisprudencia proferida por el Tribunal Constitucional Plurinacional -en su función de intérprete final del orden constitucional y uniformador del nuevo derecho- precisar sus alcances normativos a través de la interpretación que desentrañe el sentido del principio en cuestión, esto, sin exclusión de la tarea de los jueces y las autoridades originarias de la pluralidad de jurisdicciones reconocidos en la Constitución, en su actividad decisoria cotidiana.

[...]

En el constitucionalismo plurinacional e intercultural, bajo la idea de “Estado constitucional de Derecho plurinacional e intercultural traspasado por la Unidad de Estado”, ese paradigma debe ser acogido.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 197, parágrafo I, de la CPE boliviana, el Tribunal Constitucional Plurinacional está integrado por magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino. Asimismo, el artículo 199, parágrafo I, señala que para la calificación de méritos para optar a la magistratura del Tribunal Constitucional Plurinacional se tomará en cuenta haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia.

Esta condición de presencia de abogados y de autoridades indígenas puede matizarse en las distintas sentencias en las que, usando los criterios de interpretación referidos anteriormente, han aclarado contenidos de esta, han frenado legislación y prácticas contrarias al espíritu de la Constitución, generando muchas veces un enfrentamiento con el órgano legislativo que, a partir de la elaboración de leyes, intentó un proceso de desconstitucionalización y despolitización del alcance de la justicia indígena. A continuación revisaremos solo algunas de estas sentencias.

2.1. Lo plurinacional

La CPE boliviana señala en su artículo 1 que Bolivia se constituye en un Estado Plurinacional, mismo que se funda en la pluralidad y el pluralismo jurídico.

El Tribunal Constitucional Plurinacional ha desarrollado en su Sentencia STCP 206, de 5 de febrero de 2014:

Lo “plurinacional”, es instituido por el constituyente con el objetivo de constituir una sociedad plural y descolonizada, reconstitutiva de la armonía

y el equilibrio perdido milenariamente. Para ello ha instituido principios y valores plurales, y ha establecido la conformación del Estado con base a la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. En consecuencia, la constitución plurinacional del Estado, vinculado a la lucha y resistencia anticolonial de las naciones originarias, implica la necesaria “reconstitución” de las naciones precoloniales mediante el ejercicio igualitario de sus sistemas económicos, políticos, jurídicos, culturales y lingüísticos propios; elementos que a su vez, sustentan la “descolonización” sobre la que se cimenta en Estado “Plurinacional”.

En ninguna parte de la CPE boliviana se menciona la necesaria “reconstitución” de las naciones precoloniales; sin embargo, el espíritu del texto que podemos recoger del análisis de la voluntad constituyente (como lo señala el art. 196 de la CPE) nos permite encontrar un proceso de politización que se acerca a la idea de cogobierno entre autoridades indígenas y autoridades no indígenas. Una muestra que ayuda a comprender esta afirmación se encuentra en la Comisión 1 de la Asamblea Constituyente, denominada “Visión de País”.²⁶

2.2. Cientos de naciones

Una de las interpretaciones comunes del texto constitucional señala que la CPE, en su artículo 5, determina la existencia de 36 naciones,²⁷ aunque este artículo se refiere a los idiomas de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, es decir, solo a los idiomas y no a los pueblos, ni siquiera a que todos estos pueblos sean considerados naciones.

El Tribunal Constitucional Plurinacional realizó la aclaración de que no existen 36 naciones en su Sentencia STCP 0007, de 13 de febrero de 2019, en la que señala:

De acuerdo a los datos otorgados por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), sobre el Censo de Población y Vivienda del 2012, dio como resultado del ejercicio del derecho a la autoidentificación cultural, del total de declaraciones de pertenencia a Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinas (NPIOC), se tiene un número de ciento veintidós pertenencias culturales declaradas, datos que todavía no fueron analizados cualitativamente por las instituciones competentes a fin de determinar el número de identidades culturales existentes en el Estado Plurinacional de Bolivia; sin embargo, la cifra

²⁶ Véase, Vicepresidencia del Estado, *Enciclopedia histórica documental del proceso constituyente boliviano* (La Paz: Vicepresidencia del Estado, 2012), tomos 2 y 3.

²⁷ Son variadas las interpretaciones de este tipo. Para muestra, véase “Las 36 naciones de Bolivia”, *Opinión*, 6 de agosto de 2013, <https://www.opinion.com.bo/articulo/pais/las-36-naciones-de-bolivia/20130806020300444625.html>.

nos da una idea de la gran diversidad cultural que existe, más allá de las treinta y seis naciones o culturas que se asumen de una errada lectura del art. 5 de la CPE, puesto que, la citada disposición constitucional refiere a los idiomas oficiales y no así al número de naciones en el Estado.

La variedad de pueblos indígenas supone una variedad de sistemas normativos que fundamentan el pluralismo jurídico reconocido de manera transversal en la CPE, en particular en los artículos 1 y 178.

2.3. Los indígenas también están en la ciudad

El párrafo I del artículo 191 de la CPE señala que la jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de pertenencia de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino. Este vínculo de pertenencia se encuentra en relación con lo establecido en párrafo I del artículo 30 de la CPE, que señala que es nación y pueblo indígena originario campesino toda colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia sea anterior a la invasión colonial española. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha realizado una aclaración sobre el sujeto de la jurisdicción indígena originaria campesina en su Sentencia STCP 1422, de 24 de septiembre de 2012, en los siguientes términos:

Debe precisarse además que en el contexto de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, su estructura organizativa por razones también de orden socio-histórico, podría estar compuesta por organizaciones campesinas, juntas vecinales u otras modalidades organizativas que reflejen un proceso de mestizaje vivido en el País, en estos casos, el reconocimiento de derechos colectivos como naciones y pueblos indígena originario campesinos, responderá a la concurrencia de cualquiera de los elementos de cohesión colectiva descritos supra, es decir a la existencia de identidad cultural; idioma; organización administrativa; organización territorial; territorialidad ancestral; ritualidad y cosmovisión propia, entre otras; por tanto, a pesar de la influencia de elementos organizativos propios de un proceso de mestizaje, en la medida en la cual se identifique cualquiera de los elementos de cohesión colectiva antes señalados, la colectividad será sujeta de derechos colectivos y le será aplicables todos los efectos del art. 30 en sus dos párrafos de la Constitución, así como los efectos del principio de libre-determinación inherente a los pueblos y naciones indígenas originario y campesinos plasmado en el segundo artículo de la CPE.

Entonces, los indígenas están también en las ciudades. Esta obviedad cambia por completo la idea de una Constitución multicultural que respeta la existencia de la

jurisdicción indígena, pero allá lejos, en sus territorios; la idea de una Constitución plurinacional que nos señala que las organizaciones campesinas, juntas vecinales u otras modalidades organizativas que reflejen un proceso de mestizaje son también sujetos que pueden organizarse y ejercer su jurisdicción indígena.

Lo indígena es diverso y se desplaza por el territorio boliviano de distintas formas.

¿Pero lo afirmado podría ser un activismo judicial que estaría ampliando, a través de una sobreinterpretación, lo señalado en la CPE? Consideramos que sí, en tanto la CPE señala en su artículo 191 el deslinde territorial, es decir que la jurisdicción indígena se aplica a territorios indígenas. ¿Dónde quedaron, entonces, estos territorios, si podrían darse en juntas de vecinos que tienen una participación directa en las ciudades? La sentencia referida permite a las colectividades indígenas el ejercicio de sus derechos, si se identifica cualquiera de los elementos de cohesión colectiva.²⁸

2.4. Las materias que puede conocer la jurisdicción indígena no tienen límites

Ha sido un lugar común señalar que la Ley 073 de deslinde jurisdiccional de fecha 29 de diciembre de 2010 ha dado muerte a la jurisdicción indígena originario campesina,²⁹ y es lógico que si solo se aplicara el razonamiento legislativo del artículo 10 de referida ley, a la jurisdicción indígena no le quedan muchas materias para conocer.

Veamos el artículo 10 de la ley 073 de deslinde jurisdiccional de fecha 29 de diciembre de 2010:

Artículo 10. (Ámbito de vigencia material).

- I. La jurisdicción indígena originaria campesina *conoce los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron* bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación.
- II. El ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originaria campesina *no alcanza a las siguientes materias*:
 - a) En materia penal, los delitos contra el derecho internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y

²⁸ Uno de los casos controversiales se generó mediante la Sentencia STCP 0874/2014, que enfrentó a una junta de vecinos de Zongo (región que se encuentra en el distrito 23 de la ciudad de La Paz) con los fiscales (Ministerio público), actores de la jurisdicción ordinaria.

²⁹ Xavier Albó, por ejemplo, señaló en 2015 que a las autoridades indígenas “les cortaron las alas con la Ley de Deslinde Jurisdiccional. Yo he dicho varias veces: sospecho que con un Tribunal Constitucional suficientemente independiente (la Ley de Deslinde) no pasaría el test de constitucionalidad” (http://www.la-razon.com/index.php?url=/suplementos/animal_politico/Xavier-Albo-Autonomias-indigenas-politica_o_2204779507.html); asimismo, en 2016, la Cumbre de Justicia Indígena Originario Campesina determinó que la Ley de Deslinde frena la justicia indígena (https://correodelsur.com/seguridad/20160921_evento-judicial-indigena-rechaza-ley-de-deslinde.html).

externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio;

b) En materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario;

c) Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado, y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas;

d) Otras que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente.

III. Los asuntos de conocimiento de la jurisdicción indígena originaria campesina, no podrán ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las demás jurisdicciones legalmente reconocidas.

El párrafo II del artículo 10, supra, restringe la competencia material de la jurisdicción indígena originario campesina. Sin embargo, el párrafo I del mismo artículo señala que las naciones y los pueblos indígenas conocen los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron. Si la jurisdicción indígena conocía un asunto, pero desde 2010 se encuentra en las restricciones del párrafo II del artículo 10, ¿qué se debería hacer? Se evidencia, entonces, una aparente contradicción entre el párrafo I y el párrafo II del artículo 10 de la Ley 073.

Esta aparente contradicción fue resuelta por el Tribunal Constitucional Plurinacional inicialmente en su Sentencia STCP 0037, de 4 de enero de 2013: “[D]ebe tenerse en cuenta que ni el Convenio 169 de la OIT, ni la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establecen un límite en cuanto a las materias o la gravedad de los hechos para el ejercicio de la jurisdicción indígena”.

Y con mayor claridad, el Tribunal señaló en su Sentencia STCP 0764, de 15 de abril de 2014:

En efecto, de acuerdo a los principios de progresividad y de favorabilidad para el ejercicio pleno y eficaz del derecho a la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, postulado que encuentra sustento en una interpretación armónica de los arts. 13.I, 256 y 2 de la CPE, se tiene *que todos los actos, hechos y conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron las naciones y pueblos indígena originario campesinos bajo sus nor-*

*mas, procedimientos propios y saberes, son de conocimiento de la jurisdicción indígena originario campesina, por tanto, el ámbito de aplicación material de esta jurisdicción, debe ser interpretado de la manera más amplia y progresiva posible, para que se asegure la vigencia de la plurinacionalidad y el respeto al ejercicio pleno de la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. El postulado expuesto, constituye precedente jurisprudencial vinculante.*³⁰ (Énfasis agregado)

Y también en su Sentencia STCP 006, de 6 de febrero de 2019, precisó:

Respecto al art. 191.II.2 de la CPE, respecto al ámbito de vigencia material, establece que la jurisdicción indígena originaria campesina: “conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional”, pese a ello, a este Tribunal Constitucional Plurinacional le resulta absolutamente claro que las comunidades indígena originario campesinas vienen conociendo desde la antigüedad todas las controversias surgidas en la misma de forma que cuentan con la presunción de competencia por su situación histórica de desventaja respecto a la jurisdicción ordinaria por lo que la interpretación de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, debe efectuarse de tal manera que lo inhibido a la jurisdicción indígena originaria campesina sea el resultado de una interpretación sistemática del texto constitucional de donde resulte que la exclusión de un “asunto” de la competencia de la jurisdicción indígena originaria campesina busque de manera evidente y clara en el caso concreto proteger un bien jurídico de entidad nacional o internacional de acuerdo a las particularidades del caso concreto.

De lo establecido por el TCP mediante su reiterada jurisprudencia se puede concluir que la normativa internacional de derechos de los pueblos indígenas no restringe la competencia material de la jurisdicción indígena. Asimismo, respecto a la aplicación de la Ley de Deslinde Jurisdiccional 073, debe de interpretarse de manera que se asegure la vigencia de la plurinacionalidad y del principio de libre determinación de los pueblos indígenas; esto significa que se debe presumir la competencia del pueblo indígena originario campesino.

El artículo 203 de la CPE señala que las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno. Asimismo, la Sentencia Constitucional STCP 0764, de 15 de abril de 2014, precisa que el postulado expuesto constituye precedente jurisprudencial vinculante, y que aquellos que aún creen que la Ley de deslinde ha dado muerte a la jurisdicción indígena, pues deben

³⁰ Extracto de la Sentencia Constitucional SCP 0764, de 15 de abril de 2014.

cambiar de opinión solo leyendo esta y otras sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional.

A manera de epílogo

En Bolivia, el activismo judicial del Tribunal Constitucional Plurinacional ha sido y es necesario para la vivencia práctica del plurinacionalismo, del derecho a la libre determinación, del ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas y, en particular, para la existencia del pluralismo jurídico. Entendemos por activismo la posibilidad de que el Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de una sobreinterpretación de la Constitución, permita repolitizar lo que la legislación infraconstitucional, en muchos casos, ha intentado despolitizar. Se trata de una definición positiva del activismo, que no solo amplía el radio de acción del derecho plurinacional, los derechos de pueblos indígenas, la libre determinación y el pluralismo jurídico, sino también reactiva la politización que permitió su constitucionalización. Es decir, la manera en que el Tribunal deduce consecuencias jurídicas a partir de la interpretación de los postulados normativos, de los principios constitucionales, de la voluntad constituyente, y recupera los procesos de acumulación y de luchas de los pueblos indígenas que posibilitaron el proceso constituyente boliviano y la CPE del año 2009.

Este activismo judicial no sería factible sin las posibilidades abiertas de interpretación que posee el texto constitucional boliviano.

No todo activismo en Bolivia ha sido positivo; algunas veces, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha remitido los postulados de la CPE a pura retórica.³¹ Sin embargo, hay otras formas de activismo en las que el Tribunal ha abierto el camino para pensar en un derecho plurinacional, no sin conflictos ni contradicciones, pero que habilite la convivencia entre un sistema jurídico occidental y un sinnúmero de otros sistemas y ordenamientos claramente no occidentales, como la jurisdicción indígena y la práctica de justicia indígena. El camino es aún largo, pero el trabajo del Tribunal Constitucional Plurinacional, en muchos casos, es muy interesante, relevante y un ejemplo destacable.

Bibliografía

AGUILÓ, Josep. *Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*. En *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*, editado por Isabel LINFANTE, 13-35. Lima: Palestra, 2010.

³¹ Este es el caso de la Sentencia STCP 300/2012 sobre el caso del Tipnis, en el que abiertamente se desconocen los derechos a la consulta previa, la libre determinación y el autogobierno de pueblos indígenas.

- BARAK, Aharon. *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra, 2017.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2006.
- GÁMEZ, Luis. *El arte del ruido*. Barcelona: Alpha Decay, 2012.
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: una discusión en clave neoconstitucional*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.
- GUASTINI, Riccardo. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano". En *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel CARBONELL, 49-73. Madrid: Trotta, 2005.
- KAHN, Paul. *Construir el caso: el arte de la jurisprudencia*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2019.
- KLATT, Mathias. *Hacer el derecho explícito. Normatividad semántica en la argumentación jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2017.
- LACLAU, Ernesto. *Misticismo, retórica y política*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de interpretación constitucional: principios, métodos y enfoques para la aplicación de las constituciones*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1987.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Legis, 2006.
- NANCY, Jean-Luc. *La comunidad desobrada*. Madrid: Arena Libros, 1999.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 2007.
- REPRESENTACIÓN PRESIDENCIAL PARA LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE. *Constitución política del Estado: aprobada en grande* [Separata de prensa]. La Paz: Repac, 2007.
- REPRESENTACIÓN PRESIDENCIAL PARA LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE. *Nueva Constitución Política del Estado: Versión oficial; Aprobada en grande en detalle y en revisión* [Separata de prensa]. La Paz: Repac, 2007.
- RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio. *Temas de derecho procesal constitucional*. Cochabamba: Kipus, 2007.
- ROSS, Alex. *El ruido eterno: escuchar al siglo XX a través de su música*. Barcelona: Seix Barral, 2011.
- VICEPRESIDENCIA DEL ESTADO. *Enciclopedia histórica documental del proceso constituyente boliviano*, tomos 2, 3 y 5. La Paz: Autor, 2012.

Documentos legales y jurisprudencia

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. STCP 112, de 27 de abril de 2012.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. STCP 1422, 24 de septiembre de 2012.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. STCP 0037, de 4 de enero de 2013.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. STCP 1631, de 4 de octubre de 2013.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. STCP 206, de 5 de febrero de 2014.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. STCP 0764, de 15 de abril de 2014.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. STCP 0874/2014, de 12 de mayo 2014.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. STCP 0007, de 13 de febrero de 2019.

Esteban Nader* (Argentina)
Karina Denari G. de Mattos** (Brasil)

Adjudicación socioambiental en casos estructurales de Argentina y Brasil: aprendizaje mutuo y estrategias comparadas***

RESUMEN

Este artículo analiza las estrategias de adjudicación utilizadas en Argentina y Brasil en dos casos estructurales de restauración socioambiental: el caso de la cuenca Matanza-Riachuelo (CMR), en Argentina, y el derivado del colapso de la presa de relaves Fundão en la cuenca Rio Doce (CRD), en Brasil. Nos interesa reflexionar sobre los efectos de creación, coordinación y desbloqueo, creación de nuevas políticas públicas y el efecto deliberativo o participativo, producido a partir de la intervención del Poder Judicial en el caso argentino y del Ministerio Público en el brasileño. En definitiva, el artículo intenta revelar cómo, a través de mecanismos deliberativos, el poder judicial puede intervenir en este tipo de casos sin exceder el umbral de sus funciones y, al mismo tiempo, obtener buenos resultados. Los casos estudiados evidencian, asimismo, oportunidades regionales de aprendizaje mutuo entre vecinos con problemáticas análogas e instituciones con desafíos semejantes.

Palabras clave: litigio estructural; cuenca Matanza-Riachuelo; cuenca Rio Doce.

* Doctorando Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; exbecario DAAD, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional de Heidelberg (Alemania); exbecario doctoral Conicet; LL.M. Protección Internacional de los Derechos Humanos, Universidad de Alcalá de Henares (España). Profesor de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán (Argentina). esteban.nader@derecho.unt.edu.ar. <https://orcid.org/0000-0003-0225-6299>.

** Doctora en Derecho, Universidad Federal de Río de Janeiro (UFRJ) (Brasil); máster en Derecho, Universidad de São Paulo (USP) (Brasil). Investigadora de la Fundación Getulio Vargas (FGV). karinadenari@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-7924-1322>.

*** Este documento no menciona ni hace uso de los datos recopilados por la Fundación Getulio Vargas (FGV) como parte del estudio técnico realizado por el investigador participante del Proyecto Rio Doce, contratado por el Ministerio Público Federal (MPF).

Socio-environmental adjudication in structural cases in Argentina and Brazil: mutual learning and shared strategies

ABSTRACT

This article analyzes the adjudication strategies used in Argentina and Brazil in two structural cases of socio-environmental restoration: a case involving the Matanza-Riachuelo Basin (MRB) in Argentina, and a case derived from the collapse of the Fundão tailings dam in the Rio Doce Basin (RDB) in Brazil. We are interested in thinking about the effects of creation, coordination and unblocking, the creation of new public policies, and the deliberative or participatory effect produced by the intervention of the Judicial Branch in the Argentine case, and by the Public Ministry in the Brazilian case. Ultimately, the article tries to reveal how, through deliberative mechanisms, the judiciary can intervene in these kinds of cases without exceeding the threshold of its functions and, at the same time, obtain good results. The cases studied also demonstrate regional opportunities for mutual learning between neighbors with analogous problems and institutions with similar challenges.

Keywords: Structural litigation; Matanza-Riachuelo Basin; Rio Doce Basin.

Das Verfahren zur Vergabe von sozioambientalen Strukturprojekten in Argentinien und Brasilien: gegenseitiger Lernprozess und Strategievergleich

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel analysiert die Strategien, die bei der Vergabe von zwei sozioambientalen Strukturvorhaben verfolgt wurden: das Sanierungsprojekt des Matanza-Riachuelo-Beckens (span. Abk. CMR) in Argentinien und das aufgrund des Bruchs des Schlammrückhaltedamms Fundão im Rio-Doce-Becken (port. Abk. CRD) in Brasilien erforderliche Vorhaben. Im Mittelpunkt des Artikels stehen Überlegungen zu dem Beitrag, den die Eingriffe der Justiz (in Argentinien) und der Staatsanwaltschaft (in Brasilien) auf die Entwicklung, Koordination und Entblockierung der Vorhaben wie auch auf die Entwicklung neuer Ansätze öffentlicher Politik und auf die Beratungs- und Partizipationsmechanismen hatten. Der Beitrag versucht zu klären, wie es der Justiz gelingt, mithilfe von Beratungsmechanismen in Verfahren dieser Art einzugreifen, ohne ihre Zuständigkeiten zu überschreiten, und dabei positive Ergebnisse zu erzielen. Anhand der untersuchten Beispiele lassen sich zugleich die Möglichkeiten gemeinsamer Lernprozesse zwischen Nachbarstaaten aufzeigen, die vor analogen Problemen stehen und deren Institutionen ähnliche Herausforderungen bewältigen müssen.

Schlagwörter: Rechtsstreit zu Strukturfragen; Matanza-Riachuelo-Becken; Rio-Doce-Becken.

Introducción

Brasil y Argentina pasaron por situaciones de desastres socioambientales complejos. La explotación sin límites de la minería y las actividades extractivas en Brasil llevaron a escenarios críticos en el estado de Minas Gerais, que culminaron con la muerte de 19 personas y la vulneración de derechos de más de 90 mil¹ por la ruptura de la presa de relaves en la cuenca Rio Doce (CRD) o Mariana, ocurrida en noviembre de 2015.² En Argentina, la histórica contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo (CMR) de la provincia de Buenos Aires y ciudad autónoma viene provocando una vulneración estructural de derechos en uno de los lugares más densamente poblados y desiguales del país.³ La inacción de las autoridades estatales argentinas durante más de un siglo llevó a que la Corte Suprema debiese intervenir en el caso.

Si bien existen diferencias significativas entre los casos, pueden observarse avances importantes en ambos, sobre todo en el de la CMR. Estos, a menudo, están relacionados con los esfuerzos de las comunidades, organizaciones y la sociedad civil, que forman parte de una red compleja de monitoreo de las políticas públicas implementadas a partir de las intervenciones judiciales.

Este artículo tiene como objetivo presentar las estrategias creadas por los actores institucionales involucrados en los casos argentino y brasileño, y reflexionar sobre su efectividad en lo que se refiere a la ampliación de la participación social y el acceso a la reparación integral a los afectados por estas violaciones. Especialmente, nos interesa analizar los efectos de creación, coordinación y desbloqueo, de creación de nuevas políticas públicas y el efecto deliberativo o participativo, a partir de la literatura de referencia de Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco.⁴

En casos complejos y estructurales⁵ como los estudiados, donde las agencias estatales se encuentran bloqueadas para producir un cambio, ya sea por presiones

¹ Según el sitio web de la Fundação Renova, el número representa el total de personas registradas en los programas de reparación. Adicionalmente, se estima que más de 90 mil personas siguen esperando ser registradas, <https://www.fundacaoarena.org/>.

² Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, Ibama, *Lauda técnico preliminar. Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais* (documento, noviembre de 2015), https://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_ibama.pdf.

³ Andrés Nápoli y José Esain, “Riachuelo: *habemus* sentencia”, *Revista de Derecho Ambiental*, vol. 16 (2008): 97-119.

⁴ César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia* (Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010).

⁵ Se trata de casos caracterizados por 1) afectar a un número amplio de personas que alegan la violación de sus derechos, ya sea directamente o a través de organizaciones que litigan su causa; 2) involucrar a varias entidades estatales como demandadas por ser responsables de fallas sistemáticas de políticas públicas; y 3) implicar órdenes de ejecución compleja, mediante

corporativas o por ineficiencia estatal, el poder judicial se transforma en una arena alternativa en la que los afectados pueden buscar modificar su situación de vulnerabilidad.⁶ Si bien hay sectores de la academia que critican la intervención de la justicia en este tipo de casos,⁷ una correcta intervención de esta a través de una impronta dialógica que incluya a las agencias estatales, los afectados y la sociedad civil en la búsqueda de soluciones dentro del proceso, más que perjudicar, beneficia a la democracia.⁸ En los procesos estructurales, la sentencia es solo un impulso inicial, dentro de un proceso, donde lo más sustancioso ocurre en la etapa de monitoreo del cumplimiento de la sentencia.

César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco⁹ concluyeron, a través de una investigación empírica de casos estructurales (con foco en el caso del desplazamiento forzado en Colombia, la Sentencia T-025 de 2004), que los casos más exitosos son aquellos donde existe un fuerte sistema de monitoreo e implementación de la sentencia.¹⁰ Más recientemente, César Rodríguez

las cuales el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada (no solamente a los demandantes del caso concreto) (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social...*, 16).

⁶ Sobre la justiciabilidad de los derechos, véase Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997); Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid: Trotta, 2002); Rachel Cichowski, "Courts, rights, and democratic participation", *Comparative Political Studies February*, 39, n.º 1 (2006): 50-75.

⁷ Los siguientes trabajos tienen una postura escéptica sobre la capacidad institucional del poder judicial, señalando que este tiene limitaciones institucionales y teóricas (falta de legitimidad democrática) que no le permitirían, *a priori* incidir sobre políticas públicas: Gerald Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* 2nd ed. (University of Chicago Press, 2008); Mark Tushnet, "An essay on rights", *Texas Law Review* 4 (1984): 1363-1402; Friedrich August von Hayek, *Law, Legislation and Liberty* (London: Routledge and Paul Kegan, 1973).

⁸ Investigaciones más recientes sobre la efectividad decisoria de tales decisiones: Malcolm Langford, César Rodríguez Garavito y Julieta Rossi, *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento* (Bogotá: Dejusticia, 2017). Sobre la consolidación de redes de monitoreo en la sociedad civil: Sandra Botero, "Judges, litigants, and the politics of rights enforcement in Argentina", *Comparative Politics*, 50, n.º 2 (2018): 169-187. Siri Gloppen, "Courts and social transformation: An analytical framework", in *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, ed. por Roberto Gargarella, Pilar Domingo y Theunis Roux (Aldershot/Burlington: Ashgate, 2006), 35-60.

⁹ Rodríguez Garavito, Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social...*, 141; César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Juicio a la exclusión: el impacto del activismo judicial sobre derechos sociales en el Sur Global* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015).

¹⁰ Como en otras sentencias estructurales, el efecto es duradero en la medida en que promueva procesos de políticas públicas de largo plazo a través de decisiones de seguimiento que involucren actores estatales y no estatales (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social...*, 141; Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, *Juicio a la exclusión...*).

Garavito¹¹ refuerza su teoría para decir que es más probable que una decisión tenga un mayor impacto si los tribunales practican un activismo dialógico que él denomina “*empowered participatory jurisprudence*”.¹²

El marco teórico utilizado en el artículo se relaciona con una perspectiva que contienen los estudios sociolegales. Estos se preocupan por analizar empíricamente la realidad, enfatizando la descripción en profundidad de los casos, los efectos producidos por las intervenciones judiciales y la comparación de modelos dentro del escenario institucional latinoamericano.¹³ A lo largo del trabajo utilizaremos prioritariamente la consulta de fuentes secundarias (documentos, informes oficiales y extraoficiales, decisiones judiciales, acuerdos extrajudiciales y procedimientos, investigaciones académicas), aunque también entrevistas realizadas por los autores.¹⁴

La comparación de ambos casos nos permite reflexionar sobre el impacto de la intervención de los tribunales en casos socioambientales que producen situaciones de vulneraciones de derechos que generan desigualdades estructurales. Haremos hincapié sobre todo en los efectos relacionados con el diseño y la implementación de políticas públicas que buscan contrarrestar las vulneraciones sistemáticas de derechos, cuando las agencias estatales se encuentran bloqueadas y el poder judicial debe intervenir. Al mismo tiempo, dentro de esta dinámica, procuramos analizar el funcionamiento de la participación de los afectados, de las instituciones del sistema de justicia, en el caso brasileño principalmente la del Ministerio Público, y en el argentino la de la Corte y la sociedad civil en el marco de los procesos que tienen a buscar una reparación de estas situaciones de desigualdades estructurales. En definitiva, queremos analizar estas microinstitucionalidades que se crean para garantizar el monitoreo y el cumplimiento de las órdenes judiciales tendientes a buscar soluciones estructurales.

¹¹ César Rodríguez Garavito, “Más allá del cumplimiento: cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales”, en Langford, Rodríguez Garavito y Rossi, *La lucha...*, cap. 3.

¹² Asimismo, un enfoque dialógico en los casos de DESC estimula mecanismos de seguimiento participativos (por ejemplo, audiencias públicas, comisiones de seguimiento nombradas por los tribunales e invitaciones a la sociedad civil y a los organismos administrativos para que suministren la información relevante y participen en las discusiones patrocinadas por el tribunal), que profundizan la deliberación democrática y mejoran el impacto de las intervenciones del tribunal (Rodríguez Garavito, “Más allá del cumplimiento: cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales”, 107).

¹³ Dos principales trabajos orientarán a los autores respecto a la descripción propuesta y la comparación de experiencias latinoamericanas: John Gerring, “Mere description”, *British Journal of Political Science* 42, n.º 4 (2012): 721-746; Diana Kapiszewski y Matthew Taylor, “Doing courts justice? Studying judicial politics in Latin America”, *Perspectives on Politics* 6, n.º 4 (2008): 741-767, DOI: <https://doi.org/10.1017/S1537592708081899>, Published online by Cambridge University Press: 13 November 2008 DOI: <https://doi.org/10.1017/S1537592708081899>, Published online by Cambridge University Press: 13 November 2008.

¹⁴ Minoritariamente se utilizan datos primarios en el caso argentino por medio de una entrevista de Esteban Nader con Andrés Napoli, de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

También nos preguntamos si existe alguna posibilidad de aprendizaje mutuo en la región con respecto a la intervención de los tribunales en la reparación de violaciones estructurales de derechos en casos de tragedias socioambientales. Nuestra intención al comparar los dos casos pasa también por explorar las similitudes y diferencias de las formas de abordaje.

1. Argentina: un breve relato de la problemática de la cuenca Matanza-Riachuelo

Desde inicios del siglo XX, la zona metropolitana de Buenos Aires ha sido el territorio urbano donde se encuentra la mayor parte de la población argentina. La ocupación del espacio fue realizada históricamente de una manera desordenada y sin planificación. Esto provocó un continuo deterioro de las cuencas metropolitanas, especialmente la CMR.¹⁵

La problemática ambiental de la CMR –a diferencia del caso brasileño de la CRD que se analizará más adelante– es compleja y de larga data, producida por la inacción histórica de las agencias estatales que, por décadas, no diseñaron ni implementaron ningún tipo de política pública para modificar la situación de la cuenca más densamente poblada en Argentina.¹⁶

Esta inacción estatal llevó a que la cuenca se convirtiese en una de las 10 más contaminadas del mundo.¹⁷ Este hecho, sumado a los aproximadamente 8 millones de personas que habitan en ella, genera un enorme problema, donde la contaminación ambiental es solo uno de los ejes. Igualmente graves son cuestiones como el derecho a una vivienda digna, teniendo en cuenta el amplio número de asentamientos informales existentes, donde no se ven garantizados los pisos mínimos de una existencia digna y, por lo tanto, el derecho a acceder a recursos tan imprescindibles como el agua potable o las cloacas, por mencionar algunos. Asimismo, el derecho a la salud se convirtió en una de las cuestiones de mayor complejidad, sobre todo en los sectores más vulnerables.¹⁸

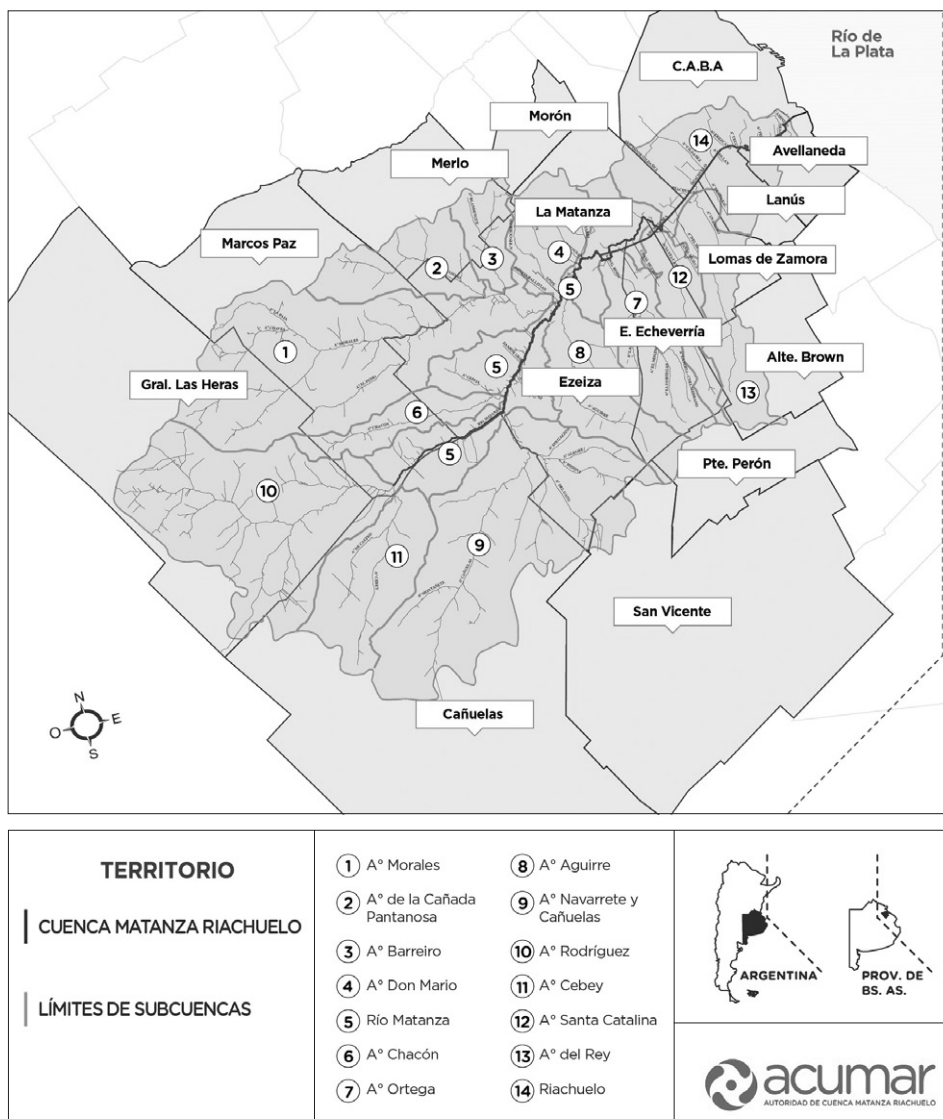
¹⁵ Gabriela Merlinsky, *Política, derechos y justicia ambiental: El conflicto del Riachuelo* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013), 52.

¹⁶ Defensor del Pueblo - Ombudsman Nacional *et al.*, Informe Especial de Seguimiento Cuenca Matanza-Riachuelo (2003/2005) (documento, 2005), <http://cdi.mecon.gov.ar/bases/docelec/az1260.pdf>.

¹⁷ Blacksmith Institute and Green Cross Switzerland, *The Worlds Worst 2013: The Top Ten Toxic Threats. Cleanup, Progress, and Ongoing Challenges* (New York: Blacksmith Institute, 2013), <https://www.worstpolluted.org/docs/TopTenThreats2013.pdf>.

¹⁸ Uno de los puntos de mayor relevancia del programa establecido en la sentencia de la CSJN tenía que ver con una serie de obligaciones que la Autoridad de la Cuenca Matanza-Riachuelo (Acumar) debía realizar en lo referido al derecho a la salud, sobre todo, de los sectores más vulnerables. Estas consistían en: a) realizar un mapa sociodemográfico y encuestas de factores ambientales, a efectos de determinar la población en situación de riesgo; b) elaborar

Gráfico 1. Cuenca Matanza-Riachuelo



Fuente: Autoridad de la cuenca Matanza-Riachuelo (Acumar), 2007.

un diagnóstico de base para todas las enfermedades; c) elaborar un sistema de registro y base de datos de acceso público de las patologías detectadas en la cuenca; d) especificar las medidas de vigilancia epidemiológicas adoptadas en la zona de emergencia, y e) ejecutar programas sanitarios específicos para satisfacer las necesidades de la población de la cuenca. Algunos avances pueden revisarse en la página web de Acumar, <http://www.acumar.gov.ar/pagina/2957/plan-sanitario>.

En definitiva, la problemática de la cuenca pasó de ser un asunto de contaminación ambiental, relacionado más bien con el control de las industrias, a convertirse en una cuestión de vulneración estructural de derechos humanos.

Esta cuenca es el sistema hídrico de mayor relevancia regional en el área metropolitana de Buenos Aires. Es un río típico de llanura que ocupa una superficie de 2.240 km², con una longitud media de 75 km. En su recorrido, antes de desembocar en el río de La Plata, atraviesa una de las regiones más densamente pobladas del país, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 14 municipios del conurbano bonaerense.¹⁹

La cuenca concentra algunas de las áreas con mayores niveles de desempleo y pobreza de Argentina. Esto produjo la propagación de numerosos asentamientos precarios, con deficientes condiciones de habitabilidad y graves carencias sanitarias, que con el correr del tiempo se convirtieron en una de las mayores problemáticas locales. Este es un fenómeno que por décadas estuvo invisibilizado bajo el velo de la industrialización y expansión poblacional de la metrópolis. En este marco, poco importaba la contaminación ambiental y las consecuencias que esta pudiese traer a la población, especialmente a la más vulnerable.²⁰

En Argentina, las cuestiones ambientales han sido históricamente temas subsidiarios, casi inexistentes en el diseño e implementación de políticas públicas por los distintos gobiernos. De hecho, el reconocimiento de la contaminación de la CMR como objeto de política pública es algo reciente, y puede ubicarse a mediados de la década de los noventa.²¹ En esos años se produjeron algunos intentos fallidos para sanear la CMR. Uno de ellos fue el conocido proyecto para sanearla en mil días; propiciado por María Julia Alsogaray, secretaria de Ambiente del entonces presidente Carlos Saúl Menem, fue un rotundo fracaso.²²

Teniendo en cuenta esa situación, un grupo de habitantes de Villa Inflamable, conjuntamente con trabajadores de la salud del Hospital Interzonal de Agudos Pedro Fiorito de la ciudad de Avellaneda, constataron que la contaminación de la cuenca afectaba directamente su salud, y ante la falta de interés de las autoridades públicas en brindar soluciones a sus reclamos, que ya llevaban años, decidieron buscar asesoramiento jurídico especializado²³ para recurrir a la justicia, procurando que sus voces fueran escuchadas.

En julio de 2004 presentaron una demanda ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación contra el Estado nacional, la provincia de Buenos Aires, el gobierno de la

¹⁹ Los municipios son: Almirante Brown, Avellaneda, Cañuelas, Esteban Echeverría, Ezeiza, Gral. Las Heras, La Matanza, Lanús, Lomas de Zamora, Marcos Paz, Merlo, Morón, Presidente Perón y San Vicente.

²⁰ Merlinsky, *Política, derechos...*

²¹ Merlinsky, *Política, derechos...*, 66.

²² Laura Rocha, "Agoniza el plan para sanear el Riachuelo", *La Nación*, 5 de mayo de 2002, <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/agoniza-el-plan-para-sanear-el-riachuelo-nid394167>.

²³ El equipo legal fue integrado por Andrés Napoli (FARN), Carolina Fairstein (CELS) y José Alberto Esain.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y 44 empresas por daños y perjuicios sufridos por la contaminación de la CMR. La causa fue caratulada como “Mendoza Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios”.

Este caso se convirtió en un punto de inflexión en la historia ambiental argentina y en la forma en que la Corte Suprema interviene en procesos estructurales e incide en políticas públicas, cuando el esclerosamiento de los demás poderes estatales lleva a que se generen estados de cosas inconstitucionales.²⁴ Según Nápoli:

... el caso Mendoza es un caso donde la política durante 200 años no lo había atendido al tema, y el tribunal viene a suplir la falta de políticas públicas para resolver la situación de millones de personas que veían vulnerados sus derechos y esa fue la gran virtud inicial del caso Mendoza.²⁵

El proceso, que comenzó con la demanda en el año 2004, tuvo su primera sentencia en 2006 y, luego de una serie de audiencias públicas, en el año 2008 se dictó la sentencia definitiva. La Corte dictó en 2008 uno de los fallos más paradigmáticos e innovadores de su historia. Este la posicionó como un tribunal que busca incidir en políticas de Estado a través de remedios estructurales dialógicos.

2. Brasil: un breve relato de la tragedia en la cuenca Rio Doce. El colapso de la presa de relaves Fundão

El 5 de noviembre de 2015 ocurrió en Brasil la mayor tragedia ambiental de la historia de la industria minera mundial:²⁶ el colapso de la represa Fundão en el distrito de Mariana, estado de Minas Gerais. La rotura de la represa descargó bruscamente entre 55 y 62 millones de m³ de relave en la cuenca del Rio Doce (CRD). El “tsunami” de lodo destruyó el pequeño poblado de Bento Rodrigues, recorriendo el cauce del Rio Doce hasta la costa atlántica.

El desastre representa actualmente la distancia más larga recorrida por relaves en un evento referido a una falla de una represa minera en América del

²⁴ Con estado de cosas inconstitucional hago referencia al término utilizado por la Corte Constitucional colombiana para señalar una falla estructural que provoca una violación sistemática de derechos fundamentales de un número significativo de personas y es producida en general por la ineficiencia o poca voluntad de los órganos del Estado para resolver esta cuestión.

²⁵ Entrevista de Esteban Nader, Fundación Ambiente y Recursos Naturales, con Andrés Nápoli, director ejecutivo de la Fundación Ambientes y Recursos Naturales, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014.

²⁶ Flávio Fonseca Do Carmo *et al.*, “Fundão tailings dam failures: the environment tragedy of the largest technological disaster of Brazilian mining in global context”, *Perspectives in Ecology and Conservation* 15, n.º 3 (2017): 145-151, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1679007316301566>.

Sur.²⁷ Los relaves dañaron todo el ecosistema del tramo de 120 km entre la presa Fundão y la central hidroeléctrica Risoleta Neves (UHE-RN), ubicada en los municipios de Rio Doce y Santa Cruz do Escalvado.²⁸ Aunque estos continuaron avanzando río abajo de la UHE-RN a lo largo de 548 km hasta llegar al océano Atlántico.

Cuarenta municipios se vieron afectados y cientos de miles de personas quedaron sin acceso a agua potable.²⁹ En el desastre murieron 19 personas y quedaron afectadas otras miles que viven en los estados de Minas Gerais y Espírito Santo: principalmente pescadores, agricultores, pequeños empresarios y comunidades indígenas. El desastre ambiental afectó una extensión geográfica de más de 41 distritos a través de la CRD.³⁰

Como sucede en un desastre de tan grande escala, existe un conjunto complejo y multidimensional de estrategias de reparaciones e indemnizaciones, donde deben participar inevitablemente organismos públicos, agencias administrativas, jueces ordinarios y federales, la sociedad civil y las víctimas.

A medida que los daños fueron alcanzando a las distintas comunidades, proliferaron una multiplicidad de estrategias y demandas en todo el país. Docenas de demandas judiciales relacionadas con la reparación colectiva a las víctimas y el medio ambiente fueron entabladas por organismos públicos y privados;³¹ cientos de reclamos y compensaciones individuales, especialmente atinentes al acceso al agua segura de forma urgente; y casos penales y civiles referidos a la responsabilidad de las consecuencias del desastre ambiental.³² Como confirman los investigadores del caso de la CRD, “más de 60 acciones colectivas y miles de acciones individuales fueron entabladas y muy pocas tuvieron resultados positivos en favor de los afectados”.³³

²⁷ Geraldo Wilson Fernandes *et al.*, “Deep into the mud: ecological and socio-economic impacts of the dam breach in Mariana, Brazil”, *Natureza & Conservação* 14, n.º 2 (2016): 35-45, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1679007316301104>.

²⁸ Samarco, *Atualização do Plano de Recuperação Ambiental Integrado* (Belo Horizonte: Samarco Mineração S.A., 2016), <http://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/10/prai-agosto.pdf>.

²⁹ Ibama, *Laudo técnico preliminar...*

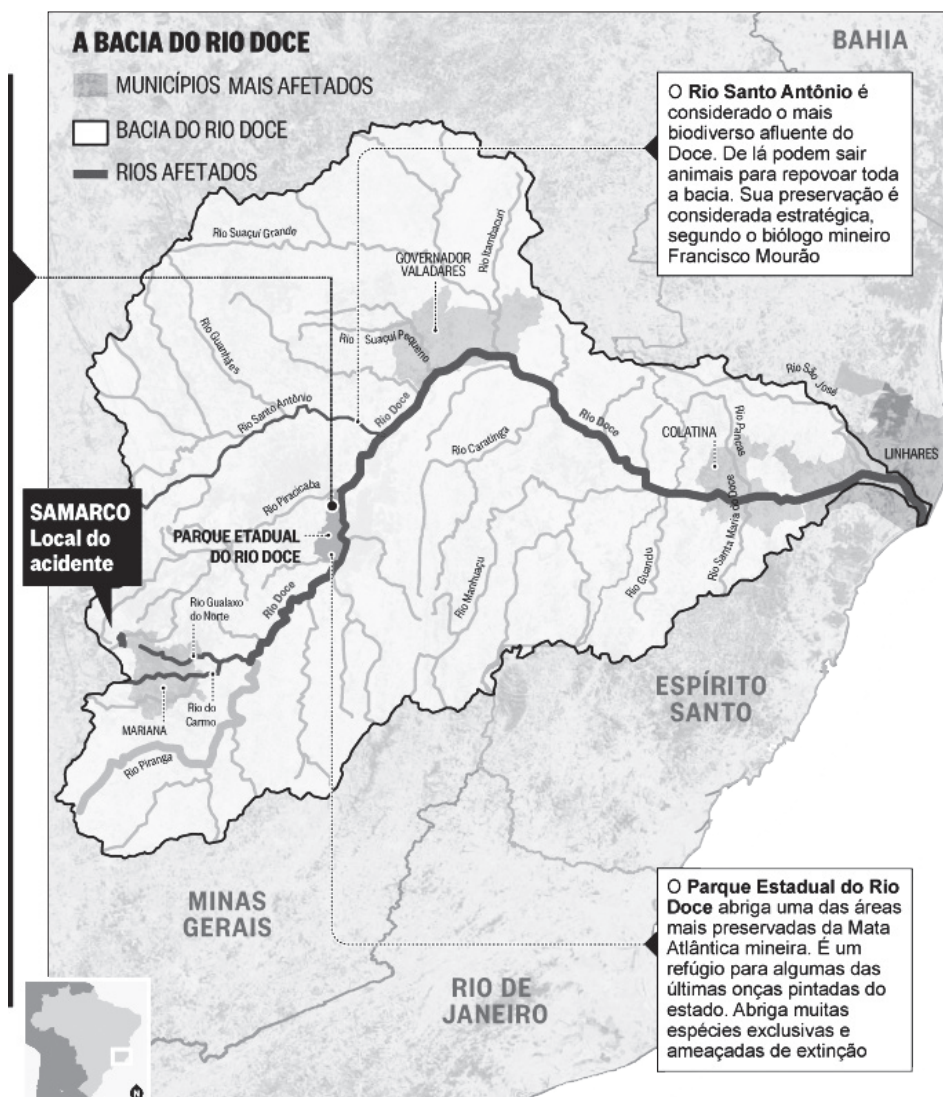
³⁰ Fernandes *et al.*, “Deep into the mud: ecological and socio-economic impacts of the dam breach in Mariana, Brazil”.

³¹ En noviembre de 2015, el Ministerio Público del estado de Espírito Santo instauró una investigación civil con miras a la reparación de los daños sociales y ambientales tan pronto como el lodo de las represas en Mariana (MG) llegó al estado, pero esas demandas estatales fueron canceladas por la complejidad del asunto (autos 0039891-33.2015 - 2ª Vara da Comarca de Mariana).

³² Con respecto al suministro de agua, otras demandas colectivas abordaron esta cuestión, especialmente después del desastre (Ministério Público Federal, Sala de Imprensa, “Decisão obriga a Samarco a continuar o fornecimento de água em Colatina”, 17 de diciembre de 2015, <http://www.mpf.mp.br/es/sala-de-imprensa/noticias-es/decisao-obriga-a-samarco-a-continuar-o-fornecimento-de-agua-em-colatina>).

³³ Cristiana Losekann y Claudia Mayorga, *Desastre Na Bacia Do Rio Doce. Desafios para a universidade e para instituições estatais organizadoras* (Universidade General do Espírito Santo, 2018), 152.

Gráfico 2. Cuenca Río Doce. Distritos afectados



Fuente: Instituto Virtual Internacional de Mudanças Globais (IVIG/COPPE/UFRJ), 2015.

Según el mapeo del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) y del Consejo Nacional del Ministerio Público (CNMP), realizado a través del recientemente creado Observatorio Nacional de Asuntos Ambientales, Económicos y Sociales de Alta Complejidad y Alto Impacto y Repercusión, las acciones judiciales del caso totalizaban, hasta abril de 2019, 84.445 de carácter individual y 72 de naturaleza pública.³⁴

³⁴ Conselho Nacional de Justiça y Conselho Nacional do Ministério Público, *Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande*

Todavía, las acciones colectivas (Acción Civil Pública, ACP) y los Términos de Acuerdo (Termo de Ajustamento de Conduta, TAC) del Ministerio Público brasileño configuran la base de todo el sistema creado para la reparación del caso.³⁵ Las dos acciones civiles (ACP da União, 2015³⁶ y, después, ACP do Ministério Público, 2016)³⁷ constituyeron la base de los acuerdos firmados, que conforman la estructura de todas las acciones de reparación y de las negociaciones en términos extrajudiciales.

El primer acuerdo fue firmado el 2 de marzo de 2016³⁸ y luego validado por la Justicia Federal (Termo de Transação e Ajustamento de Conduta, TTAC).³⁹ Este

Impacto e Repercussão (CNJ - CNMP, s. f.), <http://observatorionacional.cnj.jus.br/observatorio-nacional/index.php/desastre-mariana/processos-judiciais-mariana>.

³⁵ Los Términos para el Ajuste de la Conducta (TAC) es una estrategia muy popular, creada en 1985, que se utiliza en Brasil para resolver conflictos de intereses en derechos difusos y colectivos (sobre todo en casos ambientales) y está a cargo en especial de la Fiscalía, el Ministerio Público brasileño. Las autoridades judiciales normalmente homologan estos acuerdos después de ser firmados por las partes en las mesas redondas, pero no es obligatorio; el acuerdo tan solo obliga a las partes (Conselho Nacional do Ministério Público, <http://www.cnmp.mp.br/direitoscoletivos/#>).

³⁶ La primera demanda en respuesta al desastre fue interpuesta el 30 de noviembre de 2015 por el Gobierno Federal y los estados afectados (Espírito Santo y Minas Gerais). Fue una acción civil contra las empresas Samarco Minería S.A., BHP Billiton y Vale S.A., solicitando R\$ 20 mil millones por daños ambientales. Esta primera demanda fue criticada porque era un caso solo entre “responsables” de la tragedia y procuraba solo un resarcimiento económico y nada trataba sobre las vulneraciones de derechos de miles de personas (Luciana Moessa de Souza, “Acordo entre MP e Samarco une iniciativas em busca de uma solução para a tragédia”, *Conjur*, 6 de julio de 2018, <https://www.conjur.com.br/2018-jul-06/luciane-moessa-recente-acordo-entre-mp-samarco>).

³⁷ La segunda acción civil fue direccionada contra las empresas Samarco Minería S.A., Vale S.A. y BHP Billiton, y contra entes de la administración pública de forma directa e indirecta, y evaluó en R\$ 155 mil millones el costo de la reparación (ocho veces mayor que la anterior). Fue interpuesta por el Ministerio Público el 2 de mayo de 2016 (Ministério Público Federal, Sala de Imprensa, <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/mpf-entra-comacao-para-total-reparacao-dos-danos-sociais-ambientais-e-economicos-causados-pelo-rompimento-da-barragem-da-samarco-1>).

³⁸ Ministério Público Federal *et al.*, Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta (2016), <https://www.ibama.gov.br/phocadownload/cif/ttac/cif-ttac-completo.pdf>.

³⁹ El Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta, al prever cerca de 40 programas de reparación, estableció un sistema de gobernanza para: i) la creación de los programas socioambientales y socioeconómicos, ii) la ejecución de esos programas y iii) la gestión de los recursos aportados para la ejecución de las medidas de reparación. Establece los valores máximos de compensación para la reparación (R\$ 3,6 mil millones), además de la compensación específica para los gobiernos federales y estatales. Pero, sorprendentemente, y es importante enfatizarlo, este acuerdo creó también la institución más importante para planificar y administrar la reparación (Fundación Renova) y diseñó lo que se suponía que debía hacerse, el programa de reparación en sí mismo: 41 programas de reconstrucción a corto, a mediano y largo plazo dispuestos por las autoridades federales y estatales, como veremos en la próxima sección (Batista Júnior Onofre Alves *et al.*, “O Desastre de Mariana Atuação Interfederativa para Superação dos Impactos da Maior Tragédia da História do Brasil”, *Revista da AGU* 16, n.º 02 2017): 45-76.

estableció programas socioeconómicos y socioambientales a largo plazo que deben ser ejecutados por las partes en 15 años. Este fue el resultado de la primera acción civil, propuesta por el Gobierno Federal en 2015, sin la participación del Ministerio Público (Federal y Estatal) y sin la participación de ninguno de los municipios afectados por el desastre.⁴⁰ Un punto importante es que la población afectada no fue considerada en este acuerdo.⁴¹

En 2017 se celebraron dos acuerdos más. Estos tienen como objetivo evaluar la eficacia de los programas, promover un diagnóstico socioeconómico y socioambiental correcto y crear comités técnicos para ayudar a las personas durante todo el procedimiento de reparación.⁴²

El último acuerdo, firmado el 25 de junio de 2018⁴³ y validado por la justicia el 8 de agosto de 2018,⁴⁴ cambió la composición de gobierno de la Fundación Renova y del Comité Interfederativo (CIF). Este acuerdo aborda las nuevas estructuras para el cumplimiento, la creación de nuevas instancias de deliberación, la inclusión de las personas desplazadas en ambas estructuras y la creación de instancias locales y regionales para la participación civil. El acuerdo se llama TAC-Gobernanza (TAC-Gov), el cual establece la posibilidad de renegociación de los programas con la participación de los afectados, a partir de la validación del acuerdo.

⁴⁰ Moessa de Souza, “Acordo entre MP e Samarco une iniciativas em busca de uma solução para a tragédia”.

⁴¹ Natasha Schmitt Caccia Salinas, *Caso de Ensino, 2016. Caso Samarco: implicações jurídicas, econômicas e sociais do maior desastre ambiental do Brasil*, https://portal.fgv.br/sites/portal.fgv.br/files/caso_de_ensino_mariana_2016.pdf.

⁴² Acuerdo de Ajuste Preliminar o TAP (Termo de Ajuste Preliminar) firmado el 18 de enero de 2017 y el aditivo firmado el 16 de noviembre de 2017. Estos acuerdos de 2017 también cancelan el límite de las compensaciones impuestas en 2016, crean un “Foro de Observación” (*Fórum de Observadores*) como un organismo separado en la Fundación, establecen la asistencia de grupos técnicos, y predicen audiencias públicas y consultas públicas, incluso reclutan “experts” para el Ministerio Público (Fundo Brasil de Direitos Humanos y Fundação Getulio Vargas) [Ministério Público Federal *et al.*, Termo de Ajustamento Preliminar entre Ministério Público Federal, Samarco Mineração S/A. Vale S/Ae BHP Billiton Brasil Ltda (2017), <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/termo-de-acordo-preliminar-caso-samarco>; Ministério Público Federal *et al.*, Termo Aditivo ao Termo do Ajustamento Preliminar (TAP) (2017), <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/aditivoTAP.pdf>].

⁴³ Ministério Público Federal, Sala de Imprensa, Tragédia de Mariana: acordo muda governança da Fundação Renova visando à participação efetiva dos atingidos. Ministério Público Federal. Sala de Imprensa, <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/tragedia-de-mariana-acordo-muda-governanca-da-fundacao-renova-visando-a-participacao-efetiva-dos-atingidos>.

⁴⁴ Ministério Público Federal *et al.*, TAC Governança é homologado (2018), <https://www.samarco.com/en/noticia/justica-homologa-tac-governanca/>.

3. Comparación entre los efectos y las estrategias procesales de los casos de la CMR y la CRD

Como se observó en las secciones anteriores, las estrategias procesales de adjudicación de los casos argentino y brasileño fueron distintas. En el caso argentino, el impulso inicial fue la sentencia de la Corte que permitió que comenzase el desarrollo del caso estructural a partir de una microinstitucionalidad creada por este tribunal a efectos del caso, que sirvió para monitorear el cumplimiento de la sentencia y dio pie para que se crearan nuevas instituciones, como la Autoridad de la Cuenca Matanza-Riachuelo (Acumar) y el Cuerpo Colegiado, vitales para el avance del proceso.

En el caso brasileño, en cambio, la estrategia de reparación fue desarrollada a través de acuerdos extrajudiciales entre el Ministerio Público, el Estado y las empresas. Tal vez, esa diferencia de enfoque puede explicarse por el protagonismo del Ministerio Público, promovido como principal representante institucional de los derechos difusos y colectivos en Brasil, a partir del diseño institucional creado por la Constitución de 1988.⁴⁵

Estas diferencias en las instituciones involucradas no cambiaron el estándar observado en distintos litigios estructurales, especialmente en casos de reparación socioambiental: la creación de un órgano responsable de la coordinación de los planes integrales de saneamiento.

Los órganos creados a esos fines fueron la Acumar, en el caso argentino, y la Fundación Renova, en el brasileño. Las diferencias básicas entre los dos se resumen en que mientras en el caso argentino la institución es estatal,⁴⁶ en el brasileño es mixta, y si bien es autónoma y financiada por las empresas que provocaron los

⁴⁵ El Ministério Público brasileño es hoy el principal negociador de acciones públicas. Para una profundización, véase el estudio del Consejo Nacional de Justicia sobre acciones públicas y el protagonismo del Ministério Público, Consejo Nacional de Justicia y Sociedade Brasileira De Direito Público, *Ações coletivas no Brasil: o processamento, o julgamento e a execução das tutelas coletivas* (CNJ, 2017), <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-pesquisa/publicacoes-justica-pesquisa/>; Consejo Nacional de Justicia, *Ministério Público é o principal autor de ações coletivas na Justiça* (2018), <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86003-ministerio-publico-e-o-principal-autor-de-acoes-coletivas-na-justica>. Sobre el Ministério Público contemporáneo, recomendamos Rogério Arantes, *Ministério Público e Política no Brasil* (São Paulo: EDUC, Editora Sumaré, Fapesp, 2002). Sobre la actuación del Ministério Público brasileño en las cuestiones ambientales es imprescindible Lindy McAllister, *Making Law Matter: Environmental Protection and Legal Institutions in Brazil* (Stanford: Stanford University Press, 2008).

⁴⁶ La Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo (Acumar) es un ente autónomo, autárquico e interjurisdiccional que conjuga el trabajo con los tres gobiernos que tienen competencia en el territorio: Nación, Provincia de Buenos Aires y Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El organismo se creó en 2006 mediante la Ley 26168, atendiendo a la preocupante situación de deterioro ambiental de la cuenca. En 2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) invitó a Acumar a implementar un plan de saneamiento en respuesta a la causa judicial conocida como “Causa Mendoza”, reclamo presentado en 2004 por un grupo de vecinos.

daños,⁴⁷ posee un consejo directivo y estructuras de gobernanza compuestas por actores públicos. En los dos casos, la misión de los órganos es implementar y gestionar los programas y planes de reparación.⁴⁸ Si tenemos en cuenta que los recursos de la Fundación Renova son privados, pareciera que esta presenta una mayor resistencia a la implementación de políticas en comparación con Acumar, organismo financiado con fondos públicos, con una asignación presupuestaria exclusiva. Este, tal vez, es un punto que deba tenerse en cuenta a futuro.

La propuesta en este artículo consiste en analizar la actuación de las “microinstitucionalizaciones” creadas para la reparación de los daños socioambientales y su impacto en la realidad de ambos casos. Para analizar los efectos que se produjeron a partir de la judicialización de los casos nos apoyaremos en la tipología creada por César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco.⁴⁹ Nos interesa comprender la articulación entre estas estructuras y los actores del sistema de justicia, tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público (que intervino con mayor vigor en el caso brasileño) y cuáles son los mecanismos dialógicos que se generan hacia adentro y hacia afuera de esta institucionalidad creada para implementar los programas de reparación y, en definitiva, cómo impactan en la reparación integral de los afectados y su participación en el proceso.

Partiendo de este supuesto, y de las intervenciones judiciales, en ambos casos analizaremos resumidamente el efecto de creación, coordinación y desbloqueo; el de la creación de nuevas políticas públicas, y el efecto deliberativo o participativo.

Tabla 1. Impacto de los distintos efectos en la CMR y la CRD

	Caso CMR	Caso CRD
Efectos	Impacto	Impacto
Creación, coordinación y desbloqueo	Alto	Medio
Políticas públicas	Alto	Medio
Deliberativo y participación	Medio/Bajo	Medio/Bajo

Fuente: Elaboración propia, 2020.

⁴⁷ La Fundación Renova (Fundação Renova) es una institución autónoma e independiente, constituida para reparar los daños causados por el rompimiento de la presa en la cuenca Rio Doce (CRD). Esta entidad privada, sin ánimo de lucro, garantiza transparencia, legitimidad y sentido de urgencia en un proceso complejo y de largo plazo, creada y mantenida por Samarco, Vale y BHP. La institución tiene la misión de implementar y gestionar los programas de reparación, restauración y reconstrucción de las regiones afectadas por el rompimiento de la represa de Fundão.

⁴⁸ En Argentina, el Plan de Saneamiento Integral 2010 y 2016, y en Brasil los 42 programas de reparación, arriba mencionados.

⁴⁹ Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social...*

3.1. Efecto de creación, coordinación y desbloqueo

El efecto de creación, coordinación y desbloqueo surge como consecuencia directa de las órdenes de las sentencias. La intervención judicial en el caso argentino y la del Ministerio Público en el brasileño provocaron en un primer momento un efecto desbloqueador. Las agencias estatales se encontraban esclerosadas y esta intervención permitió que colocasen ambas problemáticas en la agenda pública y, a partir de ello, se tomasen en serio la búsqueda de soluciones concretas.

Asimismo, este enfoque permitió que se generasen dinámicas deliberativas y se diera cierto orden dentro de las agencias responsables para que comenzaran a trabajar de manera coordinada. En ambos casos se innovaron mecanismos de monitoreo del cumplimiento de la sentencia. Por último, la intervención de las instituciones mencionadas posibilitó la creación de dos organizaciones fundamentales para el avance exitoso de ambos procesos: Acumar en el caso argentino y Fundación Renova en el brasileño.

En el caso CMR, uno de los efectos materiales directos más inmediato y significativo tuvo que ver con el desbloqueo que la intervención de la Corte produjo en las agencias estatales responsables. Estas se encontraban paralizadas y comenzaron en un primer momento a moverse tímidamente para brindar algunas soluciones, lo que se aceleró de alguna manera con la creación y coordinación de un organismo como Acumar, establecido a instancias de la intervención de la Corte. Esto visibilizó el problema e hizo que se actuara en consecuencia. Asimismo, rompió con la inercia de décadas de inacción por parte de las agencias estatales, que produjo un verdadero efecto desestabilizador de derechos,⁵⁰ obligándolas a tomar otro rumbo en la creación y efectivización de políticas públicas para mitigar las problemáticas estructurales de la CMR.

La creación de este sistema de microinstitucionalidad dialógica por parte del tribunal fue un gran acierto, teniendo en cuenta que en este tipo de casos estructurales, atípicos y complejos se producen situaciones cambiantes dentro del proceso, por lo que la metodología de abordaje experimental que eligió la Corte permitió grandes progresos.

Así como en el caso argentino de la CMR, uno de los efectos materiales directos más importantes en el caso brasileño tuvo que ver con la creación, en marzo de 2016, de un organismo encargado de la implementación del Plan Integral: la Fundación Renova (Fundação Renova), cuya principal misión consiste en la implementación de la reparación de los daños causados, tarea que debe cumplir de forma autónoma e independiente de las empresas, aunque es financiada por estas.

⁵⁰ Roberto Mangabeira Unger, *False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1987); Charles. F. Sabel y William H. Simon, "Destabilization Rights: How Public Law Succeeds", *Harvard Law Review* 117, n.º 4 (2004): 1015-1101.

En el caso brasileño, la creación de la Fundación Renova y la intervención del Ministerio Público, en 2016, constituyen los puntos de mayor importancia a la hora de analizar el efecto de creación, coordinación y desbloqueo institucional. La conformación de una organización sin fines de lucro encargada de la gestión de los programas fue una estrategia nueva en el sistema jurídico brasileño, incluso a pesar de que la legislación permitía la utilización de fondos estatales para la reparación en algunos casos colectivos.⁵¹

Es importante decir que, al contrario de Acumar en el caso CMR, la creación y gestión de Fundación Renova es un poco más compleja y que, a pesar de combinar actores institucionales públicos y privados en la composición del Consejo Curador y demás órganos de gestión, aún hay poca participación externa y, sobre todo, de los afectados en la toma de decisiones. En este sentido, por todas las dificultades presentadas por la Fundación Renova en la ejecución de las actividades de reparación y por las tentativas del Ministerio Público para perfeccionar el sistema, que aún no se ha implementado completamente, no podemos decir que el impacto sea suficiente en términos de desbloqueo institucional.

3.2. Efecto de políticas públicas

El efecto de políticas públicas surge como consecuencia del diseño, la implementación y el seguimiento de los planes de reparación emprendidos, tanto por las entidades directamente involucradas (Acumar y Fundación Renova) como por aquellas que han experimentado impactos mediatos (la creación de planes integrales de saneamiento, la creación de leyes que reglamentan las actividades mineras o la reglamentación de emprendimientos ambientales).

Otro de los efectos materiales directos de mayor importancia en el caso es el efecto de cocreación de políticas públicas. Este se refiere al papel que tuvo la Corte en el caso como orientadora y creadora moderada de políticas públicas en el caso argentino.⁵²

La Corte, a través del mecanismo microinstitucional dialógico creado para la ejecución de la sentencia, colaboró para que se fuese disminuyendo de forma paulatina esa brecha ante el actuar lento de las agencias estatales en una situación que precisaba, y aún precisa, acciones urgentes. De esta manera fue incidiendo para que el Plan Integral de Saneamiento Ambiental (PISA) se convirtiera en acciones concretas rápidas y se vieran reflejadas en la realidad cotidiana de la población, por un lado, y el saneamiento de la cuenca, por el otro. Si uno analiza el PISA

⁵¹ Fundo de Defesa de Direitos Difusos, Lei 9.008, de 21 de marzo de 1995, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9008.htm.

⁵² Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, *Juicio a la exclusión...* En este trabajo puede observarse también que la intervención de la Corte Constitucional colombiana tuvo ese doble impacto, como orientadora en algunos casos y como creadora moderada cuando las autoridades estatales no ejecutaban los mandatos de la sentencia.

puede ver cómo adoptó los objetivos establecidos por la Corte. Merlinsky así lo corrobora cuando dice:

Si la creación de la Acumar fue una medida perentoria para dar respuesta al tribunal, no es menos cierto que el Plan Integral de Saneamiento Ambiental de la Cuenca Matanza-Riachuelo fue una respuesta de carácter urgente. [...] Lo que en verdad ha sucedido es que el plan se ha ido redefiniendo de acuerdo a las exigencias de la causa judicial.⁵³

Una de las fallas más importantes detectadas por la Corte fue la brecha existente entre la creación de normas, por un lado, y su implementación, por el otro. Hay que tener en cuenta que se trata de una etapa fundamental porque en ella se debe transformar lo que era un espacio de disputa discursiva en hechos concretos y palpables.

De todas maneras, estamos muy lejos de una situación ideal. En ese sentido, ha persistido la falta de un sistema de indicadores serios creado por la Acumar. Esta realidad llevó a que el juez de ejecución emitiera una sentencia que ordenara la elaboración de un nuevo PISA. Uno de los puntos centrales que incidió en esta decisión fue el hecho de que los indicadores son en su mayoría de gestión y no de resultado, lo que hace imposible mensurar el estado de cumplimiento de la sentencia por parte de la Acumar.⁵⁴

El nuevo PISA fue presentado por la Acumar a fines del año 2016; aún hoy es difícil dimensionar sus resultados y avance real. Lo cierto es que lo sucedido en el caso evidencia el efecto de cocreadora moderada de política pública jugado por la Corte en la solución de las problemáticas de la cuenca.

En el caso brasileño se destaca la creación de un sistema liderado por instituciones gubernamentales, el Comité Interfederativo (CIF), que se consolida como el centro de monitoreo y seguimiento del proceso de reparación a partir del TAC-Gov.

Este comité es el responsable de las audiencias, notas técnicas y recomendaciones conjuntas que estructuran y actualizan los acuerdos. También el TAC-Gov reestructura el CIF y aumenta la participación de los afectados en esta estructura. Se incorporaron también las cámaras técnicas (TAC-Gov), como organismos de asesoramiento técnico establecidos para ayudar al CIF en el cumplimiento de su propósito de guiar, monitorear y supervisar la implementación con base en criterios técnicos, socioeconómicos, socioambientales y presupuestarios de los programas, proyectos y acciones.

Para la actividad de seguimiento, la Fundación Renova envía reportes, cartas, protocolos y otras manifestaciones con las principales informaciones sobre la

⁵³ Merlinsky, *Política, derechos...* Esto demuestra el carácter experimental del proceso.

⁵⁴ Centro de Información Judicial, Sentencia Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Morón 2, de 23 de septiembre de de 2015, considerando 4, <https://www.cij.gov.ar/inicio.html>.

ejecución y los planeamientos de los 42 programas de reparación. En este proceso, los afectados son representados por las asesorías técnicas y las comisiones locales (TAC-Gov), y las cámaras regionales (TAC-Gov) para incluir la percepción de los afectados en la ejecución del proceso.

El Ministerio Público tiene la misión de acompañar el proceso, tanto a través de diligencias como por medio de sus expertos contratados, que son responsables de los estudios técnicos e imparciales y datos secundarios; y el Poder Judicial solo será accionado cuando haya cuestiones residuales y divergencias interpretativas que los acuerdos no puedan responder (Cláusula Centésima Tercera, parágrafo segundo), en este punto puede observarse una gran diferencia con el caso argentino.⁵⁵

De esta manera, en los términos del TAC-Gov, el Ministerio Público opta por un tipo de monitoreo fuerte de los acuerdos y los programas de reparación, algo que también ocurre en el caso argentino y que se encuentra a tono con lo manifestado por Rodríguez Garavito sobre las jurisprudencias participativas empoderadas.⁵⁶

Infortunadamente, se debe decir que el TAC-Gov no ha sido implementado completamente hasta la fecha. Han pasado casi dos años después de su homologación en agosto de 2018 y aún no han sido contratadas todas las asesorías técnicas de los afectados, ni firmadas las contrataciones de los observadores.⁵⁷ Por eso, no se puede afirmar aún que el TAC-Gov sigue produciendo efectos, especialmente en lo que refiere a la contratación de calificación técnica de los afectados y gobernanza colectiva.

⁵⁵ Se prevé la creación de un Foro de Observadores; sería una instancia de carácter consultivo que tendría como objetivo realizar el seguimiento de los trabajos de diagnóstico que realizan los expertos del Ministerio Público y de la Fundación Renova (TAC-Gov, Capítulo V).

⁵⁶ Rodríguez Garavito, “Más allá del cumplimiento: cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales”.

⁵⁷ Después de una larga espera, la CRD se dividió en 16 territorios, que eligieron sus entidades por intermedio del Fundo Brasil de Direitos Humanos, uno de los expertos contratados por el Termo Aditivo en 2017. Entre 2018 y 2019 fueron elegidos la Associação de Desenvolvimento Agrícola Interestadual (ADAI), la Associação Estadual de Defesa Ambiental e Social (AEDAS), la Cáritas da Diocese de Governador Valadares, la Cáritas da Diocese de Itabira y el Centro Agroecológico Tamanduá (CAT). En este periodo se agregó el territorio número 17 que era la comunidad quilombola de Degredo, em Linhares, Espírito Santo, que aún no ha tomado su decisión. Casi ocho meses después de la primera elección de entidad, los afectados no tienen un plazo real para comenzar a trabajar (“Atingidos pela Samarco cobram início de assessorias técnicas no Rio Doce”, *O Jornal de Todos os Brasis*, 30 de mayo de 2019, <https://jornalggn.com.br/direitos/atingidos-pela-samarco-cobram-inicio-de-assessorias-tecnicas-no-rio-doce/>). Luego, en septiembre de 2019, el juez aprobó la elección de servicios de asesoramiento técnico por parte de las comunidades afectadas por la ruptura de la presa Fundão y autorizó la contratación inmediata de las entidades por parte de la Fundación Renova (Ministério Público Federal, Sala de Imprensa, <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/caso-samarco-justica-federal-homologa-escolha-de-assessorias-tecnicas-pelos-atingidos>).

3.3. Efecto deliberativo o participativo

El efecto deliberativo o participativo surge a partir de un compromiso de las instituciones responsables de cumplir la decisión libre, previa e informada de las comunidades afectadas en los planes y programas de reparación. La estructuración de asociaciones y liderazgos dentro de las comunidades afectadas también representa la fuerza del potencial participativo y la transformación más amplia de las estructuras de monitoreo y gobernanza de los casos. En el caso argentino, una herramienta como la de las audiencias públicas en el marco del proceso se convirtió en esencial dentro de este efecto deliberativo. Por otro lado, en ambos casos se observa un grave déficit en lo que respecta a la participación real de los afectados.

En el caso argentino hay que decir que el uso de las audiencias públicas por parte de la Corte permitió la intervención de actores como las organizaciones de la sociedad civil, que se convirtieron en fundamentales para el proceso. Asimismo, la microinstitucionalidad dialógica creada por el tribunal para realizar el monitoreo del cumplimiento de la sentencia fue un éxito en este sentido, generó espacios de deliberación entre los distintos actores, que se convirtieron en vitales para que el caso avanzara de forma exitosa.

La contracara o el déficit de este efecto está constituida por la gran limitación existente con respecto a la participación de los afectados directos de la CMR en estos espacios.⁵⁸ No obstante, se detectó un efecto indirecto: el intento de las organizaciones de la sociedad civil para empoderar a estos grupos e intentar que tengan mayor incidencia en el proceso y en el diseño e implementación de las políticas públicas que, en definitiva, deben ser destinadas a ellos mismos.

Más allá de los efectos directos que promovió la Corte a través de su impronta deliberativa, ha estimulado la aparición de otros espacios de diálogo entre actores estatales y especialmente entre no estatales.

Uno de los espacios de mayor diálogo generado por fuera del proceso, que lo impactó y sigue impactándolo directamente, es la creación del Cuerpo Colegiado. Si bien su materialización es un efecto directo de la sentencia de 2008, este espacio permitió que la Defensoría del Pueblo de la Nación y las organizaciones de la sociedad civil que lo conforman se consolidaran en la temática de la cuenca Matanza-Riachuelo.

Al existir una objeción bastante fuerte sobre la falta de la legitimidad y capacidad del Poder Judicial y del Ministerio Público para incidir en políticas públicas en ambos casos, se torna esencial la participación más activa de los afectados y de

⁵⁸ Víctor Esteban Nader, "Cortes y cambios sociales. La Corte Suprema Argentina y su impacto en políticas públicas. El caso de la cuenca Matanza-Riachuelo y el efecto irradiador sobre la cuenca Salí Dulce del noroeste argentino" [tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (pendiente defensa)].

las organizaciones de la sociedad civil y las agencias estatales en la construcción de las respuestas.

En el caso brasileño, como resultado del primer acuerdo (TTAC), no es posible concluir que hay una efectiva participación directa de los afectados, visto que esta participación es muy restrictiva en la mayoría de las instituciones creadas como espacios de toma de decisiones.⁵⁹ Sobre todo, porque, como se mencionó en este artículo, el TAC-Gov, un instrumento que apunta a expandir la participación, aún no ha sido implementado completamente, dejando a miles de personas afectadas al margen del proceso de reparación.

Aunque el Ministerio Público ha logrado resultados positivos en el caso de la CRD con respecto a la creación, coordinación y desbloqueo en el marco del proceso de reparación liderado por la Fundación Renova y la consolidación de las políticas públicas, la implementación de los acuerdos sigue retrasada. Las causas de este retraso se deben a múltiples factores: la resistencia de la Fundación Renova, las dificultades estructurales del Gobierno en el proceso de monitoreo, la ausencia de asesoría técnica a los grupos de afectados, y el bajo aprendizaje y coordinación de las instituciones del sistema de conducción en los más de tres años que lleva el litigio estratégico.

Así como sucedió en el caso de la Corte en el CMR, a pesar de los esfuerzos realizados por las organizaciones intervinientes, persisten grandes obstáculos para que el efecto deliberativo y la participación interna y externa de los afectados sea efectiva.

Conclusiones

En este artículo se analizan las estrategias de adjudicación utilizadas por Argentina y Brasil en dos procesos de restauración socioambiental: el caso de la cuenca Matanza-Riachuelo en Argentina y el de la cuenca del Rio Dulce en Brasil.

En la comparación realizada procuramos contrastar los efectos que estas estrategias produjeron en términos de creación, coordinación y desbloqueo de las agencias estatales, la participación en términos deliberativos en el marco del proceso y los impactos producidos en el diseño y la implementación de las políticas públicas. Para analizar estos efectos nos apoyamos en la tipología creada por César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco. Esto nos permitió observar los diferentes impactos producidos, teniendo en cuenta que los enfoques de ambas intervenciones fueron divergentes.

⁵⁹ La dificultad de ejecución de los programas socioeconómicos por parte de la Fundación Renova es claro reflejo del distanciamiento que el TTAC creó entre beneficiarios y poderes públicos. La solución presentada a través del TTAC, el primer acuerdo que se realizó sin participación del Ministerio Público, al delegar la ejecución de todas las medidas de compensación y reparación a una persona jurídica de derecho privado, demuestra la fuerte tendencia de privatización del desastre ambiental (Losekann y Mayorga, *Desastre Na Bacia...*, 168).

A partir del análisis de los procesos de reparación de las CMR y CRD se observaron algunos puntos de contacto. En lo referido al efecto de creación, coordinación y desbloqueo institucional, se crearon dos organismos sobre la base de la intervención judicial: en el caso argentino, Acumar, a instancias de la Corte Suprema, y en el brasileño, la Fundación Renova, a instancias del Ministerio Público. Esto ocasionó el desbloqueo de las agencias estatales y que ellas comenzaran a poner en la agenda pública ambas problemáticas.

En el caso de la CMR, la creación de Acumar tuvo un efecto positivo en la reorganización del campo institucional de la cuenca, que permitió que las agencias estatales responsables comenzaran a diseñar e implementar políticas públicas con mayores grados de coordinación entre las distintas partes. Se rompió así una inercia de décadas de inacción, lo que produjo un verdadero efecto desestabilizador de derechos,⁶⁰ el cual obligó a que las agencias tomaran otro rumbo en la creación e implementación de políticas públicas para mitigar las problemáticas estructurales de la CMR.

A diferencia de Acumar, la Fundación Renova tiene serias dificultades para implementar la estructura de gobernanza creada por el TAC-Gov (2018) y sus 42 programas de reparación, sobre todo los más importantes relacionados con el registro de los afectados, las indemnizaciones y principalmente la ayuda financiera de emergencia. Estos siguen retrasados y las personas afectadas, sobre todo aquellas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad extrema, ven agravada aún más su situación. Incluso con la intervención institucional del Ministerio Público, vemos que el TAC-Gov, el principal acuerdo propuesto para la reformulación de la participación y gobernanza, aún no ha sido implementado en su totalidad. Luego de más de tres años, ni siquiera se han firmado las contrataciones referidas a las asesorías técnicas y a los observadores externos, que son vitales para que el proceso siga avanzando.

A pesar de estos efectos dispares, la Corte Argentina y el Ministerio Público brasileño se convirtieron en actores centrales de ambos procesos. La comparación de sus intervenciones es necesaria para comprender su dinámica. En los dos casos se puede concluir que estas instituciones fueron centrales para producir un efecto de desbloqueo de las agencias estatales y para monitorear un sistema de políticas públicas y acciones estatales que busquen resarcir las vulneraciones de derechos humanos encontradas.

Sin embargo, en ambos existen serias dificultades para ampliar la participación de los afectados. En el caso argentino, si bien la apertura deliberativa generada por medio de las Audiencias Públicas (AP) fue muy positiva para que el proceso avanzara, tuvieron la limitación de no incluir a los afectados directos. En el caso brasileño, el TAC-Gov donde el Ministerio Público insiste en la creación de entidades de asesoría

⁶⁰ Mangabeira Unger, *False necessity...*

y comisiones para dar contención real y participación en la toma de decisiones a los afectados, aún no ha sido implementado.

Estos son déficits que deben ser resueltos en ambos procesos. No se pueden considerar como exitosos, en la medida en que los afectados no sean tenidos en cuenta en el diseño e implementación de las políticas públicas que, en definitiva, deben estar direccionadas a mejorar su grave situación de vulnerabilidad, generada por estos desastres ambientales.

De esta manera vemos que tanto la Corte como el Ministerio Público tienen un serio problema para implementar un sistema participativo eficaz, capaz de escuchar las necesidades locales y transmitir estas informaciones directamente a los planes y programas de reparación. En este sentido, las instituciones creadas (Acumar y Fundación Renova) necesitan mejores *inputs* de los afectados y la población en general para el perfeccionamiento de los procesos de solución y reparación.

En nuestro análisis, la comparación de los dos casos nos permite reflexionar sobre lo esencial de los procesos de reparación, el diseño e implementación de las políticas públicas en casos de vulneraciones estructurales de derechos y la participación de los afectados en la construcción de la reparación. También muestra que la ingeniería institucional concebida en las distintas constituciones puede servir para que se produzcan distintos tipos de abordajes y comportamientos de los actores del sistema de justicia, como el del Ministerio Público en el caso brasileño o la intervención dialógica de la Corte Suprema argentina.

Nuestro análisis también apunta a responder la pregunta de si existe una posibilidad de aprendizaje mutuo en la región que sirva para mejorar los procesos de reparación en casos estructurales de violaciones de derechos socioambientales. Nuestra intención al comparar los dos casos también explora si las trayectorias institucionales afectan estas dos directrices o puntos de llegada de los casos estructurales.

Creemos que hay un amplio espacio para el aprendizaje mutuo, especialmente con relación a las dificultades existentes en estos casos para la participación real de los afectados, sea con el liderazgo de la Corte en Argentina o del Ministerio Público en Brasil. Hay también un espacio de aprendizaje sobre los impactos que en Argentina son más fuertes que en Brasil. El mecanismo microinstitucional creado por la Corte argentina trajo muy buenos resultados; en cambio, el mecanismo de monitoreo más débil del caso brasileño llevó a serias dificultades en la implementación del acuerdo TAC-Gov 2018, casi tres años después de la tragedia ambiental. Una posibilidad de aprendizaje también se refiere al contenido de los programas de reparación, PISA y los 42 programas de la Fundación Renova que podrían explorarse más en una futura investigación.

Este tipo de estudios empíricos comparativos puede servirnos, en definitiva, para entender cómo funciona el derecho en acción, y las dinámicas que se generan entre los distintos poderes y agencias estatales. Puede también ayudarnos a aprender cuáles son los abordajes del poder judicial que nos llevan a encontrar soluciones

participativas que redunden en el diseño y la implementación de políticas adecuadas para revertir la situación de vulneraciones sistemáticas de derechos en este tipo de casos. Además que sirvan, al mismo tiempo, para contrarrestar los argumentos de parte de la doctrina que sostienen la falta de legitimidad y capacidad del poder judicial para intervenir en este tipo de casos.

En definitiva, lo que importa es que estas intervenciones sean exitosas porque, si no lo son, a la hora de modificar la situación real de los afectados, ese gran esfuerzo por generar mecanismos dialógicos para resolver problemas estructurales, no tendría ningún sentido.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARANTES, Rogério. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: EDUC, Editora Sumaré, Fapesp, 2002.
- ARGENTINA - CENTRO DE INFORMACIÓN JUDICIAL. Sentencia Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Morón 2, de 23 de septiembre de 2015. <https://www.cij.gov.ar/inicio.html>.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves, Renato RODRIGUES VIEIRA, Luís Inácio LUCENA-ADAMS. “O Desastre de Mariana Atuação Interfederativa para Superação dos Impactos da Maior Tragédia da História do Brasil”. *Revista da AGU* 16, n.º 2, (2017): 45-76.
- BLACKSMITH INSTITUTE Y GREEN CROSS SWITZERLAND. *The Worlds Worst 2013: The Top Ten Toxic Threats Cleanup, Progress, and Ongoing Challenges*. New York: Blacksmith Institute, 2013. <https://www.worstpolluted.org/docs/Top-TenThreats2013.pdf>.
- BOTERO, Sandra. “Judges, litigants, and the politics of rights enforcement in Argentina”. *Comparative Politics*, 50, n.º 2 (2018), 169-187.
- BRASIL - Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Lei 9.008, de 21 de marzo de 1995. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9008.htm.
- CACCIA SALINAS, Natasha. *Caso de Ensino, 2016. Caso Samarco: implicações jurídicas, econômicas e sociais do maior desastre ambiental do Brasil*. https://portal.fgv.br/sites/portal.fgv.br/files/caso_de_ensino_mariana_2016.pdf.
- CONSEJO NACIONAL DE JUSTICIA. *Ministério Público é o principal autor de ações coletivas na Justiça*, 15 de enero de 2018. <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86003-ministerio-publico-e-o-principal-autor-de-aco-es-coletivas-na-justica>.
- CONSEJO NACIONAL DE JUSTICIA Y CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de

Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão. CNJ - CNMP, s. f. <http://observatorionacional.cnj.jus.br/observatorionacional/index.php/desastre-mariana/processos-judiciais-mariana>.

CONSEJO NACIONAL DE JUSTICIA Y SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. Ações coletivas no Brasil: o processamento, o julgamento e a execução das tutelas coletivas. CNJ, 2017. <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-pesquisa/publicacoes-justica-pesquisa/>.

FERNANDES, Geraldo Wilson *et al.*, “Deep into the mud: Ecological and socioeconomic impacts of the dam breach in Mariana, Brazil”. *Natureza & Conservação* 14, n.º 2 (2016): 35-45. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1679007316301104>.

FONSECA DO CARMO, Flávio *et al.* “Fundão tailings dam failures: the environment tragedy of the largest technological disaster of Brazilian mining in global context”. *Perspectives in Ecology and Conservation* 15, n.º 3 (2017): 145-151. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1679007316301566>.

GERRING, John. “Mere Description”. *British Journal of Political Science* 42, n.º 4 (2012): 721-746.

GLOPPEN, Siri. “Courts and social transformation: An analytical framework”. En *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, editado por Roberto GARGARELLA, Pilar DOMINGO y Theunis ROUX. Aldershot/Burlington: Ashgate, 2006, 35-60.

INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS, IBAMA. *Laudo técnico preliminar. Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais*. Documento, noviembre de 2015. https://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_Ibama.pdf.

KAPISZEWSKI, Diana y Matthew M. TAYLOR. Doing Courts Justice? “Studying Judicial Politics in Latin America”. *Perspectives on Politics* 6, n.º 4 (2008): 741-767. <https://www.jstor.org/stable/20446826>.

LANGFORD, Malcolm, César RODRÍGUEZ-GARAVITO y Julieta ROSSI. *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*. Bogotá: Dejusticia, 2017.

LOSEKANN, Cristiva y Claudia MAYORGA. *Desastre Na Bacia Do Rio Doce. Desafios para a universidade e para instituições estatais organizadoras*. Universidade General do Espírito Santo, 2018.

MCALLISTER, Lindy. *Making Law Matter: Environmental Protection and Legal Institutions in Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008.

MERLINSKY, Gabriela. *Política, derechos y justicia ambiental: el conflicto del Riachuelo*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Sala de Imprensa. “Decisão obriga a Samarco a continuar o fornecimento de água em Colatina”, 17 de diciembre de 2015. <http://>

- www.mpf.mp.br/es/sala-de-imprensa/noticias-es/decisao-obriga-a-samarco-a-continuar-o-fornecimento-de-agua-em-colatina.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Sala de Imprensa. 23 de septiembre de 2019. <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/caso-samarco-justica-federal-homologa-escolha-de-assessorias-tecnicas-pelos-atingidos>.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Sala de Imprensa. 13 de mayo de 2016. <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/mpf-entra-com-acao-para-total-reparacao-dos-danos-sociais-ambientais-e-economicos-causados-pelo-rompimento-da-barragem-da-samarco-1>.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Sala de Imprensa. 25 de junio de 2018. <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/tragedia-de-mariana-acordo-muda-governanca-da-fundacao-renova-visando-a-participacao-efetiva-dos-atingidos>.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ET AL. Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta (2016). <https://www.ibama.gov.br/phocadownload/cif/ttac/cif-ttac-completo.pdf>.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ET AL. Termo de Ajustamento Preliminar entre Ministério Público Federal, Samarco Mineração S/A. Vale S/Ae BHP Billiton Brasil Ltda. (2017). <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/termo-de-acordo-preliminar-caso-samarco>.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ET AL. Termo Aditivo ao Termo do Ajustamento Preliminar (2017). <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/aditivo-TAP.pdf>.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ET AL. TAC Governança é homologado (2018). <https://www.samarco.com/en/noticia/justica-homologa-tac-governanca/>.
- MOESSA DE SOUZA, Luciana. *Acordo entre MP e Samarco une iniciativas em busca de uma solução para a tragédia*. *Conjur*, 6 de julio de 2018. <https://www.conjur.com.br/2018-jul-06/luciane-moessa-recente-acordo-entre-mp-samarco>.
- ROCHA, Laura. “Agoniza el Plan para Sanear el Riachuelo”. *La Nación*, 5 de mayo de 2002. <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/agoniza-el-plan-para-sanear-el-riachuelo-nid394167>.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César. “Más allá del cumplimiento: cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales”. En *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, editado por Malcolm LANGFORD, César RODRÍGUEZ-GARAVITO, Julieta ROSSI. Bogotá: Dejusticia, 2017.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Diana RODRÍGUEZ FRANCO. *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Diana RODRÍGUEZ FRANCO. Juicio a la exclusión: el impacto del activismo judicial sobre derechos sociales en el Sur Global. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015.

- ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* 2nd ed. University of Chicago Press, 2008.
- SABEL, Charles F. y William H. SIMON. "Destabilization Rights: How Public Law Succeeds". *Harvard Law Review* 117, n.º 4 (2004): 1015-1101.
- SAMARCO. *Atualização do Plano de Recuperação Ambiental Integrado* (Belo Horizonte: Samarco Mineração S.A., 2016). <http://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/10/prai-agosto.pdf>.
- TUSHNET, Mark. "An Essay on Rights". *Texas Law Review* 4 (1984): 1363-1402.
- UNGER, Roberto M. *False necessity: Anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*, Cambridge University Press, 1987.
- VON HAYEK, Friedrich August. *Law, Legislation and Liberty*. London: Routledge and Paul Kegan, 1973.

Óscar Parra Vera* (Colombia)
F. Antonio Franco Franco (Colombia)**

El enfoque de interseccionalidad en la protección judicial contra la discriminación: alcances y desafíos del giro en la jurisprudencia interamericana

RESUMEN

Este artículo analiza la aplicación del enfoque de interseccionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para ello se abordan la génesis y el alcance de la interseccionalidad como modelo de intervención frente a situaciones complejas de discriminación, así como algunos de los avances más relevantes en la evolución de este enfoque. También se exploran las diferencias conceptuales entre la interseccionalidad y otras metodologías de intervención ante las discriminaciones complejas. Finalmente, se sugiere que otras herramientas, como la transversalidad de género y el impacto transformador de las decisiones judiciales en materia de derechos humanos en la región, representan un potencial para la adjudicación judicial frente a casos de discriminación interseccional. Dichos aspectos pueden significar no solo un mejor entendimiento de la interseccionalidad como instrumento de análisis sino, sobre todo, como un complemento propicio para la consolidación de remedios judiciales realmente efectivos para enfrentar este tipo de discriminaciones.

Palabras clave: interseccionalidad; efecto transformador; transversalidad de género.

* Abogado y máster en Derecho, Universidad Nacional de Colombia; máster en Criminología y Justicia Penal, Universidad de Oxford. Ha sido abogado coordinador en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, visitante profesional en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y becario “Rómulo Gallegos” en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Actualmente, es magistrado de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos de la Jurisdicción Especial para la Paz. oscar.parra@jep.gov.co. <https://orcid.org/0000-0002-7217-0987>.

** Abogado, especialista en derechos humanos y derecho internacional humanitario, especialista en derecho de familia y magíster en derecho de la Universidad Nacional de Colombia. fafrancof@unal.edu.co. <https://orcid.org/0000-0002-1697-9028>.

The intersectionality approach in the judicial protection against discrimination: scope and challenges in the development of Inter-American jurisprudence

ABSTRACT

This article analyzes the application of the intersectionality approach in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. It addresses the genesis and scope of intersectionality as a model of intervention in complex situations of discrimination, as well as some of the most relevant advances in the evolution of this approach. It also explores the conceptual differences between intersectionality and other intervention methodologies in complex discrimination cases. Finally, it suggests that other tools, such as gender mainstreaming and the transformative impact of judicial decisions on human rights in the region, represent potential for the judicial adjudication of cases of intersectional discrimination. These aspects may signify not only a better understanding of intersectionality as an instrument of analysis, but also, above all, a propitious complement for the consolidation of really effective judicial remedies for confronting this type of discrimination.

Keywords: Intersectionality; transformative effect; gender mainstreaming.

Der intersektionelle Rechtsschutzansatz gegen Diskriminierungen: Geltungsbereich und Herausforderungen der Wende in der interamerikanischen Rechtsprechung

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich mit der Anwendung des intersektionellen Ansatzes bei der Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Zunächst geht er auf die Genese und den Geltungsbereich der Intersektionalität als Interventionsmodell bei komplexen Fällen von Diskriminierung sowie auf einige der relevantesten Fortschritte bei der Entwicklung dieses Ansatzes ein. Des Weiteren untersucht er die konzeptionellen Unterschiede zwischen Intersektionalität und anderen Interventionsmethoden in komplexen Diskriminierungsfällen. Abschließend vertritt er die Auffassung, dass weitere Instrumente wie das Gender Mainstreaming und die transformierende Wirkung von Gerichtsentscheidungen in Menschenrechtsfragen in der Region ein Potenzial für die Anerkennung der gerichtlichen Zuständigkeit in intersektionellen Diskriminierungsfällen bilden. Die genannten Aspekte können nicht nur zum besseren Verständnis der Intersektionalität als analytischem Instrument beitragen, sondern auch – und vor allem – eine sinnvolle Ergänzung zur Konsolidierung wirklich effektiver Rechtsbehelfe gegen solche Diskriminierungen darstellen.

Schlagwörter: Intersektionalität; transformierende Wirkung; Gender Mainstreaming.

Introducción

El 1 de septiembre de 2015, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el Caso Gonzales Lluy y familiares vs. Ecuador,¹ emitió la primera sentencia en la que expresamente se utiliza el enfoque de interseccionalidad para analizar las particularidades de la discriminación ocurrida en dicho caso. Se trataba de una niña ecuatoriana, Talía Gonzales Lluy, quien había sufrido discriminación asociada a su condición particular de vivir con VIH, siendo niña y mujer, y en una situación de pobreza que impactó en el acceso a derechos sociales. La Corte IDH consideró que la discriminación no solo fue múltiple, es decir, en relación con cada uno de dichos factores, sino que emergió en el caso concreto una forma específica de discriminación como resultado de la intersección entre dichas discriminaciones. Se dijo entonces que “si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente”. La decisión de la Corte IDH es importante porque toma en cuenta las discusiones que han girado en torno a la diversidad identitaria y la complejidad situacional propiciadas por la categorización esencialista de los grupos poblacionales. Se critica la tendencia a “categorizar” a los individuos en un solo grupo, estandarizando el tipo de desigualdad u opresión que se sufre y que no se circunscribe a una sola de las variables posibles de discriminación.

No era fácil para la Corte IDH dar este paso. En efecto, el tribunal interamericano concentra su análisis en la responsabilidad internacional del Estado, lo cual limita el alcance de la valoración de muchos aspectos de la identidad y situación particular de cada víctima en los diversos casos. Esa situación particular muchas veces es difícil de plasmar en los componentes técnico-jurídicos del litigio planteado en sede internacional. Por ejemplo, si en la interseccionalidad impacta la falta de acceso a ciertos derechos sociales o una situación de pobreza, ¿debe probarse la responsabilidad internacional del Estado respecto a cada uno de esos derechos o frente a esa situación? En este punto, un desafío puede estar asociado a que si se imputa al Estado una discriminación interseccional, implícitamente se pudiera estar señalando que este es internacionalmente responsable de todas las variables y factores que conducen a esa situación. Lo anterior podría elevar desproporcionadamente la carga de la prueba en algunos casos.

Asimismo, el ámbito internacional dificulta mucho más este tipo de análisis, pues el objeto de litigio interamericano presupone un debate inicial en el ámbito doméstico, a la luz de recursos internos. Si en el ámbito interno no se abordaron muchas variables de discriminación, resultará más difícil hacerlo a nivel internacional. ¿Tendrían que agotarse recursos internos respecto a cada una de las variables de discriminación? Finalmente, surge la pregunta respecto sobre qué tipo particular

¹ Corte IDH, Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 298.

de reparaciones podría corresponder a víctimas que han sufrido de una discriminación interseccional.

Como se observa, acoger el enfoque de interseccionalidad tiene diversas implicaciones en lo teórico, en lo político y en la práctica del litigio judicial. Por tal razón, la pregunta es ¿qué significado y alcance tiene el giro dado por la Corte IDH hacia el enfoque de interseccionalidad? ¿Es realmente algo nuevo o es tan solo un nombre diferente para lo que la Corte IDH venía haciendo en su práctica sobre el principio de igualdad y no discriminación? Aunque la Corte IDH aluda al concepto de interseccionalidad, ¿realmente está haciendo análisis interseccionales o en algunos casos repite análisis aditivos, es decir, la indicación de discriminaciones sin valorar su interacción entre sí?

El paso dado por la Corte IDH constituyó un avance más en la jurisprudencia interamericana sobre el principio de igualdad y no discriminación. Sin embargo, tal como lo señala Silvia Serrano,² las decisiones interamericanas en este tema “resultan aún insuficientes para abordar todos los debates de interpretación, de prueba y metodológicos” que trae consigo el derecho antidiscriminatorio.

De allí la importancia de profundizar en los aportes y desafíos que genera el enfoque de interseccionalidad para el sistema interamericano. En este artículo tomamos como punto de partida algunos de los debates teóricos y contextuales en los que surge la propuesta de interseccionalidad, particularmente en lo que corresponde a una crítica antiesencialista y anticategorial³ contra el derecho antidiscriminatorio tanto en el ámbito del feminismo como a nivel operativo desde la formulación de políticas y otras medidas contra la desigualdad. El potencial teórico de la interseccionalidad está dado precisamente porque representa un cambio de postura analítica con respecto al pensamiento dicotómico, binario o esencialista que suele prevalecer frente a la categorización de los grupos poblacionales. Para analizar estos

² Silvia Serrano Guzmán, “El principio de igualdad y no discriminación: concepciones, tipos de casos y metodologías de análisis a la luz de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2019* (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019), 369-407.

³ En este punto, María Lugones sostiene que el razonamiento categorial no es reducible a la lógica de la esencia, pues para desenmascarar dicha tendencia no basta con decir que un individuo es “en esencia” –y de forma exclusiva– algo. Lo anterior, dado que el hábito de la clasificación resulta ser mucho más “insidioso” de lo que parece, pues una categoría se presenta como término que aspira a contener todos los sujetos, sin proponer justificadamente un requisito *sine qua non* que permita atribuir determinada característica de quienes se predica. Una práctica así esconde en últimas un proceso de simplificación-homogeneización, que se logra al construir la “etiqueta” en términos de los dominantes dentro de una comunidad. En tal suerte, la categoría reduce, simplifica y reemplaza los demás aspectos –igualmente importantes– de la vida de las personas, a través de una devaluación de estos y una sobrevaloración infundada de la característica prevaleciente, en cuya dinámica la reducción queda enmascarada [María Lugones, “Interseccionalidad y feminismo decolonial”, en *Lugares decoloniales: espacios de intervención de las américas*, ed. por Ramón Grosfoguel y Roberto Almanza-Hernández (Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2012), 120].

retos conceptuales y de práctica judicial aludimos, inicialmente, a la génesis y el alcance del enfoque de interseccionalidad para, luego, valorar las diferencias y los matices entre discriminaciones múltiples, complejas e interseccionales. Posteriormente, nos referimos a la relación entre el enfoque de interseccionalidad y la transversalización del enfoque de género; en seguida, nos concentraremos en un análisis de los precedentes judiciales interamericanos sobre interseccionalidad. Finalizamos el texto con algunas consideraciones sobre desafíos actuales y futuros en la materia.

1. El enfoque de interseccionalidad y el análisis de discriminaciones complejas

1.1. Génesis y alcance del concepto

Debido a la diversidad identitaria que deriva de la complejidad de la condición humana, algunas personas pueden padecer múltiples factores de discriminación que confluyen y tornan sus experiencias en situaciones yuxtapuestas de desigualdad y opresión. Dichas expresiones de la discriminación desafían las tradicionales medidas categoriales y poblacionales que han sido desarrolladas por los discursos hegemónicos del derecho antidiscriminatorio. Especialmente porque los remedios comúnmente ofrecidos por los tribunales de justicia se han basado en la idea de que la discriminación e inequidad solo existe en función de las categorizaciones unidimensionales asociadas a los colectivos considerados como minorías o vulnerables, de suerte que las realidades mucho más complejas se tornan más difíciles de valorar y, por tanto, huérfanas de una protección judicial efectiva. Ante esta dificultad, el individuo se ve compelido a ubicarse –por escogencia del “mayor beneficio”– en el grupo que represente alguno de los factores de su identidad, o es sometido a medidas incompletas e ineficaces que están lejos de contribuir a una auténtica superación de las condiciones que propiciaron la opresión sufrida. En este marco, un primer paso en el descubrimiento de las insuficiencias del actual derecho antidiscriminatorio es el cuestionamiento de las lecturas hegemónicas sobre la identidad, lo cual impone abandonar su lógica reduccionista y esencialista, y entender que las expresiones identitarias son mucho más complejas de lo que a simple vista parecen ser.

Por ejemplo, Angela Harris aclara que las identidades no deben venir condicionadas por el “yo”, pues estamos compuestos por un entramado de construcciones parciales, contradictorias y antitéticas, derivadas del “nosotros”. En esta medida, la autora sostiene que la identidad es producto de la voluntad, y no de un destino común o un derecho natural de nacimiento, y que su conciencia nunca estará fijada de forma inmutable e indefinida, pues es un proceso constante de transformación, en el cual tanto las instituciones sociales como el querer individual

se encuentran implicados.⁴ Así pues, las categorías de identidad deben entenderse explícitamente tentativas, relacionales e inestables, especialmente en disciplinas como el derecho, donde la abstracción y las clasificaciones inalterables constituyen la regla.⁵ Lo que advierte Harris es que el esencialismo de género, el de raza o el de cualquier categoría posible es una segunda voz, una que intenta hablar por todas las personas desde clasificaciones pétreas. El resultado de este esencialismo es la reducción de la vida de las personas que experimentan múltiples formas de opresión a problemas aditivos,⁶ así como también el uso de las categorías como una sola experiencia aplicable a todos los individuos de los que se predica la pertenencia a los grupos asociados a ellas.

A pesar de las múltiples críticas frente a este esencialismo categorial de la identidad, la autora sostiene que existen razones que pueden explicar su permanencia y perpetuación. En efecto, Harris aduce que el esencialismo es cómodo, porque no requiere escudriñar o preguntar por otras experiencias más allá del modelo universal “esencial” asociado a una etiqueta determinada. Al mismo tiempo, representa estabilidad emocional, porque clasificaciones así comportan escenarios de unidad y perdurabilidad en el interior de las categorías que, según las lecturas hegemónicas, no suponen diferencias internas. Ello también facilita la organización de las experiencias conforme a los idearios universales de las categorizaciones tenidas como únicas e inmodificables.⁷ En tal sentido, la autora propone que para enriquecer la teoría jurídica resulta necesario abandonar la narrativa esencialista, subvirtiéndola mediante las historias de lo particular y lo históricamente silenciado, donde el reconocimiento de la diferencia deberá ser relacional, más que inherente, y la comprensión del todo y de lo común tiene que responder a un auténtico acto de voluntad, en lugar de ser el resultado de un determinismo de descubrimiento de lo “natural”.⁸ Resulta pues imprescindible una apertura hacia los discursos contrahegemónicos asociados a los problemas complejos de discriminación, los cuales ponen de presente cómo los sistemas de desigualdad y opresión pueden llegar a yuxtaponerse de forma tal que condicionan la experiencia de la segregación y opresión desde la simultaneidad.

De otra parte, dentro del abanico de posibilidades analíticas disponibles para comprender y abordar las situaciones complejas de discriminación se encuentra la propuesta de Kimberlé Crenshaw, quien ha formulado una herramienta para analizar y entender de forma comprehensiva la experiencia de personas que se enfrentan a múltiples y simultáneos sistemas de discriminación, derivados de factores asociados a la expresión identitaria y a sus circunstancias contextuales. Frente a la apuesta de

⁴ Angela Harris, “Race and Essentialism in Feminist Legal Theory”, *Stanford Law Review* 42, n.º 3 (1990): 584, doi: 10.2307/1228886.

⁵ Harris, “Race and Essentialism in Feminist Legal Theory”, 586.

⁶ Harris, “Race and Essentialism in Feminist Legal Theory”, 588.

⁷ Harris, “Race and Essentialism in Feminist Legal Theory”, 605-607.

⁸ Harris, “Race and Essentialism in Feminist Legal Theory”, 608-615.

Crenshaw, se ha dicho que existen dos marcos conceptuales que sustentan el paradigma interseccional: el de *riesgo múltiple* y el de las *opresiones entrelazadas*, con los cuales se recupera el concepto de las violencias yuxtapuestas experimentadas por activistas de los movimientos contra la discriminación múltiple en el marco del feminismo negro (*black feminism*). La interseccionalidad enfatiza en que “el contínuum de violencia contra las mujeres, en particular cuando se trata de mujeres pobres, migrantes de color y afrodescendientes responde a una diversidad de factores [que] no puede ser explicado de manera cabal [únicamente] por su condición de género subordinado; dicho de otro modo, por su condición de género”.⁹

Kimberlé Crenshaw centró su primer estudio sobre interseccionalidad en las experiencias de discriminación padecidas por mujeres afrodescendientes y estadounidenses por cuenta del ineficaz tratamiento judicial ofrecido por los tribunales federales y nacionales a sus demandas reivindicatorias. La primera revelación de su estudio evidenció la *multidimensionalidad* de las experiencias de vida de dichas mujeres y la distorsión que se genera cuando se acude a un único componente configurativo de esa complejidad identitaria. El desenmascaramiento de este enfoque unidimensional evidencia cómo se desconoce la compleja realidad de la mujer afrodescendiente en la conceptualización, identificación y tratamiento de la discriminación por razones de sexo y raza, en tanto ha tendido a limitar el análisis antidiscriminatorio al problema de segregación y desigualdad que padecen los miembros que en cada grupo identitario resultan ser los privilegiados en términos de representatividad.

Ciertamente, en los casos de la discriminación por raza, la opresión tiende a ser analizada en términos del sexo o la clase afrodescendiente privilegiada (los hombres negros); y en la discriminación por sexo-género, el foco se concentra en la raza y clase socialmente aventajada (la mujer blanca). Esta tendencia marginaliza a quienes son segregadas de forma yuxtapuesta, pues desconoce las demandas reivindicatorias de las personas que padecen la opresión de una forma muy particular, la cual no puede ser realmente comprendida con base en ejercicios categoriales tradicionales, especialmente cuando se trata de fuentes de discriminación que suelen ser insidiosas. Cuando el análisis antidiscriminatorio se centra solo en los miembros privilegiados de un grupo, se desfigura la dinámica del racismo y el sexismo debido a que las concepciones operativas de uno y otro se fundamentan solo en las experiencias de aquellos que representan la categoría excluida, ignorando que el fenómeno estructural de desigualdad es mucho más complejo en tanto existen múltiples categorías que confluyen en una misma experiencia.¹⁰ Como lo muestra la autora, las mujeres negras

⁹ Patricia Muñoz, *Intersecting violence, a review of feminist theories and debates on violence against women and poverty in Latin America* (London: CAWN, 2010), 10-11.

¹⁰ Kimberlé Crenshaw, “Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics”, *University of Chicago Legal Forum*, n.º 1 (1989): 140.

son invisibilizadas simultáneamente en las dinámicas reivindicatorias asociadas a la teoría feminista y al discurso de política antirracista porque en ambos escenarios las categorías de opresión y reclamación son predicables solo de una serie de experiencias unidimensionales que no reflejan la interacción entre raza y género. Y aunque pareciera obvio intentarlo, este problema de excepción permanente no podría ser resuelto simplemente incluyendo a la mujer negra dentro de una estructura analítica ya establecida como, por ejemplo creando subgrupos dentro de las colectividades diferencialmente entendidas, pues, la discriminación de tipo interseccional va más allá de la sumatoria entre las categorías constitutivas.¹¹

Crenshaw evidencia la incapacidad de los operadores jurídicos para enfrentar los casos de discriminación interseccional, pues se encuentran profundamente permeados por las lógicas categoriales propias del discurso antidiscriminatorio tradicional. En su estudio, dicha dificultad ha obedecido a diversos motivos: en ciertos casos se ha presentado por la negativa flagrante de los tribunales a realizar análisis compuestos y complejos respecto de la mujer negra, más allá del estereotipo del género o de la raza. En otros eventos, las cortes han sugerido implícitamente que las realidades interseccionales en realidad no existen. Así, Crenshaw ha demostrado cómo estos operadores judiciales han concluido que la categoría *mujer negra* no representaba a toda la clase afrodescendiente precisamente por la particularidad de experimentar, al mismo tiempo, la discriminación racial y de género. El problema común evidenciado radica en una tendencia de la judicatura a ignorar deliberada o inconscientemente que las mujeres afrodescendientes experimentan la discriminación en diversas formas y momentos, lo que, a su vez, contrasta con un implícito –y explícito– prejuicio de considerar que la exclusión, opresión y desigualdad deben ser siempre y exclusivamente unidireccionales. Crenshaw aplica la analogía de una intersección vial explicando gráficamente el problema de la discriminación interseccional. Tal como sucedería en la interconexión de múltiples vías en direcciones encontradas, la discriminación, representada por el tráfico en circulación, puede ser causada por agentes que viajan en cualquier trayectoria, e incluso, en ciertos casos, desde todos los sentidos de manera simultánea y permanente. Así, cuando no es posible identificar la causa o el único artífice de la discriminación (por esa confluencia permanente y yuxtapuesta de las vías) no hay posibilidad material de atribuir la responsabilidad requerida y, naturalmente, tampoco de aplicar un remedio judicial efectivo para la superación de la expresión compleja de desigualdad. En tal evento, la premisa de que solo puede y debe existir una fuente de opresión se torna obsoleta.¹²

¹¹ Crenshaw, “Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics”, 141.

¹² Crenshaw, “Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics”, 148-149.

Un punto clave en la propuesta de la autora es que la mujer negra puede experimentar la discriminación de forma semejante, pero también diferente, a como la soportan las mujeres blancas y los hombres negros en sus respectivas demandas antidiscriminación, lo cual explica la complejidad misma de la interseccionalidad. Ciertamente, la mujer negra padece la misma opresión que las mujeres blancas por razón del sistema sexo-género y también la misma segregación que los hombres negros por motivos de raza-etnia. Adicionalmente, la opresión de la mujer negra se presenta de manera simultánea –y diferenciada– en esos mismos grupos cuando se encuentra en desigualdad por razón de su género en los discursos contra el racismo –dominado por hombres afroamericanos, quienes no padecen la discriminación por su sexo– y, a su vez, son segregadas por motivos de su color de piel-etnicidad en los movimientos contra la discriminación de género –dominados por mujeres blancas de clase alta que no enfrentarán inequidades por su raza–.

En ese sentido, Crenshaw plantea y diferencia diversas formas para concebir la discriminación en el caso de las mujeres negras, haciendo énfasis en un análisis complejo, propio de la noción identitaria de la *mujer afroamericana*, que debe ser entendida, no por la suma –o resta– de los factores de opresión (mujer + afrodescendiente), sino en razón de la entidad misma de la *mujer negra*, es decir, una categoría compuesta y compleja que es el resultado de la fusión-mezcla (no sumatoria) de las categorías aludidas.¹³ La intersección identitaria adquiere relevancia cuando los sistemas de opresión confluyen y condicionan las experiencias de vida de quienes la padecen. Esto obliga a entender que dicha realidad no es unidimensional y que los factores, generalmente separados en el marco del discurso antidiscriminatorio clásico, deben ser valorados cuidadosamente por su insuficiencia para explicar y enfrentar dichos contextos. En el caso de las mujeres afroamericanas sería preciso readecuar las respuestas a sus reclamos antidiscriminatorios, pues no es acertado ofrecerles remedios judiciales a partir de la premisa según la cual deben escoger una única expresión de la discriminación que padecen o, peor aún, asignar medidas jurisdiccionales imponiendo dicha escogencia.¹⁴ Una lectura consciente de esa intersección supone que las categorías, lejos de ser autónomas, intercambiables o suprimibles, son una confluencia inescindible que debe ser enfrentada de forma consecuente y crítica. En un contexto así, y en el estudio de casos realizado por la autora estadounidense, las demandas de justicia y reivindicación elevadas por las mujeres afrodescendientes han sido históricamente depuradas por los tribunales bajo lógicas categoriales que no solo decepcionan en la búsqueda de justicia material frente a los reclamos *contraopresivos* sino que, además, empañan e impugnan sus experiencias particulares de vida como un reflejo de la aceptación acrítica, y en

¹³ Crenshaw, “Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics”, 149-150.

¹⁴ Kimberlé Crenshaw, “Interseccionalidade na discriminação de raça e gênero”, VV. AA., *Cruzamento: raça e gênero* (Brasília: Unifem, 2004): 9.

cierto grado cómplice, de las soluciones estatales ofrecidas por los tribunales para el abordaje de la discriminación.¹⁵

Desde su aparición, la apuesta interseccional de Kimberlé Crenshaw ha sido revisada y criticada en el contexto de diversas disciplinas de las ciencias sociales y, particularmente, en los estudios de género. Al respecto, autoras como Camila Esguerra y Alanis Bello resaltan que cuando es puesta en tensión dentro del campo de la acción estatal, la interseccionalidad supone algunas contradicciones precisamente porque los Estados liberales han fundamentado su existencia en la consolidación de un modelo de sujeto universal abstracto y, a la vez, han encarnado en la *corporalización* “apta” de una serie de privilegios de raza, etnia, clase, género y sexualidad, mediante la agrupación homogeneizadora de individuos en colectivos o segmentos de población que deben ser “administrados”.¹⁶ Estas autoras proponen entender la interseccionalidad –en su versión revisada conforme a las propuestas de Patricia Hill Collins, Mara Viveros y María Lugones– como un enfoque que busca develar el funcionamiento de las opresiones entrelazadas a partir de la *matriz de dominación* en la cual “no existen categorías de poder jerarquizadas o sumadas, sino ejes de poder entretejidos que configuran redes de posiciones sociales estructuradas por la inseparabilidad de las categorías de diferencia tales como género, raza, clase, sexualidad, edad, capacidad, entre otras”. Resaltan, en consecuencia, la urgente necesidad de superar la comprensión categorial de las opresiones de género, clase, raza y sexualidad. Como proponen, dichos sistemas deben ser concebidos a modo de redes de opresiones que afectan a los agentes sociales, a las estructuras y las instituciones, “sin ninguna posibilidad de separación” en una forma analítica que alude la inseparabilidad de las redes de opresiones bajo una lógica de “fusión, de emulsión o de trama”. Así, la sexualidad y el género, en tanto estructuras de opresión fusionadas con otros regímenes de poder, no definen la posición de los sujetos como simples víctimas, sino que también constituyen interrelaciones con estructuras de prestigio y privilegio; de este modo, las intersecciones no producirían “ni absolutos opresores ni víctimas puras”.¹⁷

¹⁵ Crenshaw, “Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics”, 149-150.

¹⁶ Camila Esguerra y Alanis Bello, “Interseccionalidad y políticas públicas LGBTI en Colombia: usos y desplazamientos de una noción crítica”, *Revista de Estudios Sociales*, n.º 49 (2014): 30, doi: <http://dx.doi.org/10.7440/res49.2014.02>.

¹⁷ Esguerra y Bello, “Interseccionalidad y políticas públicas LGBTI en Colombia: usos y desplazamientos de una noción crítica”, 25-26. Además de este tipo de limitaciones del igualitarismo liberal, Young señala que en el contexto de las políticas diferenciales étnicas y los “nacionalismos” propios de la década de los noventa se desarrolló una nueva versión de la lógica diferencial, esta vez enfocada en los contrastes asociados con la nacionalidad, etnicidad y religión. Estos enfatizaban en el valor de las distinciones culturales entre los individuos, en clara contraposición con el ideal del individualismo liberal, según el cual la cultura se caracterizaba por ser accidental, en tanto era tomada de forma voluntaria por la persona. Por el contrario, para diversos movimientos de resistencia y divergencia, las sociedades modernas se

Esta perspectiva de fusión, además, se opone a la concepción aditiva de las opresiones. Mientras la última considera que las categorías de discriminación se suman, imponiendo penalidades a los individuos, y establece que estos ejes de diferencia son separables en tanto actúan de forma individualizada; a la vez, supone que los agentes inmersos en una sumatoria acumulan desventajas sin ninguna capacidad de agencia, oposición o resistencia, es decir, como sujetos pasivos de discriminación sin posibilidad de levantarse contra ella. La primera, por el contrario –en línea con las reflexiones de autoras como Mara Viveros–, sugiere el entendimiento de la discriminación como un eje fusionado de múltiples sistemas que permite reconocer que “las redes de opresión comparten algunos dispositivos comunes de funcionamiento” (como la naturalización, la racialización del otro, el uso de la dupla naturaleza/cultura), que estas estructuras de opresión se constituyen mutuamente; que no es posible comprender género y sexualidad en Colombia sin la dimensión étnico-racial”. Por lo tanto, las posiciones relacionadas en la matriz de dominación –en los términos de Patricia Hill Collins¹⁸ no son eternas o inmutables y, por el contrario, la ubicación de una persona en el orden racial, sexual, de clase y de género “dependerá de las relaciones que definen su posicionamiento en un momento dado, en un campo determinado, y se modifica con la agencia de los sujetos, el tiempo y el espacio”.¹⁹

La crítica interseccional presentada por Kimberlé Crenshaw demuestra que la política identitaria tradicional desarrollada en el discurso antidiscriminatorio en Estados Unidos ha ignorado las diferencias en el interior de las categorías identitarias tradicionales, lo cual desconoce la complejidad de la experiencia relacionada con las múltiples facetas de la identidad, así como también contribuye a generar tensiones entre las colectividades activistas por la igualdad, que basan su trabajo en la diversidad y diferencia identitaria. Estas tensiones crean, a su vez, discriminaciones dentro de los grupos oprimidos respecto de quienes claman por el reconocimiento

componen de múltiples grupos culturales, en los que unos son dominantes y otros relegados, y estos últimos, en consecuencia, imposibilitados de expresar sus convicciones y cosmovisiones en un plano de igualdad [Iris Young, “Structural injustice and the politics of difference”, in *Intersectionality and beyond: Law, power and the politics of location*, ed. by Emily Grabham, Davina Cooper, Jane Krishnadas y Didi Herman (London: Routledge-Cavendish, 2009): 274].

¹⁸ Patricia Hill Collins ha identificado tres enfoques de análisis sobre los escenarios de complejidad identitaria (y situacional), a partir de lo que ha llamado la *matriz de dominación o matriz de opresión*. Esta estrategia consiste en entender cómo las distintas formas de discriminación –al estar intersectadas– ya se encuentran organizadas en forma prevalente dentro de la sociedad. Así, independientemente del tipo de interrelación que se presente entre las categorías que las comportan, todas responden a diferentes dominios de poder que operan a través de concretas formas de opresión: sistemas de desigualdad por identidad sexual, por clase, por raza, por género, por nacionalidad, etc. Así, el análisis de la matriz de dominación se centra en la forma en que dichas estructuras se encuentran jerarquizadas, y no en las experiencias individuales en las que estas intersectan o fungen como plataforma para que la persona viva la discriminación de manera compleja [Patricia Hill Collins, *Black feminist thought, knowledge, consciousness and the politic of empowerment*, 2nd ed. (New York: Routledge, 2000): 127-128].

¹⁹ Hill Collins, *Black feminist thought, Knowledge...*, 26-27.

de los otros aspectos igualmente relevantes en sus experiencias de vida.²⁰ Al tomar como ejemplo la realidad de las mujeres afroamericanas frente a colectivos contra el racismo y el sexismo, es decir, la experiencia que viven en virtud de su *identidad interseccional* como mujeres y como personas de color (expresión interseccional: mujeres negras), la autora evidencia cómo sus experiencias y reclamos quedan relegados de forma simultánea y permanente en ambos movimientos.²¹

Con todo, la propuesta de Crenshaw comporta unas características claves y definitorias que permiten identificar la noción de la interseccionalidad con un alcance propio, lo cual debería ser tenido en cuenta para su aplicación: i) la interseccionalidad ha sido desde su génesis una forma de abordaje de las diferentes interacciones entre categorías identitarias como sexo-género y raza en el contexto de la violencia experimentada por las mujeres afroamericanas en Estados Unidos; ii) implica un enfoque de interacción entre sistemas de opresión como el racismo y el sexismo, evidenciando la locación de la víctima (en este caso, la mujer afroamericana) *dentro de* una imbricación entre sistemas de subordinación y, al mismo tiempo, *al margen de* sus discursos-activismos de choque como el feminismo y el antirracismo; iii) ofrece una forma de mediar la tensión entre los reclamos acerca del reconocimiento de las identidades múltiples –y sus problemas derivados– y la necesidad de políticas y medidas identitarias o diferenciadas; iv) no se adscribe a una corriente antiesencialista-abolicionista que propende por el rechazo total y ciego de las categorías en tanto son entendidas como constructos sociales inocuos. Por el contrario, reconoce que estas categorías existen y tienen consecuencias indeseadas, de modo que el problema radica, en la mayoría de los casos, en los valores y el significado que se otorga a las clasificaciones existentes, y, especialmente, en cómo se crean las situaciones de jerarquía y subordinación en torno a ellas;²² por lo tanto, v) no se trata de superar las categorías existentes ni de abandonar los reclamos categoriales propios de las políticas identitarias o medidas similares. Al contrario, se busca repensarlas y releerlas a la luz de la interseccionalidad como una forma de construir nuevas coaliciones y alianzas contra la superestructura de la discriminación, así como también

²⁰ Kimberlé Crenshaw, "Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color". *Stanford Law Review*, n.º 43 (1991): 1241-1299.

²¹ Crenshaw, "Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color", 1244.

²² La autora no niega que el proceso de categorizar sea en sí mismo un ejercicio de poder, en el que no solo participan los dominantes, sino que también pueden interactuar los dominados cuando subvierten el sentido de las clasificaciones para efectos de desestabilizar el sistema en sí mismo. Es decir, la categoría "negro-negra" puede ser entendida como el resultado del sistema de discriminación racial, en tanto comporta en sí misma un sentido peyorativo del cual derivan "razones" para la desigualdad y desventaja; pero, al mismo tiempo, es una *etiqueta* que ha sido utilizada como impronta del movimiento antirracista en Estados Unidos para reclamar la reivindicación por la diferencia y la diversidad, así como también la inestabilidad misma del término, cuando se clama por el reconocimiento de otros factores propios de la identidad humana.

de resignificarlas por medio de negociaciones acerca de lo que representan y buscan reivindicar cada una de ellas conforme a las diferencias e intersecciones.²³

Por otra parte, como lo ha anotado Pok Yin S. Chow, la interseccionalidad implica una necesaria lectura antiesencialista al enfatizar en las dificultades que suscitan las disimilitudes dentro de las categorías de identidad. En ese sentido, la identidad es entendida como una entidad mucho más compleja que no encaja dentro de los límites artificiales generados por el derecho o las disciplinas académicas, por lo que la interseccionalidad sirve como herramienta para mitigar los efectos totalizadores de la categorización rígida, mediante la significación de los efectos complejos, irreductibles, variados y variables que se acentúan cuando múltiples ejes de diferenciación –económica, política, cultural, física, subjetiva y experiencial– intersectan en contextos específicos. Como resultado, el enfoque de interseccionalidad se centra en el componente contextual, al reconocer que las categorías de identidad social y los sistemas de poder que les dotan de sentido se amoldan a través del tiempo y la ubicación geográfica; en otras palabras, tal como se transforman los paradigmas discursivos también lo hacen las nociones de género, clase y etnicidad. Al reconocer que la construcción social de las identidades es mutuamente constitutiva, la interseccionalidad se resiste a la simple adición de múltiples y paralelas identidades y fuentes de subordinación.²⁴

Igualmente, la lectura interseccional contribuye al entendimiento del fenómeno de la discriminación, en tanto permite conocer, caracterizar y crear estrategias más adecuadas conforme a la experiencia cotidiana de los sujetos de derechos, mediada por la fusión de los diversos factores de discriminación, “al tiempo que dinamiza la interpretación armónica de los derechos individuales y colectivos”. En este sentido, al enfatizar en la multidimensionalidad identitaria exige que los derechos deban conectarse en forma permanente y en diversos niveles para así combatir las raíces de la desigualdad en toda su complejidad. Es decir, para “lograr identificar y contrarrestar las situaciones evitables y concurrentes de vulnerabilidad en las que se sitúan”.²⁵

Durante su evolución, la interseccionalidad ha sabido expandirse más allá del contexto que propició su nacimiento y, por sus claras bondades, ha sido acogida en otros escenarios donde ciertamente existen expresiones interseccionales de la discriminación por diversos motivos y sistemas. Desde su génesis, que tuvo un eco inmediato en Estados Unidos y que posteriormente comenzó a manifestarse en trabajos de sociólogas feministas negras, y más tarde se expandió entre juristas, ya

²³ Crenshaw, “Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color”, 1296-1299.

²⁴ Pok Yin Stephenson Chow, “Has intersectionality reached its limits? Intersectionality in the UN human rights treaty body practice and the issue of ambivalence”, *Human Rights Law Review* (2016): 5-7, doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2753549>.

²⁵ Andrea Zota, “Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos”, *Revista en Cultura de la Legalidad-EUNOMÍA*, n.º 9 (2015): 82-83.

no solo afrofeministas, sino también asiáticas y latinas, la apuesta interseccional se ha considerado en escenarios más allá de la situación de género y raza; por ejemplo, ha sido utilizada

... por juristas para explorar la situación de desventaja, no precisamente de las mujeres, sino de los hombres o, más concretamente, de los trabajadores afroamericanos en el empleo [...] [o] la agenda sobre los derechos reproductivos, la estrategia [laboral] y la representación política constituirían ejemplos paradigmáticos de esa crítica, sobre todo en países colonizados como Estados Unidos y Canadá.²⁶

Ello sugiere que la lectura interseccional es una herramienta de análisis e intervención trascendental frente a la desigualdad compleja que ciertas personas pueden padecer por razón de los factores que confluyen en sus experiencias particulares, las cuales pueden ser mucho más comunes de lo que tradicionalmente se ha creído.

1.2. Discriminación múltiple, discriminación compuesta, discriminación interseccional

Como se ha sugerido, la discriminación interseccional es una de las múltiples apuestas conceptuales y terminológicas para describir, entender y enfrentar situaciones complejas de desigualdad. Sin embargo, autores como Timo Makkonen han advertido que las situaciones en las que diversas formas de discriminación interactúan entre sí han sido conceptualizadas de distintas maneras y por ello existe una cierta ambigüedad terminológica entre *discriminación múltiple*, *discriminación compuesta* y *discriminación interseccional*. En su concepto, la primera de estas nociones responde a la situación según la cual una persona es sometida a un trato desigual en razón de diferentes causas y en distintos momentos. En la segunda, se describe el fenómeno según el cual distintas categorías de opresión-discriminación se agregan una a otra en una instancia y contexto particular. La última, en su sentido estricto, refiere la situación específica de discriminación en que diferentes categorías interactúan paralela y simultáneamente, donde una conjunción de factores se torna inescindible, sobre todo en el momento de dar cuenta de la experiencia vivida por la persona discriminada.²⁷

En este sentido, la noción de interseccionalidad constituye una reconceptualización del problema de la desigualdad, que intenta capturar tanto sus causas-consecuencias estructurales como las dinámicas de interacción entre los múltiples ejes de

²⁶ María Ángeles Barrère, "La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas públicas", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 87-88 (2010): 233.

²⁷ Timo Makkonen, *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore* (Turku: Åbo Akademi University, 2002): 9-12.

opresión que les son propios. En este proceso, los elementos de justificación podrían ser referidos así: i) el abordaje tradicional antidiscriminatorio no da cuenta de las experiencias particulares de la subordinación interseccional, ii) el análisis interseccional se basa principalmente en las experiencias de subordinación o discriminación y iii) la interpretación reduccionista de las normas de derechos humanos afecta el ámbito de protección y eficacia que estos instrumentos ofrecen frente a diversas realidades que escapan de las lógicas categoriales y esencialistas.²⁸

El entendimiento reducido de la identidad es esencialista en tanto presume al *ser* como un ente inmutable. De allí que la lógica categorial se haya convertido en el modelo hegemónico que mejor ejemplifica dicho razonamiento y que, a su vez, se haya tornado insuficiente frente a discriminaciones múltiples y simultáneas. La limitada y reducida comprensión de los grupos sociales y sus intereses, que ha dado lugar a la administración de medidas estatales de garantía y goce de sus derechos de forma desarticulada y competitiva, ha promovido, a su vez, una contraproducente desconexión en la valoración de las diferencias intragrupalas.²⁹ Desde el ámbito específico de la igualdad de género y la crítica al reduccionismo de las lógicas categoriales no se cuestiona que existan desigualdades estructurales que actúan de manera diferente y con distinta intensidad sobre las personas y grupos sociales, configurando diversas condiciones de vida. Lo que en realidad se discute es que, a nivel conceptual, no es posible tratar de igual manera desigualdades disímiles porque los mecanismos y las estructuras que las originan no son realmente equiparables.³⁰ Así, el enfoque múltiple que proponen las medidas categoriales parte de la equivalencia de desigualdades y entiende la segregación en función de su efecto en la discriminación formal, en cuya suerte la mejor manera de abordarla es simplemente garantizando la igualdad de trato. No considera, por tanto, factores estructurales que residen en la base de las opresiones y, por consiguiente, la discriminación es abordada de forma parcial, a través de sus consecuencias abstractas y no materiales. En últimas, las medidas tradicionales solo comportan un carácter reactivo y no proactivo, en la medida en que plantean la desigualdad como un problema individual, en lugar de hacerlo como un asunto realmente estructural o sistemático.³¹

Similarmente, para Manuel Góngora es posible diferenciar conceptualmente las nociones de discriminación múltiple y de interseccionalidad. La primera, que se ha “impuesto en el lenguaje del DIDH particularmente en diversos mecanismos de las

²⁸ Gaby Oré, *Discriminación múltiple, interseccionalidad e igualdad multidimensional en el marco de los derechos humanos, avances conceptuales y su impacto en el ‘advocacy’ y el litigio* (Lima: Cladem, 2014): 23, 24-26.

²⁹ Makkonen, *Multiple, compound and intersectional discrimination...*, 18.

³⁰ Carmen Expósito, “¿Qué es eso de la interseccionalidad? Aproximación al tratamiento de la diversidad desde la perspectiva de género en España”, *Revista Investigaciones Feministas*, n.º 3 (2012): 215, doi: https://doi.org/10.5209/rev_INFE.2012.v3.41146.

³¹ Expósito, “¿Qué es eso de la interseccionalidad? Aproximación al tratamiento de la diversidad desde la perspectiva de género en España”, 215.

Naciones Unidas”, comporta una connotación matemática similar a la de conceptos como ‘doble’ o ‘triple discriminación’ y hace énfasis en el carácter compuesto de las causas de opresión, aunque no sugiere nada acerca de cómo estas interactúan o si operan separada o simultáneamente. En contraste, la interseccionalidad no solo describe una discriminación basada en diferentes motivos, sino que, “en su acepción geométrica”, evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación. Es decir, evidencia cómo en un caso en particular se puede producir la discriminación “debido a la concurrencia de dos o más motivos prohibidos; esa discriminación puede tener un efecto sinérgico –superior a la suma simple de varias formas de discriminación– o puede activar/descadenar una forma de discriminación que solo opera cuando se combinan varios motivos (*trigger effect*)”.³² Este autor resalta, a su vez, que la interseccionalidad se enmarca en un debate mucho más complejo sobre identidad y desigualdad, “con el cual se trata de ir más allá de meras connotaciones matemáticas: discriminación como suma simple de diversas experiencias separadas según el género, etnia, nacionalidad, etc.”; igualmente, señala que sin perjuicio de las diferentes connotaciones que comportan ambas expresiones, “en muchos casos se emplean indistintamente o bajo relaciones de género/especie”, tendencia que de algún modo él mismo convalida al considerarlas “sinónimas”, aun cuando es consciente, y así expresamente lo reconoce, de que en la doctrina especializada “se prefiere emplear el segundo término por capturar mejor la idea de concurrencia e interacción sinérgica de motivos de discriminación conforme a la multidimensionalidad de las desigualdades”.³³

Ciertamente, no toda discriminación múltiple está de manera necesaria asociada a la interseccionalidad o, más aún, es equivalente. La discriminación múltiple o compuesta se relaciona con un tipo de afectación de corte acumulativo que afecta a las personas de manera especial y concreta a partir de varios factores que alimentan la situación-posición de desventaja, en términos aditivos que no se corresponden con la interdependencia entre estos.³⁴ Un aspecto diferenciador está

³² Manuel Góngora, “Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas”, en *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblado de la Corte IDH, Querétaro*, coord. por Mariela Morales y Laura Clérico (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019): 148-149.

³³ En la misma línea, Góngora refiere: “Las categorías y divisiones sociales que enmarcan desigualdades entre individuos o grupos —género, sexualidad, etnicidad, ‘raza’, clase social, religión, nacimiento, etc.— se intersectan de diversos modos en diferentes contextos, reforzándose mutuamente o contrarrestando efectos discriminatorios. Esta pertenencia multidimensional no se puede reducir analíticamente al ejercicio de sumar/acumular identidades, ya que la combinación es altamente contextual: depende de condiciones históricas, culturales, políticas y sociales específicas” [Góngora, “Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas”, 150].

³⁴ Así, por ejemplo, la misma Crenshaw ha advertido este tipo de discriminación al referir, a propósito del Caso De Graffen Reed vs. General Motors, que las mujeres negras

constituido por la preocupación por determinar cómo, en ciertos casos, interactúan esas causas entre sí, más allá de la sumatoria derivada de su conjunción, lo cual implica valorar si se proyectan en forma separada o simultánea. La interseccionalidad no solo describe un escenario de desigualdad basada en diferentes motivos, sino que evoca una concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación.³⁵ Este encuentro de variables comporta una experiencia compleja en la que los sistemas de opresión se presentan de forma fusionada, inescindible e incluso permanente, lo que se halla indudablemente asociado con la complejidad misma de la experiencia identitaria y los elementos contextuales que le son propios.

La interseccionalidad en sí misma puede referir diferentes versiones y corrientes, y, por tanto, la dirección de su estrategia queda condicionada por la forma en que se aborde el concepto y las preocupaciones de quien busca aplicarlo, así como también el contexto y las realidades propias del escenario en el que se torna imperiosa su introducción. No es igual el ámbito de la lucha de raza y género en los Estados Unidos ante las deficiencias en la adjudicación judicial de las cortes, que las demandas reivindicatorias en el seno de las naciones latinoamericanas, donde las cuestiones de etnia, género, condición socioeconómica, entre otras, adquieren un matiz sumamente relevante para el abordaje de la discriminación y la desigualdad.

Por otro lado, es importante advertir que la versión dominante para analizar la discriminación múltiple se centra en las respuestas del derecho a los problemas relacionados con la interseccionalidad identitaria (p. ej., K. Crenshaw), esto es, a la experiencia de vida en la que confluyen múltiples factores (sexo, raza, orientación sexual, condición social, etc.) que la tornan susceptible a escenarios yuxtapuestos de desigualdad. Otras corrientes se preocupan menos por la interacción de identidades dentro de la experiencia individual y, en su lugar, se centran en la intersección entre estructuras políticas y sociales que privilegian o subordinan aspectos particulares de la identidad (p. ej., P. Hill Collins). Esto denota la pugna que surge en el infructuoso intento por dar una única respuesta a la cuestión sobre si la identidad es una experiencia personal, una ubicación social del sujeto, o una combinación de ambas. Cobran así relevancia otras preocupaciones como el análisis de las intersecciones a partir de las coaliciones de activismo sociopolítico entre grupos que trabajan por la reivindicación de los derechos de las colectividades y “minorías”, cuando,

alegaron haber sido segregadas en el acceso al trabajo que solo era garantizado para hombres afroamericanos o mujeres blancas: “La discriminación mixta o compuesta [...] se trata de la combinación entre discriminación racial (solamente hombres negros eran contratados para trabajar en las líneas de montaje) y la de género (solo mujeres blancas eran contratadas para trabajar en oficinas). Por tanto, las mujeres negras son afectadas de manera específica por la combinación de esas dos formas diferenciadas de discriminación” (Crenshaw, “Interseccionalidade na discriminação de raça e gênero”, 13).

³⁵ Corte IDH, Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, cit., voto concurrente, 3-4.

por ejemplo, un movimiento activista contra el racismo apoya la causa de género, o colectividades de mujeres apoyan la lucha por los derechos LGBTIQ.³⁶

1.3. Interseccionalidad y transversalización del enfoque de género

Como un modelo interactivo, la interseccionalidad presupone “identidades múltiples subordinadas” que expresan que las personas con identidades sociales construidas y situadas como inferiores por los sistemas hegemónicos de poder experimentan su proceso identitario como un todo a la luz de un proceso de “interacción sinérgica”, donde las múltiples variables de su experiencia son inseparables entre sí. Es, por tanto, fundamental reconocer el poder de las personas para autodefinirse desde sus experiencias propias y combatir las definiciones impuestas por estructuras, agentes e instituciones. Esta estrategia debe partir del reconocimiento de ese proceso de “autorreconfiguración” personal que les permite empoderarse como sujetos marginados de manera múltiple y simultánea frente a estructuras complejas de discriminación.³⁷

Como toda noción emergente y contrahegemónica, la interseccionalidad también representa desafíos. Timo Makkonen refiere una serie de dificultades y potencialidades que deben ser tenidas en cuenta en el momento de considerar la aplicación de esta figura. Sobre las primeras sostiene que un posible peligro es que el “enfoque interseccional” se transforme en una nueva categoría esencialista y excluyente, en tanto dé paso a nuevos estereotipos de naturaleza interseccional. Por ejemplo, asumir que la interseccionalidad solo se trata de la discriminación que afecta a la mujer, y no al hombre, o de que toda mujer afrodescendiente es siempre víctima de la discriminación interseccional. En esta misma línea, se advierte el riesgo de catalogar a la víctima de opresión como sujeto pasivo, como vulnerable, sin posibilidad de agenciar ni reclamar sus propios derechos o romper con la estructura de la desigualdad. Para evitar estos problemas, es necesario que la interseccionalidad, al propender a una visión globalizadora de la discriminación, deba ser aplicada en suma con otras formas de análisis y/o estrategias.³⁸

Lo anterior implica un expreso abandono de las tendencias a asumir a las personas que enfrentan la discriminación interseccional como meras víctimas de la segregación y la opresión, es decir, como simples sujetos pasivos/vulnerables que solo claman por una medida de reparación tradicional frente al evento –circunstancial– en el que la situación de desventaja se vio materializada. Por el contrario,

³⁶ Suzanne B. Goldberg, “Intersectionality in theory and practice”, 125-126. Véase, asimismo, Leslie McCall, “The Complexity of Intersectionality”, *Chicago Journals* 30, n.º 3 (2005): 10. McCall sitúa el análisis complejo de las discriminaciones en los movimientos sufragista y abolicionista de la esclavitud asociado a la lucha por los derechos de las mujeres en los Estados Unidos, particularmente, a partir de los desarrollos de la corriente conocida como feminismo negro (*black feminism*).

³⁷ Muñoz, *Intersecting violence*,..., 10-12.

³⁸ Makkonen, *Multiple, compound and intersectional discrimination*..., 33-34.

es necesario un reconocimiento de estas realidades como propias de sujetos activos de plenas facultades de ejercicio y goce de sus prerrogativas fundamentales, y de personas que merecen el acceso y la garantía de sus derechos humanos en términos de equidad. Así como también y, en consecuencia, requieren la aplicación de un enfoque transformador de la realidad interseccional estructural, mediante medidas que no solo conduzcan a la reparación coyuntural, sino que, además, y sobre todo, contribuyan a la superación de condiciones de vida que las han ubicado en una situación favorable para la intersección de opresiones y desigualdades.

Ahora bien, en el marco de la preocupación por aplicar estrategias para enfrentar la desigualdad múltiple, Mieke Verloo sostiene que es necesaria una herramienta de intervención que se presente en todos los niveles estructurales e institucionales, públicos y privados, a través de –y en conjunto con– la interseccionalidad en cada uno de los procesos de decisión. Conforme a esta preocupación, la autora propone dos posibilidades simultáneas: primera, retomar el camino avanzado –y sobre todo lo aprendido– con la transversalidad de género³⁹ e integrarla con la estrategia interseccional. Segunda, desarrollar formas holísticas de transversalización de la igualdad en función de las diversas fuentes que dan lugar a la discriminación.⁴⁰

Esta estrategia de integración entre la interseccionalidad y la transversalidad de género, a su vez, debe tener en cuenta que i) la desigualdad se produce tanto en la esfera pública como en la privada, se reproduce a través de identidades, comportamientos, interacciones, normas, etc.; ii) las fuentes de discriminación no son equivalentes y funcionan de maneras variadas, así como también responden a un problema dinámico que debe ser entendido según su interacción; iii) las raíces de la opresión no son aisladas, pueden ser interdependientes y estar interconectadas;

³⁹ La transversalización del género o *gender mainstreaming* es una estrategia que busca incluir la preocupación por la equidad entre los géneros en cada una de las formas de intervención política del Estado para un adecuado acceso y garantía de los derechos humanos. En otras palabras, se trata de una inclusión integral, permanente y omnipresente del enfoque diferencial de género en las acciones oficiales, como una forma de interconectar no solo esfuerzos, sino también las conciencias de las autoridades frente a la importancia de alcanzar escenarios materiales de equidad para todas las personas sin distinción basada en el sexo-género. El principio de la transversalidad se introdujo de manera expresa en el año 1995, en el marco de la Conferencia de Beijing, como una medida para enfrentar la desigualdad de género. En su momento, significó un impacto importante en la transformación de las políticas públicas en Europa; por tanto, partió de la premisa de que las acciones y los programas estatales tenían resultados diferentes para hombres y mujeres, y en esa medida su formulación e implementación debía presentarse sobre una perspectiva diferenciada con el fin último de que todos y todas se beneficiasen por igual en el ejercicio y goce de sus derechos, y con ello evitar la perpetuación de la desigualdad (Expósito, “¿Qué es eso de la interseccionalidad? Aproximación al tratamiento de la diversidad desde la perspectiva de género en España”, 205).

⁴⁰ Mieke Verloo, “Multiple inequalities, intersectionality and the European Union”, *European Journal of Women's Studies* 13, n.º 3 (2006): 223-224, doi.org/10.1177/1350506806065753.

y iv) diferentes poderes-intereses entran en juego cuando se presentan escenarios de múltiples desigualdades.⁴¹

El esfuerzo por desarrollar una estrategia de transversalización del género más comprehensiva, que no solo tome en cuenta el impacto diferenciado en la intervención estatal en mujeres y hombres, sino que también tenga en consideración otros modos de subordinación puede tener un mayor potencial transformador y de efectividad en lograr objetivos de desarrollo e igualdad material para todas las personas.⁴² Se resalta entonces que la transversalidad y la interseccionalidad no son herramientas excluyentes en la intervención para superar la desigualdad. Por el contrario, se constituyen como estrategias que son complementarias en la medida en que comparten una preocupación común –el problema de la discriminación estructural–, lo que hace posible que las características y los elementos de una y otra puedan inspirar el trabajo mutuo, o incluso imbricarse a modo de intervenciones integrales frente a dicho objetivo común, que es combatir la segregación y la opresión asociada con la identidad y sus elementos contextuales.

Si se parte de la idea de que la “interseccionalidad contribuye a diseccionar con más precisión las diferentes realidades en las que se encuentran las mujeres y por lo tanto puede mejorar la acción política”,⁴³ la transversalidad permite introducir las estrategias antidiscriminatorias más allá de un caso en concreto, por ejemplo, que trascienda a la decisión judicial en la que se busca reparar una situación de desigualdad compleja, interseccional, en tanto permite compeler a las autoridades a la integración de acciones estructurales en el marco de la acción estatal (políticas públicas, modificaciones legislativas, correcciones disciplinarias, etc.). Esto implica pensar en impactos realmente transformadores que vayan más allá del caso estudiado y decidido por la autoridad jurisdiccional, que, aunque escapen de la situación fáctica concreta, sirven de base para promover la intervención estatal en otras esferas que son ajenas –externas– a la administración de justicia.

2. La discriminación interseccional y su aplicación judicial

En el caso de las situaciones complejas de discriminación es claro que existen múltiples apuestas teóricas para su abordaje. El primer paso para enfrentar los problemas derivados de los cruces entre categorías identitarias y contextuales implica

⁴¹ Verloo, “Multiple inequalities, intersectionality and the European Union”, 223-224. Véase, asimismo, Ian Atkinson y Vicki Donlevy, “Discussion paper on intersectionality and gender mainstreaming”, *European Community of Practice on Gender Mainstreaming* (2014): 2-5.

⁴² Jenny Riley, “Some reflections on gender mainstreaming and intersectionality”, *Development Bulletin*, n.º 64 (2004): 82-86, doi: http://womentransformingcities.org/wp-content/uploads/2017/01/Riley_Basic_Concepts.

⁴³ Expósito, “¿Qué es eso de la interseccionalidad? Aproximación al tratamiento de la diversidad desde la perspectiva de género en España”, 205.

comprender en qué consisten estas experiencias de vida. Para dar respuesta a lo anterior, es necesario ejemplificar estas historias, en casos concretos, que permiten reflexionar sobre la amplitud en el universo de la discriminación, así como las complejidades que suscita para el campo del derecho y, en especial, en el ámbito judicial.

La propuesta interseccional de Kimberlé Crenshaw en tales términos, podría ser condensada así: i) hay experiencias de vida, cualitativamente hablando, que se corresponden, a la luz de categorías hegemónicas de identidad o contextuales, a más de una de las colectividades o grupos poblacionales posibles, que han sido agrupados de acuerdo con factores generalizables por quienes explican y describen el fenómeno de la discriminación diferenciada; ii) por esa potencial pertenencia a dos o más de las agrupaciones diferenciadas en términos del discurso antidiscriminatorio, las voces de estas personas a) quedan invisibilizadas en cada grupo, y estos, a su vez, quedan fragmentados a modo de subcategorías de oprimidos dentro de los oprimidos; y b) corren el peligro de tener que escoger una u otra parte de su experiencia para pertenecer a un grupo poblacional considerado vulnerable y de allí a autocercenar el reconocimiento como víctima de la desigualdad; iii) el abordaje de dichas experiencias fusionadas asociadas a la identidad y sus elementos contextuales relacionados, no se limita a la sumatoria de las variables que les son propias, sino que, por el contrario, comporta el reto de que el analista aplique un enfoque complejo en términos cualitativos más que cuantitativos, en aras de entender, primero, que la experiencia identitaria es compleja *per se*, y, segundo, que las categorías históricamente utilizadas son inestables, a veces marginales, por lo que deben utilizarse con cautela, sin prejuicio y de forma no estereotipada, ni definitiva; iv) la finalidad de esta lectura es desentrañar las confluencias identitarias y los sistemas opresivos que recaen sobre ellas, entendiendo que se trata de problemas estructurales de opresión en un sentido sistemático más que coyuntural, y, por tanto, asumiendo la discriminación de forma crítica en torno a realidades individuales y sus condiciones asociadas, en lugar de eventos o escenarios de discriminación separados, esporádicos o meramente circunstanciales.⁴⁴

Cobra así relevancia la experiencia enfrentada en el contexto del escenario judicial, tanto a nivel interno como internacional en materia de sistemas y mecanismos de protección de los derechos humanos ante casos claramente interseccionales, lo que conduce a un rastreo ineludible de contextos en los que ya se han abordado o debieron abordarse las discusiones interseccionales y trae consigo un cuestionamiento de las tradicionales lógicas categoriales características de los remedios y tratamientos para fenómeno de la desigualdad y la opresión.

A nivel nacional, un caso colombiano en el que se puede ejemplificar el escenario interseccional es el de Absalón Mosquera contra la Corporación Universitaria Remington, conocido por la Corte Constitucional de Colombia. Este fue propiciado en

⁴⁴ Crenshaw, “Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics”, 140-150.

sede de revisión de una acción de amparo promovida por un estudiante universitario de 24 años, afrodescendiente, proveniente del departamento de Chocó, quien en el proceso se autodefinió como persona transgénero y homosexual. En este asunto, el actor puso en conocimiento del juez constitucional actos de discriminación realizados por diversas personas asociadas con la institución de educación superior en la que la víctima se encontraba adelantando estudios de medicina. Hechos que condujeron a posteriores escenarios de segregación propiciada por estudiantes de la institución y personas externas a ella, e incluso de su propio núcleo familiar, en el que de hecho se apoyaba económicamente para sustentar su formación académica. En el marco del examen realizado por el tribunal constitucional se puso de presente la siguiente situación fáctica:

La manera en que Absalón vive y exterioriza ante los demás su identidad de género no es a través de la asunción permanente de una identidad femenina, sino transitando entre esta y la masculina, a través de la transformación de su indumentaria y la puesta en escena de una identidad femenina, sin que ello implique abandonar su nombre y otros atributos asociados al género masculino. La forma en que el accionante experimenta su identidad desquicia la lógica binaria sobre la que tradicionalmente ha operado el género como principio clasificatorio, conforme a la cual, se asume, una persona es hombre o mujer, *tertium non datur*. Quienes, como Absalón, no se sitúan de manera fija en uno de estos extremos, sino que viven su humanidad transitando entre ellos, tal vez reconociéndose en algún punto intermedio, se enfrentan a la incompreensión, generalmente acompañada del rechazo y la hostilidad, de aquellas personas habituadas a reconocer y aceptar al otro a condición de que este se deje encasillar en alguno de estos extremos y reproduzca de manera clara y sin ambigüedad alguna, los atributos que permitan identificarlo como hombre o mujer, sin más. Pero además de transgredir el orden heteronormativo con su identidad de género, este joven también lo desafía al reconocerse y aceptarse como homosexual.

No es lo mismo asumir tal identidad y orientación sexual para una persona que nace en el seno de una familia que acompaña y apoya su experiencia de vida, y le provee del soporte material y afectivo para superar las previsibles dificultades que afrontará en el camino, a ser un joven de escasos recursos, huérfano de ambos padres, que creció al cuidado de una hermana que también funge como su madre de crianza y cuya reacción inicial, al enterarse de la orientación sexual de Absalón, fue retirarle el apoyo para continuar sus estudios. Un joven que, oriundo del departamento del Chocó, hoy vive en un medio social que valora como atributo digno de elogio el tener piel de color “blanco porcelana”. La convergencia de tales circunstancias no implica, en sí misma, que todo trato diferenciado que afecte al accionante constituya una forma de discriminación en su contra. Sin embargo, se erige en un dato relevante para el

presente análisis, en tanto el joven Absalón Segundo Mosquera Palacio reúne atributos que acentúan su condición de vulnerabilidad y han de ser tenidos en cuenta al analizar la manera en que transcurrieron los acontecimientos que le llevaron a retirarse, y a no ser readmitido, en el programa de medicina que cursaba en la Corporación Universitaria Remington.⁴⁵

En virtud de los términos expuestos por dicha Corte en este caso, la experiencia de vida de la víctima de discriminación se encuentra cimentada sobre múltiples y simultáneos factores tanto identitarios como contextuales. Así, se ponen en evidencia las categorías de género, orientación sexual, raza y procedencia-condición socioeconómica. Estos elementos podrían bien haber sido tratados de forma indistinta por el tribunal, o incluso haber sido desconocidos al habérsele dado prelación solo al criterio de género o de orientación sexual, que claramente enmarcó –pero no determinó– la experiencia de la discriminación padecida.

Por otro lado, en el marco del seguimiento a la situación de desplazamiento forzado a causa del conflicto armado colombiano, en tanto estado de cosas inconstitucional (Sentencia T-025 de 2004), la Corte Constitucional emitió un auto especial de seguimiento en materia de la situación de las personas impedidas física, psicológica o sensorialmente, tradicionalmente conocidas como hombres y mujeres con discapacidad, en virtud de una notoria afectación especial de sus derechos a consecuencia de las hostilidades. En tal sentido, el tribunal consideró:

El conflicto armado y el desplazamiento forzado son fenómenos que causan y exacerban la discapacidad. El grado de discriminación, aislamiento y exclusión que sufren a diario las personas con discapacidad, se ve agudizado por el conflicto y por el desplazamiento. Ante estos eventos, las necesidades de la población con discapacidad tienden a ser dejadas de lado, se olvida que, a diferencia de otras víctimas del conflicto armado, ellas enfrentan barreras adicionales, tanto sociales, como de acceso al espacio físico, a la comunicación, a la información, a la participación. En situaciones de conflicto esta población está expuesta a un mayor riesgo de perder la vida, de ser sometida a violencia, de ser víctima de abusos y tratos denigrantes, o de ser abandonada. Muchas personas con discapacidad, por las múltiples barreras y restricciones que enfrentan, ni siquiera tienen la oportunidad de escapar para sobrevivir. Pero incluso, aquéllas que logran hacerlo para garantizar su vida, seguridad e integridad personal, se ven abocadas en un nuevo entorno a un mayor aislamiento y marginación que les hace más difícil recuperarse y recobrar sus medios de subsistencia.

⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-141 de 2015, Expediente T-457438, M. P. María Victoria Calle Correa, 42-43.

Las personas desplazadas con discapacidad son sin duda uno de los grupos más vulnerables y discriminados del conjunto de población desplazada. Sin embargo, como se pondrá de presente a lo largo de esta providencia, esta mayor vulnerabilidad no ha venido acompañada de acciones decididas para enfrentarla. Ni siquiera hay claridad de cuántas personas con discapacidad se encuentran desplazadas. Mucho menos se conoce cuáles son sus necesidades específicas, teniendo en cuenta, además, que la población desplazada con discapacidad abarca una gran heterogeneidad, en términos del tipo de discapacidad, de la edad, del género, de la adscripción étnica y cultural.⁴⁶

Esta heterogeneidad de la que habla la Corte Constitucional pone en evidencia que aun ante categorías que parecen más o menos estables, existen múltiples realidades que escapan a la tendencia reduccionista de entender la discapacidad como único elemento diferenciador o explicativo del fenómeno de la discriminación. Así, en este caso se pueden advertir múltiples categorías asociadas a la segregación, tales como impedimento psicomotor, desplazamiento y conflicto armado, edad, género, etnia, raza o procedencia geográfica (campesino/na). Nuevamente, el reconocimiento de una afectación a los derechos de la víctima que acude ante un tribunal en estas circunstancias no podría limitarse, para ser efectivos, a la etiqueta de discapacidad, pues la situación discriminatoria se encuentra íntimamente relacionada con otros aspectos entrecruzados que deben también ser atendidos.

La Corte IDH, en el marco de su función contenciosa también ha considerado situaciones interseccionales de discriminación. Durante varios años, la interseccionalidad como objeto no fue mencionada expresamente; sin embargo, tal como lo resalta Catalina Zota, la Corte IDH, al establecer las violaciones convencionales en el caso de grupos diferenciales, “ha permitido identificar la complejidad en la que se sitúan los sujetos pertenecientes a grupos sociales que históricamente han experimentado exclusiones y desventajas para acceder a los recursos, las oportunidades y a la movilidad social”.⁴⁷ En este contexto, aquellos casos en los que el tribunal interamericano se enfrentó con situaciones complejas de discriminación, la autora se preocupa por determinar si el tratamiento dado en las decisiones adoptadas respondió a una lógica acumulativa (sumatoria de factores de opresión) o si se aplicó una lectura interseccional. Como resultado de su estudio, la académica concluye que es posible identificar en la argumentación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte IDH una “paulatina articulación de los sistemas de opresión y las circunstancias que los acentúan”. Pero también, si bien el análisis

⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia, Auto A-006 de 2009, Expediente T-653010 y acumulados, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, 5-6.

⁴⁷ Andrea Zota, “Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos”, 74.

aplicado no se da “en términos de redes de opresiones fusionadas”, tampoco se “asume una noción eminentemente cuantitativa de acumulación o suma aritmética de categorías de opresión”. En otros términos, a pesar de que en los casos revisados la discriminación y la violencia “aún son interpretadas por la Comisión y [el tribunal internacional] de manera categorial” fueron estudiadas las articulaciones entre categorías, así como sus interdependencias en función de diversos contextos (conflicto armado, centros carcelarios, espacios rurales, etc.).

Tal como lo señalamos en la introducción, es en el Caso Gonzáles Lluy y otros c. Ecuador donde la Corte IDH utiliza, por primera vez, en forma explícita, el concepto de interseccionalidad. En dicho caso se analizó la responsabilidad internacional de Ecuador por la violación de varios derechos convencionales en perjuicio de, en su momento, una niña ecuatoriana, debido a la discriminación sufrida por su condición particular de vivir con VIH, ser menor de edad, mujer y estar en situación de “pobreza”, en cuyo contexto se consideró:

La Corte nota que en el caso de Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, siendo una niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada. En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados. Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal concluye que Talía Gonzales Lluy sufrió una discriminación derivada de su condición de persona con VIH, niña, mujer, y viviendo en condición de pobreza.⁴⁸

⁴⁸ Corte IDH, Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, cit., 87-88.

Conforme a lo anterior, la Corte IDH aplicó un análisis de complejidad frente al caso de discriminación de la víctima. En este escenario, además de que se advierte la multiplicidad de factores identitarios y contextuales, también puede reflexionarse sobre la forma en que fue abordada la intersección de estos. En efecto, en esta primera formulación expresa sobre interseccionalidad, en ciertos pasajes de la argumentación puede interpretarse que el tribunal interamericano hubiese aplicado un enfoque aditivo más que fusionado en la conjunción de categorías. Esto, por cuanto fueron puestos de presente los distintos escenarios en los que cada característica identitaria, de forma independiente, tenía incidencia en la vivencia de la discriminación, lo cual podría corresponder al modelo de sumatoria de opresiones. Asimismo, la argumentación podría asociarse a una lógica según la cual, cada factor de discriminación adiciona un escalón mayor de gravedad a la experiencia de la víctima, con lo que, al final, el hecho de contar con todos ellos hace que esta sea catalogable como más severa que la de quienes en comparación podrían no contar con todos estos factores. Sin embargo, el enfoque de interseccionalidad no busca indicar una mayor gravedad en el tipo de discriminación, sino enfatizar en la diferencia y particularidades en la experiencia de la discriminación, lo cual debe hacerse más visible en la argumentación judicial y narración que se desarrolle.

Por otro lado, retornando al contexto colombiano, se resalta el Caso Gina Hoyos Gallego c. Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional, conocido por la Corte Constitucional. En este se puso de presente la discriminación enfrentada por una mujer transgénero en múltiples escenarios de su vida, de forma permanente, múltiple y simultánea, tal como quedó consignado según su relato en la providencia del tribunal constitucional:

La actora manifestó que, aunque fisiológicamente nació como un hombre, empezó a considerarse como una mujer y a sentir una atracción física por los hombres desde los 12 años. En ese momento, comenzó “a pintarse los ojos y a colocarse (sic) ropa femenina a escondidas de su padre”; cuando él se percató de la situación decidió expulsarla violentamente de la casa. Debido a esto, la peticionaria se vio forzada a ejercer la prostitución. Señaló que, por su apariencia, a partir de ese momento ha tenido problemas con las autoridades de Policía y que sus intentos por conseguir trabajo se han visto frustrados por no tener la libreta militar. Además, a raíz de su actividad como trabajadora sexual, se contagió con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH).

Por otra parte, la accionante explicó que tuvo que salir desplazada de la ciudad de Circasia (Quindío) pues recibió amenazas de muerte de las bandas criminales (bacrim) de la región por su trabajo como líder de la Mesa Municipal de la Comunidad de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexuales (LGBTI) donde desarrolló brigadas de atención para personas con VIH y jóvenes en contextos de vulnerabilidad por su orientación sexual o identidad de género. En razón a estas amenazas, se vio obligada a trasladarse a Bogotá

junto a su madre, de 64 años. Manifestó que al llegar a la ciudad presentó una declaración ante la Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas y posteriormente fue inscrita en el Registro Único de Víctimas (RUV). Señaló que después de la inscripción solo ha recibido, en forma de ayuda humanitaria, un mercado y un subsidio de atención por un valor de seiscientos cuarenta mil pesos (\$640,000) por lo que actualmente ejerce de nuevo la prostitución. La actora señaló que el 8 de mayo del 2014 sostuvo una reunión, a instancias de la Oficina de Diversidad Sexual del Departamento de Planeación Distrital de Bogotá, en las oficinas del Distrito Militar de Puente Aranda, con el fin de definir su situación militar. Después de esa reunión, y siguiendo las instrucciones que recibió de [un] coronel se acercó al Distrito Militar No. 59 en Soacha y presentó un certificado del RUV con el fin de ser eximida del pago de la cuota de compensación y recibir su libreta militar. Sin embargo, no pudo obtener el documento pues le informaron que debía pagar una multa “porque no se había presentado a tiempo hace 10 años”.

[...]

[L]a Sala toma nota de la situación estructural de discriminación que sufren las personas transexuales, puesta de presente por las intervenciones hechas a lo largo de este proceso. Para la Corte, resulta alarmante que en las actuaciones de las autoridades persista la invisibilización de las personas transexuales y el objetivo de mantener categorías anacrónicas y denigrantes para “normalizar” a estos individuos en desmedro de sus derechos. La idea de que la identidad de género y la orientación sexual deben ser sometidas a un escrutinio público y médico es inaceptable desde el punto de vista constitucional.⁴⁹

Tras analizar el caso desde la óptica de una “situación estructural de discriminación”, la Corte Constitucional concluyó que el Ejército Nacional de Colombia había vulnerado los derechos fundamentales de la demandante al hacerla destinataria de la normatividad sobre reclutamiento y servicio militar obligatorio que ha sido aplicable únicamente para los hombres colombianos mayores de edad. Decidió, en consecuencia, avalar la tutela al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y la protección a la igualdad de la accionante teniendo en cuenta, principalmente, su identidad sexual diversa. Sin embargo, se dejó de lado, tanto en el análisis como en el remedio, que en función de la mencionada situación estructural de discriminación confluían múltiples factores de exclusión en el caso de Gina Hoyos Gallego, pues la discriminación padecida por razón de su identidad de género –mujer transgénero– no se puede entender desconectada de otros aspectos imprescindibles, tales como su condición de persona desplazada, víctima del conflicto armado y trabajadora sexual en condición de riesgo.

⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-099 de 2015, Expediente T-4.521.096, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 4-5, 76.

En el Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, referido al sometimiento a esclavitud y trata de personas de 85 trabajadores rescatados de la Hacienda Brasil Verde, ubicada en el estado de Pará, en el año 2000, el tribunal interamericano consideró que el Estado incurre en responsabilidad internacional en aquellos casos en que, habiendo discriminación estructural, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas:

La Corte constata, en el presente caso, algunas características de particular victimización compartidas por los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000: se encontraban en una situación de pobreza; provenían de las regiones más pobres del país, con menor desarrollo humano y perspectivas de trabajo y empleo; eran analfabetas, y tenían poca o nula escolarización [...]. Lo anterior los colocaba en una situación que los hacía más susceptibles de ser reclutados mediante falsas promesas y engaños. Dicha situación de riesgo inmediato para un grupo determinado de personas con características idénticas y originarios de las mismas regiones del país, tiene orígenes históricos y era conocida desde, al menos, 1995, cuando el Gobierno de Brasil reconoció expresamente la existencia de “trabajo esclavo” en el país [...]. De la prueba aportada al expediente se advierte la existencia de una situación basada en la posición económica de las víctimas rescatadas el 15 de marzo de 2000 que caracterizó un trato discriminatorio.⁵⁰

En el Caso I. V. c. Bolivia, la Corte IDH también consideró situaciones interseccionales de discriminación, y puso de presente la historia de una mujer de nacionalidad peruana que por causas de persecución estatal se vio obligada a migrar a Bolivia, donde adquirió la calidad de persona refugiada. En ese contexto, en algún momento fue intervenida quirúrgicamente para dar a luz a su última hija, diligencia médica en la cual le fue realizada una *esterilización histeroscópica* sin su consentimiento. En esta ocasión, el tribunal internacional realizó importantes consideraciones respecto a su particular situación:

La Corte nota que en el caso de la señora I. V. confluyeron en forma interseccional múltiples factores de discriminación en el acceso a la justicia asociados a su condición de mujer, su posición socioeconómica y su condición de refugiada. En efecto, en el presente caso, dicha discriminación confluyó además con una vulneración al acceso a la justicia con base en la posición socioeconómica de la señora I. V., en tanto los cambios de jurisdicción para

⁵⁰ Corte IDH, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, Sentencia de 20 de octubre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 318, 87.

la radicación de la causa en el segundo y el tercer juicio penal, hicieron que se presentara un obstáculo geográfico en la accesibilidad al tribunal. Ello implicó un elevado costo socioeconómico de tener que trasladarse a una distancia prolongada, al extremo de tener que viajar un trayecto de aproximadamente 255 km en el caso del proceso tramitado ante el Tribunal de Sica Sica, y cubrir viaje, hospedaje y otros costos del traslado no sólo de ella sino también de los testigos, lo cual conllevó evidentemente a un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia. Lo anterior constituyó una discriminación en el acceso a la justicia con base en la situación socioeconómica, en los términos del artículo 1.1 de la Convención.

Por otra parte, la Corte nota que el hecho de tener la condición de persona con estatuto de refugiado, es decir, de ser persona que se vio obligada a huir de su país de origen y buscar protección internacional por tener un temor fundado a ser objeto de persecución, determinó que la señora I. V. y su esposo se sintieran nuevamente desprotegidos en la búsqueda de justicia toda vez que, a raíz de sus reclamos, recibieron diversos tipos de presiones, incluyendo averiguaciones sobre la calidad de su residencia en Bolivia. La discriminación que vivió I. V. en el acceso a la justicia no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente.⁵¹

Las consideraciones de la Corte estuvieron orientadas a un análisis mucho más propio de la interseccionalidad, en tanto valoró que la conjunción de factores de discriminación constituye una experiencia diferente, de naturaleza fusionada, que impacta o explica la realidad compleja de la vulneración a los derechos y, con ello, supone la necesidad de medidas de garantía mucho más holísticas a las de aquellas propias de discriminaciones por motivos unidimensionales, ciertamente, no menos o más importantes que las que se encuentran intersectadas.

Para el litigio conocido por la Corte IDH en el caso V.R.P., V.P.C. y otros c. Nicaragua, la Corte centró su análisis sobre la cuestión de si las investigaciones y el proceso penal iniciados a nivel interno por el Estado, debido a la denuncia por violación sexual interpuesta por la madre de la víctima, cumplieron con el deber de debida diligencia reforzada y de no revictimización en investigaciones y procesos penales por violencia sexual en perjuicio de la niña víctima. El tribunal advirtió que en este caso tenía la oportunidad de referirse a la obligación de un Estado cuando las investigaciones y el proceso penal se dan en el marco de un caso de violación sexual cometida en contra de una niña, y, en consecuencia, adoptaría “un enfoque interseccional que tenga en cuenta la condición de género y edad de la niña”:

⁵¹ Corte IDH, Caso I. V. vs. Bolivia, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 329, 103-104.

Las medidas especiales de protección que el Estado debe adoptar se basan en el hecho de que las niñas, niños y adolescentes se consideran más vulnerables a violaciones de derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros. En el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada y potenciada, debido a factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar.

En lo que se refiere a la respuesta institucional con miras a garantizar el acceso a la justicia para víctimas de violencia sexual, este tribunal nota que las niñas, niños y adolescentes pueden enfrentarse a diversos obstáculos y barreras de índole jurídico y económico que menoscaban el principio de su autonomía progresiva, como sujetos de derechos, o que no garantizan una asistencia técnica jurídica que permita hacer valer sus derechos e intereses en los procesos que los conciernen. Estos obstáculos no solo contribuyen a la denegación de justicia, sino que resultan discriminatorios, puesto que no permiten que se ejerza el derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad. De lo anterior se colige que el deber de garantía adquiere especial intensidad cuando las niñas son víctimas de un delito de violencia sexual y participan en las investigaciones y procesos penales, como en el presente caso.⁵²

Cuando la Corte analiza el caso, parte de la vulnerabilidad de los niños y las niñas y los factores que “potencian” o empeoran dicha susceptibilidad a la discriminación frente a sus derechos, aplica un enfoque aditivo de vulneraciones y no parte, de considerar que aspectos como el género, la edad, las condiciones socioeconómicas y del entorno son parte de una realidad intersectada compleja que en contextos concretos, como el del abuso sexual, ciertamente sufren una afectación diferenciada, pero no porque se sumen factores de vulnerabilidad, sino porque las características interseccionales que expresan la experiencia de la víctima son especiales y, por tanto, ameritan remedios especiales.

En similar sentido, en el Caso Ramírez Escobar y otros c. Guatemala, la Corte IDH analizó las presuntas violaciones convencionales por cuenta de una adopción irregular, que fue avalada por las autoridades judiciales guatemaltecas y derivó en la separación permanente entre los niños dados en adopción y sus padres biológicos. El tribunal advirtió que debían verificarse los distintos motivos de discriminación alegados en este caso, particularmente en el de la madre biológica de los niños, dado que “habrían confluído en forma interseccional distintos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación asociados a su condición de

⁵² Corte IDH, Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 350, 45.

madre soltera en situación de pobreza, con una madre lesbiana, ya que la discriminación experimentada por la señora Ramírez Escobar sería el resultado del actuar entrecruzado de todas las razones por las que habría sido discriminada”. Con tal objetivo, resaltó:

A efectos del análisis jurídico que debe realizar este tribunal y teniendo en cuenta que en este caso se alega que varias personas fueron víctimas de discriminación por motivos coincidentes, este tribunal realizará un análisis de cada uno de los motivos presuntamente discriminatorios de manera separada. Lo anterior sin perjuicio de que la Corte comprende que la confluencia de factores de discriminación de manera interseccional resulta en una experiencia discriminatoria que se diferencia de la simple acumulación en contra de una persona de distintas causas de discriminación.⁵³

Más adelante, la Corte concluyó que los factores intersectados en el caso de la madre de los niños dados en adopción

... confluyeron de manera interseccional en la señora Flor de María Ramírez Escobar, quien, por ser madre soltera en situación de pobreza, formaba parte de los grupos más vulnerables a ser víctima de una separación ilegal o arbitraria de sus hijos, en el marco del contexto de adopciones irregulares en que sucedieron los hechos de este caso. La discriminación de la señora Ramírez Escobar es interseccional porque fue el producto de varios factores que interaccionan y que se condicionan entre sí.

Nuevamente, hay una tendencia hacia el enfoque aditivo, tratado como perspectiva interseccional por la Corte IDH para analizar las vulneraciones del caso. De hecho, el tribunal señala que “realizará un análisis de cada uno de los motivos presuntamente discriminatorios de manera separada”, aun cuando reconoce que la interseccionalidad “resulta en una experiencia discriminatoria que se diferencia de la simple acumulación en contra de una persona de distintas causas discriminación” y, por tanto, concluye que la discriminación sufrida por la víctima “es interseccional porque fue el producto de varios factores que interaccionan y que se condicionan entre sí”.⁵⁴

A pesar estas leves contradicciones, es importante resaltar que la Corte IDH ha venido decantando el sentido primigenio del concepto de interseccionalidad. Lo reconoce expresamente y trata de algún modo de dotarlo de sentido en la resolución de sus casos más recientes. Sin embargo, es en el aspecto aplicativo donde podría

⁵³ Corte IDH, Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, Sentencia de 9 de marzo de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 351, 90.

⁵⁴ Corte IDH, Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, 91, 98.

existir un enfoque limitado, dado que no pasa de concluir que una realidad ha sido interseccional, y ello no impacta en las medidas de reparación que necesariamente tendrían que ser acordes con la naturaleza de las discriminaciones determinadas en el asunto.

En el Caso Guzmán Albarracín y otras c. Ecuador se trató el caso de la violencia sexual padecida por una niña ecuatoriana, quien entre sus 14 y 16 años fue sometida a diversas formas de abuso contra su integridad sexual –y que derivó a la postre en su suicidio– por cuenta de los tratos que de manera reiterada le fueron infligidos, en un primer momento, por un miembro directivo del colegio en el que cursaba su educación secundaria. Esa vulneración a sus derechos se vio posteriormente prolongada por parte de los demás representantes de la institución educativa, el médico que la atendió e incluso las autoridades judiciales que habrían manejado con estereotipos el caso. En esta ocasión, el tribunal internacional analizó las violaciones convencionales en función del carácter discriminatorio de la violencia sexual padecida por la víctima, bajo la premisa de que “la violencia de género y la violencia contra la mujer implican una forma de discriminación” y que la “violencia sexual contra niñas no sólo expresa una discriminación prohibida debido al género, sino que también puede resultar discriminatoria en función de la edad”. Por esa razón, en atención a que el artículo 1.1 de la C. A. prohíbe cualquier tipo de discriminación “respecto a grupos que se encuentran en especiales situaciones de vulnerabilidad”, como es precisamente “el caso de niñas y niños, quienes pueden verse afectados en forma desproporcionada y particularmente grave por actos de discriminación y violencia de género”.⁵⁵ Sobre ese postulado, la Corte consideró que

el “impacto” de la “violencia sexual” en “las niñas, niños y adolescentes víctimas”, puede “verse severamente agravado, por lo que podrían sufrir un trauma emocional diferenciado de los adultos, y un impacto sumamente profundo, en particular cuando el agresor mantiene un vínculo de confianza y autoridad con la víctima”. [...] En virtud de la obligación de no discriminar, los Estados están “obligados [...] a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”. Por eso, “[l]os Estados deben invertir en medidas proactivas que promuevan el empoderamiento de las niñas e impugnen las normas y los estereotipos patriarcales y otras normas y estereotipos de género perjudiciales, así como en reformas jurídicas, para hacer frente a la discriminación directa e indirecta contra las niñas”. Por lo expuesto, los actos de acoso y abuso sexual cometidos contra Paola no solo constituyeron, en sí mismos, actos de violencia y discriminación en que confluyeron, de modo interseccional, distintos factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación,

⁵⁵ Corte IDH, Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador, Sentencia de 30 de junio de 2020, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 405, 44-47.

como la edad y la condición de mujer. Esos actos de violencia y discriminación se enmarcaron, además, en una situación estructural, en la que pese a ser la violencia sexual en el ámbito educativo un problema existente y conocido, el Estado no había adoptado medidas efectivas para revertirlo (supra párr. 135).

[...]

Paola del Rosario Guzmán Albarracín fue sometida, por un periodo superior a un año, a una situación que incluyó acoso, abuso y acceso carnal por el Vicerrector de su colegio, lo que conllevó el ejercicio de graves actos de violencia sexual contra ella en el ámbito institucional educativo. Lo anterior tuvo lugar mediante el aprovechamiento de una relación de poder por parte del funcionario estatal y de una situación de vulnerabilidad en que se encontraba la víctima, y lesionó el derecho de Paola, como mujer adolescente, a vivir una vida libre de violencia y su derecho a la educación. Esa violencia, que no resultó aislada sino inserta en una situación estructural, resultó discriminatoria en forma interseccional, viéndose la adolescente afectada por su género y edad. Resultó, asimismo, tolerada por autoridades estatales. Además, el Estado no había adoptado medidas adecuadas para abordar actos de violencia sexual en el ámbito educativo y no proveyó educación sobre derechos sexuales y reproductivos a la adolescente, lo que potenció su situación de vulnerabilidad.⁵⁶

Para la Corte IDH, la discriminación padecida por la víctima fue por razón de un contexto en el cual su circunstancia de “vulnerabilidad” estaba dada por “su condición de niña adolescente, [y] se vio potenciada por una situación, que no resultaba excepcional, de ausencia de acciones efectivas para evitar la violencia sexual en el ámbito educativo, y de tolerancia institucional” y porque “no contó con educación que le permitiera comprender la violencia sexual implicada en los actos que sufrió ni con un sistema institucional que le brindara apoyo para su tratamiento o denuncia”.

Los anteriores factores de vulnerabilidad que son interpretados por la Corte como ingredientes de la discriminación interseccional aludida son evidentemente trabajados desde un enfoque aditivo-acumulativo y no precisamente como el enfoque interactivo que amerita la interseccionalidad, en virtud del cual se analizan todas las estructuras de desigualdad y opresión conectadas y confluidas en la identidad y la experiencia de la víctima. Aun cuando la Corte alude al enfoque interseccional para analizar el Caso Guzmán Albarracín y otras c. Ecuador, lo cual es un importante aporte en la evolución del derecho antidiscriminatorio que ha venido consolidando este tribunal, aún podría fortalecerse esta estrategia de análisis y aplicación. Lo anterior, por cuanto la experiencia de la víctima no se agota o condensa en la sumatoria de las condiciones identitarias o estructurales que exacerbaban la afectación a sus derechos con un efecto implícito de comparación de experiencias que no cuentan

⁵⁶ Corte IDH, Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador, cit., 47.

con esos mismos factores (como si se tratara de una competencia de discriminaciones, siendo unas más graves que otras).

Con el enfoque interseccional se trata, en realidad, de analizar una estructura intersectada en la que los factores confluyen y crean una experiencia diferente, pero no por ello más o menos grave que la de quienes también han sufrido la violencia sexual en circunstancias parecidas. La importancia del análisis interseccional y el enfoque interactivo para la superación de este tipo de discriminaciones deriva en entender que la realidad de la víctima como niña (edad), mujer (género) y estudiante (condición social) no puede ser leída sin las condiciones socioeconómicas y de acceso a las herramientas propias de una sana formación sexual (condición económica), en tanto son aspectos que también impactaron en su realidad identitaria, así como, ahora sí, en la posición de vulnerabilidad (que no es connatural a su identidad, sino contextual) desde la que de manera reiterada se vio sometida por razón de la subordinación que caracterizaba su relación escolar (e íntima) con el agresor. Adicionalmente, en atención a la posterior revictimización en el tratamiento dado por las autoridades educativas y estatales a su caso.

Estos ejemplos permiten constatar lo que se ha sugerido anteriormente: las discriminaciones interseccionales, por su naturaleza, pueden presentarse en múltiples escenarios y contextos no solamente relacionados con los casos de opresión y desigualdad de género, lo cual constituye una posible prevención cuando se es fiel a la génesis de esta apuesta en particular y de las lecturas sobre las opresiones múltiples y simultáneas en general. Por el contrario, las posibilidades de discriminaciones interseccionales pueden ser tan variadas como la expresión identitaria en sí misma; de ahí que advertencias como las de Kimberlé Crenshaw sobre la necesidad de una mirada interseccional, más allá de su genealogía en el feminismo negro en Estados Unidos, confirman la pertinencia de su uso no solo para cuestionar lógicas categoriales propias del derecho antidiscriminatorio, sino también su potencialidad para significar apuestas complementarias que permitan concretar nuevos entendimientos en el marco de la lucha contra la desigualdad, la segregación y a favor de la garantía plena de los derechos humanos de poblaciones históricamente oprimidas. Es por lo que su urgencia se pone de manifiesto en el caso de la discriminación en América Latina, donde la vasta y compleja diversidad-pluralidad de nuestros países se presenta como una premisa para poner en duda la separación e independencia de las categorías utilizadas por el derecho antidiscriminatorio para atender las demandas de reivindicación y reconocimiento de los grupos poblacionales.

3. Consideraciones finales

La interseccionalidad es, al mismo tiempo, tanto una metáfora como un enfoque teórico y de acción que desde su aparición ha presentado diversas relecturas y reinterpretaciones, no solo en el campo de la teoría jurídica y los estudios de género,

sino también en múltiples disciplinas de las ciencias sociales, la salud y otros saberes. Por esto, el marco en el cual se generó la preocupación interseccional debe ser rescatado; asimismo, conviene distinguir aquellas variaciones desde su propuesta inicial. Es igualmente relevante destacar las potencialidades y dificultades que suscita su incorporación, no solo en el debate académico propio de los estudios críticos del derecho, sino también en la práctica judicial en casos que directa o indirectamente analizan situaciones complejas de discriminación.

Un análisis interseccional en el escenario judicial requiere dos premisas fundamentales. Primera, un abandono del uso exclusivo y limitado del enfoque categorial frente a casos de discriminaciones interseccionales y, en su lugar, entender que las experiencias de quienes acuden a la jurisdicción están basadas en “múltiples identidades que pueden estar ligadas a más de una única fuente [de opresión]”. La segunda premisa consiste en un análisis atento a considerar los “factores contextuales” que rodean los hechos de un caso determinado. A su vez, un examen contextual que sugiere la interseccionalidad implica i) examinar los estereotipos discriminatorios; ii) escudriñar el propósito o las finalidades de la legislación, regulación o política pública en cuestión asociada, directa o indirectamente, con un caso en concreto; iii) advertir y subrayar la naturaleza y/o situación de la víctima, y iv) identificar y resaltar el historial social, político y legal de la persona y su tratamiento-posición en el orden social. Esta estrategia de análisis contextual puede estar también orientada por los desarrollos y aprendizajes derivados de estrategias similares sobre el enfoque y la equidad de género, el análisis antirracista, las lecturas contra la discriminación por “discapacidad”, y los desarrollos jurisprudenciales generales sobre la igualdad, en los que el escenario estructural llega a ser tenido en cuenta en el proceso de justiciabilidad de los derechos. En consecuencia, el análisis interseccional puede tornarse en los lentes a través de los cuales el contexto social de una persona llega a ser examinado y, en cierta medida, permitir direccionar remedios judiciales frente a condiciones sociales relacionadas con la pobreza o situaciones de marginalidad.⁵⁷

El análisis de los factores asociados a las condiciones de vida de quien padece la situación interseccional permite comprender el contexto en el que se ha conducido la experiencia de la persona. Dentro de la multiplicidad de capítulos de la vida de la víctima, la interseccionalidad puede dar cuenta del *continuum* de la situación de opresión, el cual se hace evidente en aquel evento que es conocido y llevado ante una corte de justicia. Por lo tanto, una medida de satisfacción y reparación de derechos frente a la situación de desigualdad y discriminación alegada

⁵⁷ Ontario Human Rights Commission, “An intersectional approach to discrimination addressing multiple grounds in human rights claims”, *Discussion Paper Policy and Education Branch* (2001): 28, http://www.ohrc.on.ca/sites/default/files/attachments/An_intersectional_approach_to_discrimination%3A_Addressing_multiple_grounds_in_human_rights_claims.pdf.

deberá corresponder con aquella línea de condiciones contextuales asociadas con el hecho de afectación, y no deberá reducirse a la circunstancia de este en forma aislada o simplemente circunstancial, pues ello desconocería la complejidad de la interseccionalidad.

Este mismo contexto, especialmente en materia de las medidas de reparación, remedios y las decisiones judiciales en general, puede comportar un enfoque transformador que sea fiel a la finalidad buscada por la interseccionalidad. Cabe recordar que la reparación de una situación de discriminación, al entenderla asociada con la inequidad y la desigualdad estructural, debe ser transformadora, pues así se puede garantizar no solo la intervención integral frente al daño relacionado con el caso en concreto, sino ir más allá al direccionar la medida hacia el contexto en el cual el perjuicio fue ocasionado. Así, se recuerda que

... las distintas medidas reparatorias pueden tener un enfoque o vocación transformadora, en la medida en que con la reparación del daño bus[ca]n a un mismo tiempo transformar las relaciones de poder y las desigualdades que favorecieron la comisión del crimen. Esto resulta enteramente aplicable incluso a las medidas de restitución, que pueden devolver a la víctima a la situación anterior a la violación a través del retorno de los bienes patrimoniales y no patrimoniales perdidos o despojados, pero procurando transformar dicha situación de manera que, con el regreso, la víctima no se vea sometida a las mismas condiciones de vulnerabilidad y marginalidad que permitieron que el crimen fuese cometido en su contra.⁵⁸

El enfoque transformador en una medida judicial que pretenda intervenir una discriminación interseccional es valioso, precisamente porque permite concretar reparaciones no simplemente como un mecanismo jurídico, sino como parte de un proyecto político y un macroesfuerzo estatal mucho más amplio de evolución de la sociedad y, particularmente, de inclusión y reivindicación material de las víctimas en ella. En efecto, dentro del esfuerzo por transformar las condiciones de exclusión y las relaciones de subordinación existentes como origen del fenómeno de la discriminación, las reparaciones con un sentido transformador pueden conducir a una “garantía de no repetición y también a la transformación política y económica del orden social, con miras a hacerlo más incluyente, justo y democrático”.⁵⁹ Solo así se podrán garantizar remedios judiciales realmente eficaces frente a las situaciones de

⁵⁸ Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”, en *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, ed. por Catalina Díaz, Nelson Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny (Bogotá: ICTJ y Dejusticia, 2007), 41-42.

⁵⁹ Uprimny y Saffón, “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”, 37-38.

discriminación compleja que se presentan en la región, las cuales, siendo más comunes de lo que se puede llegar a pensar, representan la diversidad que caracteriza a las naciones latinoamericanas.

Bibliografía

- ATKINSON, Ian y Vicki DONLEVY. "Discussion paper on intersectionality and gender mainstreaming". *European Community of Practice on Gender Mainstreaming* (2014): 42-52.
- BARRÈRE, Ma Ángeles. "La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas públicas". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 87-88 (2010): 225-252.
- CRENSHAW, Kimberlé. "Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics". *University of Chicago Legal Forum*, n.º 1 (1989): 139-168.
- CRENSHAW, Kimberlé. "Interseccionalidade na discriminação de raça e gênero". VV. AA. *Cruzamento: raça e gênero* (2004): 7-16.
- CRENSHAW, Kimberlé. "Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color". *Stanford Law Review*, n.º 43 (1991): 1241-1299.
- STEPHENSON CHOW, Pok Yin. "Has intersectionality reached its limits? Intersectionality in the UN human rights treaty body practice and the issue of ambivalence". *Human Rights Law Review* (2016): 453-481. doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2753549>.
- ESGUERRA, Camila y Alanis BELLO. "Interseccionalidad y políticas públicas LGBTI en Colombia: usos y desplazamientos de una noción crítica". *Revista de Estudios Sociales*, n.º 49 (2014): 19-32. doi: <http://dx.doi.org/10.7440/res49.2014.02>.
- EXPÓSITO, Carmen. "¿Qué es eso de la interseccionalidad? Aproximación al tratamiento de la diversidad desde la perspectiva de género en España". *Revista Investigaciones Feministas*, n.º 3 (2012): 203-222. doi: https://doi.org/10.5209/rev_INFE.2012.v3.41146.
- GOLDBERG, Suzanne. "Intersectionality in theory and practice". En *Intersectionality and beyond: Law, power and the politics of location*, editado por Emily GRABHAM, Davina COOPER, Jane KRISHNADAS y Didi HERMAN, 124-157. London: Routledge-Cavendish, 2009.
- GÓNGORA, Manuel. "Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas". En *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, Querétaro, coordinado por Mariela MORALES y Laura CLÉRICO, 145-178. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.
- HARRIS, Angela. "Race and Essentialism in Feminist Legal Theory". *Stanford Law Review* 42, n.º 3 (1990): 581-616. doi: [10.2307/1228886](https://doi.org/10.2307/1228886).

- HILL COLLINS, Patricia. *Black feminist thought, knowledge, consciousness and the politic of empowerment*, 2nd ed. New York: Routledge, 2000.
- LUGONES, María. "Interseccionalidad y feminismo decolonial". En *Lugares descoloniales: espacios de intervención de las américas*, editado por Ramón GROSFOGUEL y Roberto ALMANZA-HERNÁNDEZ, 119-124. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2012.
- MCCALL, Leslie. "The Complexity of Intersectionality". *Chicago Journals* 30, n.º 3 (2005): 1171-1800.
- MAKKONEN, Timo. *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*. Turku: Åbo Akademi University, 2002.
- MUÑOZ, Patricia. *Intersecting violence, a review of feminist theories and debates on violence against women and poverty in Latin America*. London: CAWN, 2010.
- ONTARIO HUMAN RIGHTS COMMISSION. "An intersectional approach to discrimination addressing multiple grounds in human rights claims ". *Discussion Paper Policy and Education Branch* (2001): 1-30. http://www.ohrc.on.ca/sites/default/files/attachments/An_intersectional_approach_to_discrimination%3A_Addressing_multiple_grounds_in_human_rights_claims.pdf.
- ORÉ, Gaby. *Discriminación múltiple, interseccionalidad e igualdad multidimensional en el marco de los derechos humanos, avances conceptuales y su impacto en el 'advocacy' y el litigio*. Lima: Cladem, 2014.
- RILEY, Jenny. "Some reflections on gender mainstreaming and intersectionality". *Development Bulletin*, n.º 64 (2004): 82-86. doi: http://womentransformingcities.org/wp-content/uploads/2017/01/Riley_Basic_Concepts.
- SERRANO GUZMÁN, Silvia. "El principio de igualdad y no discriminación: concepciones, tipos de casos y metodologías de análisis a la luz de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2019*, 369-407. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019.
- UPRIMNY, Rodrigo y María Paula SAFFON. "Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática". En *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, editado por Catalina DÍAZ, Nelson Camilo SÁNCHEZ y Rodrigo UPRIMNY, 31-70. Bogotá: ICTJ y Dejusticia, 2007.
- VERLOO, Mieke. "Multiple inequalities, intersectionality and the European Union". *European Journal of Women's Studies* 13 n.º 3 (2006): 211-228. doi: [doi: 10.1177/1350506806065753](http://dx.doi.org/10.1177/1350506806065753).
- YOUNG, Iris. "Structural injustice and the politics of difference". En *Intersectionality and beyond: Law, power and the politics of location*, editado por Emily GRABHAM, Davina COOPER, Jane KRISHNADAS y Didi HERMAN, 273-298. London: Routledge-Cavendish, 2009.

ZOTA, Andrea. “Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos”. *Revista en Cultura de la Legalidad-EUNOMÍA*, n.º 9 (2015): 67-85.

Legislación y jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto A-006 de 2009, Expediente T-653010 y acumulados, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-099 de 2015, Expediente T-4.521.096, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-141 de 2015, Expediente T-457438, M. P. María Victoria Calle Correa.

CORTE IDH. Caso Gonzales Lluy y otros *vs.* Ecuador, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 298.

CORTE IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde *vs.* Brasil, Sentencia de 20 de octubre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 318.

CORTE IDH. Caso I.V. *vs.* Bolivia, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 329.

CORTE IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras *vs.* Ecuador, Sentencia de 30 de junio de 2020, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 405.

CORTE IDH. Caso Ramírez Escobar y otros *vs.* Guatemala, Sentencia de 9 de marzo de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 351.

CORTE IDH. CASO V.R.P., V.P.C. y otros *vs.* Nicaragua, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 350.

Matías Pedernera Allende* (Argentina)

El problema del activismo judicial en el debate sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

RESUMEN

Un terreno relevante para la identificación del activismo judicial tiene que ver con la discusión sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este trabajo, en primer lugar, se intentará clarificar el concepto de activismo judicial, sin agotar el tema. En segundo lugar, se describirá el problema de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En particular, se examinarán las posiciones a favor y en contra de una metodología de justiciabilidad directa de dichos derechos, identificando posibles elementos de activismo judicial.

Palabras clave: activismo judicial; derechos económicos, sociales y culturales; Corte Interamericana de Derechos Humanos.

* Abogado, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina); máster en Global Rule of Law and Constitutional Democracy, Università degli studi di Genova/Universitat de Girona; diplomado en Derechos Humanos, Universidad Austral; magíster en Derecho y Argumentación, Universidad Nacional de Córdoba. Profesor adscrito de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. m.pedernera.allende@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-8716-7860>.

** Un agradecimiento al comité evaluador del *Anuario* y al profesor Alfonso Santiago por la bibliografía recomendada, que ha sido tenida en cuenta en este trabajo. También se agradece a los profesores de la Diplomatura en Derechos Humanos de la Universidad Austral (Argentina), algunas de cuyas enseñanzas han servido aquí como punto de partida.

The problem of judicial activism in the debate on the justiciability of economic, social and cultural rights in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

ABSTRACT

The discussion on the justiciability of economic, social and cultural rights in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights is relevant to the identification of judicial activism. This work will first attempt to clarify the concept of judicial activism, without exhausting the subject. Second, it will describe the problem of the justiciability of economic, social and cultural rights in the jurisprudence of the Inter-American Court. In particular, it will examine the positions in favor of and against a methodology of direct justiciability of economic, social and cultural rights, identifying possible elements of judicial activism.

Keywords: Judicial activism; economic, social and cultural rights; Inter-American Court of Human Rights.

Das Problem des juristischen Aktivismus in der Debatte über die Justiziabilität der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte vor dem Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte

ZUSAMMENFASSUNG

Ein relevantes Gebiet für die Feststellung von juristischem Aktivismus ist die Diskussion über die Justiziabilität der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte im Zuständigkeitsbereich des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Im vorliegenden Beitrag wird zunächst eine Klärung des Begriffs des juristischen Aktivismus vorgenommen, ohne das Thema erschöpfend darzustellen. Anschließend wird das Problem der Justiziabilität der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte im Zuständigkeitsbereich der Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs dargelegt. Dabei wird insbesondere auf die Positionen für und gegen eine Methode der direkten Justiziabilität der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte eingegangen, wobei mögliche Elemente von juristischem Aktivismus bestimmt werden.

Schlagwörter: Juristischer Aktivismus; wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte; Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte.

Introducción

El activismo judicial constituye uno de los rasgos presentes en las prácticas constitucionales y de los derechos humanos en general, al menos por dos razones. Por un lado, porque la propia configuración de los textos legales goza de cierta apertura, lo que da lugar a amplios márgenes de actuación a los jueces. Por otro lado, porque el

campo de los derechos humanos se caracteriza por una fuerte presencia de razones sustantivas, cuya alegación tiende a opacar los otros posibles argumentos presentes en una determinada discusión. Ciertamente, la tarea de los jueces frente a los derechos tiene una doble cara de misión y, a la vez, de atracción.

La cuestión conceptual acerca del activismo no es, sin embargo, lo suficientemente clara y armónica. En efecto, la referencia a la idea de activismo no es uniforme en muchos casos; en diversas oportunidades, algunos autores quieren decir cosas distintas. De esta manera, hay quienes lo valoran de manera positiva, como algo necesario para los tiempos actuales. Otros lo valoran negativamente, como una suerte de usurpación de funciones o una desestabilización del sistema institucional. No obstante, es necesario unificar criterios conceptuales que contribuyan a la identificación y posible evaluación del fenómeno.

Por otra parte, un terreno relevante para la identificación del activismo judicial tiene que ver con la discusión sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en el sistema interamericano. Si bien la distinción entre DESC y derechos civiles y políticos, y su justiciabilidad parece ir superándose, no ha ocurrido así en el ámbito de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), donde la justiciabilidad es una discusión actual, precisamente por el tenor del texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

En este trabajo se intentará clarificar el concepto y ciertos elementos del activismo judicial por medio de un acercamiento que no buscará agotar el tema. De otro lado, se describirá el problema de la justiciabilidad de los DESC en la jurisprudencia de la Corte IDH. En particular, se examinarán las posiciones a favor y en contra de una metodología de justiciabilidad directa o autónoma de los DESC a partir de los argumentos de dos jueces de la Corte IDH (Humberto Sierra Porto y Eduardo Ferrer Mac-Gregor) y los correspondientes desarrollos de esos argumentos, procurando efectuar una suerte de diálogo entre las posiciones, e identificando posibles elementos de activismo judicial o, de su contrario, de autorrestricción judicial.

1. Un acercamiento conceptual al problema del activismo judicial

El concepto de activismo judicial no parece mostrar una configuración clara. Es decir, el uso que del término suele hacerse en el contexto del derecho, no siempre suele efectuarse de manera unívoca. Una posible pregunta relativa al problema en cuestión es: activismo respecto de qué. Las posibles respuestas pueden referirse a las mayorías populares, a las mayorías representadas en los parlamentos, a las normas sancionadas por los parlamentos, a los actos de órganos administrativos o ejecutivos, al significado de las palabras de la constitución, a los fines y propósitos

de esta, a los precedentes que establecen interpretaciones de la constitución,¹ a los derechos humanos, etcétera.

Un elemento básico del activismo judicial tiene que ver con los efectos expansivos de la decisión judicial. Un posible indicador del activismo supone que la decisión judicial se sale del marco del conflicto jurídico particular, encaminándose hacia otro posible extremo, como el de la política pública. De este modo, en vez de afectar los intereses de las partes, una decisión activista tiende a multiplicar sus efectos.² Esta afirmación requiere, sin embargo, ciertos matices porque determinados tribunales –sobre todo las cortes supremas o tribunales internacionales– dictan los llamados “fallos institucionales”, donde “además de resolver el tema de fondo, está[n] sentando una postura institucional frente a los otros órganos de gobierno. Ella [La Corte o el Tribunal] debe establecer si avalará, acompañará, invalidará, limitará, o se adelantará a las decisiones de los otros órganos de gobierno”.³

Algunos de los posibles casos de activismo identificados por la doctrina jurídica son: i) la declaración de inconstitucionalidad de actos “discutibles” de otros poderes políticos, ii) el apartamiento de los precedentes, iii) la creación judicial del derecho, iv) el apartamiento de determinadas metodologías de interpretación jurídica aceptadas, y v) la resolución de casos judiciales con una determinada intención en el resultado.⁴ A su vez, se ha distinguido entre *activismo negativo* y *activismo positivo*. El primero supone la aplicación incorrecta del derecho según los términos de las normas jurídicas, mientras que el segundo supone la adopción de una decisión que no encuentra respaldo en textos legales, es decir, la creación judicial de derecho. La evaluación de estas dos clases es diferente, ya que el activismo negativo es más difícil de justificar que el positivo. Este último implica suplementar, más que violentar, las reglas existentes.⁵

Una intuición relativa a la idea de activismo judicial tiene que ver con la adopción de cierta decisión que se toma forzando –en mayor o menor medida– ciertos límites normativos. Esos límites normativos incluyen normas jurídicas, leyes o textos constitucionales, pero también comprenden ciertos ideales en el marco de los cuales se desarrolla la actividad jurisdiccional, tales como el Estado de derecho, la división de poderes, la democracia o la normatividad de los derechos humanos.

¹ Thomas Sowell, *Judicial activism reconsidered*, Essays in Public Policy 13 (Stanford: Hoover Institution - Stanford University 1989), 1.

² Kenneth Holland, “Introduction”, in *Judicial Activism in Comparative Perspective*, ed. by Kenneth Holland (New York: St. Martin’s Press, 1991), 1.

³ Alfonso Santiago, *La Corte Suprema y el control político. Función política y posibles modelos institucionales* (Buenos Aires: Ábaco, 1999), 157-158.

⁴ Keenan Kmiec, “The origin and current meanings of judicial activism”, *California Law Review*, n.º 92 (2004): 1463 y ss.

⁵ Tom Campbell, “Democratic Aspects of Ethical Positivism”, en *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*, ed. por Tom Campbell and Jeffrey Goldsworthy (London: Routledge, 2016), 14.

La idea de traspasamiento de los límites normativos, aparejada en la noción de activismo judicial, sería el concepto contrario –según algunos autores– de la noción de “autorrestricción judicial”.⁶ En este sentido se ha señalado que el estudio del activismo judicial “no puede desligarse de una contraposición con el concepto de autorrestricción (*self restraint*) judicial porque el activismo se presenta como una reacción de ciertos jueces a esa posición de base en la que se presupone que se encuentran situados en un determinado sistema institucional”.⁷

La noción de autorrestricción, como el término lo indica, apareja la idea de que la restricción depende, en alguna medida, del propio juez (*self*). Es decir que las posibles restricciones al traspaso de los límites normativos por parte del juez no dependen –o no en gran medida, o no eficazmente– de condicionantes externos, sino del propio juez en el ejercicio de la función que le compete. Sin embargo, esto no quiere decir que los límites normativos involucrados deban tomarse a la ligera ni que sean límites débiles. El hecho de que la eficacia de la restricción dependa del propio juez parece tener más relación con la naturaleza de la función judicial y su modo de ejercicio, que con los límites en cuestión.

La otra cara de la moneda de la idea de autorrestricción es la noción de “deferencia hacia el legislador”.⁸ Esa deferencia podría lograrse por medio de –al menos– dos maneras. Por un lado, *enjuiciar la constitucionalidad de la legislación con base en las específicas intenciones de los constituyentes* –echando mano de una teoría interpretativa originalista–, o asumir que, por principio, *la legislación es conforme a la constitución* y que el juez solo debe declarar su incompatibilidad en casos extremos.⁹ En los dos modos indicados se encuentra implícita una cierta presunción de constitucionalidad de la decisión legislativa.

Como puede apreciarse, la idea de *self restraint* evoca la aplicación de categorías constitucionales. Precisamente, la autorrestricción es ubicada en el contexto del derecho constitucional estadounidense por quienes han estudiado sus orígenes. Concretamente, una de las primeras referencias al término se dio en un artículo escrito por James Bradley Thayer en 1893.¹⁰ La propuesta de Thayer supone un criterio deferencial, ante el cual –en caso de duda– debe asumirse una presunción de constitucionalidad favorable a los órganos parlamentarios.¹¹

⁶ Fernando Racimo, “El activismo judicial. Sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional”, *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, n.º 2 (2015): 108.

⁷ Racimo, “El activismo judicial. Sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional”, 108.

⁸ Pablo de Lora, “La posibilidad del constitucional thayeriano”, *Doxa*, n.º 23 (2000): 55.

⁹ De Lora, “La posibilidad del constitucional thayeriano”, 55.

¹⁰ El artículo “The origin and scope of the American Doctrine of Constitutional Law” fue publicado en la edición de *Harvard Law Review* del 25 de octubre de 1893 (cfr. Racimo, “El activismo judicial. Sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional”, 109-110).

¹¹ Racimo, “El activismo judicial. Sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional”, 112.

En palabras de Thayer, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes procederá solo si los legisladores

... no han cometido un mero error sino un error muy claro –tan claro que no está sujeto a la inquisición racional. Este es el patrón de deber bajo el que los tribunales enjuician los actos legislativos; ese es el test que aplican –no meramente su propio juicio sobre la constitucionalidad, sino su conclusión acerca de qué juicio es permisible que haga otro poder al que la constitución ha investido con el deber de hacer. Esta regla reconoce que, tomando en consideración las grandes, complejas y nunca del todo claras exigencias del gobierno, mucho de lo que sería inconstitucional para un hombre, o colectivo, puede razonablemente no serlo para otros; que la constitución frecuentemente admite distintas interpretaciones; que hay frecuentemente un margen de elección y juicio; que en tales casos la Constitución no impone sobre el legislador una opinión específica, pero deja abierto ese margen de opción que cualquier alternativa racional es por tanto constitucional.¹²

En función de ello, se ha hablado de la “regla Thayer”.¹³ En virtud de esta regla, la declaración de inconstitucionalidad por parte de los jueces debe realizarse siguiendo un criterio de estricta racionalidad. Conforme a ello, “los aplicadores constitucionales sólo deberían rebasar el resguardo de las formulaciones lingüísticas constitucionales cuando no haciéndolo se obtiene un resultado severamente erróneo”.¹⁴ Trasladando el criterio de esa regla al caso del activismo judicial, podría afirmarse que ese criterio deferencial debería estar presente en todos los casos en que la decisión judicial sea susceptible de expandir sus efectos fuera del caso en que será dictada.

Retomando la idea de activismo como traspasamiento de límites normativos, si se observa el fenómeno de esta manera, es posible advertir su carácter problemático. Ello, por cuanto aunque en lo inmediato –y en el mejor de los casos– los efectos de la decisión sean positivos (por ejemplo, porque son beneficiosos para los derechos humanos), en lo mediano esos efectos pueden suponer el sacrificio de ciertos principios (como el imperio del derecho, o la democracia), los cuales, a su vez, resguardan ciertos objetivos sustantivos relevantes (como la seguridad jurídica, la previsibilidad, o el respeto de las minorías o mayorías). De este modo, uno de los principales desafíos para los jueces y tribunales tiene que ver con el resguardo del equilibrio entre efectos inmediatos y los principios fundantes del Estado constitucional (y convencional) de derecho.

¹² James Bradley Thayer, “The origin and scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review* 7, n.º 3 (1893): 144.

¹³ Pablo de Lora, “La interpretación originalista de la constitución: una aproximación desde la filosofía del derecho” (tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 1997), 337.

¹⁴ De Lora, “La interpretación originalista de la constitución”, 337.

2. El debate sobre la justiciabilidad de los DESC en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

La discusión sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) constituye un debate que atraviesa tanto a los sistemas constitucionales nacionales como a los supranacionales de protección de derechos humanos. En el ámbito jurisprudencial de la Corte IDH, la discusión ha estado presente en el contexto de un cierto desarrollo y evolución de los precedentes relativos al tema, e incluso ha dividido las opiniones de los jueces que la integran.

La cuestión de la justiciabilidad de los DESC en la jurisprudencia de la Corte IDH podría sistematizarse en dos grandes periodos. Uno caracterizado por la justiciabilidad indirecta de los DESC, y otro marcado por la justiciabilidad directa;¹⁵ este último modo de satisfacción de los derechos sociales es la más reciente metodología asumida por el tribunal interamericano.¹⁶

La metodología de justiciabilidad indirecta, o por conexidad, ha tomado como “fuente” de protección judicial a ciertos derechos humanos de carácter “civil y político”, como los derechos a la vida, a la integridad física o el derecho de propiedad,¹⁷ y, a partir de ellos, se ha procedido al resguardo de otros derechos de carácter social vinculados a los mencionados. Es decir que, en esta primera etapa, la Corte IDH no ha tomado ningún derecho de naturaleza económica o social, ni ha declarado su violación ni condenado a un Estado a partir de este. Por el contrario, para hacer exigible algún DESC, primero ha tomado un derecho de primera generación como fuente de exigibilidad.

Así, por ejemplo, en el Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador,¹⁸ la Corte IDH consideró los derechos a la vida y a la integridad personal como fuente para la justiciabilidad del derecho a la salud. Una de las maneras de “transferir” la normatividad de los derechos mencionados al derecho a la salud ha sido el recurso al argumento de la dimensión positiva de los derechos. En virtud de ese argumento,

¹⁵ Pamela Aguirre Castro, “Los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, n.º 67 (2018): 163.

¹⁶ Frente a estas dos metodologías se ha señalado la existencia de otra metodología previa en lo temporal y conceptual relativa a un análisis de desarrollo progresivo [Pablo González Domínguez, “Los aportes del Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala a la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales”, en *La interamericanización de los Descs. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*, coord. por Mariela Morales Antoniazzi et al. (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020), 156].

¹⁷ González Domínguez, “Los aportes del Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala a la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales”, 156.

¹⁸ Corte IDH, Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas.

los Estados no solo deben abstenerse de lesionar los derechos humanos, sino que, además, deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizarlos.¹⁹

En la metodología de justiciabilidad directa, la Corte IDH ha declarado la violación de derechos de naturaleza económica, social o cultural de manera autónoma, es decir, sin remitirse a la normatividad de un derecho de naturaleza civil o política. La adopción de esta metodología de justiciabilidad, no ha sido pacífica dentro del Tribunal. Sin embargo, el 31 de agosto de 2017, la Corte dictó sentencia en el Caso Lagos del Campo *vs.* Perú, y declaró la violación autónoma de un DESC como el derecho a la estabilidad laboral. Más precisamente, se responsabilizó al Estado demandado por la violación del artículo 26 de la CADH.²⁰

Precisamente, el punto fundamental de la discusión en cuestión ha sido la posibilidad de derivar la normatividad de los DESC afectados del artículo 26 de la CADH. Ello, dado que el texto de la Convención no contiene una enumeración exhaustiva de derechos económicos, sociales y culturales, a los que solo les dedica el capítulo III, que contiene un solo artículo, el referido 26. En contraste, el capítulo II de la Convención, dedicado a los derechos civiles y políticos, contiene un amplio desarrollo de 22 artículos, con sus respectivos incisos.

En lo que sigue se desarrollarán los argumentos a favor y en contra de la justiciabilidad directa de los DESC a partir del texto de la Convención Americana, concretamente, del artículo 26. Ese desarrollo se llevará a cabo con base en los argumentos de dos jueces de la Corte IDH, representativos de ambas posiciones. La argumentación por considerar no contiene referencias explícitas a la cuestión del activismo; sin embargo, es posible encontrar implicaciones del problema en los argumentos empleados por los jueces.

3. El problema del activismo judicial en la posición contraria a la justiciabilidad directa de los DESC en la Corte IDH

Por una cuestión metodológica se desarrollará, en primer lugar, la argumentación del juez Humberto Sierra Porto en el Caso Lagos del Campo *vs.* Perú. Se describirán y sistematizarán, sin pretensión de exhaustividad, las razones que llevaron a dicho a magistrado a oponerse a la justiciabilidad directa de los DESC en el marco del

¹⁹ Corte IDH, Caso Gonzales Lluy y otros *vs.* Ecuador, cit., n.º 168.

²⁰ Dicho artículo dispone: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados” (énfasis agregado).

sistema interamericano. Se argumentará que la posición adoptada en este voto es susceptible de enmarcarse en la línea de lo que previamente se ha identificado como “autorrestricción judicial”.

Como se señaló, en el año 2017, la Corte IDH dictó sentencia en el Caso Lagos del Campo *vs.* Perú y, entre otras cosas, declaró –por mayoría de cinco votos contra dos– la violación del artículo 26 de la Convención Americana por parte del Estado peruano, en particular, del derecho a la estabilidad laboral. Respecto de ese punto de la sentencia, disintieron los jueces Eduardo Vio Grossi y Humberto Sierra Porto. La argumentación del juez Sierra Porto es susceptible de compendiarse en la identificación de al menos tres límites por los cuales la justiciabilidad directa del derecho a la estabilidad laboral no resulta posible.

3.1. El límite del tenor literal

El juez Sierra Porto aclaró que su posición personal es favorable a la justiciabilidad de los derechos sociales, pero que, sin embargo, su disidencia con la opinión mayoritaria en el caso tenía que ver con el modo en que esa justiciabilidad opera en el marco del sistema interamericano.²¹ De este modo, argumentó, en primer lugar, que el artículo 26 de la Convención Americana no contiene un catálogo de derechos cuyo cumplimiento pueda ser verificado directamente por la Corte IDH. Por el contrario, lo que la Corte sí puede controlar es el cumplimiento de la obligación de desarrollo progresivo de dichos derechos.²²

En segundo lugar, dado que el artículo 26 de la CADH contiene una remisión a la Carta de la OEA (“para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos”), el juez Sierra aclaró que lo que efectivamente puede encontrarse en ese instrumento es un listado de metas y expectativas que persiguen los países de la región, pero no un catálogo preciso de derechos subjetivos. De tal modo, si quisieran derivarse derechos económicos, sociales y culturales de la Carta de la OEA, debería efectuarse un arduo trabajo interpretativo.²³

²¹ Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto en el Caso Lagos del Campo *vs.* Perú, n.º 6.

²² Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto en el Caso Lagos del Campo *vs.* Perú, n.º 8.

²³ Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto en el Caso Lagos del Campo *vs.* Perú, n.º 9. La Carta de la OEA contiene referencias al derecho a trabajar y a sus condiciones, como el inciso g del artículo 34, que alude a salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables; o el inciso b del artículo 45, que califica el trabajo como derecho y deber social; o el artículo 46, que se refiere a la armonización de la legislación laboral y de la seguridad social. Sin embargo, no hay referencias expresas a la estabilidad laboral en sí misma.

En tercer lugar, el juez Sierra aclaró que el texto del artículo 26 remite a la Carta de la OEA. De ese modo, no podría integrarse dicha disposición normativa con otros instrumentos del sistema universal de derechos humanos, u otros sistemas regionales, por más de que se los califique como “vasto *corpus iuris*”, parafraseando al voto de la mayoría. En sus palabras, la remisión a esos instrumentos no subsana ni cambia lo que el artículo 26 expresamente dispone.²⁴

Recapitulando, para el juez Sierra Porto, la premisa normativa de la decisión judicial relativa a la justiciabilidad del derecho a la estabilidad laboral solo se encuentra integrada por el artículo 26 de la CADH y la Carta de la OEA. Si la *quaestio iuris* del razonamiento no contiene una consagración del derecho en cuestión o –al menos– una previsión expresa, el tribunal no puede declarar la responsabilidad del Estado en ese punto –o, al menos, no puede hacerlo mediante una metodología directa de justiciabilidad–. Para el magistrado, la construcción de un catálogo de DESC a partir de las limitadas disposiciones normativas con las que en este punto cuenta el juez interamericano implicaría la generación de una “vis expansiva” de responsabilidad de los Estados. En sus palabras, “al no tener presente un catálogo definido de los DESC cuya infracción genera responsabilidad de los Estados, estos no pueden prevenir ni reparar internamente las posibles infracciones porque básicamente la Corte IDH puede modificar el catálogo de los derechos dependiendo del caso”.²⁵

Este primer argumento, limitante de la metodología de justiciabilidad directa, supone asumir el llamado “límite del tenor literal” en la interpretación. Dicho límite marca la distinción entre interpretación y creación judicial del derecho.²⁶ Al respecto se ha señalado que el juez, al interpretar una proposición normativa, se encuentra con una proposición lingüística respecto de la cual debe determinar qué es lo que con ella se ha querido decir (intención pragmática). Frente a ello se ha señalado que “no puede atribuirse a una norma una motivación pragmática que no se adecue a las reglas semánticas y sintácticas del lenguaje en que se expresa”.²⁷ En la argumentación del juez Sierra, la derivación de un derecho a la estabilidad laboral

²⁴ Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto en el Caso Lagos del Campo vs. Perú, n.º 12.

²⁵ Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto en el Caso Lagos del Campo vs. Perú, n.º 13. En este sentido, Ruiz Chiriboga ha señalado que la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador deben considerarse como el texto de un único tratado, y que el Protocolo no debe ignorarse porque expresa la voluntad de los Estados parte. Si ello es así, los derechos a los que los Estados se encuentran comprometidos son aquellos que derivan de la Carta de la OEA. De lo contrario, se estaría pasando por alto su voluntad [Oswaldo Ruiz Chiriboga, “The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non enforceability of economic, social and cultural rights in the Inter-American System”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, n.º 31 (2013): 185].

²⁶ Matthias Klatt, *Hacer el derecho explícito. Normatividad semántica en la interpretación jurídica*. Trad. por F. Campos Zamora (Madrid: Marcial Pons, 2017), 23.

²⁷ Pilar Zambrano, “La interpretación jurídica como co-creación”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, n.º 3 (2009): 404.

a partir del artículo 26 de la CADH, y la consiguiente obligación para el Estado, constituye un *non sequitur*. Es decir, del material jurídico por interpretar, según su tenor literal, no es posible extraer una conclusión semejante.

La distinción entre interpretación y creación del derecho concluye su argumentación en este punto. Para el juez Sierra, los Estados –como partes en el proceso– no tendrán la capacidad de prever infracciones, o una posible decisión condenatoria de la Corte, si se derivan DESC de manera directa de la premisa normativa con la que se cuenta. Y no podrán hacerlo porque, en realidad, los jueces estarían modificando el catálogo de derechos a los que originariamente se comprometieron.

Por ello podría afirmarse que la posición del juez Sierra Porto asume en este punto las cualidades de *self restraint*. Precisamente, una de las posibles definiciones de activismo tiene que ver con la idea de “legislación judicial”²⁸ o creación judicial del derecho, es decir, se adopta una decisión que no se encuentra respaldada por un texto legal autoritativo.²⁹ Por el contrario, una posición deferente a los límites impuestos por los textos legales se restringe a sí misma, y no emite decisiones que no se encuentren garantizadas por las disposiciones normativas.³⁰

3.2. El límite de la competencia

Otro de los argumentos esbozados en el voto parcialmente disidente del juez Sierra Porto tiene que ver con la competencia de la Corte IDH para declarar violaciones de derechos económicos, sociales y culturales. Para el magistrado, la respuesta a esta cuestión se encuentra en el Protocolo de San Salvador.³¹ La relevancia de este instrumento consiste en la definición de los DESC que los Estados estarían obligados a cumplir.³²

A continuación, el juez Sierra citó el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador, que dispone:

En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la

²⁸ Kmiec, “The origin and current meanings of judicial activism”, 1471.

²⁹ Arthur Glass, “The vice of judicial activism”, en *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*, ed. por Tom Campbell and Jeffrey Goldsworthy (London: Routledge, 2016), 355.

³⁰ Como se verá, uno de los problemas de este punto tiene que ver con que, precisamente, para la posición contraria, la justiciabilidad directa sí se encuentra garantizada por las previsiones de la Convención Americana.

³¹ El Protocolo de San Salvador fue adoptado el 17 de noviembre de 1988 como adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

³² Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto en el Caso Lagos del Campo vs. Perú, n.º 15.

participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El párrafo a) del artículo 8 se refiere a los derechos sindicales, mientras que el artículo 13 alude al derecho a la educación.

Por ello, el magistrado de la Corte IDH concluyó que “mediante esta disposición, los Estados resolvieron limitar la competencia de la Comisión y de la Corte para conocer de casos contenciosos que no se encuentren relacionados con algunos derechos sindicales y con el derecho a la educación”.³³ Para el juez Sierra Porto, no es irrelevante que el Protocolo de San Salvador haya sido adoptado con fecha posterior a la Convención Americana. Por el contrario, esa circunstancia permite afirmar que lo contenido en el artículo 19.6 citado constituye la voluntad específica y posterior de los Estados sobre la competencia de la Corte IDH frente a los DESC.³⁴

Nuevamente, desde otra perspectiva, la argumentación del juez Sierra Porto se inscribe en una línea de autorrestricción. Es decir, que frente a la disyuntiva entre ampliar competencias o restringirse, los argumentos del magistrado se ciñeron al tenor de un instrumento posterior y específico que, en sus palabras, limita el campo de acción del tribunal en virtud de la voluntad de los Estados. La actitud contraria, o sea, la tendencia a la ampliación de la competencia ha sido considerada un caso de activismo judicial por el cual los tribunales no se confinan a sí mismos a la resolución de conflictos jurídicos, sino a la realización de objetivos políticos, que afectan a muchas más personas e intereses que la resolución de disputas en márgenes estrechos.³⁵ Esa consideración amplia, también ha merecido críticas por el déficit de legitimación democrática que presenta.³⁶

3.3. El límite de los precedentes y la seguridad jurídica

El tercer límite contenido en la argumentación contraria a la justiciabilidad directa tiene que ver con el valor de los precedentes. La sentencia dictada en *Lagos del Campo vs. Perú* implicó un cambio jurisprudencial, en cuanto supuso la adopción de una metodología de justiciabilidad autónoma. Sin embargo, para el juez Sierra Porto, el voto mayoritario no asumió que efectivamente se estaba cambiando el criterio de la Corte y se estaban dejando de lado los precedentes por los cuales la declaración de

³³ Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto en el Caso *Lagos del Campo vs. Perú*, n.º 17.

³⁴ Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto en el Caso *Lagos del Campo vs. Perú*, n.º 18.

³⁵ Holland, “Introduction”, 1.

³⁶ Véase, entre otros, Glass, “The vice of judicial activism”, 356.

violación de DESC se desarrollaba a través de una metodología indirecta. Debido a esa falta de reconocimiento, para el juez Sierra, el voto mayoritario incumplió la carga argumentativa que supone el cambio de precedente.³⁷

Para el juez Sierra Porto, una razón que explica la falta de reconocimiento del cambio de precedente es la asunción por parte de los integrantes de la mayoría que, en el caso, se estaba reiterando la jurisprudencia sostenida en Acevedo Buendía y otros vs. Perú.³⁸ En dicho caso –como se verá luego– la Corte IDH declaró su competencia para conocer de una posible violación del artículo 26 –en concreto, el derecho a la seguridad social–, pero concluyó en que dicha violación no había ocurrido.³⁹ Es decir, constituye un precedente en cuanto a la competencia, pero no en cuanto a la metodología de justiciabilidad.

Frente a ello, en palabras de Sierra Porto,

los tribunales deben ser consistentes con sus decisiones previas, esta es una de las exigencias básicas [...] para garantizar la seguridad jurídica y la efectiva aplicación del principio de igualdad a los destinatarios de sus decisiones. Los cambios súbitos e injustificados de jurisprudencia, resultan arbitrarios y minan la legitimidad de los órganos judiciales.⁴⁰

Precisamente, este argumento constituye una de las manifestaciones de la autorrestricción judicial. Como se ha expresado, ignorar un precedente –en este caso, un precedente horizontal– constituye un caso de activismo.⁴¹ Ello, por cuanto “cuando la Corte revierte una decisión propia o crea nuevo derecho de la nada, deja su rol de diseñadora de políticas públicas a la vista”,⁴² por tanto, ello supone una seria carga argumentativa.

Por otra parte, frente al cambio de la jurisprudencia, para Sierra Porto, “era imperante que se reconociera que se estaba realizando un cambio jurisprudencial, que se alejaba de la posición de las decisiones anteriores que al respecto ha tomado la

³⁷ Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto en Caso Lagos del Campo vs. Perú, n.º 35.

³⁸ Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, Sentencia de 1 de julio de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

³⁹ Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, cit., punto resolutivo 3.

⁴⁰ Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto en el Caso Lagos del Campo vs. Perú, n.º 36.

⁴¹ Kmiec, “The origin and current meanings of judicial activism”, 1466.

⁴² Walter Murphy, *Elements of Judicial Strategy* (Chicago: University of Chicago Press, 1964), 204, citado en Saul Brenner and Harold Spaeth, *Stare Decisis. Las alteraciones del precedente en la Corte Suprema de Estados Unidos, 1964-1992*. Trad. por S. Figueroa Rubio and C. Spoerer Grau (Madrid: Marcial Pons, 2017), 20. La referencia de la cita a “la Corte” alude a la Corte Suprema de Estados Unidos.

Corte IDH y explicara con fundamentos de mucho peso las razones por las cuales consideraba necesario realizar dicho cambio”.⁴³ Y la razón de ello es que

... los valores en juego son la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad, por lo que los Estados y todas las personas sujetas a la jurisdicción de la Convención Americana deben entender las razones de mucho peso que tuvo el Tribunal para variar su precedente. Más si se tiene en cuenta que este no es un simple cambio jurisprudencial, pues en el fondo lo que se hace en esta Sentencia es una mutación de la Convención Americana y, por esta vía, una transformación esencial del sistema de justicia interamericana.⁴⁴

4. El problema del activismo judicial en la posición favorable a la justiciabilidad directa de los DESC en la Corte IDH

En el análisis de la posición a favor de la justiciabilidad directa de los DESC se considerarán los argumentos brindados por el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso Suárez Peralta *vs.* Ecuador,⁴⁵ complementado con los aportes del voto conjunto en Cuscul Pivaral y otros *vs.* Guatemala,⁴⁶ y el voto concurrente del juez Pazmiño en Lhaka Honhat *vs.* Argentina”. Se tomarán estos precedentes como bloque argumentativo que contrasta con los argumentos analizados en el epígrafe precedente.

4.1. El argumento sustantivo

La argumentación del juez Ferrer Mac-Gregor en Suárez Peralta *vs.* Ecuador constituyó un alegato a favor de la justiciabilidad directa de los DESC que, en ese caso concreto, no se implementó. Para el magistrado, la metodología indirecta “no otorga una eficacia y efectividad plena de esos derechos, desnaturaliza su esencia, no abona al esclarecimiento de las obligaciones estatales sobre la materia y, en definitiva, provoca traslapes entre derechos, lo que lleva a confusiones innecesarias en los tiempos

⁴³ Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto en el Caso Lagos del Campo *vs.* Perú, n.º 37.

⁴⁴ Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto en el Caso Lagos del Campo *vs.* Perú, n.º 37.

⁴⁵ Corte IDH, Caso Suárez Peralta *vs.* Ecuador, Sentencia de 21 de mayo de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

⁴⁶ Corte IDH, Caso Cuscul Pivaral y otros *vs.* Guatemala Sentencia de 23 de agosto de 2018, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

actuales de clara tendencia hacia el reconocimiento y eficacia normativa de *todos los derechos*⁴⁷ (énfasis agregado).

El punto de partida para abogar por la justiciabilidad directa es una razón sustantiva: los derechos humanos son interdependientes e indivisibles. Por tanto, no es adecuado establecer una distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales.⁴⁸ Para el juez Ferrer Mac-Gregor, este argumento posee profundos alcances: establece una relación fuerte y de igual importancia entre ambas categorías de derechos, obliga a interpretar todos los derechos de manera conjunta, otorga una visión autónoma a los DESC conforme a su esencia y características propias, conduce a declarar la violación del deber de garantía de los derechos derivados del artículo 26 de la CADH⁴⁹ en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2, precisa las obligaciones que deben cumplir los Estados en materia de DESC, permite una interpretación evolutiva del *corpus iuris* interamericano, y proporciona un fundamento más para utilizar otros instrumentos e interpretaciones de organismos internacionales relativas a los DESC con el fin de darles contenido.⁵⁰

Para el magistrado, este principio sustantivo ha tenido su recepción en el ámbito de la jurisprudencia interamericana y, por tanto, posee el valor de precedente judicial. En concreto, alude a la sentencia dictada por la Corte IDH en Acevedo Buendía y otros vs. Perú, caso en el cual el tribunal aceptó su competencia para conocer la posible violación del artículo 26 de la CADH.⁵¹ La evolución de la jurisprudencia sobre el tópico llevó a que, en 2018, en el Caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala, la Corte declarara la violación del artículo 26 y reforzara sus argumentos sobre la justiciabilidad directa de los DESC.

El recurso al argumento sustantivo de la indivisibilidad de los derechos podría considerarse un indicio de cierta actitud activista en el presente voto concurrente,

⁴⁷ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, n.º 11.

⁴⁸ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, n.º 15.

⁴⁹ En este sentido, en el n.º 78 del Caso Cuscul Pivaral, la Corte señaló que, efectivamente, del artículo 26 de la CADH se derivan derechos internacionalmente exigibles. Sin embargo, en el n.º 97 efectuó una precisión importante: “Corresponderá, en cada caso concreto que requiera un análisis de Desca, determinar si de la Carta de la OEA se deriva explícita o implícitamente un derecho humano protegido por el artículo 26 de la Convención Americana, así como los alcances de dicha protección”.

⁵⁰ Corte IDH, Caso Cuscul Pivaral, cit., n.º 27.

⁵¹ Según ha señalado Parra Vera, la admisión de la hipótesis de que el artículo 26 incluye derechos sociales aparea tres problemas concretos: cuáles son los derechos que se pueden inferir de la Carta de la OEA; cuáles son los alcances de la cláusula de desarrollo progresivo y cómo operan las obligaciones estatales en relación con estos derechos [Óscar Parra Vera, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el sistema interamericano* (México: CNDH, 2011), 16].

así como en la decisión mayoritaria de Lagos del Campo y de Cuscul Pivaral. Ello, no supone necesariamente una calificación peyorativa. Por el contrario, se ha señalado la existencia de un activismo “bueno” cuando la decisión judicial contribuye a la ampliación de la lista de los derechos protegidos, a atemperar decisiones legislativas restrictivas de derechos fundamentales u otorgarles nuevos alcances interpretativos.⁵² Para otros autores, este tipo de argumentos constituye un caso de activismo porque implica que el juez se basa en razones propias, subestimando lo que el derecho prescribe.⁵³

4.2. El principio hermenéutico de la decisión

Otro elemento de soporte de la argumentación favorable a la justiciabilidad directa de los DESC es un criterio interpretativo que, por su fuerza argumentativa, contribuye a la adopción de determinados cursos de acción. Como se ha señalado, a partir de las normas por interpretar es preciso identificar el sentido de cada una de ellas y un sentido global que unifique el conjunto de las normas relevantes.⁵⁴ El sentido global de las prácticas constitucionales, que no precise de una justificación ulterior, tiene que ver con la igual consideración y respeto de cada persona humana, es decir, del valor intrínseco de cada ser humano.⁵⁵

La recepción jurídica de ese principio hermenéutico es el llamado principio *pro homine*. Precisamente, ese criterio asumió el juez Ferrer Mac-Gregor para disipar posibles dificultades normativas en el desarrollo de su postura. En sus palabras, la resolución de los posibles problemas debe darse “a partir de una interpretación sistemática, teleológica, evolutiva y que tenga en cuenta la interpretación más favorable para impulsar la mejor protección del ser humano y el objeto y fin del artículo 26 de la Convención Americana respecto a la necesidad de garantizar efectivamente los derechos económicos, sociales y culturales”.⁵⁶ Según el principio reconocido en el artículo 29 de la CADH, “el principio *pro persona* implica, *inter alia*, efectuar la

⁵² Pablo Manili, “El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *La Ley* (2006): 2-3.

⁵³ Kmiec, “The origin and current meanings of judicial activism”, 1476. En palabras del actual juez de la Corte Suprema argentina Carlos Rosenkrantz, “un juez no puede ser original porque eso es tomar al derecho en sus propias manos y un juez no tiene la atribución política de tomar el derecho en sus propias manos [...] yo no creo que un juez deba importar su propia teoría constitucional a su labor judicial” [Universidad Torcuato Di Tella, “Vistas desde la catedral: una entrevista con Carlos Rosenkrantz”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica Universidad Torcuato Di Tella*, n.º 17 (2016): 83].

⁵⁴ Pilar Zambrano, “El derecho como práctica y como discurso. La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación”, *Dikaion*, n.º 18 (2009): 120.

⁵⁵ Zambrano, “El derecho como práctica y como discurso. La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación”, 122.

⁵⁶ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, n.º 45.

interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, lo que impide, además, que se utilicen otros instrumentos internacionales para restringir los derechos de la Convención Americana”.⁵⁷

La apelación a la noción de persona humana como criterio interpretativo y decisional ha sido invocada por el juez Pazmiño en su voto concurrente en *Lhaka Honhat vs. Argentina*, al señalar que “en ciertas oportunidades, se impone implementar una hermenéutica más expansiva de la norma en pos de garantizar una mejor protección del ser humano”.⁵⁸

4.3. La contestación a los límites del tenor literal y de competencia

La argumentación del juez Ferrer Mac-Gregor de algún modo trata de manera conjunta la cuestión de los límites literales y de competencia a los que se hizo referencia. El magistrado reconoce “una aparente tensión interpretativa con los alcances que deben darse al artículo 26 del Pacto de San José en relación con el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador que limita la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a sólo a ciertos derechos”.⁵⁹ Frente a esa tensión, el juez citó el voto de la magistrada de la Corte IDH Margarette May Macaulay en el Caso *Furlan vs. Argentina*, para quien el Protocolo de San Salvador “no establece ninguna disposición cuya intención fuera limitar el alcance de la Convención Americana”.⁶⁰

Según la magistrada, tanto la CADH como el Protocolo de San Salvador deben interpretarse de manera sistemática y de buena fe. Ello supone no establecer distinciones entre los derechos reconocidos entre los artículos 3 y 26 de la Convención (argumento de la indivisibilidad). En segundo lugar, como la práctica del derecho de los tratados excluye la posibilidad de resultados manifiestamente absurdos o irracionales como producto de la interpretación, tampoco debería considerarse que el Protocolo de San Salvador restrinja el alcance de los derechos reconocidos por la Convención Americana.⁶¹

Finalmente, la magistrada interamericana concluye con un argumento que el juez Ferrer Mac-Gregor hace suyo:

... lo que importa no es la intención subjetiva de los delegados de los Estados en el momento de la Conferencia de San José o durante la discusión del Protocolo

⁵⁷ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, n.º 68. En el mismo sentido, Corte IDH, Caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, n.º 92.

⁵⁸ Voto concurrente del juez Patricio Pazmiño Freire en el Caso *Lhaka Honhat vs. Argentina*, n.º 11.

⁵⁹ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, n.º 35.

⁶⁰ Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay en el Caso *Furlan vs. Argentina*, n.º 8.

⁶¹ Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay en el Caso *Furlan vs. Argentina*, n.º 8.

*de San Salvador, sino la intención objetivada del texto de la Convención Americana, tomando en cuenta que el deber del intérprete es actualizar el sentido normativo del instrumento internacional.*⁶² (Énfasis agregado)

De este modo, puede observarse el contraste entre este argumento, cuyo respaldo está dado por la deferencia a la indivisibilidad de los derechos, y el argumento de la posición contraria a la justiciabilidad directa, deferente a la voluntad de los Estados, y su conocimiento previo de las obligaciones emanadas de la Convención.⁶³

A partir de ello, la estrategia argumentativa del juez Ferrer Mac-Gregor fue considerar que la competencia de la Corte IDH es sobre todos los derechos, y que tanto respecto de unos –civiles y políticos– como de otros –DESC– son aplicables las obligaciones generales de respeto, garantía y adecuación, contenidas en los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana.⁶⁴ Luego, añadió que, frente al alcance de esas obligaciones, el Protocolo de San Salvador no ha establecido nada, y que si hubiera sido la voluntad de los Estados restringir aquel alcance respecto de los DESC, ello debería haberse expresado de forma inequívoca.⁶⁵

Haciendo valer el principio hermenéutico indicado, el juez interamericano argumentó que “lo que corresponde es aplicar el principio de interpretación más favorable no sólo en relación con aspectos sustantivos de la Convención sino también en aspectos procesales relacionados con la atribución de competencia, siempre y cuando exista un conflicto interpretativo concreto y genuino”.⁶⁶ A continuación, explicó: “Es claro que la Corte IDH no puede declarar la violación del derecho a la salud en el marco del Protocolo de San Salvador, porque así se advierte de la literalidad del artículo 19.6 del mismo”.⁶⁷ Sin embargo, le dio al Protocolo de San

⁶² Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay en el Caso *Furlan vs. Argentina*, n.º 9.

⁶³ En este sentido, una de las definiciones del Caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala* ha sido la determinación de que la Convención Americana no es cualquier tratado multilateral donde la voluntad de las partes resulta concluyente, sino un tratado de derechos humanos, donde lo concluyente es el texto convencional (CIDH, Caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, n.º 77).

⁶⁴ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, n.º 41.

⁶⁵ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, n.º 42. En su voto concurrente en el Caso *Lhaka Honhat vs. Argentina*, n.º 4, el juez Pazmiño aclaró, en este sentido, que la conclusión de justiciabilidad de los DESC a partir de las disposiciones de la Carta de la OEA “no lleva al resultado de ‘crear’ o ‘innovar’ obligaciones internacionales o normativas amplias o abstractas, pues esto claramente, no solo que atentaría contra el principio de seguridad jurídica relacionado con el principio de legalidad, sino que adicionalmente haría imposible a los Estados que puedan prever la conducta que deben adoptar frente a los compromisos asumidos internacionalmente”.

⁶⁶ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, n.º 43.

⁶⁷ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, n.º 47.

Salvador un lugar de mera orientación interpretativa más que de fuente vinculante de obligaciones de derechos humanos.

De ese modo, si el Protocolo de San Salvador puede usarse como criterio orientador, también pueden serlo otras posibles fuentes de derecho internacional. Así, la argumentación del juez Mac-Gregor se encaminó a demostrar que el recurso a otras fuentes internacionales constituye una práctica de la Corte IDH para complementar la Convención Americana, haciendo referencia a un *corpus iuris* internacional.⁶⁸ Precisamente, este argumento sirvió de base –como se señaló– para integrar la premisa normativa de Lagos del Campo y abrir paso a la metodología de justiciabilidad directa.

En consecuencia, a partir del argumento sustantivo de la invisibilidad e interdependencia de los derechos, y del principio hermenéutico *pro persona*, la argumentación del juez Ferrer Mac-Gregor le permitió interpretar el artículo 26 de la Convención Americana de modo que permitiera la justiciabilidad autónoma de los DESC como cumplimiento de los deberes generales previstos en la Convención, sin que las disposiciones del Protocolo de San Salvador –límites de competencia– pudieran ser obstáculo para esa conclusión.

La argumentación efectuada por el juez Ferrer Mac-Gregor para conseguir la justiciabilidad de los DESC resulta interesante. Se trata de una estrategia argumentativa marcada por razones sustantivas y que muestra la fisonomía de un tribunal “activo” para conseguir la satisfacción de los derechos humanos. Sin embargo, surge un posible interrogante que tiene que ver con la tensión que esta estrategia argumental produce con respecto al principio *pacta sunt servanda*.⁶⁹

En efecto, se ha señalado que este principio posee una doble dirección:

Para los estados nacionales significa que ellos han de cumplir las obligaciones internacionales que han asumido con la ratificación de la CADH y en caso de no hacerlo podrán ser observados o condenados por los órganos establecidos en el SIDH. Pero para estos últimos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), implica que ellos han de ceñir su actuación a la específica voluntad común de los estados nacionales puesta de manifiesto con la firma de

⁶⁸ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, n.º 56. Para Ruiz Chiriboga, no corresponde recurrir a otros instrumentos internacionales porque el artículo 26 CADH solo hace referencia a la Carta de la OEA (Oswaldo Ruiz Chiriboga, “The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non enforceability of economic, social and cultural rights in the Inter-American System”, 186).

⁶⁹ Los argumentos del juez Pazmiño en el n.º 4 del Caso Lhaka y del voto conjunto en el n.º 77 del Caso Cuscul Pivaral parecen contestar de algún modo a esta tensión: la Corte no crea obligaciones, y la CADH no es cualquier tratado multilateral.

la CADH, teniendo siempre también en cuenta las normas de *ius cogens* que tienen operatividad propia.⁷⁰

En este sentido, un desafío para las estrategias argumentales centradas en objetivos sustantivos supone valorar también los otros principios normativos que gobiernan la práctica institucional del sistema interamericano; de lo contrario, esa falta de valoración también implica ciertos sacrificios.

Conclusión

El activismo judicial posee diversas manifestaciones. Un posible núcleo común de esas expresiones tiene que ver con la expansión de los efectos de la decisión judicial fuera del caso en que se presenta, hacia otro extremo, el de la política pública. El activismo, a su vez, puede ser catalogado como negativo o positivo, según que la decisión se caracterice por una vulneración del derecho establecido, o cree nuevo derecho ante la ausencia de legislación.

Una posible manera de considerar al activismo tiene que ver con el traspaso de límites normativos. De este modo, el carácter problemático del activismo surge cuando, aunque en lo inmediato los efectos de la decisión sean positivos (por ejemplo, porque son beneficiosos para los derechos humanos), en lo mediano esos efectos pueden suponer el sacrificio de ciertos principios (como el imperio del derecho, o la democracia), los cuales, a su vez, resguardan ciertos objetivos sustantivos relevantes (como la seguridad jurídica, la previsibilidad, o el respeto de las minorías o mayorías).

Una noción contraria al activismo judicial es la idea de *self restraint*, que evoca, en términos generales, el mantenimiento de los efectos de la decisión judicial dentro de sus cauces institucionales. Los orígenes de esta idea se dan en el marco del control de constitucionalidad, contexto en el cual los jueces deben guardar deferencia hacia el legislador. En términos más amplios, esa deferencia debería guardarse no solo respecto del legislador, sino también de las agencias ejecutivas, de los precedentes y de los límites de los textos normativos.

Por otra parte, en el ámbito de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la justiciabilidad de los DESC ha presentado una evolución desde metodologías indirectas a metodologías autónomas. El derrotero hacia el cambio de jurisprudencia en el Caso Lagos del Campo vs. Perú no ha sido pacífico, y esa jurisprudencia parece irse consolidando.

En efecto, la posición contraria a la justiciabilidad directa se ha basado en los términos en que está redactada la Convención Americana, en el límite de la

⁷⁰ Alfonso Santiago, “El principio de subsidiariedad y la doctrina del margen nacional de apreciación”, *pro-manuscripto* (2019): 6.

competencia de la Corte IDH y en la seguridad jurídica. La posición favorable a la metodología autónoma se ha basado en la interdependencia e indivisibilidad de los derechos, en el principio *pro persona*, y en la irrelevancia de las objeciones de competencia y de límites textuales. En principio, es posible identificar a la primera posición como *self restraint* y a la segunda como activista, en favor de los derechos humanos. El desafío para la Corte IDH tiene que ver con resguardar el principio *pacta sunt servanda*, fundante del sistema.

Bibliografía

- AGUIRRE CASTRO, Pamela. “Los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, n.º 67 (2018): 155-202.
- BRENNER, Saul y Harold SPAETH. *Stare Indecisis. Las alteraciones del precedente en la Corte Suprema de Estados Unidos, 1964-1992*. Traducido por S. Figueroa Rubio y C. Spoerer Grau. Madrid: Marcial Pons, 2017.
- CAMPBELL, Tom. “Democratic Aspects of Ethical Positivism”. En *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*, editado por Tom CAMPBELL y Jeffrey GOLDSWORTHY, 3-36. London: Routledge, 2016.
- DE LORA, Pablo. “La interpretación originalista de la constitución: una aproximación desde la filosofía del derecho”. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Madrid, 1997.
- DE LORA, Pablo. “La posibilidad del constitucional thayeriano”. *Doxa*, n.º 23 (2000): 49-75.
- GLASS, Arthur. “The vice of judicial activism”. En *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*, editado por Tom CAMPBELL y Jeffrey GOLDSWORTHY, 355-369. London: Routledge, 2016.
- GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo. “Los aportes del Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala a la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales”. En *La interamericanización de los Desca. El Caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*, coordinado por Mariela MORALES ANTONIAZZI, 153-182. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.
- HOLLAND, Kenneth. “Introduction”. In *Judicial Activism in Comparative Perspective*, edited by Kenneth HOLLAND, 1-12. New York: St. Martin’s Press, 1991.
- KLATT, Matthias. *Hacer el derecho explícito. Normatividad semántica en la interpretación jurídica*. Traducido por F. Campos Zamora. Madrid: Marcial Pons, 2017.
- KMIEC, Keenan. “The origin and current meanings of judicial activism”. *California Law Review*, n.º 92 (2004): 1442-1478.
- MANILI, Pablo. “El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema”. *La Ley* (2006): 1-8.

- PARRA VERA, Óscar. *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el sistema interamericano*. México: CNDH, 2011.
- RACIMO, Fernando. “El activismo judicial. Sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional”. *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, n.º 2 (2015): 101-181.
- RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. “The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non enforceability of economic, social and cultural rights in the Inter-American System”. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, n.º 31 (2013): 159-186.
- SANTIAGO, Alfonso. *La Corte Suprema y el control político. Función política y posibles modelos institucionales*. Buenos Aires: Ábaco, 1999.
- SANTIAGO, Alfonso. “El principio de subsidiariedad y la doctrina del margen nacional de apreciación”. *Pro-manuscrito*, 2019.
- SOWELL, Thomas. *Judicial activism reconsidered*. Series Essays in Public Policy 13. Stanford: Hoover Institution - Stanford University, 1989.
- THAYER, James Bradley. “The origin and scope of the American Doctrine of Constitutional Law”. *Harvard Law Review* 7, n.º 3 (1893): 129-156.
- UNIVERSIDAD TORCUATO DI TELLA. “Vistas desde la catedral: una entrevista con Carlos Rosenkrantz”. *Revista Argentina de Teoría Jurídica Universidad Torcuato Di Tella*, n.º 17 (2016).
- ZAMBRANO, Pilar. “El derecho como práctica y como discurso. La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación”. *Dikaion*, n.º 18 (2009): 109-133.
- ZAMBRANO, Pilar. “La interpretación jurídica como co-creación”. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, n.º 3 (2009): 375-414.

Documentos legales y jurisprudencia

- CORTE IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, Sentencia de 1 de julio de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. Caso Furlan vs. Argentina, Sentencia de 31 de agosto de 2012. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, Sentencia de 21 de mayo de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. Caso Lagos del Campo vs. Perú, Sentencia de 31 de agosto de 2017. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, Sentencia de 23 de agosto de 2018, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. Caso Lhaka Honhat vs. Argentina, Sentencia de 6 de febrero de 2020, Fondo, Reparaciones y Costas.

Óscar Andrés Pazo Pineda* (Perú)

Tribunales bajo escrutinio: un análisis histórico respecto de la labor judicial y el impacto de sus decisiones en el diseño de políticas públicas

RESUMEN

Este documento examina cómo fue que los tribunales de justicia transitaron desde la visión de órganos que hacen las veces de *bouche de la loi* (boca de la ley) hasta la imagen de importantes actores en el diseño y la configuración de políticas públicas. El propósito de esta investigación es demostrar que existe una serie de malentendidos sobre el concepto de activismo judicial, ya que esta figura no riñe con el principio de legalidad o el ideal democrático, y que, antes bien, contribuye a reforzarla.

Palabras clave: activismo judicial; políticas públicas; democracia.

Courts under scrutiny: a historical analysis of judicial work and the impact of its decisions on the design of public policies

ABSTRACT

This document examines how the courts of justice made the transition from the vision of entities that function as the *bouche de la loi* (mouth of the law) to the image of important actors in the design and configuration of public policies. The purpose of this investigation is to demonstrate that there is a series of misunderstandings regarding the concept of judicial activism, since this concept is not inconsistent with the principle of legality or the democratic ideal, but rather contributes to strengthening them.

Keywords: Judicial activism; public policies; democracy.

* Asesor del Tribunal Constitucional del Perú. Ha sido profesor de Derecho Constitucional Comparado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en la Universidad de San Martín de Porres y en la Academia de la Magistratura. opazo@puap.pe. <https://orcid.org/0000-0002-0482-2410>.

Gerichte im Fokus: eine historische Analyse der Justiztätigkeit und der Auswirkungen ihrer Entscheidungen auf die Gestaltung öffentlicher Politik

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich mit der Frage, wie sich das Bild von den Gerichten als *bouche de la loi* (Mund des Gesetzes) dahingehend gewandelt hat, dass sie zu wichtigen Akteuren der Entwicklung und Ausgestaltung öffentlicher Politik wurden. Absicht dieser Untersuchung ist es, einige Missverständnisse hinsichtlich des Konzepts des juristischen Aktivismus darzulegen, da diese Figur nicht im Widerspruch zum Legalitätsprinzip und dem demokratischen Ideal steht, sondern im Gegenteil zu seiner Stärkung beiträgt.

Schlagwörter: Juristischer Aktivismus; öffentliche Politik; Demokratie.

Introducción

Han transcurrido aproximadamente cien años desde la publicación de *El gobierno de los jueces* (1921) del autor francés Edouard Lambert. El título de su obra refleja más que una simple constatación, ya que se trata de uno de los más importantes estudios comparativos del siglo XX. En ese entonces, el comparatista francés, bastante habituado a la percepción de la autoridad judicial como *bouche de la loi*, explora con asombro el desarrollo jurisprudencial de uno de los países donde los jueces supieron consolidar su función y, así, posicionarse como uno de los órganos más importantes en el esquema constitucional estadounidense.

La perplejidad de Lambert no era, en esa época, algo poco frecuente. En general, Europa había desarrollado, producto de su historia, una profunda desconfianza hacia la labor de los tribunales. Esto suponía, como no podía ser de otro modo, que las atribuciones y competencias que tanto las constituciones como las leyes les asignaran fueran, en esencia, de carácter residual. No era concebible la idea de una autoridad judicial inaplicando la voluntad del Parlamento, materializada en una ley.

No sorprende, por ello, que al presenciar el sistema estadounidense surgieran, dentro de los académicos europeos, distintas inquietudes en relación con la forma en que los jueces interactuaban con los poderes legislativo y ejecutivo. Los estudiosos del derecho comparado conocían bastante bien la emblemática sentencia *Marbury vs. Madison* (1803) y muchos de ellos consideraban que la autoridad judicial, en esa parte del mundo, estaba subvirtiendo el esquema clásico de separación de poderes. La crítica se orientaba a resaltar la idea de que, ciertamente, el Poder Judicial podía controlar la constitucionalidad de las leyes o las directivas del Gobierno, pero subsistía el interrogante de qué órgano supervisaba la función judicial, lo cual se reflejaba en la famosa locución latina *quis custodiet ipsos custodes*?

Evidentemente, ha transcurrido una considerable cantidad de tiempo desde la publicación de la obra de Lambert, y, desde ese entonces, muchas cosas han

cambiado en la evolución del tradicional esquema de separación de poderes. En la actualidad, diversos países han incorporado un actor bastante peculiar, que han denominado corte o tribunal constitucional. Este órgano, con la potestad, en muchos ordenamientos, de incluso expulsar una ley incompatible con la norma fundamental ha generado que, nuevamente, se realicen importantes esfuerzos académicos para compatibilizarlo con el principio democrático.

En este escenario de constante ascenso, la autoridad judicial ha sido cada vez más relevante para el diseño (e incluso para la supresión) de políticas públicas, particularmente ante la inacción de los poderes de origen político, los cuales se caracterizan, las más de las veces, por reflejar únicamente la voluntad de las mayorías. Esto ha generado que a los jueces se les considere, en algunos casos de forma despectiva, como órganos “contramayoritarios”,¹ en la medida en que su función consiste, precisamente, en tutelar los derechos de los grupos que no cuentan con voz y participación ante los órganos de representación política. De esta forma, y en ejercicio de esta labor, los tribunales de justicia han desarrollado un rol que ha sido calificado como activista (*judicial activism*), ya que sus decisiones, por lo general, se han orientado a lograr determinados cambios en la opinión pública.

La definición de “activismo judicial” no es sencilla, ya que implica dilucidar qué clase de pronunciamientos ostentan esa calidad. Una primera aproximación podría relacionarse con la idea de lo opuesto al conservadurismo, esto es, a la tendencia de mantener el *statu quo*. En otras oportunidades, se ha enfatizado el supuesto oportunismo de los tribunales para pronunciarse sobre materias que terminaban siendo secundarias para la resolución de la controversia principal.² Sin embargo, e independientemente de la gran cantidad de estudios que existen sobre la materia, lo cierto es que aún no hay consenso en cuanto a su delimitación. En todo caso, y para los alcances de este artículo, por activismo judicial se entiende aquella amplia autonomía que ostentan los tribunales, y que les permite desenvolverse de forma distinta al resto de actores del sistema.³

¹ Fue el jurista estadounidense Alexander Bickel quien acuñó esta expresión en su conocida obra *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the bar of politics*, publicada en 1963. Este autor consideraba que cuando se declaraba inconstitucional un acto legislativo se frustraba la voluntad de los representantes del pueblo, lo cual implicaba que la figura del control judicial de constitucionalidad podía ser calificada como antidemocrática. Un interesante estudio sobre este planteamiento se puede revisar en Or Bassok y Yoav Dotan, “Solving the countermajoritarian difficulty?”, *International Journal of Constitutional Law* 11, n.º 1 (2013): 13-33.

² En efecto, otra de las críticas bastante vinculada con lo que se ha considerado como activismo judicial se relaciona con los supuestos ilimitados poderes de los tribunales de desarrollar jurisprudencia respecto de cuestiones no controvertidas por las partes. En esta clase de cuestionamientos no se califica como positivo o negativo el control judicial, pero sí la oportunidad en la que este se ejerce. Al respecto, véase Guy-Uriel Charles y Luis Fuentes, “Judicial intervention as judicial restraint”, *Harvard Law Review* 132 (2018): 275.

³ Ernest Young, “Judicial activism and conservative politics”, *University of Colorado Law Review* 73, n.º 4 (2002): 1143.

El concepto de activismo judicial que aquí se esboza tiene que ver, en consecuencia, con la posibilidad de que los tribunales emitan pronunciamientos en sentidos diametralmente opuestos a los órganos de representación política, esto es, los parlamentos y los gobiernos. Es por ello que el propósito de este estudio será explorar cómo fue que los jueces lograron este posicionamiento y qué herramientas emplearon para dicha finalidad. Posteriormente, se analizará si es que este nuevo esquema no supone el reconocimiento de un moderno *gobierno de los jueces*.

1. El perfil histórico del juez en el esquema del *common law* y del *civil law*: posibilidad y límites para un activismo judicial

Hacer una referencia genérica al ‘activismo judicial’ sería inapropiado si es que no se explora el contexto histórico en que se desenvuelven los tribunales. En efecto, no es posible, en la actualidad, indicar que todos los jueces ejercen, en sus respectivos modelos, un activo control de la constitucionalidad de las leyes o de la validez de las políticas públicas. La experiencia histórica que ha experimentado cada Estado ha terminado por perfilar las atribuciones brindadas a la autoridad judicial, por lo que no sorprende que, por ejemplo, en los Países Bajos se prohíba constitucionalmente que los jueces ejerzan el control difuso o que lo que más pueda hacer un tribunal inglés, al advertir una incompatibilidad entre una ley nacional y el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, sea expedir una sentencia de “mera incompatibilidad”, cuyo contenido podrá (o no) ser observado por el Parlamento.⁴

Estas experiencias contrastan notoriamente con el progresivo otorgamiento de competencias que han adquirido los tribunales en diversos países de Europa y de América. Esto ha obedecido al constante y nutrido intercambio cultural, el cual ha ocasionado, en no pocas ocasiones, la configuración de distintos y variopintos modelos. El propósito de este apartado es evidenciar qué posibilidades –y límites– de actuación tienen los tribunales de justicia en el derecho comparado y, en esa medida, advertir su rol en el diseño (o supresión) de políticas públicas.

⁴ Para una amplia visión de los modelos de tutela de derechos, particularmente en Europa, véase Luca Mezzetti, ed., *International Constitutional Law* (Turin: Giappichelli Editore, 2014). En particular, el artículo de Justin Frosini sobre la experiencia inglesa. En el caso concreto de los Países Bajos, un estudio actualizado y completo se puede apreciar en Blanca Cid, “¿Debe algún tribunal tener la última palabra?” *El Tribunal de Justicia y los tribunales de los seis Estados fundadores y del Reino Unido* (Madrid: Marcial Pons, 2016), 115.

1.1. La labor judicial en el modelo inglés: ¿convivencia del *common law* con la soberanía del Parlamento?

Uno de los países en los que la autoridad judicial ha experimentado más limitaciones para el desarrollo de sentencias de notorio impacto en el diseño de políticas públicas ha sido Inglaterra. Esto no es una casualidad, ya que se trata de un modelo que, a lo largo de su historia, ha configurado la idea de la soberanía parlamentaria como parte basilar de su ordenamiento.

De hecho, el constitucionalismo inglés, en especial con los aportes de Dicey y Blackstone, configuró la idea del *King in Parliament*, la cual implicaba que las cláusulas que fueran aprobadas tanto por las cámaras como por el rey no podían ser sometidas a ninguna clase de control por parte de los tribunales. Esto ha generado que diversos autores planteen que la única forma de cuestionar la validez de alguna ley por parte de una autoridad judicial sea a través del análisis del procedimiento por el cual ha sido aprobada, pero, de ninguna manera, esto la autoriza a controlar su contenido material.⁵

Evidentemente, en este contexto la autoridad judicial será considerablemente limitada, por lo que no es usual que los tribunales resuelvan los frecuentes dilemas morales de la sociedad inglesa. Esto va a suponer que no se admita o discuta la posibilidad de alguna clase de *judicial activism*. Sin embargo, dos fenómenos recientes han permitido que los tribunales de justicia puedan, al menos de cierta forma, cuestionar las leyes aprobadas por el Parlamento: la incorporación a las comunidades europeas (hoy conocida como Unión Europea) y, desde 1998, la aprobación de la Human Rights Act durante el gobierno de Tony Blair.

En relación con la incorporación del Reino Unido al fenómeno comunitario, se ha indicado que este hecho va a suponer la “ruptura del principio de soberanía del Parlamento, pilar de la arquitectura del sistema constitucional británico, al concederse a las instituciones europeas la posibilidad de dictar normas con el mismo valor jurídico que la ley del Parlamento y dar primacía al derecho europeo”.⁶

La incorporación a la Unión generó la expedición de una ley interna que dispusiera que, en caso de conflicto, se diera prioridad a la norma europea. Ahora bien, la implementación y la operatividad de este mandato dependería, como no podía ser de otro modo, de los tribunales, ya que serían estos los encargados de aplicar el derecho. Esta idea se consolidó –y no solo en el Reino Unido, sino también en todos los países de la Unión Europea– en el conocido Caso Factortame I, en el cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dispuso que cualquier tribunal o corte

⁵ Uno de los autores que ha defendido los fueros del Parlamento, incluso con la aprobación de la Human Rights Act de 1998, ha sido Richard Bellamy [“Political Constitutionalism and the Human Rights Act”, *International Journal of Constitutional Law* n.º 1 (2011): 86-111].

⁶ Cid, “¿Debe algún tribunal tener la última palabra?”, 249.

local era competente para suspender la aplicación de una ley local que entrara en contradicción con el derecho europeo.⁷

Ahora bien, es de público conocimiento que el *Brexit* ha generado que el Reino Unido se retire de la Unión Europea. La primera impresión de este acto es que, como antaño, la ley se configure como la fuente suprema del ordenamiento. Sin embargo, no pueden minimizarse las consecuencias de la incorporación del derecho comunitario, ya que esto ha generado un debate, a nivel tanto de la academia como de los tribunales, entre los partidarios del constitucionalismo político, y los que defienden el constitucionalismo del *common law*. Los defensores de esta última corriente propugnan que los tribunales están facultados, incluso, a controlar el contenido material de las leyes.

A esto debe añadirse que, con la aprobación de la Human Rights Act en 1998, se ha generado un interesante diálogo entre los tribunales y el Parlamento, ya que, de conformidad con esta ley, los jueces están habilitados para examinar si una ley nacional es contraria al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH). Su decisión, es importante decirlo, no es equivalente a la de una corte constitucional, ya que, en caso de advertir la incompatibilidad, no puede expulsar la norma cuestionada del ordenamiento. Sin embargo, esta decisión es elevada en consulta al Parlamento, el cual decide si deroga o no la ley impugnada.

Podría pensarse que solo se trata de un reconocimiento simbólico, y que, en los hechos, las autoridades judiciales se encuentran aún bastante lejanas de la posibilidad de un *judicial activism*. Sin embargo, las estadísticas existentes para el año 2016 parecen reflejar la asunción de la función judicial en lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales. Al respecto, se ha reportado que para ese año se habían expedido 34 declaraciones de incompatibilidad: 22 definitivas, cuatro apeladas y 8 revocadas en apelación. Sin embargo, de las 22 definitivas, 13 han dado lugar a nueva legislación,⁸ lo cual no hace sino demostrar el impacto que han tenido las decisiones judiciales en el reconocimiento de los derechos.

De este modo, es posible concluir que el antiguo principio de soberanía parlamentaria se ha visto forzado a reinventarse para convivir con la lenta, pero progresiva, competencia judicial para examinar el contenido material de las leyes, al menos en lo que respecta a las que son contrarias con el CEDH.⁹ Esto aún no habilita a

⁷ Un prolijo repaso de los hechos del caso, así como de los efectos de esta decisión, se puede apreciar en Eduardo García de Enterría, "El fin del Caso Factortame. La responsabilidad patrimonial final del Reino Unido", *Revista de Administración Pública*, n.º 145 (1998): 117-144.

⁸ Eduardo Virgala, *La Constitución británica en el siglo XXI* (Madrid: Marcial Pons, 2018), 112.

⁹ Como refiere Hiebert, el modelo inglés tiene la particularidad, muy pocas veces vista en el derecho comparado, de involucrar a distintos actores (entre ellos, al Parlamento y al Gobierno) en relación con el análisis de compatibilidad de las leyes con el Convenio Europeo. Sobre la posible erosión del principio de soberanía parlamentaria, este autor destaca lo irónico que

los tribunales para ejercer un control judicial fuerte, ni que, por ende, puedan ser calificados como activistas, pero sí los coloca en una posición expectante. Las estadísticas han demostrado que las apreciaciones de los jueces no han sido en todos los casos inobservadas por el Parlamento, por lo que, de mediar buenas razones en sus pronunciamientos, pueden constituirse en importantes actores para el diseño (o supresión) de políticas públicas vinculadas con los derechos fundamentales.

En todo caso, y es algo que aplica particularmente al modelo inglés, todo ello no va a implicar que sean los jueces quienes lideren el camino para la obtención de una sociedad más libre y justa, y para ello siempre los detractores de la autoridad judicial tendrán en cuenta (como de hecho, ha ocurrido en experiencias como la estadounidense, tal y como se advertirá con posterioridad) que los tribunales también se han desenvuelto, históricamente, como órganos profundamente conservadores, con una visión preponderantemente formalista y acrítica.¹⁰

1.2. La evolución de los tribunales en el *civil law*: de una desconfianza absoluta a la progresiva introducción de atribuciones a favor de la autoridad judicial

En diversos países del *civil law* se ha generado una desconfianza histórica hacia la figura judicial, lo que ha ocasionado serias dudas en torno a la posibilidad de brindarle atribuciones para evaluar la constitucionalidad de las leyes. Uno de los ejemplos paradigmáticos de este modelo es el francés, que por razones que se remontan incluso a la época de la revolución de 1789, ha tenido una imagen negativa de la función judicial, la cual ha empezado a cambiar, principalmente, a través de la reforma del año 2008. Es cierto que existen importantes estudios sobre el resto de los países europeos,¹¹ pero el ejemplo francés permite reflejar, en su verdadera dimensión, el temor a la función judicial, por lo que este modelo será objeto de desarrollo en este estudio.

La percepción negativa de la labor de los tribunales se remonta a los conocidos *Parlements*, instituciones que administraban justicia en el seno del *Ancien Régime*. Estos órganos fueron poblándose de representantes de la burguesía, quienes, aparentemente, luchaban contra el viejo sistema, pero, en los hechos, “pretendían

resulta que la Human Rights Act de 1998, que había sido aprobada por la desconfianza que empezaba a generarse respecto de la idea de que fuera el órgano legislativo el que interpretara finalmente los derechos, terminara brindando la última palabra al Parlamento en esta clase de materias [Janet Hiebert, “Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR help facilitate culture of rights?”, *International Journal of Constitutional Law* 4, n.º 1 (2006): 36].

¹⁰ Diego Duquelsky, “La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial”, *Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho)*, n.º 41 (2018): 205.

¹¹ Véase, por ejemplo, Pedro Cruz, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987).

incrementar sus privilegios y poder”.¹² Esto dio lugar a que los revolucionarios franceses, en el cénit del movimiento, reconocieran en distintas constituciones que los jueces no podían interpretar las leyes, ya que esta era una labor del Parlamento.

De hecho, una de las instituciones propias del siglo XVIII en Francia fue el *référé législatif*, así denominado, explica Blanco Valdés, porque “en virtud del mismo se remitía al Poder Legislativo la facultad última para interpretar el texto oscuro de una ley”.¹³ De esta forma, no se brindó a la autoridad judicial herramienta alguna para cuestionar la validez de las leyes. Esto ocasionaría que, en Francia, los tribunales no tuvieran una activa participación en la configuración y el diseño de políticas públicas.

Este temor se mantuvo, incluso, durante el siglo XX. Sin embargo, a partir de la Constitución de la Quinta República, en 1958, empezaron a realizarse algunos cambios al viejo esquema de la separación de poderes. Fue fundamental, en ese sentido, la creación del Consejo Constitucional, órgano que, si bien no es propiamente un tribunal o corte constitucional, en los últimos años ha analizado cuestiones considerablemente sensibles a la opinión pública francesa.

Las competencias que inicialmente fueron brindadas al Consejo mantenían el antiguo diseño fundamentado en un Parlamento prácticamente infalible, ya que los únicos cuestionamientos que se podían realizar eran respecto de proyectos de ley, mas no de normas efectivamente aprobadas por el Poder Legislativo. Esta no era sino una forma de culto a la ley, la cual emanaba del órgano que representaba a la nación. Los constituyentes de 1958 seguían pensando que la voluntad de los representantes del pueblo no podía ser evadida por un órgano que no tuviera origen o legitimidad popular.

El esquema trazado en la Constitución de la Quinta República ha experimentado, en la actualidad, cambios relevantes. Acaso uno de los que más reconoce la competencia de los tribunales para intervenir, al menos de forma indirecta, en cuestiones relevantes para la opinión pública es la “cuestión prioritaria de inconstitucionalidad”. A través de este instrumento, no solo se introduce un control de constitucionalidad *a posteriori*, sino que, además, se le brinda la posibilidad al Consejo de conocer reclamos respecto de leyes que sean contrarias a los derechos fundamentales.

Esta reforma introduce a los órganos judiciales en los debates respecto de las cuestiones más sensibles en la opinión pública. Ciertamente, ellos no están habilitados directamente para ejercer el control de constitucionalidad, pero sí pueden plantear la duda ante el Consejo de Estado o la Corte de Casación, para que sean estos órganos los que, a su vez, puedan solicitar un pronunciamiento del Consejo Constitucional.¹⁴

¹² Rafael Jiménez, *Los frenos del poder* (Madrid: Marcial Pons, 2016), 79.

¹³ Roberto Blanco, *El valor de la constitución* (Madrid: Alianza Editorial, 2006 [1995]), 262.

¹⁴ Juan Pablo Sarmiento, “La jurisdicción constitucional en Francia, de la aparente excepción europea al fin de la singularidad francesa”, *Revista Chilena de Derecho* 43, n.º 2 (2016): 471.

En los últimos años, el papel del Consejo, el cual suele actuar por iniciativa judicial, ha ido adquiriendo cada vez más protagonismo, y le ha permitido cuestionar políticas diseñadas por los órganos de representación popular. No se trata, y es importante decirlo, de un órgano que haya elaborado, con sus decisiones, distintas iniciativas vinculadas con políticas públicas concretas, y en ese sentido no puede ser calificado como un tribunal activista. Sin embargo, sí ha tenido la oportunidad de apreciar la constitucionalidad de materias que, durante el siglo XX, no hubiera podido examinar, ya que se consideraba que el único órgano facultado para reflejar la voluntad popular era el Parlamento.¹⁵

Así, por ejemplo, el Consejo Constitucional ha conocido de cuestionamientos en contra de las normas penales que eximen de cualquier grado de responsabilidad penal por agresión a los animales respecto de las personas que practiquen corridas de toros;¹⁶ de las leyes que facultan a los familiares a conocer sus orígenes personales, aunque la madre no lo haya indicado de forma expresa;¹⁷ de las leyes que autorizaban la grabación audiovisual de interrogatorios y careos de personas involucradas en materia penal;¹⁸ de las leyes que impiden el matrimonio entre personas del mismo sexo;¹⁹ o de las normas que impiden trabajar los domingos en Alsacia-Lorena.²⁰

Evidentemente, no en todos los casos declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas, pero el solo hecho de tomar conocimiento de estas demandas lo irá colocando, de forma progresiva, como un importante actor potencial de políticas públicas. No es un órgano (al menos por ahora), como la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, que intente ser pionero o colocarse un paso adelante del Parlamento, pero es evidente que estamos presenciando un radical cambio en relación con las atribuciones originariamente otorgadas a los tribunales. No debe sorprender que, en algún momento, las autoridades judiciales francesas y el propio Consejo Constitucional puedan constituirse en órganos relevantes en la implementación de políticas públicas.

¹⁵ En todo caso, aún existe un importante margen de deferencia al legislador. Es por ello que, ante cuestiones bastante sensibles para la opinión pública, el Consejo se ha caracterizado por mantener el *statu quo*. Un gran ejemplo de ello es su pronunciamiento respecto de la cuestión prioritaria de inconstitucionalidad planteada a propósito de la ley que permite privar de la nacionalidad a los franceses que la hubiesen adquirido. El Consejo confirmó la constitucionalidad de la medida, pese a las recurrentes invitaciones del Consejo de Europa, y, citando jurisprudencia recurrente, admite que su poder de apreciación y decisión no es similar al del Parlamento (Consejo Constitucional de Francia, Sentencia 2014-439 QPC, de 23 de enero, párr. 18).

¹⁶ Consejo Constitucional de Francia, Sentencia 2012-271 QPC, de 21 de septiembre.

¹⁷ Consejo Constitucional de Francia, Sentencia 2012-248 QPC, de 16 de mayo.

¹⁸ Consejo Constitucional de Francia, Sentencia 2012-228/229 QPC, de 6 de abril.

¹⁹ Consejo Constitucional de Francia, Sentencia 2010-92 QPC, de 28 de enero.

²⁰ Consejo Constitucional de Francia, Sentencia 2011-157 QPC, de 5 de agosto.

1.3. La especial posición de las autoridades judiciales en el modelo estadounidense. Los inicios del denominado activismo judicial

En la introducción de este estudio se había indicado que la obra de Edouard Lambert, titulada *El gobierno de los jueces*, fue elaborada a propósito de lo que ocurre en el modelo estadounidense de control de constitucionalidad. Este autor afirma que mientras en países como Inglaterra o Francia la ruptura del principio de equilibrio de poderes se había producido en provecho de los parlamentos, en los Estados Unidos la alteración se ha decidido a favor del Poder Judicial, el cual “ha sometido a los otros dos a su control y ha establecido, de esta forma, un régimen de gobierno de los jueces”.²¹

No existe ninguna duda en torno a que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sido el tribunal que ha tenido una participación más determinante en la interpretación y el desarrollo de la constitución nacional. Este documento, conocido por su sencillez y corta extensión, ha generado que sea este tribunal el que deba interpretar los límites de su contenido. Ha sido, por ello, catalogado como un documento flexible, y no debe sorprender que se haya afirmado que el secreto de su eterna juventud radique en su capacidad de renovación.²²

La autoridad que los tribunales han adquirido a lo largo de los años se relaciona con el desarrollo de sus instituciones políticas. Los colonos que arribaron a Norteamérica no confiaban en los órganos de representación política, lo cual obedecía a la complicada relación que tenían con el Parlamento inglés. Todo esto generó la idea de que todos los órganos debían someterse a la Constitución, a diferencia de lo que ocurrió en otros países de la Europa continental, en donde se otorgó una posición privilegiada al poder legislativo.²³ Por esto, ellos estaban de acuerdo con la idea de que fuera el Poder Judicial el que examinara los reclamos vinculados con la separación de poderes, la repartición de competencias entre los estados y la federación, y las cuestiones sobre los derechos fundamentales.²⁴

La idea de constitución que aparecerá en *The Federalist* y en los desarrollos elaborados por los *framers* permitirá entender, a diferencia de la usanza de Europa, que

²¹ Edouard Lambert, *El gobierno de los jueces* (Madrid: Tecnos, 2010 [1921]), 21.

²² Peter Häberle, *Tiempo y constitución* (Lima: Palestra Editores, 2017), 25.

²³ Se ha sostenido, por ejemplo, que incluso antes del conocido fallo de *Marbury vs. Madison* de 1803, al parecer se presentaron casos, “entre 1776 y 1787, en los cuales se condenó tal tipo de contravención, pero de leyes estatales en relación con constituciones de la misma índole. Y, desde luego, sólo entendida considerando que no existía un diseño constitucional tan acabado (en cuanto al nivel de coherencia) como el que hoy tenemos” [Ricardo Cueva, *De los niveladores a Marbury vs. Madison: la génesis de la democracia constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011), 392-393].

²⁴ Dieter Grimm, *Constitutionalism. Past, Present, and Future* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 14.

los tribunales de justicia se colocaban no en una posición superior, aunque sí en una similar, a la del Parlamento. De este modo, se entiende que si “el poder legislativo tiene una autoridad delegada, no puede actuar en contra del acto de delegación, dado que los representantes del pueblo no son superiores al pueblo mismo”.²⁵

Los factores expuestos han contribuido a que, en particular, la Corte Suprema Federal se posicione como un importante actor a nivel de políticas públicas, ya que ha sido ella la encargada de desarrollar diversos preceptos de la Constitución, especialmente en lo relacionado con los derechos fundamentales. Su impacto ha sido de tal notoriedad, que se ha afirmado, en un conocido texto que aborda la interpretación de los tribunales estadounidenses, que “la aparición del derecho constitucional hecho por el juez ha sido la característica más llamativa de nuestros tribunales federales desde finales del siglo pasado [siglo XIX]”.²⁶

Esto no significa, en todo caso, que exista un unánime respaldo respecto del notorio rol e impacto político de las decisiones del Tribunal Supremo. De hecho, la expresión *judicial activism* proviene precisamente de los Estados Unidos, y lo que pretendía era censurar a lo que se considera como una suerte de “oligarcas en toga”. Uno de los movimientos que ha ido adquiriendo cada vez mayor protagonismo ha sido el del “constitucionalismo popular”, corriente liderada por Larry Kramer, que afirma que la ley fundamental ha sido secuestrada por los magistrados de la Corte Suprema, ya que estos manifiestan, en desmedro del pueblo, ser los que tienen la “máxima autoridad para decir lo que significa la Constitución”.²⁷

Del mismo modo, el impacto mediático de los pronunciamientos de los tribunales estadounidenses se aprecia en cada campaña electoral, aunque no necesariamente de la forma más auspiciosa. Sobre ello, Dworkin recuerda que los políticos, durante las campañas electorales, suelen prometer “que van a poner freno a aquellos jueces que hayan obtenido poder político de manera incorrecta”.²⁸ Todo ello demuestra que, lejos de ser un asunto sobre el cual exista consenso, en los Estados Unidos el debate en torno al impacto de los tribunales se encuentra en uno de sus momentos más álgidos.

²⁵ Nicola Matteucci, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno* (Madrid: Editorial Trotta, 1998), 215.

²⁶ Christopher Wolfe, *La transformación de la interpretación constitucional* (Madrid: Civitas, 1991), 15.

²⁷ Larry Kramer, *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad* (Madrid: Marcial Pons, 2011), 302. Otro autor que ha abordado esta problemática es Mark Tushnet, quien sostiene que “la *judicial review* genera un problema para el constitucionalismo. Puede hacer cumplir las limitaciones sobre el poder gubernamental, pero al costo del poder del pueblo de auto-gobernarse. Este problema se exagera por el hecho de que las limitaciones constitucionales no se autodefinen o, muchas veces, ni siquiera son claras” [Mark Tushnet, *Constitucionalismo y Judicial Review* (Lima: Palestra Editores, 2013), 72-73].

²⁸ Ronald Dworkin, *Una cuestión de principios* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012), 27.

Finalmente, es importante resaltar que el hecho de que las decisiones de los tribunales en los Estados Unidos tengan un marcado componente político no los convierte en órganos necesariamente “progresistas”. Cuando se hace referencia al *judicial activism*, por lo general la doctrina se ha referido a las oportunidades en las que las cortes de justicia han revertido un *statu quo* a favor de las libertades. Sin embargo, el origen político de los magistrados de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos tiene, también, repercusiones a nivel de los derechos.²⁹ En algunas oportunidades, este Tribunal ha asumido una posición distinta a la del Congreso de los Estados Unidos para “ampliar” o “extender” los derechos; sin embargo, nada impide, como de hecho ha ocurrido en muchas oportunidades en ese país, que la autoridad judicial sea la garante del *statu quo*.³⁰

2. La reelaboración del principio de separación de poderes frente a un nuevo actor: el rol de los tribunales constitucionales (¿activismo o *self-restraint*?)

En el apartado anterior se demostró cómo los tribunales enfrentaron, particularmente durante los siglos XVIII y XIX, distintos obstáculos para el reconocimiento de su autoridad en relación con los actos tanto de los parlamentos como de los gobiernos. Este periodo, caracterizado mayoritariamente por el rechazo a la facultad de las cortes de interpretar o inaplicar las leyes, dio lugar a que la idea de un “activismo judicial” fuera prácticamente inexistente.

En efecto, salvo el caso de los Estados Unidos, los tribunales de justicia tuvieron que soportar las cargas del pasado, que los vinculaban con los grupos de poder cercanos a las viejas monarquías o los grupos de poder. A ello debía agregarse la visión decimonónica según la cual la ley podía, potencialmente, regularlo todo. También se consideraba, bajo el esquema de la soberanía de la nación, que el producto de

²⁹ De hecho, en los Estados Unidos, el control judicial de constitucionalidad también se ha examinado como un instrumento a favor de minorías ampulosas para frenar a las mayorías, las cuales, según se indica, suelen ser manipuladas por parte de la clase política. En ese sentido, se afirmaba que “para la toma de decisiones políticas correctas e imparciales no era necesario consultar a todos los individuos potencialmente afectados por tales decisiones, [por lo que] solo la reflexión de algunos individuos especialmente virtuosos o ilustrados podía garantizar las buenas decisiones buscadas” [Roberto Gargarella, *La justicia frente al Gobierno* (Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2011), 67].

³⁰ Por ejemplo, Jeremy Waldron recuerda que, en el periodo comprendido entre 1885 y 1930 (la conocida como *era Lochner*), los tribunales tanto estatales como federales dejaron sin efecto 150 normas jurídicas que regulaban las relaciones de trabajo y las condiciones laborales. Como se conoce, este autor neozelandés se caracteriza por su férrea defensa de la legitimidad de los parlamentos, por encima de la de los tribunales, de interpretar los derechos en una sociedad democrática [Jeremy Waldron, *Derechos y desacuerdos* (Madrid: Marcial Pons, 2005 [1999]), 344].

los representantes, materializado en las leyes, ostentaba una fuerte dosis democrática. Este contexto puso a los parlamentos en una posición privilegiada, ya que se asumió que eran los principales órganos legitimados para interpretar los derechos fundamentales.

Sin embargo, esta visión inicial fue superada, luego del desarrollo de las conflagraciones mundiales, particularmente a través de la exportación del denominado control de constitucionalidad. Como bien refiriera Mirkine-Guetzévitch, este tipo de control, particularmente en el periodo de entreguerras, obedeció a una nueva manera de racionalizar el poder, y se entendió como una forma adecuada para brindar garantías reales de la legalidad superior de la constitución, ya que el ciudadano había quedado desprotegido frente a la labor del poder legislativo.³¹

El destierro de la idea de los parlamentos como órganos infalibles iba de la mano del entendimiento general de la constitución como una norma jurídica y, por ello, directamente aplicable. En efecto, las constituciones aprobadas con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, que culminaron con las trágicas experiencias ocasionadas particularmente por los regímenes totalitarios, desaparecieron, como sostiene Romboli,³² la ilusión de una ley, siempre y sin duda justa, solo porque era la expresión de la soberanía popular y, por ello, podía ser aprobada bajo el único requisito de observar los procedimientos establecidos por las mayorías parlamentarias, independientemente de si ella resultaba (o no) contraria a los derechos fundamentales.

Esta nueva visión de los derechos no iba a ser irrelevante. De hecho, el surgimiento de estas cartas democráticas de mitad del siglo XX ocasionó la vuelta a primer plano de la idea “de la constitución como norma directiva fundamental (*costituzione-indirizzo*) que dirige a los poderes públicos y condiciona a los particulares de tal manera que asegura la realización de los valores constitucionales”.³³ Así, la tutela de los derechos fundamentales dio lugar a que el valor que antes se adscribía a la ley (en tanto voluntad de los parlamentos) fuera dejado de lado paulatinamente en algunos países.

Ahora bien, este rediseño de la arquitectura institucional también generó la duda respecto del órgano encargado, de presentarse el caso, de no aplicar o de invalidar alguna ley contraria a la norma fundamental. Ya se mencionó en otro apartado que la autoridad judicial se encontraba bastante desprestigiada en Europa, por lo que tanto desde la academia como desde la política se empezaron a examinar alternativas al modelo conocido como estadounidense o de *judicial review*. De este modo, en Europa, en particular por los estudios de juristas como Hans

³¹ Boris Mirkine-Guetzévitch, *Modernas tendencias del derecho constitucional* (Madrid: Editorial Reus, 2011), 69-70.

³² Roberto Romboli, *Justicia constitucional, derechos fundamentales y tutela judicial* (Lima: Palestra Editores, 2017), 277.

³³ Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones* (Madrid: Editorial Trotta, 2009 [1996]), 129.

Kelsen, se implementó el tribunal o la corte constitucional, institución que, en los países donde existe, ha sido calificada en no pocas oportunidades como activista. Así, después de las grandes conflagraciones mundiales, la doctrina tuvo que efectuar importantes esfuerzos, en este nuevo diseño del principio de la separación de poderes, para legitimar la competencia de estos tribunales para adoptar decisiones que, sin ninguna duda, tendrían un impacto significativo en las políticas públicas de los Estados.

La creación de los tribunales constitucionales también estuvo ligada al hecho de que, en muchos países, los jueces estuvieron ausentes de la tarea interpretativa y aplicadora de la ley fundamental, lo cual estaba vinculado a una falta de tradición de la protección directa de las constituciones.³⁴ Se pensó, entonces, que la fórmula por adoptar no podía pasar por brindar a los tribunales las competencias que tenían sus pares estadounidenses, ya que existía poca expectativa de lo que la autoridad judicial podía realizar.

Sin embargo, la observación relacionada con el desprestigio de la labor judicial no caló en los Estados Unidos, así como en diversos países de América Latina que implementaron el control difuso. En todo caso, la novedad europea de los tribunales constitucionales generó, también, un importante nivel de atracción, por lo que diversos países que originariamente seguían el modelo americano fueron incorporando en sus ordenamientos instituciones propias del derecho europeo. Se diseñaron, de esta forma, diversos modelos calificados como mixtos.

Este constante intercambio académico y cultural entre América y Europa tuvo como consecuencia la creación de distintos modelos *sui generis*. No es posible concluir cuál de los dos modelos –esto es, el americano o el europeo– fue el preponderante, pero lo que sí es evidente es que se apreció una ampliación del papel de la función jurisdiccional, la cual había nacido de la necesidad de brindar respuestas concretas a problemas complejos, que demandaban el empleo de “instrumentos más flexibles para utilizarlos en la actividad concreta de la interpretación de la ley”.³⁵

Cualquier intento de rediseño del principio de poderes tenía que suponer, necesariamente, el estudio relativo a la legitimidad de los tribunales constitucionales. De esta forma, se realizaron importantes estudios para identificar las razones que justificaran que debían brindarse amplias potestades y atribuciones a las cortes constitucionales. Se ha sostenido, al respecto, que un importante nivel de su legitimidad radica en dos elementos esenciales: su composición y su función de

³⁴ Franciso Tomás y Valiente, *Escritos sobre y desde el tribunal constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 75.

³⁵ Maurizio Fioravanti, *Constitutionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales* (Madrid: Editorial Trotta, 2014), 103. De hecho, Fioravanti va más allá y se interroga si es que esta función no puede ser considerada como una actividad de gobierno, y ello en la medida en que la labor de estos tribunales puede ser considerada como una actividad constructiva de orden político y jurídico.

orientar y no de bloquear.³⁶ En relación con el primer criterio, se resalta el hecho de que el modo de “reclutamiento” de sus magistrados no es similar al que puede advertirse en la jurisdicción ordinaria, ya que cuenta con una considerable y activa participación de los parlamentos y otras entidades de naturaleza política. Por otro lado, no es un órgano de bloqueo debido a que su función no es la selección de una política pública específica (cuestión que deja en manos de los órganos de representación política), sino que solo se encarga de indicar aquello que no es permitido según la voluntad del poder constituyente.

El reconocimiento, a nivel constitucional, de instituciones relacionadas con el control de constitucionalidad va a ser otro importante soporte democrático. En efecto, los debates en torno a la legitimidad de los tribunales y cortes constitucionales van a tener como un especial punto de referencia su reconocimiento en el texto constitucional, ya que esto permitiría colegir que ha sido el propio pueblo, actuando como poder constituyente, el que ha decidido otorgar esas atribuciones a los tribunales.

Ahora bien, este argumento tiene que ser perfilado prolijamente, ya que el solo reconocimiento normativo no convierte, necesariamente, a una institución en democrática.³⁷ En todo caso, tampoco debe dejarse de lado el hecho de que, independientemente de que no existía alguna cláusula constitucional expresa que habilitara el control judicial de constitucionalidad de las leyes, en muchos casos la jurisprudencia la habilitó por entenderla como una suerte de “poder implícito” de las cortes. Se ha sostenido, sobre ello, que los órganos estatales “no sólo están habilitados para ejercer aquellos actos para los que expresamente están habilitados según la Constitución, la ley o el reglamento, sino para todos aquellos que implícitamente surgen de disposiciones expresas”.³⁸

Del mismo modo, otro aspecto que ha sido tomado en cuenta para dotar de la legitimidad de los tribunales constitucionales es el aspecto deliberativo que suele preceder a sus decisiones. Se ha sostenido, sobre ello, que la deliberación, “en sus variadas manifestaciones, es una manera decente de reconocer y hacer frente a la importante apertura de las disputas constitucionales y a la pesada carga política del control de constitucionalidad. La cuestión de cómo es tan importante como la del qué decide una Corte”.³⁹

No queda ninguna duda del importante rol activo que han desarrollado los tribunales constitucionales en la implementación y el desarrollo de políticas públicas. Su función, consistente en interpretar las ambiguas e indeterminadas cláusulas de

³⁶ José Martín, *Naturaleza jurídica del tribunal constitucional* (Barcelona: Ariel, 1998), 80.

³⁷ Cfr. Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012), 48-49.

³⁸ Este, de hecho, ha sido el caso no solo de los Estados Unidos, sino también de la Argentina y de Israel. Al respecto, véase Alberto Bianchi, *Control de constitucionalidad* (Buenos Aires: Editorial Rodolfo Depalma, 1992), 86.

³⁹ Conrado Hübner, *Cortes constitucionales y democracia deliberativa* (Madrid: Marcial Pons, 2018), 255.

la norma fundamental, ha generado que, en no pocas oportunidades, se aparten de la expresa voluntad de los órganos de representación política.

De esta manera, los tribunales constitucionales se han posicionado como importantes actores de políticas públicas, junto con los poderes de representación política y el poder judicial. Basta examinar los casos del Tribunal Constitucional Federal de Alemania y la Corte Constitucional de Colombia, órganos que han emitido importantes pronunciamientos vinculados a temas especialmente sensibles para la opinión pública, tales como el matrimonio entre personas del mismo sexo,⁴⁰ el aborto,⁴¹ consumo de *cannabis*,⁴² o el derecho de morir dignamente.⁴³ Estos tribunales han sido paradigmas en sus respectivas regiones y reflejan un modelo al cual se orienta el resto de cortes constitucionales.

Ahora bien, sea que este impacto haya sido ocasionado por sentencias de modelos cercanos al *judicial review* (a través de pronunciamientos de los tribunales supremos, por ejemplo) o al del sistema europeo de control (mediante las decisiones de los tribunales constitucionales), lo cierto es que las últimas décadas, con muy contadas excepciones, han demostrado la considerable influencia que la función jurisdiccional está ejerciendo en los Estados constitucionales. Ciertamente, como también se ha explicado en el presente trabajo, no faltan países que han configurado óptimos modelos de protección de los derechos sin la necesaria participación de la autoridad judicial, pero lo cierto es que, a nivel general, ha sido esta la que ha terminado por brindar la última palabra al interpretar las constituciones estatales.

No sorprende, por ello, que existan autores que, como Edouard Lambert en su momento, estimen que nos encontramos en la actualidad ante un nuevo gobierno de los jueces, o una suerte de “aristocracia en toga”. Los críticos sostienen que las constituciones han sido secuestradas por los tribunales, y que le corresponde al legítimo soberano, esto es, al pueblo, recobrar su potestad de intérprete definitivo de las leyes fundamentales. Es por ello que frente a estas críticas se procederá a examinar si es que, como sostienen los detractores del activismo judicial, nos encontramos ante alguna clase de desplazamiento o inversión del poder.

3. Los tribunales como agentes de diseño (y supresión) de políticas en constante tensión con el principio de legalidad: ¿hacia un nuevo *gouvernement des juges*?

Hacer cualquier referencia a alguna clase de activismo judicial requerirá, irremediablemente, justificar la legitimidad de la autoridad judicial, cuestión que no es pacífica

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-214/16.

⁴¹ Sentencia BVerfGE 39, 1 y Sentencia bVerfGE 88, 203.

⁴² Sentencia BverfGE 90, 145.

⁴³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-423/17.

en la doctrina. Este debate ha sido aún más intenso en las últimas décadas, lo cual obedece al notorio protagonismo adquirido por los órganos que ejercen funciones jurisdiccionales. En efecto, las atribuciones que se arrogan tanto los tribunales constitucionales como las cortes supremas estatales no hubieran sido concebibles en el siglo XIX y en buena parte del XX.

Esta situación es más compleja cuando se inserta el término “activismo judicial”. En la introducción de este estudio se había resaltado que un común denominador de las distintas concepciones de “activismo” era destacar la autonomía de los tribunales para resolver de forma contraria a la situación dominante en los órganos de representación política. Esta idea de activismo es compatible con la función de los jueces en los Estados constitucionales: ellos deben tutelar a los grupos que, por distintas razones, no tienen voz ni participación en órganos como los parlamentos o los gobiernos.

Sin embargo, no debe ignorarse el hecho de que existen importantes estudios que le atribuyen al activismo judicial una mayor envergadura. Por ejemplo, no han faltado autores que lo asumen como un poder que habilita a los jueces a emitir pronunciamientos contrarios al texto constitucional o que carezcan de cualquier apoyo interpretativo en la ley fundamental, lo cual implica, incluso, admitir que los tribunales rebasan los límites de su autoridad.⁴⁴

Por ello, una de las críticas que suele esbozarse en contra del *judicial activism*, particularmente cuando es ejercido por los tribunales o cortes constitucionales, se relaciona con un supuesto “desplazamiento de poder”. Zagrebelsky, al explicar este cuestionamiento, precisa que este debe entenderse como la posibilidad de que “el control de constitucionalidad, al introducir contenidos jurídicos constitucionales ajenos a los establecidos por la Constitución, se extienda de tal manera que circunscriba de forma arbitraria la esfera de decisión que debe dejarse a la política, es decir, en el actual momento histórico, a los procedimientos democráticos”.⁴⁵

El concepto de activismo judicial que aquí se ha desarrollado tiene la ventaja de evadir esta clase de críticas, ya que habilita a los tribunales a resolver dentro de un importante abanico de posibilidades constitucionalmente viables, pero no de alterar, drásticamente, el texto constitucional. En efecto, es distinto sostener que la conclusión a la que ha arribado la autoridad judicial no encuentra ningún sentido interpretativo viable de conformidad con la ley fundamental, a afirmar que el juez ha obrado dentro de un marco habilitado (aunque polémico) por la constitución. De hecho, esto último también ha sido entendido como activismo judicial, ya que existen autores que lo perciben como el conjunto de invalidaciones que declaran

⁴⁴ Cfr. Stephen Smith, “Taking lessons from the Left?: Judicial activism on the right”, *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, n.º 57 (2002): 80.

⁴⁵ Gustavo Zagrebelsky, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional* (Madrid: Editorial Trotta, 2014), 319.

los tribunales en las que la inconstitucionalidad no es manifiestamente clara como asunto legal.⁴⁶

La calificación de un tribunal como “activista” no debe ser, pues, equiparada a la de un órgano al margen de la constitución y de la ley. En cambio, la autoridad judicial sí debe desenvolverse, como sostiene Jesús Vega, de forma imparcial, a fin de que su actividad pueda ser calificada como jurisdiccional, y ello precisamente contribuirá a que no se emplee este término de forma peyorativa, sino que se pueda considerar a la autoridad judicial simplemente como activa, sin más.⁴⁷ En nuestros estudios ha sido un error recurrente colocar, cual si fuera un terreno de batalla, a los parlamentos frente a los tribunales, cuando en muchas oportunidades estos órganos coinciden en la interpretación asignada a los derechos. Esta visión conflictiva ha generado, como no podía ser de otra forma, que la autoridad judicial sea percibida como ajena a los intereses de los grupos mayoritarios.

En realidad, en la práctica común y cotidiana, los tribunales velan por los intereses de los ciudadanos; resuelven controversias en función de normas aprobadas por los representantes del pueblo. Del mismo modo, en muchas oportunidades, interpretan las disposiciones legales de forma tal que terminan por reflejar la voluntad del parlamento, el cual, como es natural, no puede anticipar todos los supuestos y escenarios que se producirán con ocasión de la expedición de la ley.

Por ello, es curioso que las decisiones que fundamentan, en sentido peyorativo, la calificación de un tribunal de justicia como activista sean escasas, desde el punto de vista estadístico. En la mayoría de oportunidades, la autoridad judicial no hace más que reafirmar el sentido literal de la ley. Y, pese a ello, los casos que generan los más álgidos debates en relación con las atribuciones brindadas a los jueces son los que comprometen los aspectos más sensibles de la opinión pública. Esto no quiere decir, sin embargo, que los tribunales sean ajenos o desconozcan el principio democrático.

Un ejemplo puede graficar mejor esta situación. Piénsese en lo relacionado con los reclamos históricos relativos a los derechos de la mujer. Las grandes revoluciones atlánticas no generaron una mejor situación respecto de su derecho a la participación política, ni mucho menos brindaron facilidades en terrenos tan esenciales como el trabajo o la educación. En ese contexto, no sorprendía que las leyes de la época la privaran de derechos tan básicos como el derecho al voto.

En esta clase de casos se encuentra comprometido el principio de igualdad. El tribunal tiene dos opciones: entender, de la misma forma que los órganos de representación política, que la mujer no se encuentra en una posición similar a la del hombre y que, en ese sentido, su reclamo no merece tutela alguna; o, por el contrario, extender los alcances del principio de igualdad para integrarla en una sociedad

⁴⁶ Frank Cross y Stefanie Lindquist, “The Scientific study of Judicial Activism”, *Minnesota Law Review*, n. 91 (2007): 1784.

⁴⁷ Jesús Vega, “Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial”, *Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho)*, n.º 41 (2018): 148.

que debe orientarse a garantizar el respeto, en las mismas condiciones, de todas las personas. La segunda alternativa riñe, ciertamente, con una visión procedimental de la democracia, ya que esta no fue la decisión adoptada en las urnas. Sin embargo, fortalece la democracia en un aspecto sustantivo, y esto en la medida en que fomenta la existencia de una sociedad más justa y con igualdad de oportunidades.

Puede afirmarse, entonces, que esta forma de entender la práctica judicial no merma el principio democrático; antes bien, lo fortalece. El hecho de que los tribunales se aparten de lo expresamente indicado por los órganos de representación política no tiene necesariamente que suponer que existe alguna tendencia a apartarse de la voluntad mayoritaria reflejada en la ley fundamental estatal. De hecho, el cuadro de principios y valores que toda constitución reconoce está orientado a garantizar un espacio importante de convivencia, en el que distintas cosmovisiones del mundo puedan tener lugar.

En efecto, no debe perderse de vista que los tribunales de justicia no son necesariamente antidemocráticos por el solo hecho de declarar que una ley es constitucionalmente inválida. El principio democrático debe ser concebido en el sentido de ser compatible con la presencia de autoridades judiciales competentes para contribuir, con sus decisiones, a resguardar la expresión de la voluntad general contenida en la norma fundamental del Estado, y si en esta labor intervienen varias autoridades, esta tutela será óptima.⁴⁸

Por ello, el activismo judicial no supone que los parlamentos o gobiernos se encuentren desacreditados, o que no tengan competencia alguna para desarrollar el contenido de los derechos. En realidad, son los primeros convocados a desarrollar esta labor. La historia así lo demuestra, ya que en diversas latitudes los parlamentos se dedicaron a elaborar declaraciones de derechos, muchas de las cuales, incluso, perduran hasta hoy. La función de las cortes consiste en integrar en el discurso de los derechos a todas aquellas personas o colectivos que, por distintas razones, no fueron incluidos en el seno del debate político.

El nuevo posicionamiento de los órganos que ejercen función jurisdiccional ha hecho que los órganos de representación política sean más prolijos cuando intentan discutir propuestas relacionadas con el reconocimiento de derechos fundamentales. Tanto, que es posible sostener que la “ley vale ahora en cuanto, y sólo en cuanto, realice en sí el ideal democrático de la pacífica convivencia entre la pluralidad de las fuerzas e intereses que operan en realidad”.⁴⁹ La exclusión o separación arbitraria de colectivos o personas del goce y reconocimiento de los derechos es una razón válida para la intervención judicial, lo que sin duda se ve favorecido por el hecho de que

⁴⁸ Ernesto Aguinaga, *Tres tesis escépticas sobre la labor de juzgar* (Lima: Palestra Editores, 2018), 257.

⁴⁹ Maurizio Fioravanti, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días* (Madrid: Editorial Trotta, 2011 [2001]), 158.

las constituciones estatales sean lo suficientemente amplias como para reconocer distintas tendencias y líneas de pensamiento.

Esto no supone el otorgamiento de un cheque en blanco a favor de la autoridad judicial. Es imperativo recordar que se trata de un órgano de poder constituido, por lo que sus decisiones deben encontrar algún anclaje en la norma fundamental del Estado. En efecto, “aún en el supuesto de que la premisa mayor se extraiga dificultosamente de ese variopinto depósito de derecho, [ella no puede] obtenerse de forma tal que sea una pieza extraña por entero al conjunto; tiene que ser una pauta que encaje con coherencia en el sistema explícito”.⁵⁰

Del mismo modo, debe evitarse en la discusión relativa al rol de los tribunales cualquier prejuicio vinculado con la idea de que la autoridad judicial activista se siente al margen del derecho. Este pensamiento, común en los defensores del denominado “realismo jurídico”, no termina por advertir que los jueces difícilmente evaden citar o fundamentar sus decisiones en función de las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico. Las críticas que se han desarrollado en esos círculos han fallado en demostrar si es que las autoridades judiciales, al resolver casos de considerable impacto político, no se sienten vinculadas por el derecho estatal.⁵¹

En todo caso, lo que sería censurable es el hecho de que un juez o un tribunal de justicia intentara plasmar un programa político personal en el diseño de políticas públicas. Como refiere Waldron, “cuanto más piensen los jueces de esta manera sobre su trabajo, mayor será el peligro de que se impongan ellos mismos y su poder particular irrevisable como la plataforma preeminente desde la cual se determinarán los contornos generales del buen gobierno”.⁵²

Otro aspecto que no debería dejarse de lado es que no existe, al menos no necesariamente, ningún sustento empírico que permita sostener que el mayor escrutinio de los tribunales generará, irremediablemente, una óptima protección de los derechos y de la constitución estatal. Numerosos países han demostrado que es viable la posibilidad de proteger la supremacía normativa de la ley fundamental a través de otros mecanismos. Como bien anota Wheare, “no debe suponerse que los países en donde no existe supervisión judicial de la legislación o de la actuación ejecutiva sean indiferentes a la supremacía de sus constituciones”;⁵³ aunque es importante considerar cómo ha funcionado el proceso de interpretación desarrollado por los tribunales en los países donde la revisión judicial ha sido aceptada.

Sin embargo, esta observación, aunque certera, no impide apreciar un fenómeno que se ha ido generalizando en distintos sistemas: el cada vez mayor posicionamiento

⁵⁰ Francisco Laporta, *El imperio de la ley, una visión actual* (Madrid: Editorial Trotta, 2007), 218.

⁵¹ Archibald Cox, “The Role of the Supreme Court: Judicial Activism or Self-Restraint?”, *Maryland Law Review* 47, n.º 1 (1987), 137.

⁵² Jeremy Waldron, *Contra el gobierno de los jueces* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018), 142.

⁵³ Kenneth Wheare, *Las constituciones modernas* (Barcelona: Editorial Labor, 1971), 109.

y autoridad de los tribunales de justicia. De hecho, muchos países que adoptaron una visión restrictiva de la función judicial han reconocido, por la fuerza de los hechos, cada vez mayores atribuciones a favor de las autoridades judiciales. En todo caso, es importante recordar que la institucionalidad en cualquier sistema democrático no debe colocar a los órganos políticos y judiciales como entidades en constante conflicto, sino que los debe examinar como articuladores de la constitución estatal.

Conclusiones

No ha sido sencillo el camino que han atravesado los tribunales de justicia en su posicionamiento como actores relevantes de políticas públicas. De hecho, aun en la actualidad existen distintas voces que claman por la necesidad de reducir lo que califican como ilimitados poderes en manos de los jueces.

Sin embargo, y como se ha demostrado en este artículo, en muchas ocasiones el tono peyorativo con el que diversos autores se han referido a los tribunales tiene que ver con una falta de acuerdo sobre lo que debe entenderse por “activismo judicial”. De hecho, distintas concepciones han sugerido que este implica la idea de que los tribunales resuelvan fuera del marco habilitado por la constitución, lo cual supone, evidentemente, un ejercicio abusivo del poder. Ahora bien, la autoridad judicial siempre se ha preocupado, al fundamentar sus decisiones, por indicar qué cláusula de la constitución la habilita para resolver de la forma en que efectivamente lo ha hecho. El hecho de que su entendimiento de la ley fundamental no sea necesariamente el mayoritario o el que comparten los órganos de representación política, no supone que sea una lectura prohibida de la constitución. La labor de los tribunales de justicia radica, en ocasiones, precisamente en integrar a las personas que, por distintas razones, no tuvieron la oportunidad de ser visibilizadas, y es en esta medida en que ellos, con sus decisiones, también optimizan y contribuyen al desarrollo del principio democrático.

Bibliografía

- AGUINAGA, Ernesto. Tres tesis escépticas sobre la labor de juzgar. Lima: Palestra Editores, 2018.
- BASSOK, Or y Yoav DOTAN. “Solving the countermajoritarian difficulty?”. *International Journal of Constitutional Law* 11, n.º 1 (2013).
- BELLAMY, Richard. “Political Constitutionalism and the Human Rights Act”. *International Journal of Constitutional Law* 9, n.º 1 (2011).
- BIANCHI, Alberto. *Control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Editorial Rodolfo Depalma, 1992.
- BLANCO, Roberto. *El valor de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2006 [1995].

- CHARLES, Guy-Uriel y Luis FUENTES. “Judicial intervention as judicial restraint”. *Harvard Law Review*, n.º 132 (2018).
- CID, Blanca. “¿Debe algún tribunal tener la última palabra?”. *El tribunal de justicia y los tribunales de los seis Estados fundadores y del Reino Unido*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- COX, Archibald. “The role of the supreme court: Judicial activism or self-restraint?”. *Maryland Law Review* 47, n.º 1 (1987).
- CROSS, Frank y Stefanie LINDQUIST. “The Scientific study of judicial activism”. *Minnesota Law Review*, n.º 91 (2007).
- CRUZ, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- CUEVA, Ricardo. *De los niveladores a Marbury vs. Madison: la génesis de la democracia constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- DUQUELSKY, Diego. “La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 41 (2018).
- DWORKIN, Ronald. *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.
- FERRERES, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 2011 [2001].
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Editorial Trotta, 2014.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Editorial Trotta, 2009 [1996].
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “El fin del Caso Factortame. La responsabilidad patrimonial final del Reino Unido”. *Revista de Administración Pública*, n.º 145 (1998).
- GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al Gobierno*. Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2011.
- GRIMM, Dieter. *Constitutionalism. Past, Present, and Future*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- HÄBERLE, Peter. *Tiempo y constitución*. Lima: Palestra Editores, 2017.
- HIEBERT, Janet. “Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR help facilitate culture of rights?”. *International Journal of Constitutional Law* 4, n.º 1 (2006).
- HÜBNER, Conrado. *Cortes constitucionales y democracia deliberativa*. Madrid: Marcial Pons, 2018.
- JIMÉNEZ, Rafael. *Los frenos del poder*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- KRAMER, Larry. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- LAMBERT, Edouard. *El gobierno de los jueces*. Madrid: Tecnos, 2010 [1921].
- LAPORTA, Francisco. *El imperio de la ley, una visión actual*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

- MARTÍN, José. *Naturaleza jurídica del tribunal constitucional*. Barcelona: Editorial Ariel, 1998.
- MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.
- MEZZETTI, Luca, ed. *International Constitutional Law*. Turin: Giappichelli Editore, 2014.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *Modernas tendencias del derecho constitucional*. Madrid: Editorial Reus, 2011.
- ROMBOLI, Roberto. *Justicia constitucional, derechos fundamentales y tutela judicial*. Lima: Palestra Editores, 2017.
- SARMIENTO, Juan Pablo. “La jurisdicción constitucional en Francia, de la aparente excepción europea al fin de la singularidad francesa”. *Revista Chilena de Derecho* 43, n.º 2 (2016).
- SMITH, Stephen. “Taking lessons from the Left?: Judicial activism on the right”. *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, n.º 57 (2002).
- TOMÁS Y VALIENTE, Franciso. *Escritos sobre y desde el tribunal constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- TUSHNET, Mark. *Constitucionalismo y Judicial Review*. Lima: Palestra Editores, 2013.
- VEGA, Jesús. “Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 41 (2018).
- VÍRGALA, Eduardo. *La Constitución británica en el siglo XXI*. Madrid: Marcial Pons, 2018.
- WALDRON, Jeremy. *Contra el gobierno de los jueces*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018.
- WALDRON, Jeremy. *Derechos y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, 2005 [1999].
- WHEARE, Kenneth. *Las constituciones modernas*. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1971.
- WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Civitas, 1991.
- YOUNG, Ernest. “Judicial activism and conservative politics”. *University of Colorado Law Review* 73, n.º 4, 2002.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

II. La garantía de los derechos fundamentales en la era digital

2.1. Retos constitucionales y exigencias legales de la digitalización contemporánea

- Hernán Antonio de León Batista (Panamá)
La dignidad humana en la era digital
- Carlos Ramón Salcedo Camacho (República Dominicana)
Desafíos de la era digital en una sociedad hiperconectada: protección efectiva de los derechos fundamentales en la República Dominicana
- William Herrera Áñez (Bolivia)
Gobierno abierto y acceso a la información pública
- Jorge Tomás Broun Isaac (República Dominicana)
Desafíos constitucionales en torno a la tutela del derecho de acceso a la información y libertad de expresión en la era digital

2.2. Garantía de la libertad de expresión y sus límites en redes sociales

- Darwin Urquizo Pereira (Perú)
La protección de la libertad de información y de expresión en redes sociales; ¿puede un funcionario público bloquear a un ciudadano en su cuenta de redes sociales?
- Andrés López Cabello (Chile)
Tomás I. Griffa (Argentina)
Privacidad en redes sociales y vigilancia estatal: un desafío pendiente de la práctica constitucional argentina
- Daniel Felipe Torres Ramírez (Colombia)
El derecho a la libertad de expresión frente a los derechos al buen nombre, a la honra y a la intimidad de los funcionarios públicos en las plataformas digitales
- José Juan Anzures Gurría (México)
Internet, libertad de expresión y propia imagen
- Harold Bertot Triana (Cuba)
La “informatización de la sociedad en Cuba” y la protección de la libertad de expresión en internet: posibilidades y retos ante un reformado modelo de control constitucional y de defensa de los derechos
- Andrea Liliana Garzón Zuluaga (Colombia)
Laura Ledezma Paredes (Colombia)
Excepciones y limitaciones establecidas por la Corte Constitucional colombiana al derecho a la libertad de expresión en internet

Hernán Antonio de León Batista* (Panamá)

La dignidad humana en la era digital

RESUMEN

El derecho a la dignidad humana como cualidad intrínseca del ser humano, en tanto fuente de los demás derechos fundamentales, en esta era digital impone demandantes desafíos a los Estados en el contexto del Estado constitucional y convencional. Es ineludible que los poderes ejecutivo y legislativo diseñen una matriz sistematizada de políticas públicas para el desarrollo y la ejecución de derechos fundamentales desde el punto de vista de la dignidad humana, que explore la construcción o reforma de una constitución digital, así como un cambio de paradigma del poder judicial en la protección de los derechos humanos.

Palabras clave: dignidad humana; redes sociales; constitución digital.

Human dignity in the digital age

ABSTRACT

The right to human dignity as an intrinsic quality of human beings, as a source of other fundamental rights, imposes demanding challenges on the States in this digital age, in the context of the constitutional and conventional State. It is inescapable that the executive and legislative branches need to design a systematized matrix of public policies for the development and execution of fundamental rights from the point of view of human dignity, which explores the construction or reform of a digital constitution, as well as a paradigm change in the judicial branch's protection of human rights.

Keywords: Human dignity; social networks; digital constitution.

* Magistrado de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá. profesorhernan.deleon@gmail.com.

Die Menschenwürde im digitalen Zeitalter

ZUSAMMENFASSUNG

Das Recht auf Menschenwürde als inhärentes Merkmal des Menschen und Quelle aller anderen Grundrechte ist im digitalen Zeitalter im Kontext der Verfassungs- und Vertragsstaatlichkeit mit hohen Anforderungen an die Staaten verbunden. Es ist unverzichtbar, dass Exekutive und Legislative eine systematisierte Matrix der öffentlichen Politik zur Entwicklung und Umsetzung der Grundrechte aus der Perspektive der Menschenrechte erstellen, die sich mit der möglichen Ausarbeitung oder Modifizierung einer digitalen Verfassung und einem Paradigmenwechsel auf dem Gebiet des Menschenrechtsschutzes durch die Justiz befasst.

Schlagwörter: Menschenwürde; soziale Netzwerke; digitale Verfassung.

Introducción

En este marco introductorio corresponde preguntarnos, primeramente: ¿es la dignidad humana un valor o un derecho? Para la mayoría de tratadistas, la dignidad resulta ser una cualidad intrínseca del ser humano, su propia esencia y la fuente de los demás derechos fundamentales. Pero, también, es evidente que solo el convencimiento ético por parte de la sociedad puede garantizar la incorporación de determinados valores al mundo jurídico, aunque estos sean el fundamento mismo de toda existencia humana.

En este sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) menciona que todas las personas son libres e iguales en derechos; es decir, da reconocimiento a la dignidad humana, plasmada en tratados internacionales, así como en diversas legislaciones. Pero, ¿a qué se refiere esa dignidad? A la protección y a la garantía de que cada ser humano constituya la base del Estado de derecho; y deriva del respeto a uno mismo y a los demás. La dignidad humana es el derecho que tiene cada uno de ser valorado como sujeto individual y social, en igualdad de circunstancias, con sus características y condiciones particulares, por el solo hecho de ser persona. Como contraposición están los tratos indecorosos, humillantes y discriminatorios, así como la desigualdad.

En fin, de las relaciones existentes entre enunciados y conceptos normativos, contenidos en las constituciones, se pueden extraer tres lineamientos funcionales relacionados con la dignidad de la persona humana: a) la dignidad humana como valor fundante del ordenamiento jurídico y del Estado, b) la dignidad humana como principio constitucional, y c) la dignidad humana como derecho fundamental autónomo, en los ámbitos de autonomía, condiciones de vida, integridad física y moral, según estudios de la concepción de principios y valores, propuesta por Robert Alexy, al desarrollar la teoría del discurso racional en la argumentación

jurídica.¹ Alexy señala la estrecha vinculación, pero, a su vez, las diferencias que existen entre ellos, para lo cual toma como punto de partida la distinción planteada por Von Wright sobre valores, principios y reglas –conceptos deontológicos, axiológicos y antropológicos–.

A partir de esta claridad conceptual, Alexy afirma que los principios son mandatos de optimización, es decir, “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.²

Teniendo en cuenta lo dicho, debemos adentrarnos en el problema de este principio, derecho o valor intrínseco en la existencia del ser humano, como es la dignidad humana, cuando se enfrenta a su falta de protección en esta era digital, ya que cada vez son más numerosos los aspectos de nuestra vida que son rastreados, archivados y utilizados, y, a veces, mal utilizados. En el mismo sentido, debemos considerar lo concerniente al alcance de la libertad de expresión en las plataformas digitales (redes sociales), el derecho a la información, la protección de datos, la privacidad, la intimidad y el respeto por nuestra imagen, pues, pese a los beneficios intrínsecos de la tecnología digital, también acarrear inconvenientes de derechos humanos de manera global. De ahí que no podemos permitir que el ciberespacio y la inteligencia artificial impongan un ingobernable espacio de irrespeto a las personas, por lo que consideramos oportuna la construcción o las reformas de constituciones en la era digital, así como el cambio de paradigma en la interpretación constitucional de los tribunales, como garantía de los derechos fundamentales en estos tiempos de internet.

Por ello, Henry Ford, consciente de la importancia que tiene situar la dignidad de las personas en el centro de todo desarrollo tecnológico, afirmó con gran acierto que “a ningún hombre debe obligársele a hacer el trabajo que puede hacer una máquina”.³ El significado de estas palabras pronunciadas hace un siglo por el impulsor de la producción en masa cobra hoy más sentido que nunca, cuando el impacto de las nuevas tecnologías sobre las libertades de las personas es uno de los grandes desafíos de la humanidad en el siglo XXI.

El progreso tecnológico trae consigo una forma inédita de relacionarnos con las cosas y con las personas a través de la automatización y el intercambio de datos, donde el protagonismo de los *big data* y la inteligencia artificial cobran especial protagonismo. Pero este entraña también algunos riesgos para la ciudadanía que requieren nuestra atención, como la invasión de la intimidad de las personas, el crecimiento de la desigualdad, los problemas relacionados con la ciberseguridad o las nuevas formas de delincuencia que aprovechan los entornos digitales para atentar contra los más vulnerables.

¹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.^a ed. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010), 118.

² Alexy, *Teoría de los derechos...*, 67.

³ Eduardo Palomo Triguero, *Cita-logía* (Toledo: Editorial Punto Rojo Libros, 2013), 192.

Ante estos nuevos escenarios, es necesario el estudio de la garantía de mecanismos de protección de los derechos humanos con el espíritu de velar por que la era digital avance midiendo la prosperidad económica con el imprescindible respeto a la dignidad del ser humano, la cual le es inherente por el mero hecho de su nacimiento. Bajo esta premisa, los poderes públicos deben tomar conciencia de la vital misión que tienen por delante, motivo por el que es imprescindible que asuman la iniciativa en una regulación que responda a las necesidades surgidas de la sociedad de la información.

No olvidemos que el recurso a las nuevas tecnologías forma ya parte esencial del libre desarrollo de la personalidad y, por tanto, debe garantizarse el acceso a las mismas para una efectiva promoción de la libertad y la igualdad de oportunidades, en cumplimiento del mandato de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH). En ese sentido, los nuevos derechos digitales deben asegurar la participación de todas las personas en la vida económica, política y cultural de su entorno, en consonancia con los postulados de una sociedad verdaderamente democrática. Tal propósito exige una responsabilidad colectiva que sea capaz de hacer frente a los retos que la tecnología plantea, más allá del ámbito competencial de cualquier país, teniendo en cuenta el contexto de la sociedad globalizada en que vivimos, sin dejar de inspirarse en los valores consagrados en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948. Para ello, los Estados tienen que hacer un generoso ejercicio de cesión de competencias, que no debe entenderse en ningún caso como una pérdida de soberanía nacional, sino como un nuevo paradigma en el que el componente internacional cobra un especial protagonismo a la hora de desarrollar políticas sobre aquellos temas que requieren una solución de alcance global.

1. Impacto de la tecnología digital en los derechos humanos

Es una realidad incontestable la fuerte influencia de la revolución digital en nuestras vidas, para bien o para mal, de la cual no escapan los derechos humanos en la búsqueda de garantías de protección. Como algunas señales claras en tal sentido podemos encontrar:

- El acopio de datos por parte de organizaciones privadas y públicas, incluso de Estados.
- Uso de comunicaciones codificadas, imágenes transmitidas por satélite y flujo de datos para defender y promover los derechos humanos.
- Uso de la inteligencia artificial para predecir y prevenir vulneraciones de derechos humanos y decisiones más estandarizadas por parte de los tribunales de justicia.
- Incitación al odio y la violencia en las redes sociales.

- El acoso en línea, en especial a mujeres (ciberacoso) y menores de edad (*cyberbullying*).
- Implantación de noticias falsas o *fake news*.
- Uso de la inteligencia artificial en actividades inherentes a la complejidad humana a través del uso de algoritmos.

Estas son solo algunas de las actividades que el mundo está viviendo en fracciones de segundos y sobre las que hay que trabajar en una regulación eficaz para la protección de derechos humanos, ya que los instrumentos internacionales que se dictan no son suficientes para la velocidad que entraña la era digital. Para ello, los Estados deben comprometerse con la responsabilidad normativa y ética, a fin de abordar estos problemas complejos.

Derechos como la libertad de expresión, la libertad de información, el respeto a la intimidad y la imagen, y, en los últimos años, la llamada protección de datos personales están intrínsecamente ligados e interrelacionados con el derecho a la privacidad. Por ello, los analizaremos desde una perspectiva de valores imprescindibles en una sociedad decente y abierta o libre (en el sentido desarrollado por Karl Popper⁴): el respeto a los seres humanos y la libre expresión de pensamientos, convicción y formas de vida.

A manera de ejemplo, esta sociedad “abierta” tuvo conocimiento del alcance de la intromisión a cargo de los gobiernos a nivel global, cuando el antiguo contratista de la Agencia Central de Inteligencia (CIA), Edward Snowden,⁵ filtró información clasificada de la Agencia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos (NSA). Según las filtraciones, alrededor del 90 % de las comunicaciones interceptadas no pertenecían a objetivos, sino a gente común. Esto tiene importantes ramificaciones, ya que se puede abusar de la recopilación y la vinculación de muchos tipos de información sobre personas, violentándose así el derecho a la privacidad o la intimidad.

Estos hechos son problemas reales del mundo digital en que vivimos, que no podían haber previsto los redactores de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en 1948. Sin embargo, con el incremento en la recopilación de datos por parte de los gobiernos y las empresas, el concepto de privacidad consagrado en el artículo 12⁶ de dicha Declaración se ha vuelto fundamental en nuestras vidas en los últimos 70 años.

⁴ Karl R. Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*. Trad. por Eduardo Loedel Rodríguez (Madrid: Paidós Ibérica, 2017).

⁵ En junio de 2013, Edward Snowden hizo públicos, a través de los periódicos *The Guardian* y *The Washington Post*, documentos clasificados como alto secreto sobre varios programas de la NSA, incluyendo los de vigilancia masiva PRISM y XKeyscore [Edward Snowden, *Vigilancia permanente* (Editorial Planeta, 2019)].

⁶ “Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda

El impacto que la nueva realidad tecnológica tiene sobre la intimidad, la integridad y los derechos humanos de las personas, así como que no existan fronteras políticas y físicas que la limiten, aumenta el riesgo sobre los ciudadanos; pero, ¿qué están haciendo las autoridades públicas?

El rápido desarrollo tecnológico de las últimas dos décadas ha acelerado la transformación de la sociedad y está cambiando de una manera impresionante las reglas de juego dentro y fuera de las fronteras nacionales. De hecho, como todos sabemos, internet no entiende de fronteras, y tanto la información interesante y útil como los contenidos criminales circulan por la red. La vida virtual ya forma parte de la vida real de miles de millones de personas y ha cambiado hábitos sociales, maneras de atender y expandir negocios, la forma de resolver problemas administrativos y el marco en que se mueve la idea de seguridad nacional e internacional. No obstante, internet es solo la cara visible de una realidad que va más allá y que incluye una nueva generación de máquinas, desde los drones y las armas autónomas hasta los robots y la muy comentada inteligencia artificial, pasando por algo que hoy se debate relativamente poco en comparación con el gran impacto que tienen los *big data*⁷ (grandes datos).

La pregunta que algunos se plantean es: ¿Hasta qué punto, todos estos nuevos hitos del progreso encajan en las universalmente aceptadas bases de protección de la dignidad y la integridad del ser humano, como son los derechos humanos? Para llegar donde la sociedad se encuentra social y culturalmente, se han necesitado tres siglos de historia, Rousseau y Voltaire, la Declaración de Independencia de Estados Unidos, la Revolución francesa, dos guerras mundiales en el siglo XX y la creación de un mecanismo universal de seguridad colectiva (las Naciones Unidas). Justamente, en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el documento más traducido en el mundo, a más de 300 idiomas y dialectos, se pone la piedra angular

persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques" (<https://www.un.org/es/>).

⁷ Los macrodatos, también llamados datos masivos, inteligencia de datos, datos a gran escala o *big data* hacen referencia a conjuntos de datos tan grandes y complejos como para que hagan falta aplicaciones informáticas no tradicionales de procesamiento de datos para tratarlos adecuadamente. Por ende, los procedimientos usados para encontrar patrones repetitivos dentro de esos datos son más sofisticados y requieren un *software* especializado. En textos científicos en español, con frecuencia se usa directamente el término *big data*, tal como aparece en el ensayo *La revolución de los datos masivos*, de Viktor Schönberger. El uso moderno de la expresión *big data* tiende a referirse al análisis del comportamiento del usuario, extrayendo valor de los datos almacenados y formulando predicciones a través de los patrones observados. La disciplina dedicada a los datos masivos se enmarca en el sector de las tecnologías de la información y la comunicación, y se ocupa de todas las actividades relacionadas con los sistemas que manipulan grandes conjuntos de datos [Claudia Hernández García, *Big data: o cómo los datos masivos están cambiando el mundo* (Ciudad de México: Dirección General de Divulgación de la Ciencia (UNAM), <http://www.comoves.unam.mx/assets/revista/241/big-data-o-como-los-datos-masivos-estan-cambiando-el-mundo.pdf>).

para definir los derechos de cada ser humano en el planeta solo o en relación con los demás.

En esta defensa de la integridad física e intelectual de la persona, su dignidad y su libertad, se apoyan los instrumentos legales de derechos humanos, que hoy forman una sólida base del derecho internacional en la materia. Por esto, es de suma importancia saber de qué forma se aborda este tema a la luz del vertiginoso desarrollo tecnológico que vive hoy la humanidad.

Ya en 2013, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en su Resolución 68/177, dio una fuerte señal de preocupación por el impacto negativo sobre los derechos humanos que pueden tener las nuevas técnicas de vigilancia y la intercepción de las comunicaciones. Los Estados y las entidades públicas y privadas deben respetar también en el mundo digital las pautas y las obligaciones estipuladas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en otros instrumentos legales relevantes. Por ello, el 12 de diciembre de 2014, el Consejo de Derechos Humanos organizó un panel, con la participación de representantes de gobiernos, organismos de Naciones Unidas, sociedad civil, ONG, sector privado e instituciones nacionales de derechos humanos. A raíz de las conclusiones de dicho panel, el Consejo de DD.HH., en su sesión de abril de 2015, adoptó la Resolución 28/16, donde establece el mandato de un nuevo relator sobre el derecho de privacidad, Joseph Cannataci.⁸

En esa línea, la Unión Europea (UE) ha sido pionera en la protección de datos personales con la aprobación del nuevo reglamento general (RGPD), en vigor a partir del 25 de mayo de 2018, que regula el tratamiento realizado por personas, empresas u organizaciones de los datos personales relacionados con ciudadanos de la UE. Es un comienzo esperanzador en la materia, que pone en evidencia el problema cada vez más candente de la defensa de los derechos humanos fundamentales frente a la potente influencia de las grandes empresas tecnológicas y el acceso masivo a datos ajenos. Aun así, el ámbito normativo es bastante limitado, lo cual da margen para un sinnúmero de interpretaciones.

En este sentido, se cuenta así con los primeros pasos hacia una definición concreta de la necesidad de aplicar las bases universales de los derechos humanos en la era digital. Desgraciadamente, el desarrollo explosivo de las nuevas tecnologías ha encontrado al legislador, en términos generales, especialmente en Latinoamérica, sin una preparación técnica adecuada, y eso, combinado con la falta de voluntad política, está marcando una tendencia al deterioro en la aplicación de los principios básicos. Por ejemplo, la propuesta de algunas redes sociales o entidades lucrativas, como los bancos, de dejarles datos biométricos está en contra de estos principios, pero hoy en día, no existe ninguna prohibición explícita a dichas prácticas por ningún gobierno. Aparte, se plantea la pregunta de cómo algunos miembros de nuestra “sociedad abierta o libre” pueden ser tan ingenuos o irresponsables para dejar una

⁸ <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Privacy/SR/Pages/SRPrivacyIndex.aspx>.

parte de su código identificador en manos de empresas ajenas, cuyas reglas de uso de los datos, o simplemente de protección informática, son desconocidas.

En este marco, ya se ha comprobado que, incluso sin ser identificativos, los datos personales en la era digital pueden tratarse y usarse para toda clase de propósitos: desde puramente económicos, pasando por la vigilancia y el crimen, hasta fines políticos y electorales. El escándalo con Cambridge Analítica y Facebook⁹ y las elecciones presidenciales en Estados Unidos de Norteamérica ha puesto el foco en la importancia de la privacidad y la seguridad de los datos en el marco de las reglas democráticas. Asimismo, existe una línea muy fina entre los datos usados para vigilancia y los usados por motivos de seguridad nacional. Por eso, es de suma importancia el establecimiento de mecanismos estrictos, que puedan velar por una aplicación conforme a los principios democráticos y los instrumentos legales internacionales de derechos humanos vigentes.

Las garantías democráticas son muy importantes en la creación y el uso de sistemas, llamados *big data*. Con el desarrollo de los nuevos métodos de recibir y analizar la información, en tiempo real se pueden comprobar miles y miles de perfiles. Un hito en esta materia es el nuevo proyecto de vigilancia masiva puesto en marcha en Pekín, donde las cámaras instaladas en el centro de la ciudad captan los rasgos de las personas, datos biométricos, en la calle, y, al mismo tiempo, sus perfiles personales, con sus nombres y datos significativos, aparecen en un centro de vigilancia. Este sistema, en el cual el Gobierno chino ha invertido cientos de millones de dólares, está en contra de varios conceptos de derechos humanos, como la privacidad, la libertad de movimiento, de expresión, etcétera. Nos cuestionamos entonces, ¿con qué fines se ha introducido esta iniciativa?, ¿se estará haciendo igualmente en Latinoamérica? El problema surge cuando la regulación va muy por detrás de las prácticas, y da margen a toda clase de movimientos. Si hoy en día se pueden “hackear”¹⁰ tarjetas

⁹ En marzo de 2018, en tan solo 24 horas, el valor de Facebook cayó US\$37.000 millones por un escándalo que comenzó con un aparentemente inocente test de personalidad en la red social y derivó en acusaciones de robo de datos, interferencia política y chantajes con prostitutas. Las acciones de Facebook cayeron cerca de un 7 % tras la publicación de una serie de investigaciones periodísticas que afirman que la consultora Cambridge Analytica adquirió de forma indebida información de 50 millones de usuarios de la red social en Estados Unidos (*BBC Mundo*, “5 claves para entender el escándalo de Cambridge Analytica que hizo que Facebook perdiera US\$37.000 millones en un día”, 21 de marzo de 2018, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-43472797>).

¹⁰ El término *jáquer* o *hacker* tiene diferentes significados. Según el diccionario de los *hackers*, “es todo individuo que se dedica a programar de forma entusiasta, o sea un experto entusiasta de cualquier tipo”, que considera que poner la información al alcance de todos constituye un extraordinario bien. El *Diccionario de la lengua española* de la RAE, en su segunda acepción, establece que es una “persona experta en el manejo de computadoras, que se ocupa de la seguridad de los sistemas y de desarrollar técnicas de mejora”. De acuerdo con Eric S. Raymond, la principal motivación de estas personas para crear *software* en su tiempo libre, y después distribuirlos de manera gratuita, es ser reconocidos por sus iguales [Eric Raymond, *The Art of Unix Programming* (Boston: Addison-Wesley, 2013): 87-91]. El término *hacker* nace

bancarias o sistemas de control, ¿por qué mañana no la identidad de las personas, hasta cambiar los sujetos de responsabilidad civil y penal? Vivimos tiempos en que la ciencia ficción de ayer se transforma en la realidad de hoy, y antes de que se produzcan estos acontecimientos, la sociedad tiene que estar preparada para definir lo permitido y lo no permitido en el espacio tecnológico.

Otra forma del impacto de la tecnología digital en los derechos humanos se aprecia en el uso de drones.¹¹ Ya hace años, la entonces Alta Comisionada de Derechos Humanos Navi Pillay había enfatizado las consecuencias peligrosas del uso de estos drones en zonas con población civil, sin regulación internacional y cuya actividad no cuenta con mecanismos de control sobre la aplicación de los vigentes instrumentos legales sobre derechos humanos.¹² Si la capacidad de un país para detectar estas máquinas es muy limitada, las mismas pueden ser usadas por grupos interesados en toda clase de actividades. Un ejemplo de prácticas criminales novedosas es el uso de drones para vigilancia, transporte y venta en el tráfico de drogas en el comercio, con información privilegiada o, a veces, incluso, de especies protegidas.

2. El derecho a la privacidad y la libertad de expresión en la era digital

La privacidad puede ser definida como el ámbito de la vida personal de un individuo, que se desarrolla en un espacio reservado. Según el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española (DRAE), ‘privacidad’ es el “ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”, mientras que la ‘intimidad’ se refiere a la “zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”; sin embargo, el desarrollo de la sociedad de la información y la expansión de la informática y de las telecomunicaciones plantea nuevas amenazas para la privacidad que han de ser afrontadas desde diversos puntos de vista: social, cultural, legal, tecnológico, etc.

El artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre establece que el derecho a la vida privada es un derecho humano: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia,

en la segunda mitad del siglo XX y su origen está ligado con los clubes y laboratorios del MIT (<https://es.wikipedia.org/wiki/Hacker>).

¹¹ Un vehículo aéreo no tripulado (VANT), o *unmanned aerial vehicle* (UAV), más apropiadamente Remotely Piloted Aircraft System (RPAS), comúnmente conocido como dron, se refiere a una aeronave que vuela sin tripulación, la cual ejerce su función remotamente. Un VANT no tiene tripulación, es reutilizable, capaz de mantener de manera autónoma un nivel de vuelo controlado, sostenido y propulsado por un motor de explosión, eléctrico o de reacción.

¹² <https://es.weforum.org/agenda/2018/10/derechos-humanos-y-tecnologia-union-imposible-o-contradiccion-permanente/>.

ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”¹³

El artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, consagra al respecto:

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, o lugar físico, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.¹⁴

El artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José de Costa Rica, establece:

Artículo 11. Protección de la honra y dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o estos ataques.¹⁵

A menudo, observamos que el derecho a la privacidad se presenta como un pasaporte que refuerza otros derechos, en la red y fuera de ella, incluyendo los derechos a la igualdad y a la no discriminación, y a la libertad de expresión y reunión. Sin embargo, la privacidad también es un valor en sí mismo, esencial para el desarrollo de la personalidad y la protección de la dignidad humana, que es uno de los temas centrales de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Nos permite protegernos de las interferencias injustificadas en nuestras vidas y determinar cómo queremos interactuar con el mundo. La privacidad nos ayuda a establecer fronteras para limitar quién tiene acceso a nuestros cuerpos, lugares y objetos, así como a nuestras comunicaciones y a nuestra información.

No obstante, la privacidad no es un derecho absoluto, y puede ser limitada en algunos casos, por ejemplo, cuando las autoridades penitenciarias buscan en las celdas contrabando de artículos, como drogas y armas. Sin embargo, las intrusionas en la privacidad deben ser proporcionales al beneficio que esto aporta a la sociedad.

¹³ <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.

¹⁴ <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

¹⁵ Christian Steiner y Marie-Christine Fuchs, coords., *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, 2.ª ed. (Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, Editorial Nomos, S.A., 2019), 349.

La privacidad, especialmente la privacidad digital, puede parecer un concepto abstracto. A medida que han ido aumentando las preocupaciones sobre el terrorismo en los últimos años, los gobiernos han tratado de inmiscuirse cada vez más en la privacidad de los ciudadanos, apelando a la seguridad nacional. “Si no tiene nada que ocultar”, argumentan, “¿qué le preocupa?”.

Quizás el valor de la privacidad se pueda entender más fácilmente en el mundo de lo físico. Supongamos que alguien irrumpió en su casa y no se llevó nada, sino que husmeó en sus armarios y leyó sus cartas privadas. Tal intrusión, a la mayoría de nosotros, como mínimo, nos haría sentir incómodos. No obstante, algo muy similar está sucediendo hoy en las ciudades repletas de cámaras de televisión de circuito cerrado, con empresas que venden información sobre su historial de búsquedas en internet y con la vigilancia del Gobierno sobre las personas.

En este sentido, es importante destacar que existen instrumentos internacionales, algunos ya mencionados, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, que tienen jerarquía constitucional originaria –conforme el bloque de constitucionalidad. Estos instrumentos tienen rango constitucional y han sido considerados por distintos jueces para forjar jurisprudencia en los casos sometidos a su jurisdicción.

Sin duda, la privacidad es un derecho humano y un garante de la dignidad humana. La privacidad es importante para mantener la seguridad personal y proteger la identidad; pero, además, es imprescindible para promover otro derecho humano, el de la libertad de expresión en la era digital.

Al respecto, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) presentó un documento especial en el año 2013, denominado “Libertad de expresión e internet”, que de manera resumida estableció, o más bien reforzó, el contenido de la normativa interamericana, al señalar que la libertad de pensamiento y expresión es la piedra angular de cualquier sociedad democrática. El sistema interamericano de derechos humanos, en particular, le da un alcance muy amplio:¹⁶ el artículo 13 de la Convención Americana garantiza a toda persona el derecho a la libertad de expresión, y precisa que este derecho comprende “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

¹⁶ CIDH, Informe Anual 2009, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo III, Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51, 30 de diciembre de 2009, párr. 3.

El artículo 13 se aplica plenamente a las comunicaciones, ideas e informaciones que se difunden y acceden a través de internet.¹⁷ El entorno en línea no solo ha facilitado que los ciudadanos se expresen libre y abiertamente, sino que también ofrece condiciones inmejorables para la innovación y el ejercicio de otros derechos fundamentales, como el derecho a la educación y a la libre asociación.¹⁸ Como lo ha sostenido la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) son cruciales para el desarrollo político, económico, social y cultural, así como un factor esencial para la reducción de la pobreza, la creación de empleo, la protección ambiental y para la prevención y mitigación de catástrofes naturales.

En este documento, la Relatoría Especial pone a disposición de todos los Estados de la región principios generales de protección del derecho a la libertad de pensamiento y expresión en el entorno digital.

Estos principios buscan servir de guía a gobiernos, órganos legislativos y administrativos, tribunales y sociedad civil, para allanar el camino en este escenario conceptual y técnicamente novedoso, y para promover la revisión y adopción de legislación y prácticas, en aras de lograr el pleno ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y expresión en Internet.

La CIDH, a través de la Relatoría, señaló que algunos países de la región han comenzado a adaptar su legislación interna a los principios internacionales en materia de derechos humanos aplicables al ejercicio del derecho a la libertad de expresión en internet.¹⁹

¹⁷ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet, A/HRC/20/L.13, 29 de junio de 2012, párr. 1.

¹⁸ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/66/290 10 de agosto de 2011, párr. 61, <http://ap.ohchr.org/documents/>.

¹⁹ México aprobó un proyecto de reforma de su Constitución Política en materia de telecomunicaciones. En su artículo 7 declara el principio de inviolabilidad de la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio, incluyendo la prohibición de restringir este derecho por vías o medios indirectos, “tales como el abuso de controles oficiales o particulares [...] de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios y tecnologías de la información y comunicación encaminados a impedir la transmisión y circulación de ideas y opiniones”. En Chile se han adoptado importantes leyes destinadas a proteger la libertad de expresión en internet, como la reforma a la Ley de Propiedad Intelectual, que limita la responsabilidad de intermediarios por contenido generado por terceros, instaura un estándar judicial para la eliminación de contenidos infractores y crea nuevas excepciones al consentimiento del titular de derechos. Además, de manera ejemplar, la Ley 20.453 consagró el principio de neutralidad en la red para los consumidores y usuarios de internet, donde prohíbe el bloqueo, la interferencia, la discriminación, el entorpecimiento y la restricción del derecho de cualquier usuario para “utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal a través de internet, así como cualquier otro tipo de actividad o uso legal realizado a través de la red”. Argentina sancionó la Ley 26.032 de Servicio de Internet, que consagra expresamente la garantía de amparo de la

Tanto la libertad de expresión como la privacidad son derechos fundamentales, reconocidos de igual manera en la Declaración Universal de Derechos Humanos, por convenciones internacionales, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y en muchas constituciones nacionales, pero, ¿cómo se relacionan el uno con el otro?

Generalmente se piensa que estos dos derechos deben estar en conflicto, y en ocasiones ese es el caso, más notablemente cuando los tabloides o un *blogger* quieren revelar algo sobre la vida privada de una celebridad –particularmente detalles íntimos sobre su vida sexual–, que preferiría guardarlo para sí misma y unos pocos amigos. Pero, a menudo, la privacidad es necesaria para la libertad de expresión. Los amigos y amantes no pueden comunicarse abiertamente los unos con los otros, a menos que estén seguros de que sus conversaciones no van a ser escuchadas y archivadas por el Gobierno, o repetidas por los medios de comunicación. Incluso, las conversaciones políticas pueden requerir privacidad, como sucede cuando servidores públicos y ministros, o socios de la coalición, discuten temas sensibles de políticas públicas; ellos pueden no querer revelar, o al menos por el momento, sus conversaciones al público en general, y algunas cortes, como la Corte Constitucional Alemana, han sostenido que estas conversaciones pueden ser protegidas bajo un tema de privacidad.

Pero ¿cómo se deberían resolver los conflictos entre la privacidad y la libertad de expresión? Ni el derecho constitucional, ni siquiera la normativa convencional, pueden proteger ambos derechos cuando ocurren estos conflictos, ya que ninguno es absolutamente protegido. Consideramos prudente preguntarnos cuál es el valor de la expresión en el caso particular y compararlo con la importancia de la privacidad, que sería sacrificada si se le diera prioridad a la libertad de expresión. Si la expresión, por ejemplo, de un artículo en un periódico o en un blog contribuye a importantes debates políticos o sociales y no se entromete demasiado en detalles íntimos sobre la vida privada de un individuo, digamos que menciona de pasada sus preferencias de alimentos o la ropa que usó para una fiesta, la libertad de expresión debe prevalecer sobre la privacidad. Pero si el artículo revela detalles íntimos de la vida sexual, o la historia médica de una celebridad, la privacidad debe ganar, porque es difícil ver cómo este tipo de revelación puede contribuir a importantes debates públicos.

Por supuesto, hay unos temas muy difíciles en esta área. ¿Cuánta privacidad sacrifica un político cuando entra a la vida pública? Supongamos que un periódico tabloide revela que usó drogas en la universidad y justifica la publicación de la historia con el argumento de que los votantes tienen derecho a saber el registro moral de alguien que está proponiéndose como candidato para ser elegido como miembro del parlamento. Por otro lado, puede argumentarse que incluso los políticos tienen derecho a cierta privacidad, porque de lo contrario pocas personas,

libertad de expresión para la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole a través del servicio de internet.

excepto aquellos que son completamente insensibles, van a entrar a la vida pública, y más pocas aún, si se considera que nadie tiene un registro moral impecable.

Podemos decir que todos los derechos humanos son indivisibles, interdependientes e interrelacionados: la mejora de uno de ellos facilita el avance de los otros, la privación de un derecho perjudica a otros. La libertad de expresión y la privacidad son parte explícita de este marco internacional de derechos humanos y son derechos habilitantes que facilitan la realización significativa de otros derechos humanos.

El deber de los gobiernos de respetar, proteger, promover y cumplir los derechos humanos es la base de este marco de derechos. Ese deber incluye garantizar que las leyes, regulaciones y políticas nacionales sean consistentes con las leyes y estándares internacionales de derechos humanos respecto de libertad de expresión y privacidad.

Es importante también destacar que el concepto de privacidad se encuentra vinculado al de la intimidad, derecho garantizado en los principales instrumentos interamericanos y universales de derechos humanos, que en los últimos años viene adquiriendo una dimensión nueva, con retos que exigen un balance entre el derecho a la intimidad del individuo y los avances en el mundo de las tecnologías de información y comunicación.²⁰ Así lo han reconocido los países de América, cuya tendencia muestra la incorporación del derecho a la protección de datos personales en sus ordenamientos constitucionales y el desarrollo de normativa especial en la materia.

Por ello, las empresas TIC tienen también la responsabilidad de respetar y promover los derechos de libertad de expresión y privacidad de sus usuarios.

3. La protección de datos personales

La privacidad sufre hoy embates provenientes de diferentes ámbitos. Uno de ellos, quizá el menos visible, es el que se refiere a los datos personales y mucho más si se trata de datos sensibles. Nos preguntamos: ¿de dónde proviene esta necesidad de salvaguardar la intimidad y plasmarla en el derecho a la privacidad? Desde sus orígenes, este derecho se va constituyendo como protección a la vida privada en contraposición con la vida pública.

El impacto de las nuevas tecnologías en la vida cotidiana de todos los ciudadanos genera la necesidad de proteger cada vez más la intimidad y privacidad frente a una

²⁰ De acuerdo con la UNAM, las tecnologías de información y comunicación (TIC) contemplan el conjunto de herramientas relacionadas con la transmisión, procesamiento y almacenamiento digitalizado de la información, así como el conjunto de procesos y productos derivados de las nuevas herramientas (*hardware* y *software*) en su utilización en la enseñanza. Las nuevas generaciones están más que acostumbradas a conceptos como *community manager*, *marketing* digital, redes sociales, tiendas *online* o transformación digital, conceptos que hace diez años apenas comenzaban a vislumbrarse. Estos nuevos modelos han sido consecuencia de las nuevas TIC, que han revolucionado el mercado laboral (Nadia Luna, ¿Qué son las TICs?, *Entrepreneur*, <https://www.entrepreneur.com/article/308917>).

innumerable cantidad de violaciones de dichos derechos que se producen por la falta de una protección clara y precisa. En ese sentido, la existencia de la institución constitucional *habeas data*²¹ como vía de amparo especial destinada a asegurar la vigencia efectiva del derecho a la privacidad frente al uso abusivo del tratamiento automatizado de la información nominativa, ha representado un paso muy significativo en la mayoría de los países de América.

De otro lado, no hay duda de que la existencia de internet es un nuevo factor que afecta en alguna medida el derecho a la privacidad, dado que genera serios problemas de seguridad personal y comercial debido a los fraudes y engaños de las ventas por comercio electrónico. También, y usando el mismo medio, se señala el riesgo de las nuevas técnicas de tratamiento de datos y la comisión de delitos informáticos por los *hackers*. Estas violaciones de la privacidad están asociadas a los nuevos modos informativos y generan un profundo interés; por ello, hacen olvidar muy frecuentemente las violaciones de la privacidad en los denominados datos sensibles. Incluso, actualmente hay una fuerte corriente de opinión que entiende que la distinción entre datos personales sensibles y los que no lo son ha desaparecido. Esto se apoya en que es posible llegar a obtener datos sensibles a partir de la prospección de un sinfín de datos personales no sensibles. Esto une las dos problemáticas y señala la necesidad de proteger los derechos personalísimos de los ciudadanos frente al uso de los datos personales por parte del poder.

Para ello, el Comité Jurídico Interamericano (CJI) de la OEA viene trabajando en la regulación de la protección de datos a través de posibles instrumentos internacionales, como la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), la Unión Europea y el Consejo de Europa. Ya en 2012 se preparó un documento con 12 principios de privacidad y protección de datos personales en las Américas, cuyo objetivo consiste en evitar daños a las personas derivados de la obtención o del uso incorrecto o innecesario de sus datos personales. Estos principios incluyen i) propósitos legítimos y justos, ii) claridad y consentimiento, iii) pertinencia y necesidad, iv) uso limitado y retención, v) deber de confidencialidad, vi) protección y seguridad, vii) fidelidad de la información, viii) acceso y corrección, ix) información sensible, x) responsabilidad, xi) flujo transfronterizo de información y responsabilidad y xii) publicidad de las excepciones.

De otro lado, las nuevas legislaciones en materia de protección de datos personales en la UE²² ponen de manifiesto el derecho de los ciudadanos a procurar

²¹ Néstor Pedro Sagüés, *Derecho procesal constitucional, recurso extraordinario*, 3.ª ed. (Buenos Aires: Astrea, 1993), 1.

²² El Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) es el instrumento europeo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento y a la libre circulación de los datos personales. Entró en vigor el 25 de mayo de 2016 y fue aplicado el 25 de mayo de 2018, dos años durante los cuales las empresas, las organizaciones, los organismos y las instituciones se fueron adaptando para su cumplimiento. Es una normativa de la Unión

su privacidad, especialmente en la era digital, mismo que a lo largo de los años ha representado una preocupación constante. Si bien la protección de los datos personales no determina todos los aspectos de la privacidad, en la actualidad se han convertido en un elemento básico para cuidar de nuestra información en el contexto de las nuevas tecnologías, ya que, en conjunto con las actividades en internet, definen nuestra identidad digital. Sin duda, se trata de elementos básicos para mantener la percepción de privacidad.

4. Protección de la dignidad humana en los tribunales de justicia

“Señor R.M. ¿a usted no le da pena que se sepa que es un ratero? (denúncieme) ¿cómo anda de lomotil y dizeán?”; “SAYCO es un antro de corrupción: ni recauda ni distribuye como lo exige la ley y la decisión andina. Roba como lo ordena M., ¿hasta cuándo va a seguir con sus delitos? ¿hasta cuándo va a seguir robándoles a unos socios sus sagrados derechos de autor para regalárselos a sus amigos? ¡y no son tres pesos! ¡son millones! ¡miserable!”; “R.M. es una deshonra para su profesión y para el notariado. Lo reto a un debate para probarse.”²³

Con este tipo de mensajes abre el debate una sentencia de tutela²⁴ de la Corte Constitucional de Colombia, respecto a que el señor R.B., en distintas oportunidades, ha publicado escritos en sus cuentas de Facebook y YouTube en los que tacha de “ratero”, “mafioso”, “corrupto”, entre otros calificativos, al señor R.M.M., quien advierte que se están desconociendo sus derechos fundamentales al buen nombre, a la dignidad y a la intimidad, pues no solo se le está atacando en su calidad de miembro de Sayco –Sociedad de Autores y Compositores de Colombia–, sino además en su condición de Notario Primero de Santa Marta. Por tanto, solicita que a través de

Europea, por lo que cualquier empresa de la Unión o aquellas que allí tengan negocios y manejen información personal deberán acogerla.

²³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-6.683.135 de 12 de septiembre de 2019, Rafael Manjarrez Mendoza contra Rafael Guillermo Ricardo Barrios, <https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/757694441>.

²⁴ La acción de tutela es considerada la más efectiva herramienta de defensa de los derechos fundamentales y el artículo más popular y más invocado de la Constitución de 1991. A partir de su aparición se convirtió rápidamente en una medida de uso común, en el mayor hito de la nueva Constitución y, a la vez, en el mecanismo que dio a conocer masivamente la carta política y la acercó, como ninguna otra en la historia, a todos los colombianos. La tutela fue instaurada como una acción, no como un recurso, que se ejerce por la violación de un derecho fundamental ante cualquier juez de la República. Es un mecanismo sencillo, sin mayores consideraciones técnicas, al punto que se puede invocar oralmente y, como como es de su esencia, sin abogado.

la acción de tutela se ordene al señor R.B. retirar de sus redes sociales y sus canales de YouTube todo el material (videos, estados, comentarios, fotos, etc.) que contenga información expresa o táctica que por ser injuriosa, calumniosa y deshonrosa, atente contra sus derechos fundamentales.

Los abusos, la irresponsabilidad y la constante violación de los derechos fundamentales de las personas, que en la mayoría de los casos ven mancillados su nombre, reputación y honorabilidad a través de las redes sociales, es en esencia lo que la Corte Constitucional de Colombia busca hilvanar entre la libertad de expresión en el mundo digital y la vulneración de los derechos antes anotados.

En este sentido, esta vulneración que afecta la dignidad humana es protegida en Colombia a través de la tutela, institución constitucional inexistente en otros países, que más bien acuden al amparo de derechos fundamentales, aunque hasta ahora la experiencia tribunalicia de los países latinoamericanos no ha tenido mayor efectividad; sin embargo, la parte negativa de la tutela colombiana es la demora en su resolución, dada la cantidad de peticiones que conocen, calificándose la existencia de “tutelatón”.²⁵ La sentencia de la acción de tutela de R.M. tomó siete años, hecho que preocupa porque podríamos decir que justicia tardía no es justicia, y más cuando se trata de ofensas a niños, niñas y adolescentes, que son más vulnerables y propensos a vías como el suicidio ante el constante acoso (*bulling*) o ciberacoso (*cyberbulling*).²⁶

En términos generales, en casi todos los países existen ejemplos en los que a través de las redes sociales se descuartiza a cualquiera. Se denigra de quien sea. En las redes se habla para bien o para mal. Se informa correctamente o se miente de manera cínica, descarada e irresponsable.

Referente a este debate, el tribunal constitucional colombiano ha venido emitiendo una serie de decisiones sobre el uso de información en redes sociales. Existen varias tutelas que ha resuelto el tribunal sobre el uso de fotografías, rectificación de información y opiniones emitidas a través de la web.

Sobre ese tipo de temas, la Corte ha dicho que quien emite algún tipo de información por las redes sociales tiene la misma responsabilidad que un periodista. Lo

²⁵ Cuando personas que sufren una misma acción u omisión de una entidad pública o particular, recurren a la tutelatón en busca de la protección de sus derechos fundamentales. Por tal motivo, el Ministerio de Justicia y del Derecho expidió el Decreto 1834 de 16 de septiembre de 2015, que regula todo lo concerniente a este tipo de situaciones (https://www.ramajudicial.gov.co/web/consejo-seccional-de-la-judicatura-de-caldas/portal/historico-de-noticias/-/asset_publisher/ntso1307Ve4i/content/id/7217865).

²⁶ Acoso virtual es el uso de redes sociales para molestar o acosar a una persona o grupo de personas mediante ataques personales, divulgación de información confidencial o falsa, entre otros medios. Los actos de ciberagresión poseen unas características concretas que son el anonimato del agresor, su velocidad y su alcance. Puede constituir un delito penal. El ciberacoso implica un daño recurrente y repetitivo infligido a través de los medios electrónicos. Según R. B. Standler, el acoso pretende causar angustia emocional, preocupación y no tiene propósito legítimo para la elección de comunicaciones (Ronald B. Standler, *Computer Crime*, 2002, <http://www.rbs2.com/ccrime.htm>).

anterior quiere decir que debe existir la obligación de que la información transmitida sea veraz e imparcial, que las versiones sobre los hechos o acontecimientos sean verificables y, en lo posible, exploren las diversas perspectivas o puntos de vista desde los cuales un mismo hecho puede ser contemplado.

Adicionalmente, la Corte ha señalado que el uso de fotografías está prohibido si no existe el permiso del autor. Esto quiere decir que se requiere autorización por parte del titular para que pueda ser utilizada por terceros. Sobre las opiniones en redes sociales, la Corte ha dicho que aunque es derecho de cada persona emitir sus opiniones y conceptos, estos deben ser respetuosos y no transgredir los derechos de los demás. En una de sus sentencias, el alto tribunal señala: “Si se trata de una opinión gozará de una salvaguarda mayor, pero se somete al uso de un lenguaje respetuoso de la honra y el buen nombre de los demás”.²⁷

Sobre ese tema también advierte que cuando se trata de opiniones sobre interés público, “el amparo será más amplio dada la importancia de estos asuntos para la colectividad y la mayor carga soportable de los personajes públicos, siempre que se respeten los límites”.²⁸

Pero las rectificaciones no se quedan atrás. La Corte Constitucional de Colombia ha señalado que la persona obligada a rectificar debe hacerlo por el mismo medio y de la misma forma en que se equivocó, y debe ser la misma persona quien haga la rectificación reconociendo la falsedad o el error en el que incurrió. Además se ha dejado claro a través de las sentencias de tutela que “no se puede violar la presunción de inocencia” de las personas.

Sin embargo, la Corte colombiana, en recientes decisiones, ha citado a audiencias públicas para dejar sentadas las reglas para el uso de la información a través de las redes sociales, a fin de revisar la delgada línea entre la libertad de expresión en internet y la protección de la honra y dignidad personales, así como los eventos en que el juez debe intervenir de manera excepcional.

Los problemas jurídicos que correspondía dilucidar al tribunal constitucional se concretaron en determinar i) ¿en qué circunstancias procede la acción de tutela entre particulares ante cualquier afirmación publicada en redes sociales que el afectado considere transgresora de sus derechos a la honra y al buen nombre?, ii) ¿cuál función de protección de los derechos fundamentales tienen las redes sociales ante señalamientos delictivos o afirmaciones difamatorias en su contra? y iii) la plataforma de internet administradora de la herramienta o red social por medio de la cual se hicieron las publicaciones ¿cuenta con responsabilidad en el hecho vulneratorio de los derechos fundamentales a la honra y el buen nombre?

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-244 de 26 de junio de 2018, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-244-18.htm>.

²⁸ Departamento Administrativo de la Función Pública, “Concepto 3446512”, 3, https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=144793.

Para resolver, la Corte consideró, en primer lugar, los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela en materia de libertad de expresión en redes sociales. Posteriormente, la tensión que se plantea entre el derecho a la libertad de expresión en redes sociales y el derecho a la honra y buen nombre.²⁹

5. Una constitución para la era digital

Los valores morales a los que hicimos referencia en la parte introductoria no solamente forman parte del sistema jurídico de las constituciones de los países de tradición liberal-democrática, sino que ocupan un lugar sobresaliente y son el fundamento de toda una lista de derechos humanos fundamentales, que destacan la dignidad humana.

En este tiempo de internet, cada día existe la posibilidad de vulneraciones a los derechos fundamentales a la intimidad o privacidad, así como a aspectos referidos al honor, conocidos como derechos personalísimos³⁰ o derechos de la personalidad; ahora, con las redes digitales o redes sociales, como Facebook, Twitter, Instagram, LinkedIn, YouTube, entre otras, se afecta en mayor medida el derecho a la imagen y a la intimidad, y su mal uso se constituye, a veces, en delitos de calumnia o injuria, y en algunas legislaciones en delito de difamación. Encontramos ejemplos de estos presuntos delitos por parte de algunos periodistas o comunicadores sociales, bajo el amparo del derecho a la libertad de expresión o libertad de información, transgrediendo todo tipo de ética profesional, sin que al afectado se le otorgue el uso del derecho de rectificación o réplica.

Por ello, consideramos, es tiempo de que los distintos Estados vayan pensando en una constitución para la era digital, a fin de reiniciar las democracias, así como modelos digitales para establecer sólidos mecanismos de garantía de protección de los derechos fundamentales.

Con el coronavirus (covid-19),³¹ el mundo ha cambiado y hemos estado adaptando nuestras vidas, nuestros trabajos, nuestras industrias e incluso nuestros hábitos, al uso de la telemática. Era solo cuestión de tiempo antes de que este avance tecnológico comenzara a dar forma, igualmente, al sistema político en general. El problema hoy es que tenemos un marco legal análogo que enfrenta una revolución digital, un desajuste que pone en peligro la protección de los derechos de los ciudadanos. De

²⁹ <http://www.legisaldia.com/BancoMedios/Archivos/comu-sent-su-420-19.pdf>.

³⁰ Carlos A. Ghersi, *Derechos personalísimos* (Buenos Aires: Editorial La Ley Argentina, 2015).

³¹ Covid-19 (acrónimo del inglés coronavirus disease 2019), también conocida como enfermedad por coronavirus, es una enfermedad infecciosa causada por el virus SARS-CoV-2. Se detectó por primera vez en la ciudad china de Wuhan (provincia de Hubei), en diciembre de 2019. Al llegar a más de 100 territorios, el 11 de marzo de 2020 fue declarada como pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS).

ahí, el pensar en cambios constitucionales o una manera de pensar diferente por parte de nuestros tribunales en cuanto a una interpretación constitucional ampliada sobre lo que realmente vivimos.

Ejemplo de lo anterior es que nuestras democracias han sido directamente desafiadas por la revolución digital. Desde la campaña del expresidente norteamericano Obama en el año 2008, hasta las últimas elecciones presidenciales en varios países del mundo, se ha visto cómo las herramientas digitales están remodelando nuestra práctica democrática.

Las redes sociales se están convirtiendo en un foro privado de deliberación, donde los políticos y los ciudadanos se enfrentan a diario y donde la sociedad civil se está organizando y movilizand. Paralelamente, casi todas las democracias maduras están aceptando el hecho de que los ciudadanos desean participar en el proceso de toma de decisiones. Los gobiernos de todo el mundo han entendido que la transparencia y los datos abiertos son clave para la rendición de cuentas y esenciales para recuperar la confianza de los ciudadanos.

En este sentido, podemos encontrar experiencias como la de Islandia, donde, durante el verano y el otoño de 2011, los miembros del Consejo Constitucional publicaron, de manera consecutiva, 12 proyectos de constitución en una página de internet y en Facebook. Se recibieron más de 16.000 sugerencias por correo electrónico y redes sociales. Los miembros del Consejo respondieron algunos de ellos y, de forma consecuente, actualizaron los borradores de los proyectos de constitución.³² La versión final reflejó las preferencias incluidas en las sugerencias enviadas por los ciudadanos con respecto a la forma y al contenido del texto constitucional, así como novedades, por ejemplo, la relacionada con la tipificación de un derecho fundamental a internet.³³ A pesar de que esta versión fue sometida a un referendo no vinculante, que obtuvo la aprobación de más de dos tercios de los votantes, el Parlamento nunca adoptó el proyecto resultante. Chile también utilizó plataformas en línea para promover la participación ciudadana en procesos de construcción y de reforma constitucional, cuando el 13 de octubre de 2015, la entonces presidenta Michelle Bachelet anunció un itinerario para reemplazar la Constitución de 1980.³⁴ De otro lado, varios países están invirtiendo en programas de identidad digital para desarrollar su estrategia de gobierno digital, donde las tecnologías digitales se están convirtiendo en un componente arraigado de nuestras democracias modernas.

Así las cosas, internet se ha alejado de sus valores originales. Hoy nos enfrentamos a la privatización de la esfera digital, con un número muy pequeño de actores que definen cómo usamos la red y cómo se comparten y valoran nuestros datos.

³² Hélène Landemore, "Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment", *The Journal of Political Philosophy* 2, n.º 23 (2015): 174.

³³ Landemore, "Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment", 176.

³⁴ https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/04/150429_chile_constitucion_80_bachelet_irm.

También estamos viendo el surgimiento de dos modelos digitales geopolíticos que, en mi opinión, no están orientados a los ciudadanos. A su derecha, el modelo estadounidense, donde la competencia agresiva y una política orientada al mercado está construyendo un modelo sin equilibrios de poder. A su izquierda, el modelo chino, una visión orientada al Estado, donde prevalecen la centralización y la censura, y donde los derechos digitales son, probablemente, inexistentes.

Necesitamos encontrar un modelo para internet, donde la innovación se estimule a través de una competencia leal, donde la descentralización, la apertura y la neutralidad sean la regla, y donde los ciudadanos estén protegidos. Por eso creo que es hora de incluir un conjunto de principios y valores de la era digital en nuestras constituciones.

La inclusión de la neutralidad de la red como principio básico garantiza la igualdad y la no discriminación en el intercambio de información y datos sobre todo tipo de comunicaciones digitales. Concretamente, a medida que internet se está convirtiendo en una herramienta esencial para nuestra ciudadanía moderna, debemos garantizar el tratamiento igualitario de los datos y los flujos de información para todos. De ahí, el nacimiento de leyes para protección de datos en muchos países, iniciando por Europa y posteriormente en Latinoamérica.

Si entendemos la democracia a través de la perspectiva del filósofo alemán Jürgen Habermas, internet es una esfera pública donde tiene lugar la deliberación y el debate a gran escala. La discusión, el intercambio de ideas y la deliberación son pilares del sistema democrático. No podemos dar las claves de nuestra democracia a empresas privadas o algoritmos inexplicables.

Por ello, Habermas considera que la deliberación se refiere a una cierta actitud hacia la cooperación social, que consiste en la apertura a dejarse persuadir por razones relacionadas con los derechos de los otros, al igual que con derechos de uno mismo. El medio de la deliberación es un intercambio de puntos de vista, efectuado de buena fe, que incluye las versiones de los propios participantes acerca de cómo entienden sus respectivos intereses vitales, donde un voto, si es que se vota, representa un agavillamiento y mancomunamiento de juicios.³⁵ De este modo, el espacio público es el mundo de la vida donde los ciudadanos interactúan constantemente, a partir de prácticas discursivas.

En este sentido, Habermas ya había señalado que la conectividad a través de redes sociales era una espada de doble filo: podría desestabilizar a algún gobierno autoritario, pero, al mismo tiempo, también erosionaría la esfera pública de las democracias.

A manera de ejemplo sobre algoritmos para el uso de la inteligencia artificial a nivel judicial, recientemente dos tribunales, uno de los Estados Unidos de América (Wisconsin) y otro de Europa, han conocido de disputas muy similares sobre el uso de algoritmos a la hora de juzgar y, sin embargo, las han resuelto de modo distinto. En realidad, los referidos algoritmos son dos programas informáticos utilizados

³⁵ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez* (Madrid: Editorial Trotta, 2008), 347.

por organismos públicos; el primero, denominado Compas (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*),³⁶ un programa de evaluación de las probabilidades de reincidencia de delincuentes, propiedad de una empresa privada y aplicado en los Estados Unidos; y el segundo llamado SyRI (*Systeem Risico Indicatie*, o sea, sistema indicativo del riesgo), un programa informático creado por el Gobierno holandés y amparado por la ley con el fin de procesar gran cantidad de datos procedentes de distintos departamentos administrativos para identificar a probables defraudadores en materia de beneficios y ayudas sociales, y de impuestos.

Estos dos ejemplos ponen de manifiesto cómo el uso de la inteligencia artificial empieza a aplicarse en el ámbito judicial, afectando el modo de controlar y resolver problemas. En verdad, las nuevas tecnologías están transformando, poco a poco, un ámbito especialmente tradicional y que, por su naturaleza, se resiste a los cambios.³⁷

Por ello, denotamos que existe un problema de tensión entre la idea del mundo digital como un espacio de libertad ilimitada de expresión y comunicación, y la del uso responsable de las tecnologías, y, por lo tanto, de sus límites. De ahí, la advertencia de las posibles consecuencias negativas de su abuso; pese al enorme potencial de las herramientas digitales, nos encontramos con problemas en el ámbito de la trata de personas, el terrorismo, la difusión de un discurso de odio, la manipulación de información, las noticias falsas (*fakenews*), el terrible abuso de menores de edad, con la difusión de imágenes de su abuso o explotación, que crece vertiginosamente, sin hablar de la propagación de la pornografía en el mundo digital, resultado de una pérdida general del sentido de la dignidad humana.

Frente a todo esto, es importante señalar que el concepto de privacidad se encuentra vinculado al de la intimidad, garantizado en los principales instrumentos interamericanos y universales de derechos humanos con una dimensión nueva, con retos que exigen un balance entre el derecho a la intimidad del individuo y los avances en el mundo de las TIC. Así lo han reconocido los países de las Américas, cuya tendencia muestra la incorporación del derecho a la protección de datos personales en sus ordenamientos constitucionales y el desarrollo de normativa especial en la materia. En cuanto a la protección de datos personales, existe no solo un componente de carácter nacional, sino también uno estrictamente internacional, impuesto por el

³⁶ Tribunal Supremo de Wisconsin, Sentencia de 13 de julio de 2016, *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis.2016).

³⁷ Byung-Chul Han se refiere a las diferencias políticas y culturales entre Oriente y Occidente, a la distinta actitud frente a la vigilancia digital y a la efectividad en la lucha contra el coronavirus. Este pensador coreano con muchos años de residencia en Alemania explica que con datos del 20 de marzo de 2020 todo parece indicar que Asia tiene mejor controlada la pandemia que Europa, lo que se explica, en particular y entre otras razones, por el uso masivo en China y Corea de tecnologías de la información, dado que “la conciencia crítica ante la vigilancia digital es en Asia prácticamente inexistente” (Byung-Chul Han, “El virus y el mundo de mañana”, *El País*, 22 de marzo de 2020, <https://elpais.com/ideas/2020-03-21/la-emergencia-viral-y-el-mundo-de-manana-byung-chul-han-el-filosofo-surcoreano-que-piensa-desde-berlin.html>).

cambio tecnológico, su velocidad y alcance, que trasciende las fronteras nacionales. En este sentido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, recomienda la política de banda ancha para América Latina y el Caribe.³⁸

En el derecho latinoamericano hay referencias a la necesidad de protección del individuo frente a los riesgos derivados de los avances tecnológicos, como las leyes de protección general de datos personales, asunto en el que Argentina es pionera, seguida por Colombia, Brasil, Perú y México, así como por los demás países latinoamericanos en fecha más reciente; sin embargo, la sociedad contemporánea afronta el reto de constitucionalizar nuevos derechos digitales. De ahí que Chile, Colombia, Ecuador, México, Brasil y Paraguay hayan elevado a rango constitucional el derecho a la protección de datos personales como un derecho constitucional autónomo.

De otro lado, el desarrollo jurisprudencial en los distintos sistemas internacionales de derechos humanos ha sido mucho más rico en lo relativo al derecho a la vida privada que con respecto al derecho a la protección de datos personales, no solo por su reconocimiento explícito en los instrumentos internacionales que le dan origen, sino por su propia antigüedad. De hecho, es valioso observar que, hasta el momento, la Corte IDH no se ha pronunciado de manera específica en ningún caso respecto del derecho a la protección de datos personales, a pesar de que un gran número de países sujetos a su jurisdicción lo contemplan dentro de su propio derecho interno con el carácter de derecho humano. De tal forma que el desarrollo internacional de la protección de datos personales se produce a nivel regional y, fundamentalmente en Europa, a partir de la propia construcción expansiva del derecho a la vida privada hasta el reconocimiento de su propia autonomía.

Se ha hecho un breve recorrido analítico de lo que abarca el derecho a la privacidad –con sus particularidades de derecho a la intimidad, libertad de expresión y protección de datos personales– como un derecho autónomo, que trasciende el mundo digital, donde se involucran la privacidad, la eliminación de la brecha digital, el acceso equitativo a internet y el uso de la inteligencia artificial de manera ética. Todo lo anterior permite reconocer los retos que debería afrontar la sociedad por medio de una constitución digital, cuyo corpus normativo recoja, al igual que las constituciones convencionales, los derechos y las obligaciones que parten de la vida digital, donde se preserven una serie de derechos básicos de los usuarios de internet. Necesitamos una constitución digital, una carta de derechos digitales para garantizar nuestros valores y derechos fundamentales en un futuro digital, aunque es la realidad actual.

Por estas y otras razones, somos del criterio de que los Estados deberían ir pensando en constituciones o en la formación de jueces con una interpretación constitucional acorde con la era digital en pro de la protección la dignidad humana.

³⁸ <http://oecd-ilybrary.org>.

6. Reflexiones finales

La importancia de las nuevas tecnologías para el ejercicio de los derechos fundamentales es un tema actual, novedoso o de futuro. Hemos analizado brevemente asuntos cruciales del mundo contemporáneo que requieren un rol activo tanto del Estado como de los entes privados, con mayor razón cuando estas nuevas tecnologías se constituyen en herramientas para la afectación de derechos, en condiciones que muchas veces dificultan su documentación, como cuando están blindadas por algoritmos bajo código cerrado o por procesos de toma de decisiones opacos y no transparentes.

Ello supone tanto un ejercicio mayor para documentar dichas prácticas, afectaciones e historias de daño, como medir el impacto de estas y de nuevas tecnologías que se avecinen sobre el estado actual del ejercicio de los derechos humanos. Así, es necesario analizar las tecnologías que nos rodean con curiosidad y distancia crítica para identificar rápidamente eventuales problemas en la práctica de los derechos fundamentales y exigir a los actores correspondientes que tomen medidas paliativas tanto tácticas como normativas orientadas a enfrentar dicha situación.

Las tecnologías que actualmente nos rodean deberían ser un foco crítico de atención, pero las tecnologías y prácticas de mañana seguramente serán diferentes y tendrán peculiaridades que parecerán ajenas al observador que no esté atento. De allí la importancia del rol de los distintos actores con el fin de asegurar que se tomen las medidas necesarias para minimizar cualquier posible afectación.

En este contexto, las empresas privadas no deberían minimizar las responsabilidades de las instituciones del Estado en cuanto al respeto a los derechos fundamentales. No solo porque este es el que, en muchas ocasiones (con particular énfasis en el entorno en línea, como cuando se trata de la vigilancia de las comunicaciones), tiene un rol estelar en la protección y defensa de tales derechos, sino también porque una de las mayores carencias reguladoras en diversos países de América Latina es la falta de políticas públicas que apunten en esa dirección.

En la medida en que los gobiernos de la región modernicen sus políticas públicas estarán en una mejor posición para promover, al mismo tiempo, prácticas privadas más avanzadas y, de esta manera, podrán garantizar en internet un espacio seguro para el ejercicio de los derechos fundamentales.

Bibliografía

- ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2008.
- BYUNG-CHUL HAN. “El virus y el mundo de mañana”. *El País*, 22 de marzo de 2020.
<https://elpais.com/ideas/2020-03-21/la-emergencia-viral-y-el-mundo-de-manana-byung-chul-han-el-filosofo-surcoreano-que-piensa-desde-berlin.html>.
- GHERSI, Carlos. *Derechos personalísimos*. Buenos Aires: Editorial La Ley (Argentina), 2015.

- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Editorial Trotta, 2008.
- HERNÁNDEZ, Claudia. “Big data: o cómo los datos masivos están cambiando el mundo”. ¿Cómo ves? Revista de la Dirección General de Divulgación de la Ciencia (UNAM), 3 de mayo de 2020. <http://www.comoves.unam.mx/numeros/articulo/241/big-data-o-como-los-datos-masivos-estan-cambiando-el-mundo>.
- LANDEMORE, Hélène. “Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment”. *The Journal of Political Philosophy* 2, n.º 23 (2015).
- LUNA, Nadia. “¿Qué son las TICs”. *Entrepreneur*, 14 de noviembre de 2018. <https://www.entrepreneur.com/article/308917>.
- PALOMO, Eduardo. *Cita-logía*. Toledo: Editorial Punto Rojo Libros, 2013.
- POPPER, Karl. *La sociedad abierta y sus enemigos*. Madrid: Paidós Ibérica, 2017.
- SAGÜES, Néstor Pedro. *Derecho procesal constitucional, recurso extraordinario*, 3.^a ed. Buenos Aires: Astrea, 1993.
- STEINER, Christian y Marie-Christine FUCHS, eds. *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, 2.^a ed. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, Editorial Nomos, S.A., 2019.

Carlos Ramón Salcedo Camacho* (República Dominicana)

Desafíos de la era digital en una sociedad hiperconectada: protección efectiva de los derechos fundamentales en la República Dominicana

RESUMEN

Los avances tecnológicos están transformando la realidad actual. La información se desplaza rápidamente. La conexión no detiene su crecimiento y los datos se convierten en activos de gran valor. Esta situación plantea desafíos en el ámbito jurídico, debido a que diversos derechos fundamentales son expuestos a nuevas situaciones que obligan a la transformación del derecho para proporcionar una protección adecuada, en la que los tribunales deben jugar un rol esencial.

Palabras clave: hiperconectividad; derechos fundamentales; proactividad jurídica.

Challenges of the digital age in a hyperconnected society: effective protection of fundamental rights in the Dominican Republic

ABSTRACT

Technological advances are transforming current reality. Information moves quickly. Connections do not stop growing, and data are converted into assets of great value. This situation poses challenges in the legal field, given that various fundamental rights are exposed to new situations that require the transformation of the law in order to provide adequate protection, in which the courts must play an essential role.

Keywords: Hyperconnectivity; fundamental rights; legal proactivity.

* Abogado, especialista en derecho constitucional, derechos fundamentales, libertades públicas, argumentación jurídica, derecho societario y comercial, legislación económica y empresarial, y derecho del trabajo y seguridad social. Autor y coautor de varias obras. Dirige la firma de abogados Salcedo & Astacio. carlos3osalcedo@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-4222-5246>.

Herausforderungen des digitalen Zeitalters in einer hyperververlinkten Gesellschaft: der effektive Schutz der Menschenrechte in der Dominikanischen Republik

ZUSAMMENFASSUNG

Der technologische Fortschritt transformiert die heutige Realität. Information wird in kürzester Zeit übertragen. Die Verlinkung nimmt kontinuierlich zu, Daten werden zu äußerst wertvollen Aktivposten. Diese Situation ist mit juristischen Herausforderungen verbunden, da die einzelnen Grundrechte mit neuen Gegebenheiten konfrontiert werden, die rechtliche Transformationen erforderlich machen, um einen angemessenen Schutz zu gewährleisten, bei dem den Gerichten eine wesentliche Rolle zukommt.

Schlagwörter: Hyperververlinkung; Grundrechte; juristische Proaktivität.

Introducción: desafíos de la era digital en una sociedad hiperconectada y derechos fundamentales

Asistimos a una revolución tecnológica donde la esfera digital y las capacidades de cómputo crecen exponencialmente. Esto posibilita la hiperconectividad entre las personas y, en consecuencia, un gran flujo de información generador de datos que adquieren un valor sin precedentes, al punto de ir desplazando la economía tradicional hacia los recursos infinitos entre los que se encuentra la información. Su magnitud es tal, que el Foro Económico Mundial califica los datos como el petróleo del siglo XXI.¹

La información que se despliega en la red refleja nuestros pensamientos y comportamientos más íntimos y profundos porque nos encontramos permanentemente conectados, permitiendo que las empresas y los Estados conozcan lo que hacemos o haremos siempre.²

El destacado historiador Yuval Noah Harari ha identificado la regulación de la propiedad de los datos como el mayor problema político, legal y filosófico de nuestra generación.³ En el pasado fue sencillo delimitar la propiedad (vallas que separan y,

¹ Franklin Foer, *Un mundo sin ideas. La amenaza de las grandes empresas tecnológicas a nuestra identidad* (Barcelona: Espasa Libros, 2017); DerBlauMond, “Data economy”: Nuestros datos son la nueva materia prima de la economía, *World Economic Forum*, <https://es.weforum.org/agenda/2017/05/data-economy-nuestros-datos-son-la-nueva-materia-prima-de-la-economia/>.

² Paloma Llenez, *Data Nomics. Todos los datos personales que das sin darte cuenta y todo lo que las empresas hacen con ellos* (Barcelona: Editorial Planeta, S.A., 2019), 13.

³ Cristina Galindo, “Yuval Noah Harari, el autor de ‘Sapiens’: «La tecnología permitirá ‘hackear’ a seres humanos»”, *El País*, 29 de agosto de 2018, https://elpais.com/elpais/2018/08/20/eps/1534781175_639404.html.

luego, títulos que te amparan). Sin embargo, la información digital plantea mayores dificultades, pues el contenido no depende del soporte físico y esto produce que puedan existir miles o millones de copias que estén en manos de otras personas o entidades una vez se generen.⁴

Según la Unión Internacional de Telecomunicaciones, en el año 2000 había 360 millones de personas conectadas a internet. Para 2005 la cifra alcanzaba los mil millones.⁵ Actualmente, cerca de 5.19 mil millones de personas utilizan teléfonos móviles y 4.54 mil millones tienen acceso a internet, es decir, el 67 % de la población realiza interacciones múltiples que se registran en la red digital. La República Dominicana no es ajena a dicha situación, ya que en los últimos años se ha mantenido entre los países en vía de desarrollo con mayor nivel de crecimiento.⁶

Para solo citar un ejemplo, Mario Heidler Magallanes indica que, en 2016, ya el 82 % de nuestra población disponía de teléfono móvil.⁷ Según el Fondo Monetario Internacional (FMI), la economía mundial creció 3,6 % en 2018 y 3,3 % en 2019, mientras que internet tiene un crecimiento del 7 % anual.⁸

Nelson José Guillén Bello, presidente del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (Indotel), institución que regula este servicio en el país, señaló que el sector de las telecomunicaciones (digital) en 2018 aumentó 12,3 %, cifra superior a otros sectores, como el de la construcción, por lo que manifestó que “estamos cada vez más conectados entre nosotros y con el mundo”.⁹

En efecto, el intercambio de datos se vuelve más dinámico porque la información se desplaza a la velocidad de la luz, lo que da lugar a que las personas tengan mayor acceso a la información y posibilidades de difusión. Sin embargo, junto con dichas oportunidades aumentan las capacidades de recolección y tratamiento de datos, tanto por la inmensidad de datos que se generan como por la existencia de más mecanismos y dispositivos para extraerla. Evidencia del referido escenario fueron las palabras del

⁴ Galindo, “Yuval Noah Harari, el autor de ‘Sapiens’: «la tecnología permitirá ‘hackear’ a seres humanos»”.

⁵ Marc Goodman, *Delitos del futuro* (Barcelona: Ariel, 2015), 62.

⁶ Véase Banco Mundial, “República Dominicana: panorama general”, <https://www.bancomundial.org/es/country/dominicanrepublic/overview>; Olga Bernalova y Marina Rosset, “Macrofinancial Linkages and Growth at Risk in the Dominican Republic”, *IMF Working Papers* 19, n.º 246, November 13, 2019, <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2019/11/13/Macrofinancial-Linkages-and-Growth-at-Risk-in-the-Dominican-Republic-48792>.

⁷ Mario Heidler Magallanes, “El fin de la privacidad: un acercamiento al pensamiento de Byung-Chul Han”, *Global*, n.º 83 (2018): 67-71.

⁸ Fondo Monetario Internacional, *Informes de perspectivas económicas mundiales*, 19 de abril de 2019, <https://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2019/10/01/world-economic-outlook-october-2019>.

⁹ Dirección de Relaciones Públicas y Comunicaciones Indotel, “Indotel apostará por fortalecer la regulación del sector telecomunicaciones y digitalizar el país”, 17 de mayo de 2019, <https://www.indotel.gob.do/noticias/indotel-apostar%C3%A1-por-fortalecer-la-regulaci%C3%B3n-del-sector-telecomunicaciones-y-digitalizar-el-pa%C3%ADs/>.

director ejecutivo de Google, Eric Schindt, cuando afirmó: “Desde el amanecer de la civilización hasta el 2003, se crearon más de 5 exabyte de información. En la actualidad, esta cantidad se está generando cada dos días”.¹⁰

En este sentido, la información se convierte en un activo altamentepreciado por la sociedad, razón por la que el mercado procura extraer el máximo beneficio económico con la hiperconexión digital para analizar los hábitos de los usuarios, buscando entrar así en lo más profundo de la psiquis humana.¹¹ De modo que para alcanzar su objetivo utilizan *software* de análisis cuantitativo que integran inteligencia artificial, aprendizaje automatizado, redes neuronales y algoritmos para construir una visión predictiva.¹²

En tales circunstancias, las personas se encuentran y dejan un rastro digital que forma parte de su personalidad y de los colectivos a los que pertenecen, lo que, posteriormente, posibilita que esa información pueda venderse. Las redes sociales constituyen un instrumento de la libertad de expresión, pues las publicaciones no solo tienen en cuenta momentos especiales (actividades festivas o viajes), sino que las personas son estimuladas para subir todo tipo de contenidos, hasta lo irrelevante o íntimo. En consecuencia, estas entidades editan según el tipo de personalidad que identifican con el objetivo de que utilicen la aplicación por más tiempo; por ende, la información consultada debe generar segregación de dopamina.¹³ En efecto, las grandes plataformas digitales registran y procesan cada comentario, foto, video, me gusta, texto o el tiempo que duramos viendo una publicación para conocernos mejor y poder prever el comportamiento futuro.

Según Bynung Chung Han, destacado filósofo del pensamiento contemporáneo, la economía capitalista va adquiriendo un nuevo *modus operandi*, ya que, mediante la recolección y el tratamiento de datos, los Estados y las corporaciones pueden apropiarse de nuestros deseos, libertades y miedos.¹⁴ Por tal razón, el derecho puede constituir un mecanismo para equilibrar los intereses involucrados, es decir, prerrogativas en conflicto para promover el bienestar humano a corto y largo plazo. Para alcanzarlo es preciso garantizar el manejo ético de la información personal, principalmente respecto a las esferas de intimidad.

Las empresas que operan bajo este nuevo formato económico son cada día más sólidas e imparables y su crecimiento parece no tener límites porque su activo

¹⁰ Hugo Scolnik, *Qué es la seguridad informática* (Buenos Aires: Paidós, 2014).

¹¹ Marta García Aller, *El fin del mundo tal y como lo conocemos* (Barcelona: Editorial Planeta, 2017).

¹² Richard Kemp, “Big data and data protection (GDRP and DPA 2018)”, Thomson Reuters Practical Law, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/I3cf592bad46211e8a-5b3e3d9e23d7429/View/FullText.html?contextData=\(sc.Default\)&transitionType=Default](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/I3cf592bad46211e8a-5b3e3d9e23d7429/View/FullText.html?contextData=(sc.Default)&transitionType=Default).

¹³ Lucía Méndez, “La dopamina de las redes”, *Elmundo.es*, 16 de diciembre de 2017, <https://www.elmundo.es/opinion/2017/12/16/5a342ccce5fdea97248b4626.html>.

¹⁴ Lorenzo Cotino Hueso, “Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales”, *Dilemata* 24, n.º 9 (2017): 79.

principal es un recurso infinito (la información recopilada). Incluso se encuentran preparadas para subsistir ante crisis catastróficas. Por ejemplo, mientras escribo este trabajo, el mundo sufre una pandemia (el coronavirus o covid-19) que afecta directamente la economía mundial de manera drástica. Sin embargo, no dejamos de generar información, seguimos usando internet, redes sociales y teléfonos hasta más de lo habitual, algunos por miedo a la situación y otros por disponer de más tiempo de ocio, por ende, para recopilar más información.

El fundador y CEO de Facebook, Mark Zuckerberg, podría estar orquestando masivas pruebas aleatorias para evaluar cómo reaccionan las personas ante la crisis sanitaria actual porque el tránsito en la red ha crecido significativamente entre 25 y 40 %; este hecho permite captar más tiempo de atención y datos, y facilita entender las diferentes reacciones.¹⁵ ¿Por qué puede convertirse en un problema? Porque el miedo nos deja más vulnerables y maleables frente a la comprensión de las conductas que alcanzan estas empresas y pueden derivar en una manipulación de las personas como sucedió en las elecciones presidenciales de Estados Unidos de 2016.¹⁶

La hipótesis anterior se sustenta en el hecho de que el efecto positivo o negativo de dichas herramientas tecnológicas dependerá de la finalidad para la que sean programados los sistemas que realizan la recolección y el tratamiento. Por ende, hay un condicionamiento respecto a los incentivos económicos que puedan existir. Siendo así, hay pocas posibilidades de que las entidades que acumulan y tratan los datos no se inmiscuyan en la vida privada de las personas y los utilicen a su favor, de lo que resultarán algunas recomendaciones legales que se harán más adelante.

Posiblemente surja la duda respecto a cómo la información de las personas se convierte en un activo valioso. Sin embargo, basta ver cómo aplicaciones gratuitas están valoradas en miles de millones de dólares. Tal es el caso de Facebook, que en 2014 se cotizaba en 200.000 millones de dólares, y cuatro años más tarde valía 420.000 millones de dólares.¹⁷ La conclusión es clara: el negocio consiste en comercializar la información.¹⁸

¹⁵ María Refojos, “Teletrabajo y ocio disparan el consumo de internet: ¿están las redes preparadas para el coronavirus?”, *El Periódico*, 19 de marzo de 2020, <https://byznness.elperiodico.com/es/innovadores/20200319/coronavirus-teletrabajo-ocio-consumo-internet-preparados-7895752>.

¹⁶ Luego de una investigación de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos de América, se determinó que miles de anuncios en Facebook fueron puestos a circular por un grupo de rusos, quienes también crearon perfiles para apoyar los valores de uno de los candidatos de la contienda presidencial (Juan Martínez Martínez, “EE. UU. demuestra manipulación electoral a través de Facebook”, *Vanguardia*, 15 de mayo de 2018, <https://www.vanguardia.com/tecnologia/eeuu-demuestra-manipulacion-electoral-a-traves-de-facebook-EEVL433061>).

¹⁷ Fernando Galvan, “Instagram superó los 100 mil millones de dólares en valor de mercado”, *merca20.com*, 25 de junio de 2018, <https://www.merca20.com/instagram-supero-los-100-mil-millones-de-dolares-en-valor-de-mercado/>.

¹⁸ Goodman, *Delitos del futuro*, 153-154.

Esto es posible gracias a que la cantidad de información que procesan ciertas entidades es inmensa. Esto sucede con Google, empresa que genera alrededor de un 1.000.000 de gigabytes por día; con un solo gigabyte, la capacidad de almacenar equivaldría a diez metros de libros colocados en un estante. Lo anterior significa que si toda la información procesada por esta corporación se imprimiera cada día y ese contenido se amontonara uno encima de otro, llegaría a alcanzar la mitad de la distancia que existe entre la Tierra y la Luna.¹⁹ De allí que Google, mediante sus búsquedas gratuitas, alcanzara un valor de 400.000 millones de dólares en 2015,²⁰ crecimiento que parece no tener límites porque actualmente este alcanzó el trillón de dólares.²¹

El beneficio de dichas entidades es indiscutible porque han liberado la información a niveles exorbitantes, mejorando la conexión entre las personas y proporcionando cierta libertad de expresión. Pero la cuestión es cómo hacerlo sostenible a largo plazo y compatible con los valores democráticos y los derechos fundamentales. Contrario al mercado tradicional donde se intercambia un producto por una suma de dinero, en las plataformas digitales no existen consumidores convencionales; los clientes son consumidores y producto al mismo tiempo. A tal novedad se ha denominado técnicamente prosumidores por contar con características particulares frente al consumidor típico.

Esto significa que los usuarios participan directamente en el proceso de producción de los bienes y servicios que se comercializan. En otras palabras, son el producto de lo que supone un problema ético y jurídico que amerita atención y del cual ellos no están del todo enterados.²²

Los entornos digitales no solo han generado controversia respecto a la finalidad con la que se usa la información personal, sino que también la hiperconexión ha derivado en una libertad de expresión que no tiene comparación histórica, empoderando a las personas hasta el punto de convertirse en un riesgo, en ciertas ocasiones, frente a derechos como el honor y la imagen personal. Debido a que la red facilita el acceso y la difusión de la información, ha aumentado la proliferación de mensajes de odio, incitación al crimen, robo de identidad y noticias falsas, jugando en contra nuestra y atacando principios fundamentales del Estado democrático de derecho. El ejemplo cumbre son las elecciones presidenciales de los Estados Unidos de 2016, donde Facebook y Cambridge Analytica usaron información personal para luego

¹⁹ Goodman, *Delitos del futuro*, 84-86.

²⁰ Goodman, *Delitos del futuro*, 93.

²¹ "Valor de Google supera el millón de millones de dólares", *AM México*, 17 de enero de 2020, <https://www.am.com.mx/vivirmas/Valor-de-Google-supera-el-millon-de-millones-de-dolares-20200117-0017.html>.

²² Alvin Toffler y Heidi Toffler, *La revolución de la riqueza* (Ciudad de México: Editorial Random House Mondadori, 2006), 221.

esparcir noticias falsas para convencer a los ciudadanos en función de las diferentes personalidades.²³

Estas empresas tuvieron acceso a los datos personales de aproximadamente 85 millones de personas, valiéndose de las decisiones “libres” de sus usuarios, sin el consentimiento de la finalidad del tratamiento. Cabe destacar que las redes sociales están diseñadas para activar las mismas áreas cerebrales que drogas como la cocaína y crear formas de segregar dopamina (recompensa) por lo que producen dependencias psicológicas.²⁴ Incluso, según un artículo de *Forbes México*, la persona promedio consulta al menos 150 veces al día su móvil.²⁵

En efecto, no solo se encuentra en riesgo la protección de la información personal, sino también la autonomía y libertad de las personas debido a que las redes sociales alcanzan su referido potencial porque los entornos digitales permiten economizar las pruebas de laboratorio. En la actualidad, entidades como Facebook hacen miles de pruebas aleatorias para analizar el comportamiento humano a una magnitud que en un día realizan más pruebas que la industria farmacéutica en un año.²⁶

De modo que la situación se torna compleja porque la libertad de expresión (así como otros derechos impactados por los avances tecnológicos) se desprende del pluralismo cultural e ideológico que en el pasado fue tan vulnerado, pero hoy en día se encuentra contemplada en nuestras normas de mayor jerarquía. Alcanzar un equilibrio a través de regulaciones adaptadas a las nuevas realidades es uno de los grandes retos de estos tiempos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha querido aclarar este asunto, al afirmar que “el Estado debe de abstenerse con mayor rigor de establecer limitaciones a estas formas de expresión, [...], en razón de la naturaleza pública de las funciones que cumplen, deben tener un mayor umbral de tolerancia ante la crítica”.²⁷

Indiscutiblemente, cuando la manifestación de la libertad de expresión se utilice para dirigirse a un funcionario público, la prerrogativa debe salvaguardarse en el sentido más amplio para evitar males peores. Sin embargo, el referido criterio solo abarca la postura que deben mostrar las instituciones estatales frente a los ciudadanos que usan las plataformas digitales para expresarse, pero no responde a las situaciones que pueden presentarse entre estos últimos.

²³ “Cambridge Analytica: la multa récord que deberá pagar Facebook por la forma en que manejó los datos de 87 millones de usuarios”, *BBC News Mundo*, 29 de julio de 2019, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-49093124>.

²⁴ Llenezza, *Data Nomics...*, 142.

²⁵ Rafael Solares, “La nomofobia: la adicción a nuestros celulares”. *Forbes México*, 13 de marzo de 2018, <https://www.forbes.com.mx/la-nomofobia-la-adiccion-a-nuestros-celulares/>.

²⁶ Seth Stephens Davidowitz, *Todo el mundo miente* (Barcelona: Editorial Paidós, 2019), 131-132.

²⁷ Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 135, 82.

Las plataformas digitales, por su parte, han comenzado a censurar las publicaciones que puedan vulnerar derechos de otras personas, mensajes de odio o violación a la ley; sin embargo, cuando dichos mecanismos no funcionan, estos no comprometen su responsabilidad como en el caso de la prensa tradicional, tal como sucede en la legislación dominicana. En efecto, si estas aplicaciones, al igual que los medios tradicionales, editan la información, también deberían tener cierta obligación legal.

Por tal razón, los juristas deben comenzar a abordar las referidas cuestiones pues, de lo contrario, corren el riesgo de que el derecho quede rezagado frente a los avances tecnológicos, dejando en un campo de desprotección a las personas vulnerables.

Ante tal situación, es evidente que no se trata de una potestad del Estado, sino de una obligación a su cargo, porque todos los derechos indicados están contemplados en la Constitución. Efectivamente, en su artículo 38, la Constitución de la República establece que el Estado dominicano queda obligado a proporcionar las garantías suficientes para asegurar el respeto de los derechos fundamentales en general.²⁸ Por tal razón, no caben dudas de que el desafío del Estado es poner en equilibrio todos los derechos fundamentales que se encuentran involucrados y los grandes aportes de los avances tecnológicos porque se han convertido en parte de nuestras vidas.

De modo que para garantizar ese contrapeso entre derechos fundamentales y avances científicos y tecnológicos deben crearse regulaciones mediante las cuales los Estados adopten una visión global más allá del Estado-nación porque dicho sistema no se encuentra en condiciones de responder ante controversias que se extienden por todo el mundo, ya que no se creó para dichos fines. Las fronteras físicas son porosas en la esfera digital y van perdiendo su funcionalidad, es decir, no es efectivo regular tecnologías de implicación global desde el ámbito meramente nacional; en efecto, se necesita cooperación internacional.²⁹

Para evidenciar el razonamiento anterior, basta ver la magnitud de algunas entidades digitales. Facebook dispone de 2.449 mil millones de usuarios; YouTube, 2.000 mil millones; Instagram, 1.000 mil millones; es de destacar que la más antigua de estas compañías tiene 16 años.³⁰ Esto significa que los usuarios de dichas plataformas se extienden por todo el mundo y, por ende, la vulneración de los derechos puede venir desde cualquier parte.

En este sentido, el impacto de las tecnologías de las telecomunicaciones amerita un enfoque diferente del derecho, que abarque el mayor número de variables, incluyendo la prevención de los sucesos que afectan derechos, porque en una sociedad hiperconectada que genera datos masivamente, el riesgo de posibles afectaciones es de gran magnitud y, por ende, no puede tratarse solamente de sancionar sino de prevenir.

²⁸ Constitución de la República Dominicana, proclamada el 13 de junio 2015.

²⁹ Goodman, *Delitos del futuro*, 18-19.

³⁰ Juan Carlos Mejía Llano, "Estadística de redes sociales 2020", 26 de febrero de 2020, <https://www.juancmejia.com/marketing-digital/estadisticas-de-redes-sociales-usuarios-de-facebook-instagram-linkedin-twitter-whatsapp-y-otros-infografia/>.

1. El riesgo vs. la seguridad en la sociedad hiperconectada

En el presente escrito he mencionado que las tecnologías vinculadas a la esfera digital crecen exponencialmente porque operan en función de la ley de *Moore*, que establece que con el paso del tiempo la tecnología tiende a multiplicar su rendimiento y a dividir su coste. Esto implica que los dispositivos integrados a la red son cada vez más en cantidad, potencia y asequibilidad.³¹ Dichas circunstancias crean un círculo masivo de producción de datos debido a la variedad de productos que recopilan información, lo que supone un aumento proporcional del riesgo.

Sin embargo, la cuestión no es que existan riesgos, sino la manera en que se gestionan. Actualmente, las entidades que realizan tratamiento de datos hacen dinero comercializando la información, no protegiéndola. Por tal razón, la seguridad de los datos no ha tenido la prioridad necesaria.

En este sentido, los riesgos son multidireccionales: primero, el hecho de que las entidades a quienes les confiamos los datos se benefician extrayendo el mayor número de información, de modo que si el negocio resulta rentable asumen el riesgo de tener que pagar multas exorbitantes. El Gobierno de Estados Unidos le impuso una multa de 5.000 millones de dólares a Facebook,³² mientras que Google fue multada por el mismo monto en la Unión Europea; ambas por violación de privacidad; sin embargo, siguen siendo líderes dentro de su mercado. El segundo riesgo es la libertad que proporcionan dichos entornos, lo que genera la propagación de contenidos que afectan los derechos de terceros. Y el último es la facilidad con la que se filtra información.

La evidencia del tercer asunto propulsor de riesgo es la relativa facilidad con la que las grandes entidades digitales dejan filtrar información de sus usuarios por falta de medidas de seguridad. El departamento de seguridad de Facebook ha reconocido que se vulneran 600.000 mil cuentas cada día. En 2018, Facebook sufrió un ataque informático que dejó comprometida la información personal de posiblemente 90 millones de personas y propició que los *hackers* tuvieran acceso a las cámaras, micrófonos, archivos y fotos de los usuarios.³³

En efecto, las personas se encuentran vulnerables no solo porque la mayoría de veces no proporcionan un consentimiento informado, sino también porque las entidades en las que depositan su confianza carecen de medidas de seguridad óptimas,

³¹ Goodman, *Delitos del futuro*, 61-65.

³² Namphi Rodríguez, "Gaceta Judicial. Redes sociales, campañas electorales y libertad de expresión: límites constitucionales", *Gacetas Judiciales*, n.º 386, 2019, 8. https://do.vlex.com/vid/redes-sociales-campanas-electorales-839612146?_ga=2.177582373.1850323928.1601907386-275380030.1601907386.

³³ Llenezza, *Data Nomics...*, 13.

y permiten que se filtre información, es decir que terceros ajenos tengan acceso a la información de los usuarios.³⁴

La era digital supone vivir en constante riesgo; así, el Servicio de Investigación del Congreso de Estados Unidos estimó que los fraudes vinculados con la identidad tuvieron un costo de 21.000 millones de dólares en 2012, cuyas víctimas fueron 13.1 millones.³⁵ Sin embargo, no se trata de una realidad aislada de los países desarrollados, ya que, según un artículo del *Diario Libre*, la República Dominicana se encuentra entre los países con mayor índice de robo de identidad; muestra de eso fue la cancelación de más de 13 mil cédulas por parte de la Junta Central Electoral en 2018, a causa de suplantación de identidad. La referida situación fue abordada en la conferencia “Nuevas tecnologías, seguridad jurídica y rol del notariado en el siglo XXI”.³⁶

Además, la esfera digital no se encuentra tan supervisada y regulada como los entornos tradicionales. Por ejemplo, Pro-Consumidor³⁷ no supervisa las aplicaciones que se comercializan a través de los celulares, lo que trae como resultado que el proceso de control quede en manos de los intereses privados y que el incentivo no sea la seguridad, sino la comercialización de la información.

En efecto, los algoritmos automatizados realizan el proceso de revisión sin mayores controles, lo que provoca la inexistencia de seguridad. En 2013, se detectaron aproximadamente 42.000 aplicaciones en la tienda de Google que tenían como objetivo espiar y robar información.³⁸ Sin embargo, esto no ha significado una carga de responsabilidad para dichas entidades, ni frente a las afectaciones ni respecto a las medidas de seguridad, porque siguen sin existir incentivos suficientes.

Por tal razón, no se trata de eliminar el riesgo sino de gestionarlo de manera que este se minimice. A estos fines, una de las formas de abordar el riesgo es a través de incentivos bidireccionales que consisten en fortalecer la protección de los datos para que las entidades ganen tanto comercializando la información como protegiéndola. En este sentido, si los jueces van construyendo un criterio sólido de lo que implica la obligación de seguridad, y también se construye un marco normativo adaptado a las realidades actuales, las entidades tendrán que invertir en seguridad.

El debate en torno a la era digital y sus riesgos amerita que las naciones dispongan de una entidad de control independiente que supervise a las entidades públicas

³⁴ Llenez, *Data Nomics...*, 264 y 265.

³⁵ Goodman, *Delitos del futuro*, 157-159.

³⁶ “RD está en el top 10 de los países con robo de identidad, según especialista”, *Diario Libre*, 7 de noviembre de 2019, <https://www.diariolibre.com/actualidad/rd-esta-en-el-top-10-de-los-paises-con-robo-de-identidad-segun-especialista-PN15183518>.

³⁷ Institución Nacional de Protección de los Derechos del Consumidor, establecida por la Ley 358-05, sobre protección al consumidor. Se encarga de salvaguardar las prerrogativas de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, mediante la aplicación de las normas jurídicas establecidas y políticas.

³⁸ Goodman, *Delitos del futuro*, 187-189.

y privadas para que tomen medidas de seguridad en función del riesgo que supone por el tipo de información que se encuentra en juego y por el volumen de esta. En este sentido, las medidas de seguridad deberían ser más altas para quienes dispongan de información sensible.

Sin embargo, en ninguna circunstancia dichas limitaciones pueden significar una coacción a la vida de las personas, es decir, su finalidad es garantizar el bienestar dentro de la sociedad democrática y de derecho, debido a que la potencia de los nuevos avances tecnológicos puede vulnerar los pilares que nos sostienen. Por tal razón, la seguridad opera como una herramienta para garantizar la dignidad humana a largo plazo, sin que los dispositivos que recopilan información desaparezcan, pero adecuándolos para los riesgos que suponen.

Resulta impresionante que para finales de 2020 se espera que existan 50.000 millones de dispositivos que se conecten a internet.³⁹ Esto abre la posibilidad de que se produzcan 2,5 septillones de interacciones de objeto a objeto, lo que generaría cantidades exorbitantes de datos dentro de un mayor número de esferas de la vida. Sin lugar a dudas, nuestro país debe prepararse no solo para lo que existe sino para lo que se aproxima.

Dichos dispositivos cuentan nuestros pasos, ritmo cardíaco, acceden a nuestra galería de fotos, graban nuestras conversaciones, registran los lugares a los que vamos, codifican nuestras medidas biométricas, la dilatación de las pupilas, ven contenido de preferencia, etc. De modo que toda esa información sensible debe disponer de controles que procuren su seguridad; porque si terceros sin principios acceden a ella, los daños pueden ser inmensos. Lo anterior, debido a que estas personas se dirigen donde se concentra la información, es decir, a las grandes entidades, por lo que pueden vulnerar los derechos de millones de personas simultáneamente.

En este sentido, si las empresas se benefician recolectando información y gracias a ello algunas entidades privadas están valoradas en miles de millones de dólares, entonces es más que prudente que los usuarios dispongan de garantías acordes con la naturaleza del tratamiento realizado, para que sus derechos estén protegidos y así se minimicen los efectos negativos, pues lo que se encuentra en juego no solo es nuestra intimidad sino también nuestra libertad y autonomía.

2. Los mecanismos de regulación del entorno digital

En la era digital, encontrar el equilibrio entre la protección de los datos personales, el acceso a la información, la libertad de expresión, el derecho al honor y a la imagen personal se convierte en un interés colectivo, sobre todo cuando están en juego datos sensibles que forman parte intrínseca de la personalidad de un individuo y

³⁹ Goodman, *Delitos del futuro*, 393.

pueden vulnerar su dignidad o autonomía. El análisis de macrodatos⁴⁰ abre paso al escrutinio, la vigilancia y el análisis de gran parte de las interacciones humanas, debido a que nos encontramos conectados todo el tiempo, lo que expone nuestra esfera de intimidad a un nivel sin precedentes históricos, es decir, las personas se han convertido en máquinas de generación de datos.⁴¹

En la República Dominicana, prerrogativas como el derecho a la intimidad, el honor personal y la protección de datos tienen como punto de partida la Constitución y se encuentran conectadas, es decir, se contemplan de manera conjunta. La carta magna se encarga de hacer consistente la obligación de respetar la vida privada, abarcando la imagen propia, a través de su artículo 44, mientras que consagra la libertad de expresión e información en su artículo 49. A pesar de su consagración en el texto constitucional, se necesita de la promulgación de leyes especiales para garantizar estos derechos.

En la esfera nacional, el país dispone de la Ley 172-13, para la protección de la información personal, la intimidad, el honor, e incluso el mismo acceso a la información; la Ley 6132, que aborda la libertad de expresión y difusión del pensamiento; la Ley 200-04 de Acceso a la Información Pública; la Ley 53-07 sobre crímenes y delitos de alta tecnología, y la Ley 192-19 sobre la Protección de la imagen, el honor e intimidad familiar, vinculada a personas fallecidas y accidentadas.

No obstante, los mayores desafíos de la era digital recaen sobre la Ley 172-13, ya que su cuestionamiento parte de medidas que no necesariamente derivan en la responsabilidad penal de quien realiza el tratamiento de datos. Además, cuando las entidades reciben ataques verdaderamente delictivos no son penalmente responsables, pero en el escenario actual ni siquiera civilmente; este último aspecto es el que puede fortalecerse para alcanzar la seguridad que nuestra sociedad necesita.

En efecto, la protección de datos personales y sus derechos conexos requieren una normativa más robusta que amerita definiciones y principios que la complementen porque se ha visto muy afectada por el transcurso del tiempo. La Ley 172-13 integra una serie de principios: la licitud de archivos de datos personales, es decir, el fin no puede ser contrario a la ley; la calidad de los datos implica que la información debe ser cierta, adecuada y vinculada con la finalidad para la que fue recogida; el derecho a la información obliga a quien la recolecta a garantizar que los usuarios tengan el control (rectificación y supresión) sobre sus datos; el consentimiento del afectado; la seguridad de los datos; y el deber de secreto, en virtud de la esfera profesional en que se desarrolla la recolección de la información.⁴²

⁴⁰ En el sector de las tecnologías de la información y de la comunicación, los macrodatos se refieren a un conjunto de datos que, por su volumen y variedad y por la velocidad a la que necesitan ser procesados, supera las capacidades de los sistemas informáticos habituales.

⁴¹ Naciones Unidas, *Macrodatos para el desarrollo sostenible*, <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/big-data-sustainable-development/index.html>.

⁴² La Ley 172 de 15 de diciembre de 2013 tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros públicos, bancos de datos u otros medios técnicos

El consentimiento constituye uno de los ejes centrales para recolectar y tratar la información; este debe ser voluntario, inequívoco, libre, específico e informado.⁴³ En este aspecto, empieza la ineficiencia del marco normativo, como el de la República Dominicana, debido a que no existe un instrumento que obligue a las entidades que recolectan y tratan datos en la esfera digital a proporcionar garantías al respecto.

Según una investigación de Carnegie Mellon University en Estados Unidos, la persona promedio se topa con 1.462 políticas de privacidad al año, las cuales tienen un aproximado de 2.518 palabras, es decir que si las personas leyeran cada política de privacidad, deberían invertir 76 jornadas laborales de ocho horas.⁴⁴ Mientras que otra investigación enfocada en las políticas de privacidad de Apple, Amazon, Google, Facebook y Domino's en conjunto contienen 76.069 palabras, que con un ritmo de lectura alto se necesitarían cinco horas de lectura continua; además, tendrían que releerla porque la actualizan constantemente.⁴⁵

Esto significa que las personas están usando las diferentes aplicaciones o páginas de internet sin leer todas las políticas de privacidad porque no disponen del tiempo, lo que conlleva un consentimiento dado, pero no informado, ya que las personas carecen de la autonomía y conciencia necesarias, es decir, no saben o no entienden el alcance de derechos que están otorgando ni la forma en la que se utilizará su información personal. Se estima que aproximadamente el 72 % de la información que se recopila se hace sin que el usuario tenga conocimiento de ello, por ende, la entidad no cuenta con el consentimiento informado del titular de los datos (en otras palabras, del titular del derecho sobre estos).⁴⁶

De acuerdo con el Grupo de Trabajo del artículo 29,⁴⁷ el consentimiento informado implica que el usuario debe conocer, claramente y mediante informaciones provistas por quien fuere a procesar sus datos, i) las empresas o personas que controlarán su información, ii) el objeto del procesamiento de los datos y para qué pide el consentimiento, iii) qué tipo de datos o informaciones serán recolectadas, iv) la posibilidad de retirar su consentimiento, y v) los riesgos que conlleva la transferencia y el procesamiento de sus datos personales.⁴⁸

de tratamiento de datos destinados a dar informes, sean estos públicos o privados.

⁴³ Este es el estándar del consentimiento en la Unión Europea. Véase Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, artículo 4.11.

⁴⁴ Goodman, *Delitos del futuro*, 96.

⁴⁵ Llenez, *Data Nomics...*, 48.

⁴⁶ Llenez, *Data Nomics...*, 48.

⁴⁷ Se trató de una mesa de trabajo que dio soporte a la Unión Europea en la preparación de guías de las mejores prácticas para la protección de datos (https://edpb.europa.eu/our-work-tools/article-29-working-party_es).

⁴⁸ Comisión Europea, *Guidelines on Consent under Regulation 2016/679*, https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=623051.

Lo más importante para asegurar que se trate de un consentimiento informado es que la regulación pueda garantizar que la información sobre el uso de los datos sea lo más sencilla y comprensible posible para el usuario.⁴⁹

En adición, se encuentran las famosas *cookies*⁵⁰ que los usuarios se ven en la obligación de aceptar para usar las aplicaciones. Estas son archivos que se descargan en el dispositivo al acceder a una página de internet o aplicación, algunas son permanentes, otras temporales, y tienen como objetivo recolectar información del usuario mientras navega en la web o usa alguna aplicación cualquiera.⁵¹

Aunque se conozca qué son estos archivos, se ignora su finalidad exacta; en consecuencia, las personas y el propio Estado se encuentran en el mismo desconocimiento frente a los referidos instrumentos informáticos, lo que conforma una caja negra donde los usuarios no pueden saber si se respetan principios sobre protección de datos personales que consagra la ley.⁵²

Ante dicha situación se encuentra más que justificado que las nuevas normativas que regulen las esferas digitales puedan contemplar límites en el número de palabras de las políticas de privacidad y, a su vez, la cantidad de veces que son actualizadas al año. La referida limitación pudiera establecer parámetros según el tipo de servicios o productos que preste la entidad, cuya finalidad sería colocar a los usuarios en una condición de leer las políticas de privacidad para que el consentimiento sea informado.

Nuestra ley nacional contempla los principios más conocidos de la protección de datos personales e integra definiciones para que sea clara y precisa. Sin embargo, no introduce las nuevas tecnologías en el proceso de protección, es decir, no existe la autorregulación. Esto significa que la finalidad normativa solo contempla solucionar situaciones con posterioridad a la afectación y no previniendo que se presente.

La referida situación es resultado de que el cambio revolucionario de las tecnologías de las telecomunicaciones no es contemplado por nuestra ley nacional, debido a que la ley de protección de datos personales (a pesar de ser de 2013) toma de referencia la Ley Orgánica 15/1999 de España, por lo que no contemplaba el escenario en el que nos encontramos, pues la esfera digital ha cambiado mucho desde entonces. Incluso en su país de origen ya fue sustituida por dicha razón.⁵³

⁴⁹ Comisión Europea, *Guidelines on Consent under Regulation 2016/679*.

⁵⁰ Una *cookie* es un instrumento informático enviado por un sitio web y almacenado en el dispositivo del usuario, de manera que el sitio puede consultar las actividades previas o posteriores del usuario.

⁵¹ Goodman, *Delitos del futuro*, 89-91.

⁵² Goodman, *Delitos del futuro*, 89-91.

⁵³ Francisbel Jerez Castillo, "El reglamento general de protección de datos de la UE: un espejo en el que debemos mirarnos", *Diario Libre*, 29 de mayo de 2015, <https://www.diariolibre.com/opinion/en-directo/el-reglamento-general-de-proteccion-de-datos-de-la-ue-un-espejo-en-el-que-debemos-mirarnos-IM12879809>.

Si bien es cierto que en el ámbito nacional, al detectar situaciones que violentan sus derechos, los usuarios pueden accionar para rectificar, cancelar o efectuar una oposición respecto a la información que los afecta, no menos cierto es que con ese *modus operandi* no es suficiente. Las grandes entidades privadas no dejan filtrar fácilmente sus propias injerencias y, por lo tanto, es difícil para los usuarios probarlo.

En consecuencia, necesitamos introducir en nuestra regulación mecanismos de autorregulación que permitan una protección más dinámica y un derecho proactivo que, en primer lugar, eviten las afectaciones. La cuestión consiste en cómo crear una estructura garantista frente a una sociedad de riesgo constante.

Debido a que la finalidad es visualizar la realidad dominicana solo identificaré los aspectos que puedan constituir un beneficio y una adecuación de la normativa nacional frente a la realidad actual. Dentro de estos se encuentra la privacidad por diseño y por defecto que consiste en que las empresas y personas que fabrican nuevas tecnologías revisan sus programaciones o sistemas con valores éticos, como el principio de beneficencia y no maleficencia, para que sean respetadas las esferas privadas o íntimas de los usuarios, minimizando así el impacto negativo del tratamiento de datos. Esto implica, a su vez, evaluar los riesgos y tomar medidas objetivas para abordarlo; en caso contrario, la entidad comprometería su responsabilidad.

Evidentemente, esto daría lugar, en algún sentido, a una limitación a la libertad de empresa o, más bien, este tipo de política regulatoria podría afectar dicho derecho fundamental. Sin embargo, como ya ha considerado el Tribunal Constitucional,

el derecho a la libertad de empresa, como derecho fundamental, se configura como un derecho que solo puede ejercitarse en el mercado, que consiste en la libertad para decidir qué producir y cómo hacerlo de acuerdo con la ley. El valor jurídico protegido por la libertad de empresa es la iniciativa económica privada como elemento esencial de una economía de mercado, libertad que sólo podría estar limitada, de acuerdo con el citado artículo 50 de la Constitución, por las disposiciones contenidas en la Constitución y las leyes.⁵⁴

De modo que este tipo de regulación puede incorporarse al quehacer de las empresas, siempre y cuando esté prevista en una ley, mecanismo normativo constitucionalmente previsto para limitar los derechos fundamentales conforme al artículo 74.2 de la Constitución de la República Dominicana.

Por demás, la práctica de la privacidad, por diseño y por defecto, encuentra su experiencia comparada en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, que intenta dar un giro mayor de protección a los datos personales, en tanto pone en manos de las empresas idear los mecanismos más adecuados para proactivamente procurar una efectiva protección de datos, como sucede también con las normativas tendientes al cuidado del medioambiente.

⁵⁴ Tribunal Constitucional, TC/0535/15, párr. 11.21.

En efecto, lo anterior tiene un carácter preventivo y proactivo en el sentido de que no procura sanción, sino que los hechos ilegítimos no acontezcan como sucede con el principio de precaución del derecho ambiental, pero dentro del entorno digital.⁵⁵ Dichas medidas de seguridad deben ser proporcionales al tipo de información que maneje la entidad.

La privacidad por diseño y defecto se vincula con las evaluaciones de impacto, ya que para que pueda existir la primera debe preverse la segunda. Este tipo de evaluaciones identifica los riesgos probables o posibles de un tratamiento para luego proceder a erradicarlos o limitarlos antes de que surjan hechos gravosos; además, procura simultáneamente transparentar los procesos tecnológicos, es decir, saber el contenido esencial de los sistemas informáticos.⁵⁶

Por ejemplo, en una máquina de hacer café que tiene diferentes botones, uno de ellos para capuchino, cada vez que presionas esa función tendrás el mismo resultado, debido a que la programación que dispone ese sistema opera en función de algoritmos (conjunto de operaciones que se llevan a cabo para realizar la tarea en cuestión); de esa misma manera pueden instalarse algoritmos éticos para que cada vez que se realice un tratamiento de datos, la esfera privada se encuentre protegida.

El análisis del impacto no solo constituye un principio, sino también una obligación a cargo del responsable del tratamiento, al menos en el marco jurídico de protección de datos de la Unión Europea,⁵⁷ que nos sirve como apoyo en este análisis. A este compromiso se le denomina responsabilidad proactiva. Por lo tanto, su incumplimiento constituye una falta y si ese comportamiento antijurídico genera daño, entonces, el responsable compromete su responsabilidad.

El complemento de dichas previsiones legales son los códigos de conducta, que consisten en una reglamentación interna que deben usar las entidades como garantía de cumplimiento de requerimientos legales. Allí se identifican las formas en que se pretende operar, de manera que el sistema sea seguro para que exista dicho instrumento que debe ser integrado en el marco normativo. Esto facilita identificar si la empresa, en caso de violación, actuó acorde con el protocolo establecido.

Sin embargo, para que las instituciones públicas y privadas se vean incentivadas a disponer de tal instrumento, las normativas relativas a los entornos digitales deben integrar el principio de precaución, propio del derecho ambiental; así se construye la obligación de asumir una serie de medidas preventivas para quien se beneficia del tratamiento en este caso.

⁵⁵ Rosario Duaso Calés, “Los principios de protección de datos desde el diseño y protección de datos por defecto”, en *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos*, ed. por José Luis Piñar Mañas (Madrid: Reus, 2016), 295-320.

⁵⁶ Luis Felipe López Álvarez, “La responsabilidad del responsable”, en *Reglamento general de protección de datos...*, 275-289.

⁵⁷ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, artículo 35.

Evidentemente, la normativa nacional en virtud de los aspectos indicados previamente tiene precariedades. Dentro de ellas, estar enfocada en los servicios crediticios, lo que se confirma con el artículo 29 de la Ley 172-13, el cual establece como órgano de control a la Superintendencia de Bancos.⁵⁸

En definitiva, la normativa nacional debe hacer suyas las actualizaciones recomendadas, integrando, por lo menos, dos elementos. El primero, consiste en crear instrumentos jurídicos de cooperación internacional o en bloque fundamentado en principios y valores comunes como mecanismo de presión para garantizar la privacidad por diseño de los avances tecnológicos. En segundo lugar, el Estado debe promover e implementar políticas que saquen a la población del analfabetismo informático porque los usuarios deben concientizarse para que los ajustes sean más efectivos. Una muestra de dicho déficit son las votaciones internas simultáneas de los partidos políticos del 6 de octubre de 2019 para escoger los candidatos de elección popular, donde el voto automatizado ralentizó el proceso de votación porque algunos ciudadanos no estaban familiarizados.⁵⁹

3. El papel jurisdiccional frente a los desafíos de la era digital

Los derechos fundamentales abordados en el presente ensayo, como libertad de expresión, intimidad, protección de datos personales, acceso a la información y derecho al honor, en ocasiones pueden resultar contradictorios y entrar en conflicto entre sí, sobre todo porque actualmente está bastante difundida y asentada la idea de que los derechos fundamentales entran en conflicto cuando se trata de su vigencia práctica.⁶⁰ Sin embargo, la Constitución de la República es un instrumento pluralista, es decir, contempla principios, valores, prerrogativas y reglas diversos que favorecen la cohesión social. De modo que cuando se presentan conflictos de derechos fundamentales, al no existir jerarquización, los jueces ponderan el derecho que amerita ser prioritario. En este sentido, se ha expresado el criterio del Tribunal Constitucional español: “Recuerda que no existe una relación de jerarquía, como en

⁵⁸ Carlos Pérez Tejada, “¿Quién hace negocio con tu data personal?”, *Diario Libre*, 11 de junio de 2019, <https://www.diariolibre.com/estilos/blogs/martes-de-tecnologia/quien-hace-negocio-con-tu-data-personal-EB13034220>.

⁵⁹ Odalis Mejía, “En Santo Domingo participación masiva, pero proceso fue lento”, *Hoy*, 7 de octubre de 2019, <https://hoy.com.do/en-santo-domingo-participacion-masiva-pero-proceso-fue-lento/>.

⁶⁰ Luis Fernando Castillo Córdova, “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 12 (2005), <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5726/7511>.

el caso del derecho a la intimidad, entre las libertades de expresión e información y el derecho fundamental a la protección de datos personales”.⁶¹

En efecto, el papel jurisdiccional es de alta importancia porque ante los conflictos de derechos fundamentales permite adaptar las prerrogativas en virtud de las circunstancias particulares. En este sentido, dicho proceso interpretativo esclarece la aplicación del marco normativo y, a su vez, construye referencias para futuras situaciones. En la República Dominicana, la función se dificulta porque no existe un órgano de control que le facilite el trabajo; además, respecto a la protección de datos personales y derechos conexos debe interpretarse una norma enfocada en las entidades crediticias, a pesar de que la realidad social es más amplia.

Frente a tales limitaciones, el Tribunal Constitucional ha aplicado la normativa en un sentido amplio, fortaleciendo el criterio de que en aquellas situaciones donde se opera sin el consentimiento del titular de los datos o se dispone de una información errónea, este puede accionar en *habeas data*, en caso de ausencia de respuesta.⁶²

Sin embargo, la función de los tribunales como órganos de control surge con posterioridad a la vulneración de derechos. Por ende, no hay un control *ex ante* que permita supervisar preventivamente las medidas de seguridad aplicadas por las plataformas digitales frente a derechos fundamentales en riesgo con su interacción en el entorno digital. De ahí que se requiere un regulador, un ente estatal más robusto que, previa conculcación de derechos, intervenga, dados los elevados riesgos en el ciberespacio. Aunque inexistentes en la actualidad, hay que valerse de instrumentos de prevención estatales, pues las facultades de Indotel, ente naturalmente inclinado a la protección de datos en el entorno digital, no tienen el alcance adecuado. Esto, en parte, porque la Ley General de Telecomunicación (Ley 153-98) es de 1998, es decir que su actualización es imperativa, en conjunto con la actual ley de protección de datos antes mencionada, para abordar adecuadamente el entorno digital y garantizar una mejor y efectiva protección de los derechos fundamentales.

A pesar de lo indicado, el Tribunal Constitucional ha mostrado dentro de su función y posibilidades ser un verdadero garante del derecho a la intimidad, tal como lo evidencia su postura cuando tuvo que referirse a la Resolución 086-11 de 1 de septiembre de 2011, emitida por Indotel,⁶³ cuya finalidad era permitir el acceso a la información de las personas sin orden judicial previa. Múltiples artículos de dicha resolución fueron declarados inconstitucionales en 2013 por transgredir la esfera privada sin la confirmación de elementos que lo justificasen.⁶⁴

⁶¹ Tribunal Constitucional de España, STC 155/2009 de 18 de mayo.

⁶² Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0334/17.

⁶³ Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (Indotel), Resolución 086-11 de 1 de septiembre de 2011, que aprueba el reglamento para la obtención y preservación de datos e informaciones por parte de los proveedores de servicios, en aplicación de las disposiciones de la Ley 53-07 sobre crímenes y delitos de alta tecnología.

⁶⁴ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0200/13.

Igualmente, el Tribunal Constitucional prioriza el acceso a la información de los individuos frente al Estado en lo relativo a datos de interés público. La evidencia es el criterio sostenido en ocasión de una acción de amparo contra el Ministerio de Defensa, donde indicó que el derecho al libre acceso a la información pública tiene la finalidad de “controlar el uso y manejo de los recursos públicos y, en consecuencia, ponerle obstáculos a la corrupción administrativa”, interpretación reforzada por la Sentencia TC/0062/13 donde se reconoce valor del derecho a la intimidad y protección de datos personales, pero no frente a los intereses públicos, es decir que solo cuando no existe tal característica se priorizada la esfera privada.⁶⁵

Sin embargo, pueden presentarse situaciones que ameriten el acceso a la información y la protección de datos personales (incluyendo intimidad). En tales circunstancias, las limitaciones de ambos derechos pueden ser parciales, es decir, restringirse la información irrelevante para los fines deseados o que sean de interés meramente privado. Por ejemplo, ante la pandemia del covid-19, las instituciones estatales publican el número de contagiados por zonas y del territorio nacional (información imprescindible para mantener a la ciudadanía informada). Sin embargo, no se identifica a los afectados a pesar de que las autoridades sí tienen los datos personales de los individuos infectados, pues los laboratorios y hospitales están obligados a suministrarlos.

Hay situaciones donde resulta más difícil identificar qué derecho debe ser priorizado o cómo proceder con limitaciones parciales, en cuyo caso se recurre a principios constitucionales como el de proporcionalidad para establecer si la publicación de los datos o accesibilidad de estos constituye una medida indispensable para salvaguardar el interés público.⁶⁶ De modo que se debe tomar en cuenta la finalidad, la necesidad e idoneidad para establecer la justificación que motiva la restricción de un derecho u otro, dependiendo del caso.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha establecido que la necesidad en el referido contexto se refiere a la base fáctica o circunstancias que hace preciso proteger algún bien o colectividad de bienes jurídicos, es decir que si la medida no se realiza, el interés público se ve afectado; mientras que la idoneidad constituye la forma en que se pretende resolver la necesidad detectada; por último, lo anterior se justifica siempre y cuando la solución sea proporcional.⁶⁷

El hecho de disponer de los referidos principios para proporcionar respuestas se encuentra relacionado con lo que Ronald Dworkin expresa en el sentido de que las personas tienen derechos, cuando no existe una meta colectiva que justifique

⁶⁵ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0062/13.

⁶⁶ Centro de Información Jurídica en Línea del Colegio de Abogados de Costa Rica, *Principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad*, <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=NDg4, 11-12>.

⁶⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia 08858-98 de 15 de diciembre de 1998.

negárselos.⁶⁸ De modo que la tendencia del Estado debe ser la de permitir el acceso a la información pública porque con ello indirectamente salvaguarda un interés público, mientras que frente a aquella información de índole meramente personal y privada debe primar la protección de datos personales porque, en la era digital, las herramientas de seguridad ante el riesgo de manejo inadecuado de las informaciones personales justifican la restricción de los datos personales.

De modo que el ideal es garantizar la mayor transparencia posible de la administración pública para que quienes eligen a sus representantes tomen mejores decisiones para el buen funcionamiento del Estado democrático. Por otro lado, frente a instituciones privadas o datos sensibles e íntimos, se requieren herramientas que procuren su protección y una tutela judicial efectiva que garantice los derechos fundamentales a la intimidad y el honor.

Frente a intereses meramente privados siempre debe protegerse tanto el derecho a la intimidad como los datos personales. Es importante tomar en cuenta que el límite del derecho a la información es marcado, precisamente, por el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales, de modo que, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional, resultaría violatorio de estos últimos la divulgación de información que “carezca de incidencia en asuntos de interés colectivos”.⁶⁹

Sin embargo, en las esferas digitales no resulta tan sencillo percibir las injerencias a la vida privada porque suceden en un escenario intangible. De modo que el referido criterio, aunque parece bastante garantista, contiene precariedades frente a las plataformas digitales. Por tal razón, los tribunales aún tienen margen de acción, es decir, pueden establecer límites a la extensión de las políticas de privacidad para que los usuarios se encuentren en condiciones de leerlas. De modo que utilicen la función jurisdiccional para seguir el ritmo de los avances tecnológicos ante la lentitud de las modificaciones normativas con lo cual se podría empezar a afrontar la situación, siempre que en sus decisiones los tribunales construyan sólidamente sus fundamentos y estas no adolezcan de falta de motivación.

La jurisprudencia ha establecido que los datos personales son toda aquella información que permite identificar a una persona de forma directa o indirecta, independientemente del soporte en el que se encuentre el contenido⁷⁰ y, por ende, son una extensión de la persona, por lo que es preciso preguntarse a quién le corresponde el control de la información. En este sentido, el Poder Judicial, en virtud de las leyes preexistentes, puede establecer criterios interpretativos mediante sus sentencias, donde se identifiquen las implicaciones de las obligaciones de las partes.

⁶⁸ Laura Nahabetián Brunet, *Protección de datos personales vs. acceso a la información pública. ¿Derechos fundamentales en conflicto?*, 11, http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/C43D4582907B58900525780800763C5A/%24FILE/nahabetian.pdf.

⁶⁹ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0011/12.

⁷⁰ Ana Garriga Domínguez, *Nuevos retos para la protección de datos personales en la era del big data y la computación ubicua* (Madrid: Dykinson, 2016), 168.

En efecto, la jurisprudencia puede fortalecer las implicaciones derivadas de las obligaciones consagradas por la ley, es decir, llenarlas de un contenido que encomiende medidas principalmente al responsable del tratamiento. Cabe destacar que en la recolección y el tratamiento de datos existe la obligación de seguridad⁷¹ por parte del responsable del tratamiento. Dicha situación proporciona otra oportunidad a los jueces para dotar de mayor contenido el alcance de la obligación de seguridad que tienen los responsables del tratamiento de datos e informaciones personales, tal sería tener como estándar la encriptación de datos como forma de garantizar mayor seguridad de los datos y minimizar el riesgo de filtraciones y hackeos a los usuarios.

La encriptación consiste en un mecanismo para asegurar la confidencialidad en la esfera digital. Dicho proceso podría formar parte de la obligación de seguridad que debe proporcionar quien realiza el tratamiento de datos, pues implicaría que las empresas deben hacer todo lo posible por proteger los datos de sus contrapartes, es decir, tomar todas las medidas de seguridad posibles para evitar daños a sus usuarios y clientes.

De modo que al poder ser una obligación de seguridad, no es de extrañar que, ante los tribunales, la carga de la prueba sea a la inversa, es decir que el responsable del tratamiento de los datos sea el que debe probar que cumplió con todos los requerimientos de protección previstos en las normas vigentes, sobre todo en aquellos casos donde se trate de información sensible o protegida debido a los riesgos que supone frente a diversos derechos fundamentales.⁷²

Dicha situación podría potenciar el mercado de la seguridad de los datos porque las entidades se verían obligadas a invertir más en ciberseguridad; por ende, quienes se dedican a dicha área tendrían mayor demanda, lo que conduciría al crecimiento del sector.

El criterio anterior permitiría expandir dicho mercado, lo que generaría beneficios económicos y sociales, al igual que cuando se impusieron los seguros obligatorios para los vehículos de motor. Como se ha planteado, en la actualidad vivimos en una sociedad de riesgo debido a la hiperconexión, que desencadena un flujo masivo de información e interacciones. En este sentido, el Poder Judicial debe disponer de las herramientas que faciliten las condiciones necesarias para que las personas gocen de la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, al Poder Judicial no le bastaría con robustecer sus criterios, ya que cuando las afectaciones se confirman no solo es necesario tener un soporte interpretativo del cual disponer porque parte del problema es la lentitud con la que opera el

⁷¹ La obligación de seguridad consiste en tomar medidas razonables de custodia y vigilancia para prevenir y evitar los daños a la contraparte, lo que no puede reputarse como extraño a la actividad de la empresa [Jorge Subero Isa, *Tratado práctico de responsabilidad civil dominicana* (Santo Domingo: Corripio, 2018), 311].

⁷² Corte de Casación (Francia), *Maritime Trasatlantique vs Hamida Ben Mahmoud*, 21 de noviembre de 1911.

proceso judicial para proporcionar una respuesta. De ahí que se vulnere el derecho de las personas a recibir una justicia pronta, oportuna y efectiva.

En efecto, el Poder Judicial necesita asistencia de un órgano de control que tenga potestad de realizar ciertas gestiones de manera más rápida, supervisando y aplicando las normas de protección de datos y, a su vez, recibiendo las reclamaciones de los afectados. Esto permitiría que el proceso pudiera resolverse antes de judicializarse y, en caso contrario, la jurisdicción contara con mayores precisiones sobre la situación porque dicha entidad también supervisaría y recibiría las reclamaciones.

Conclusiones: ¿qué podemos hacer para el mejoramiento del entorno digital?

En la era digital, como se ha podido contemplar, existen grandes desafíos porque hay involucrados intereses de todo tipo. Actualmente, quizás el enfoque óptimo sería buscar la combinación entre libertad, protección de datos y transparencia, sostenido, a su vez, en la cooperación internacional.

Sin embargo, cabe destacar que el mayor reto que acarrea la presente era digital son los asuntos relacionados con la intimidad de las personas. Dicho asunto es tan delicado porque si las entidades públicas o privadas se apropian del flujo masivo de datos y, con ello, de la parte íntima de las personas, se pone en juego su autonomía porque dicho conocimiento abre paso a la manipulación.

A pesar de que las referidas prerrogativas pueden entrar en conflicto, eso no imposibilita su convivencia. En efecto, para desarrollar un marco normativo garantista bajo el enfoque mencionado es preciso identificar cuándo existen intereses públicos o privados.

Los juristas deben ser fuente generadora de razonamientos legales que permitan abordar eficientemente el impacto social de la era digital porque el derecho como ciencia social se debe a las necesidades existentes. Por tal razón, los Estados deben garantizar la transparencia de las programaciones, evitando que ellas causen discriminaciones; de ahí la necesidad de valores éticos integrados a los sistemas.

Las nuevas normativas tendientes a salvaguardar la intimidad, el honor y la libertad de las personas necesitan transparentar el diseño para que los usuarios, a través de la información, se encuentren más empoderados. El mismo interés público permite entender que quienes se benefician del tratamiento deben asumir parte de la responsabilidad por no haber contemplado una evolución de riesgos y medidas de seguridad derivadas de dicho análisis, ya que los usuarios son quienes depositan su confianza en sus productos o servicios y quienes cada vez se encuentran más conectados.

Las referidas medidas obligarían a las entidades a optar por dos opciones: la primera, invertir más en seguridad de manera directa; y la segunda, externalizar dicha obligación. En ambos casos, el mercado de seguridad podría crecer, lo que

se traduciría en bienestar humano y económico, es decir, podría aportar beneficios para los intereses particulares y colectivos a la vez.

El presente ensayo ha tenido por finalidad identificar los puntos controvertidos que ameritan mayor atención de cara a los entornos digitales si queremos preservar la sociedad democrática y de derecho tal como la conocemos; además, la reflexión nos prepara para el futuro. ¿En realidad está en juego la democracia? El Tribunal Constitucional alemán concibe el derecho a la intimidad y protección de datos personales como una condición elemental dentro de una democracia en libertad fundada en la capacidad de acción de las personas.⁷³ No obstante, también la libertad de expresión y el acceso a la información son imprescindibles en el sistema democrático de derecho.

En consecuencia, debemos dirigir adecuadamente los avances tecnológicos digitales de manera que la autonomía de las personas no se ponga en juego y se garantice siempre el bienestar humano, para lo cual se necesita crear las condiciones que faciliten que la libertad de expresión y la protección de la información convivan de manera productiva dentro de una sociedad hiperconectada y en riesgo.

Estamos frente a una obligación de protección por parte del Estado, según lo establece la propia Constitución en su artículo 8 como función esencial del Estado, esto es, la protección efectiva de los derechos de la persona, para lo cual “se deben aplicar medidas progresivas que se adapten a las circunstancias para mantener los derechos revestidos de una protección eficiente”.⁷⁴

De modo que para evitar o minimizar los efectos negativos de la era digital con miras al bienestar colectivo, salvaguardando las libertades individuales de las personas, ante el riesgo de la carencia de consentimiento, tratamiento de datos masivos, manipulación e incluso dictaduras digitales (que la información se concentre en pocas entidades), necesitamos conocer con profundidad las implicaciones de la revolución digital en lugar de enfrentarla y con ello lograr que los programas y algoritmos digitales dispongan de los valores adecuados ya que significarían una mejora importante para nuestra sociedad, al tiempo que fortalecemos el marco legal que evitaría que las tendencias actuales resulten en catástrofes.⁷⁵

Bibliografía

“Cambridge Analytica: la multa récord que deberá pagar Facebook por la forma en que manejó los datos de 87 millones de usuarios”. *BBC News Mundo*, 29 de julio de 2019. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-49093124>.

⁷³ Eduardo Jorge Prats, *Derecho constitucional*, volumen II (Santo Domingo: Ius Novum, 2016), 240.

⁷⁴ Prats, *Derecho constitucional*, 245.

⁷⁵ Yuval Noah Harari, *21 lecciones para el siglo XXI* (Barcelona: Editorial Penguin Random House, 2019), 85.

- “RD está en el top 10 de los países con robo de identidad, según especialista. 2019”. *Diario Libre*, 7 de noviembre de 2019. <https://www.diariolibre.com/actualidad/rd-esta-en-el-top-10-de-los-paises-con-robo-de-identidad-segun-especialista-PN15183518>.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis Fernando. “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 12 (2005): 99-129. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5726/7511>.
- CENTRO DE INFORMACIÓN JURÍDICA EN LÍNEA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA. “Principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad”. <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=NDg4>.
- COTINO HUESO, Lorenzo. “Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales”. *Dilemata* 24, n.º 9 (2017): 131-150.
- DAVIDOWITZ, Seth Stephens. *Todo el mundo miente*. Barcelona: Editorial Paidós, 2019.
- DERBLAUEMOND. “‘Data economy’: Nuestros datos son la nueva materia prima de la economía”. *World Economic Forum*. <https://es.weforum.org/agenda/2017/05/data-economy-nuestros-datos-son-la-nueva-materia-prima-de-la-economia/>.
- DIRECCIÓN DE RELACIONES PÚBLICAS Y COMUNICACIONES INDOTEL. “Indotel apostará por fortalecer la regulación del sector telecomunicaciones y digitalizar el país”, 17 de mayo de 2019. <https://www.indotel.gob.do/noticias/indotel-apostar%C3%A1-por-fortalecer-la-regulaci%C3%B3n-del-sector-telecomunicaciones-y-digitalizar-el-pa%C3%ADs/>.
- DUASO CALÉS, Rosario. “Los principios de protección de datos desde el diseño y protección de datos por defecto”. En *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos*. Editado por José Luis PIÑAR MAÑAS, 295-320. Madrid: Reus, 2016.
- FOER, Franklin. *Un mundo sin ideas. La amenaza de las grandes empresas tecnológicas a nuestra identidad*. Barcelona: Espasa Libros, 2017.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL. “Informes de perspectivas económicas mundiales del 19 de abril de 2019”. <https://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2019/10/01/world-economic-outlook-october-2019>.
- GALINDO, Cristina. “Yuval Noah Harari, el autor de ‘Sapiens’: «La tecnología permitirá ‘hackear’ a seres humanos»”. *El País*, 29 de agosto de 2018. https://elpais.com/elpais/2018/08/20/eps/1534781175_639404.html.
- GALVAN, Fernando. “Instagram superó los 100 mil millones de dólares en valor de mercado”. *merca20.com*, 25 de junio de 2018. <https://www.merca20.com/instagram-supero-los-100-mil-millones-de-dolares-en-valor-de-mercado/>.
- GARCÍA ALLER, Marta. *El fin del mundo tal y como lo conocemos*. Barcelona: Editorial Planeta, 2017.

- GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana. *Nuevos retos para la protección de datos personales en la era del big data y la computación ubicua*. Madrid: Dyckson, 2016.
- GOODMAN, Marc. *Delitos del futuro*. Barcelona: Ariel, 2015.
- HARARI, Yuval Noah. *21 lecciones para el siglo XXI*. Barcelona: Editorial Penguin Random House, 2019.
- HEIDLER MAGALLANES, Mario. “El fin de la privacidad: un acercamiento al pensamiento de Byung-Chul Han”. *Global*, n.º 83 (2018): 67-71.
- JEREZ CASTILLO, Francisbel. “El Reglamento General de Protección de Datos de la UE: un espejo en el que debemos mirarnos”. *Diario Libre*, 29 de mayo de 2015. <https://www.diariolibre.com/opinion/en-directo/el-reglamento-general-de-proteccion-de-datos-de-la-ue-un-espejo-en-el-que-debemos-mirarnos-IM12879809>.
- KEMP, Richard. “Big data and data protection (GDPR and DPA 2018)”. *Thomson Reuters Practical Law*, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/I3cf592bad46211e8a5b3e3d9e23d7429/View/FullText.html?contextData=\(sc.Default\)&transitionType=Default](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/I3cf592bad46211e8a5b3e3d9e23d7429/View/FullText.html?contextData=(sc.Default)&transitionType=Default).
- LENEZA, Paloma. *Data Nomics. Todos los datos personales que das sin darte cuenta y todo lo que las empresas hacen con ellos*. Barcelona: Editorial Planeta, 2019.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe. “La responsabilidad del responsable”. En *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos*. Editado por José Luis PIÑAR MAÑAS, 275-289. Madrid: Reus, 2016.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Juan. “EE. UU. demuestra manipulación electoral a través de Facebook”. *Vanguardia*. 15 de mayo de 2018. <https://www.vanguardia.com/tecnologia/eeuu-demuestra-manipulacion-electoral-a-traves-de-facebook-EE-VL433061>.
- MEJÍA LLANO, Juan Carlos. “Estadística de redes sociales 2020”, 26 de febrero de 2020. <https://www.juancmejia.com/marketing-digital/estadisticas-de-redes-sociales-usuarios-de-facebook-instagram-linkedin-twitter-whatsapp-y-otros-infografia/>.
- MEJÍA, Odalis. “En Santo Domingo participación masiva, pero proceso fue lento”. *Hoy*, 7 de octubre de 2019. <https://hoy.com.do/en-santo-domingo-participacion-masiva-pero-proceso-fue-lento/>.
- MÉNDEZ, Lucía. “La dopamina de las redes”. *Elmundo.es*, 16 de diciembre de 2017. <https://www.elmundo.es/opinion/2017/12/16/5a342ccce5fdea97248b4626.html>.
- NAHABETIÁN BRUNET, Laura. “Protección de datos personales vs. Acceso a la información pública. ¿Derechos fundamentales en conflicto?”. http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/C43D4582907B58900525780800763C5A/%24FILE/nahabetian.pdf.
- PÉREZ TEJADA, Carlos. “¿Quién hace negocio con tu data personal?”. *Diario Libre*, 11 de junio de 2019. <https://www.diariolibre.com/estilos/blogs/martes-de-tecnologia/quien-hace-negocio-con-tu-data-personal-EB13034220>.

- PRATS, Eduardo Jorge. *Derecho constitucional*, volumen II. Santo Domingo: Ius-Novum, 2016.
- SCOLNIK, Hugo. *Qué es la seguridad informática*. Buenos Aires: Paidós, 2014.
- SOLARES, Rafael. “La nomofobia: la adicción a nuestros celulares”. *Forbes México*, 13 de marzo de 2018. <https://www.forbes.com.mx/la-nomofobia-la-adiccion-a-nuestros-celulares/>.
- SUBERO ISA, Jorge. *Tratado práctico de responsabilidad civil dominicana*. Santo Domingo: Corripio, 2018.
- REFOJOS, María. “Teletrabajo y ocio disparan el consumo de internet: ¿están las redes preparadas para el coronavirus?”. *El Periódico*, 19 de marzo de 2020. <https://byznness.elperiodico.com/es/innovadores/20200319/coronavirus-teletrabajo-ocio-consumo-internet-preparados-7895752>.
- TOFFLER, Alvin y Heidi TOFFLER. *La revolución de la riqueza*. Ciudad de México: Editorial Random House Mondadori, 2006.
- RODRÍGUEZ, Namphi. “Gaceta Judicial. Redes sociales, campañas electorales y libertad de expresión: límites constitucionales”. *Gacetas Judiciales*, 386, 2019. https://do.vlex.com/vid/redes-sociales-campanas-electorales-839612146?_ga=2.177582373.1850323928.1601907386-275380030.1601907386.

William Herrera Áñez* (Bolivia)

Gobierno abierto y acceso a la información pública

RESUMEN

El presente trabajo pone de manifiesto algunos aspectos del gobierno abierto, así como la necesidad de institucionalizar el acceso a la información pública en Bolivia. La Organización de las Naciones Unidas promueve el gobierno abierto, que incluye cuatro principios fundamentales: transparencia, rendición de cuentas, colaboración y participación ciudadana. Esta transformación en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como en los niveles subnacionales y locales de gobierno, fortalece la interacción y colaboración con sectores de la sociedad para hacer más efectiva la provisión de los servicios públicos.

El acceso a la información pública no solo es un derecho humano básico y fundamental sino también un instrumento clave para el ejercicio de otros derechos como los económicos, sociales, políticos y culturales. La información veraz y oportuna permite a los ciudadanos tomar decisiones informadas y acciones concretas con el fin de mejorar las condiciones de vida. Con el acceso a la información pública se pueden proteger derechos y prevenir abusos del Estado, así como luchar contra males como la corrupción y el autoritarismo.

Palabras clave: gobierno abierto; transformación del Estado; acceso a la información.

Open government and access to public information

ABSTRACT

This work discusses some aspects of open government, as well as the need to institutionalize access to public information in Bolivia. The United Nations promotes open

* Doctor en Derecho, Universidad de Valencia (España) y especialista en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales. Profesor titular de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal, Universidad Autónoma Gabriel René Moreno. Autor de numerosas publicaciones. Presidente del Tribunal de Autorregulación Ética de la Asociación Nacional de la Prensa de Bolivia, miembro fundador y expresidente de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales. william@herrerabogados.com. <https://orcid.org/0000-0003-2124-7128>.

government, which includes four fundamental principles: transparency, accountability, collaboration and citizen participation. This transformation in the Executive, Legislative and Judicial powers, as well as at the subnational and local levels of government, strengthens interaction and collaboration with sectors of society in order to make the provision of public services more effective. Access to public information is not only a basic and fundamental human right, but also a key instrument for the exercise of other rights, such as economic, social, political and cultural rights. Truthful and timely information enables citizens to make informed decisions and take concrete actions to improve living conditions. With access to public information, it is possible to protect rights and prevent abuses by the State, as well as to fight against evils, such as corruption and authoritarianism.

Keywords: Open government; transformation of the State; access to information.

Open Government und Zugang zu öffentlichen Informationen

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel befasst sich mit einigen Aspekten des Open Government sowie mit der Notwendigkeit, den Zugang zu öffentlichen Informationen in Bolivien zu institutionalisieren. Die Vereinten Nationen unterstützen das Open Government einschließlich seiner vier Grundprinzipien: Transparenz, Rechenschaftslegung, Mitarbeit und Beteiligung der Bürgerinnen und Bürger. Diese Transformation von Legislative, Exekutive und Judikative sowie der Regierung auf regionaler und lokaler Ebene stärkt die Interaktion und Zusammenarbeit mit unterschiedlichen Sektoren der Gesellschaft und steigert die Effektivität des öffentlichen Dienstleistungsangebots. Der Zugang zu öffentlichen Informationen ist nicht nur ein grundlegendes Menschenrecht, sondern auch ein entscheidendes Instrument der Ausübung weiterer Rechte, zum Beispiel der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte. Wahrheitsgemäße und angemessene Informationen ermöglichen es den Bürgerinnen und Bürgern, informierte Entscheidungen zu treffen und konkrete Maßnahmen zur Verbesserung der Lebensbedingungen zu ergreifen. Der Zugang zu öffentlichen Informationen ermöglicht es, Rechte zu schützen, staatlichen Machtmissbrauch vorzubeugen und Übeln wie etwa der Korruption oder dem Autoritarismus zu begegnen.

Schlagwörter: Open Government; Transformation des Staats; Zugang zur Information.

1. Configuración del gobierno abierto

El gobierno abierto es una nueva forma de gobernar nuestras sociedades y entender la administración pública. En la perspectiva de Álvarez y Trigo, este tipo de gobierno se caracteriza por la transparencia, la rendición de cuentas, la participación y la colaboración con la finalidad de aprovechar el conocimiento de la ciudadanía e

implicarla en la mejora de nuestras sociedades.¹ Sin embargo, toda esta transformación estatal exige un cambio de paradigma y valores: busca transparentar la gestión pública y la rendición de cuentas, garantizar el acceso a la información pública, y fortalecer la interacción y colaboración con los diversos sectores de la sociedad para hacer más efectiva la provisión y la calidad de los servicios públicos, incorporando la participación ciudadana en todo el ciclo de políticas públicas.

En la Asamblea General de las Naciones Unidas, que se llevó a cabo en septiembre de 2015, aprobaron la agenda 2030 para el desarrollo sostenible, que incluye un conjunto de 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS) para poner fin a la pobreza, luchar contra la desigualdad y la injusticia, y hacer frente al cambio climático. Uno de los principales desafíos de la agenda para el desarrollo sostenible consiste en configurar un nuevo marco de gobernanza pública y una renovada arquitectura estatal que garantice, de acuerdo con el Objetivo 16, la promoción de sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, la facilidad de acceso a la justicia para todos y la creación de instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.

Para las Naciones Unidas, el gobierno abierto constituye un medio de referencia para alinear el cumplimiento de los objetivos de la agenda 2030 y, dados los recientes avances alcanzados por los 15 países de la región que actualmente son parte de la alianza para el gobierno abierto, pareciera importante transitar hacia la idea de un Estado abierto, es decir, hacia un esfuerzo institucional por promover y articular políticas y estrategias en materia de transparencia, acceso a la información y datos abiertos, rendición de cuentas, participación ciudadana y colaboración e innovación cívica en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como también en los niveles subnacionales y locales de gobierno.

Según los autores, el gobierno abierto incluye cuatro principios fundamentales: transparencia, rendición de cuentas, colaboración y participación. La promoción de estos principios contribuye a fortalecer los sistemas democráticos, a incrementar los niveles de confianza de la ciudadanía en las instituciones políticas, a potenciar el compromiso cívico y a mejorar la calidad y efectividad de los gobiernos y sus administraciones públicas bajo principios de equidad e integridad.

El gobierno abierto constituye una nueva forma de gobernar, en la que debe haber un permanente intercambio entre gobierno y ciudadanía, y en la cual internet y las tecnologías cumplen un papel fundamental. En este sentido, se necesitan marcos institucionales y bases legales adecuadas, sistemas de gestión más sofisticados y, sobre todo, un profundo cambio en la cultura de las organizaciones públicas. Como un nuevo paradigma de gestión pública, el gobierno abierto debe considerarse

¹ Verónica Álvarez y María Fernanda Trigo, “Gestión pública, gobierno abierto y fortalecimiento de la democracia en América”, en *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*, ed. por Alejandra Naser, Álvaro Ramírez-Alujas y Daniela Rosales (Santiago: Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2017), 40.

desde su inicio como un proyecto integrador que propone entender la gestión de lo público como una tarea compartida que requiere la participación de la ciudadanía.

El acceso a la información pública reduce las posibilidades de corrupción, facilita la participación ciudadana, legitima las decisiones del gobierno, favorece la generación de actividades económicas y permite corregir errores y evaluar la gestión pública para mejorar la provisión de bienes y servicios. La transparencia no solo se refiere a establecer una barrera contra la corrupción y los abusos de poder, sino también al derecho de todo ciudadano al acceso a la información pública. Este derecho permite que todo ciudadano pueda acceder y conocer cualquier información generada por el Estado y la administración en ejercicio del gobierno. De ahí que se encuentra estrechamente ligado a los conceptos de democracia y gobernabilidad democrática, en tanto que permite a los ciudadanos ejercer sus derechos políticos, económicos, sociales y culturales. En realidad solo a través del conocimiento oportuno y amplio de la información pública los ciudadanos podrán contar con elementos suficientes que les permitan tomar decisiones adecuadas para su vida.

El gobierno abierto exige reformas legales e institucionales y sobre todo culturales, para que las promesas y los cambios ofrecidos tengan efectos reales en la mejora de la calidad de los servicios públicos. Los marcos legales y los planes estratégicos de políticas públicas relacionadas con estos temas son condiciones necesarias, aunque no suficientes, para que las posibilidades que genera esta nueva forma de entender la gestión pública se concreten. Es necesario plasmar reformas y garantizar las condiciones para que toda la ciudadanía pueda participar de los avances en condiciones de igualdad.

Entre los numerosos desafíos que enfrentan los gobiernos, según las autoras, se destacan: i) reforzar el papel de los gobiernos subnacionales en la construcción de la agenda de gobierno abierto, ii) lograr que el gobierno abierto llegue a todo el territorio y a todos los sectores de la población, iii) hacer que la brecha tecnológica no agudice las desigualdades existentes en la estructura social, iv) garantizar canales efectivos de participación y brindar la información necesaria para que los ciudadanos puedan hacer pleno uso de esos canales y v) construir, en conjunto con la ciudadanía, una cultura de apropiación de lo público que ponga el acento no solo en los derechos sino también en los deberes ciudadanos. Es necesario entonces que la innovación atraviese todos los niveles de la administración.²

Los factores estructurales económicos, sociales y de inclusión explican una parte de este déficit de participación, que también tiene raíces en la incapacidad de algunos gobiernos de crear canales y herramientas accesibles para que la ciudadanía se involucre. Se deben enseñar las capacidades mínimas de acceso y análisis de la información pública y proporcionar diversos canales de participación para que los

² Álvarez y Trigo, "Gestión pública, gobierno abierto y fortalecimiento de la democracia en América", 48.

ciudadanos no solo los conozcan, sino que cuenten con las habilidades para poder hacer pleno uso de ellos.

Compartimos con las autoras en el sentido de que la responsabilidad de construir gobiernos abiertos y participativos no debería recaer exclusivamente sobre las administraciones públicas. Uno de los objetivos cruciales del gobierno abierto es establecer una cultura de corresponsabilidad, en la cual el sector público y la ciudadanía colaboran en la elaboración, implementación y evaluación de las políticas públicas; es decir, una cultura de gestión pública participativa. Para consolidar gobiernos abiertos, transparentes, cercanos y efectivos es necesario un cambio cultural que recupere y fortalezca el valor de lo público y de lo cívico.

El derecho de acceso a la información genera obligaciones para todas las autoridades públicas de todas las ramas del poder y de los órganos autónomos, de todos los niveles de gobierno. Este derecho también vincula a quienes cumplen funciones públicas, presten servicios públicos o ejecuten, en nombre del Estado, recursos públicos.

Según la Organización de los Estados Americanos (OEA), todas las personas tienen derecho a pedir y recibir información que les permita participar en los asuntos políticos y monitorear los actos del Estado para asegurar que la gestión pública sea más transparente y responsable, y lograr que sus acciones respondan a las necesidades de la población.³

La transparencia es un conjunto de actos mediante los cuales los ciudadanos tienen el derecho de conocer la información que poseen los gobiernos y las administraciones públicas.

En la interpretación de la Corte IDH, el acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.⁴ El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad.

Este activismo ciudadano es justamente uno de los ideales que subyacen a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la Carta Democrática Interamericana (art. 4). El acceso a la información es una herramienta que se ajusta perfectamente a lo que se espera de los miembros de una sociedad democrática.

³ Departamento para la Gestión Pública Efectiva y Organización de los Estados Americanos, “El acceso a la información pública, un derecho para ejercer otros derechos” (Washington: DGPE y OEA, 2013), 8.

⁴ Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 86-87.

Con el acceso a la información pública se pueden proteger derechos y prevenir abusos del Estado, así como luchar contra males, como la corrupción y el autoritarismo.

Es también una herramienta particularmente útil para el ejercicio informado de otros derechos como los políticos o los sociales y económicos. Esta situación es especialmente relevante para la protección de sectores sociales marginados o excluidos, que no suelen tener a su disposición mecanismos de información sistemáticos y seguros, que les permitan conocer el alcance de sus derechos y la forma de hacerlos efectivos. Una ciudadanía activa que exige información debe verse respaldada por una estructura estatal democrática. De ahí que transparencia y rendición de cuentas vayan de la mano: para que podamos exigir a los gobiernos que sean responsables de lo que hacen y las decisiones que adoptan es necesario que podamos acceder a la información que tienen en su poder.

2. Características del gobierno abierto

En la configuración del gobierno abierto o Estado moderno deben concurrir como elementos caracterizadores, según Montero, la participación ciudadana, la transparencia, la tecnología de la información y la colaboración, a saber:⁵

2.1. Transparencia

Es preciso reafirmar el rol que juegan la transparencia y la rendición de cuentas en el despliegue del gobierno abierto y la eficacia de la administración pública. Estas herramientas se han convertido, además, en derechos ciudadanos (el derecho a saber) y en deberes de las autoridades públicas (el deber de informar). Hoy no se trata de una opción que tengan los funcionarios públicos, sino de una obligación que se les impone. Las autoridades públicas deben actuar en un marco de transparencia activa, de modo que no deben esperar que les soliciten la información, sino que deben colocarla a disposición de los interesados por todos los medios posibles.

En materia de rendición de cuentas, cabe reiterar que las crisis (en todo sentido y naturaleza) terminan distorsionando la realidad e imponiendo el autoritarismo y la prepotencia entre muchos funcionarios públicos, que han pretendido no rendir cuentas a nadie o han mentido de forma descarada, sin informar de lo que en verdad ocurre en las instituciones. Es importante valorar también en ese contexto los controles del Estado y la administración pública. Aunque a menudo se opone resistencia a ello, deben funcionar con normalidad los controles internos y externos, los recursos administrativos y jurisdiccionales y el control social, entre otros. Vale

⁵ Gregorio Montero, "Del gobierno abierto al Estado abierto: la mirada del centro latinoamericano para el desarrollo", en *Desde el gobierno...*, 59-61.

resaltar el rol de la auditoría social, un instrumento para que la sociedad coopere con el Estado en el logro de sus fines.

2.2. Participación ciudadana

La participación de los ciudadanos en la gestión pública juega un papel fundamental. Es evidente que esta participación conduce a un esquema en el que obligatoriamente hay que cumplir con el ciclo básico de las políticas públicas. No se puede olvidar la inclusión social como una condición de éxito del Estado moderno, que hoy toma ribetes importantísimos, pues la distribución equitativa de las riquezas es uno de los retos más urgentes que se enfrentan.

La participación ciudadana debe tener reconocimiento jurídico-constitucional y legal. No obstante, hay que ser consciente de que no habrá gobernabilidad democrática ni desarrollo humano mientras no se asuma como un derecho la participación ciudadana, con reconocimiento pleno de mecanismos formales, informales, directos o indirectos, que garanticen el empoderamiento de la gente como forma de potenciar la administración pública, de exigir resultados al funcionario, de legitimar la actuación de la administración a través del control social y de procurar que el ciudadano colabore y asuma responsabilidad en el proceso administrativo. Y para que la participación sea cualificada debe darse en tres niveles esenciales: disponibilidad de la información, consulta y participación activa.

2.3. Colaboración

Es necesario asumir con firmeza los distintos planos en que la colaboración debe producirse en un contexto de gobierno abierto. No se trata solo de la colaboración entre el sector público y el sector privado. Está claro que ambos deben generar alianzas a partir del reconocimiento pleno de sus roles distintos en pro del desarrollo, pero también hay que entender la necesidad de colaboración entre instituciones del propio sector público, tanto en el ámbito central como en el descentralizado.

También se debe tomar en cuenta, desde la perspectiva de la cooperación y la innovación cívica, la relación existente con la participación ciudadana. Si esa participación es cualificada, se convierte en un instrumento colaborativo para la mejora de la gestión. Las organizaciones sociales resultan piezas fundamentales en los procesos colaborativos.

2.4. Tecnología de la información

Las herramientas tecnológicas constituyen un componente central para la concreción del gobierno abierto. El uso intensivo de la tecnología en la administración pública, así como el desarrollo del gobierno electrónico, tienen que convertirse en

un derecho ciudadano. Las redes sociales constituyen no solo una herramienta fundamental que permite a las personas vincularse y conectarse de manera ágil, veloz y efectiva, sino también un potencial único para la conformación del gobierno abierto y el ejercicio de la libertad de expresión y el acceso a la información pública.

Las limitaciones en el acceso a internet, incluyendo las desconexiones totales o parciales, la ralentización de internet, los bloqueos temporales o permanentes de distintos sitios y aplicaciones constituyen restricciones ilegítimas a los derechos a la libertad de expresión y al acceso a la información pública. Los Estados deben permitir y fomentar el uso abierto y libre de internet, así como de todas las demás formas de comunicación y las excepciones a dicho acceso han de estar claramente establecidas en la ley.

Para Montero, el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD)⁶ ha desplegado acciones en diferentes países con miras a la reforma y la transformación del Estado, desde una perspectiva de modernización, innovación e institucionalidad democrática.⁷ Entre estas acciones existen documentos con contenidos doctrinarios, estratégicos y orientadores de los procesos que tienen lugar en la región, con el fin de contribuir a una adecuada gestión pública en el siglo XXI, como se muestra a continuación.

- La Carta Iberoamericana de la *función pública* fue aprobada en junio de 2003. En ella se definen criterios orientadores y principios rectores, como los de legalidad, igualdad, ética, mérito, estabilidad, eficiencia, evaluación y otros. Sobre esa base se recomienda el diseño y rediseño de los sistemas de servicio civil y de carrera administrativa como instrumentos de profesionalización de la función pública, tomando como referencia los subsistemas técnicos de gestión del talento humano. Está claro que la construcción de modelos de carrera administrativa centrados en la ciudadanía y con miras a la generación de un servidor público más comprometido socialmente resulta determinante para el desarrollo del gobierno abierto.
- El Código Iberoamericano de *buen gobierno*, aprobado en junio de 2006, se basa en las corrientes que impulsan en la región el comportamiento ético de los funcionarios públicos, desde una gestión pública centrada en los ciudadanos, en las estrategias de lucha contra la corrupción, en el principio de transparencia y en los postulados de la rendición de cuentas. Tiene como foco o ámbito de aplicación a los altos funcionarios públicos y describe reglas dirigidas a reconfirmar la vocación democrática de los gobiernos iberoamericanos, destacando los derechos políticos, las libertades ciudadanas, los

⁶ El Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo estaba integrado por 22 países de América Latina, España, Portugal y Angola.

⁷ Montero, “Del gobierno abierto al Estado abierto: la mirada del centro latinoamericano para el desarrollo”, 70-73.

intereses de las personas y el sometimiento a la ley y al derecho. También recoge reglas vinculadas a la ética gubernamental sobre asuntos como el abuso de poder, los conflictos de intereses, el tráfico de influencia y el favoritismo.

- La Carta Iberoamericana de *gobierno electrónico* fue aprobada en junio de 2007 y se inspira y fundamenta en la revolución de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), y en la firme convicción de que deben ponerse al servicio de la administración pública, como mecanismo de acercamiento de la gestión pública y la prestación eficiente de servicios públicos para la satisfacción plena de las necesidades ciudadanas. Reconoce la pertinencia de reducir la brecha digital y convertir la sociedad de la información y el conocimiento en una oportunidad para el desarrollo integral de las personas, haciendo énfasis en las que tienen menos oportunidades.
- La Carta Iberoamericana de *calidad en la gestión pública* fue aprobada en junio de 2008 con el objetivo de promover un enfoque común sobre la calidad de la gestión pública. Se basa en conceptos de excelencia y principios como universalidad, legalidad, responsabilidad, eficacia, eficiencia, economía, evaluación, legitimidad, transparencia, cooperación y participación. Aporta una noción de calidad vinculada a la cultura institucional, a la mejora continua y a la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos. Describe los derechos de los ciudadanos frente a la administración pública en un contexto de gestión de calidad. Propone orientaciones, acciones e instrumentos para la formulación de políticas y estrategias de calidad, sobre la base de la innovación, el ciclo de mejora, la participación de los empleados, la gestión por procesos, el liderazgo, el compromiso social y ambiental, y la gestión con miras a obtener resultados. Cabe acotar que desde el CLAD se ha venido promoviendo que, en el caso de la región de América Latina, se aborde la calidad de los servicios públicos como uno de los pilares del gobierno abierto.
- La Carta Iberoamericana de *participación ciudadana en la gestión pública* fue aprobada en junio de 2009, tomando como base el derecho humano de participación, que ya forma parte de las configuraciones jurídicas, incluso constitucionales, de muchos de los países de la región. Realza la construcción social de las políticas públicas desde los intereses generales de los individuos y sus correspondientes vínculos con la sociedad democrática moderna, los derechos ciudadanos, la responsabilidad cívica y la educación. Incorpora principios referenciados en la no discriminación, la igualdad, la autonomía y la corresponsabilidad social, y recomienda la participación de los ciudadanos en el ciclo básico de las políticas públicas, asignando un rol central a la regulación y viabilidad del libre acceso a la información pública, en tanto derecho, como condición determinante de una participación cualificada y eficaz en la gestión pública.

- El documento *Bases para una estrategia iberoamericana de interoperabilidad*, aprobado en 2010, establece los elementos conceptuales de la interoperabilidad, en el marco del desarrollo del gobierno electrónico, asociados a la capacidad que tienen las organizaciones y los sistemas diversos y dispares de interactuar y obtener beneficios mutuos. Se destacan distintos niveles de interoperabilidad: técnico, semántico, organizativo, intraadministrativo, horizontal, vertical, entre otros. También se hace hincapié en los beneficios para todos los involucrados en los procesos de interoperabilidad, los principios que la sustentan, así como la metodología y la arquitectura tecnológica requerida. Por ejemplo, los equipos, los programas informáticos, la conectividad, la información por compartir y los medios de acceso. El documento deja claro que la interoperabilidad es condición esencial para el establecimiento y desarrollo del gobierno electrónico. Esto se hace mucho más condicional tratándose del gobierno abierto.
- En el documento *Modelo iberoamericano de software público para el gobierno electrónico*, aprobado también en 2010, se propone un diseño de *software* público internacional a partir de la experiencia brasileña. Se plantea un entorno de colaboración entre usuarios, desarrolladores y prestadores de servicios, con una proyección internacional que involucre necesariamente la voluntad de los Gobiernos de los países integrantes del CLAD. Y se recomienda la aprobación de una política pública que resuelva problemas del Gobierno y de la sociedad. De lo que se trata fundamentalmente es de adoptar un conjunto de programas informáticos funcionales que llegue a los gobiernos de la región y a la sociedad con toda la documentación necesaria para su instalación, con servicios como página web, foro de discusión, soporte técnico, proyectos, control de versiones, entre otros. También debería contener procedimientos simplificados que faciliten la interacción de los ciudadanos con la administración pública y la garantía de que la propiedad intelectual esté disponible al igual que la licencia, con miras a satisfacer demandas sociales en un ámbito de producción colaborativa.
- En el documento *Gestión pública iberoamericana para el siglo XXI*, aprobado en 2010, se sintetizan las experiencias del CLAD en el despliegue de los documentos y las estrategias anteriores. Se justifica en la dinámica de la gestión pública y la necesidad de interpretar permanentemente los fenómenos que se van produciendo en la región. Se incorporan las nuevas reflexiones que el CLAD ha venido haciendo en los últimos años en materia de gestión pública, partiendo de una crítica constructiva de los hechos pasados y una lectura objetiva de los presentes. Se pretende construir una vía para impulsar la integración regional mediante el intercambio de ideas y buenas prácticas en materia de reforma, modernización, gestión e innovación. El documento, que contiene varios de los componentes del gobierno abierto, representa una interesante herramienta para avanzar en la articulación de un modelo

adaptable a la gestión pública de los gobiernos de América Latina, resultado de la participación de todos los países y sobre la base de sus propias realidades y experiencias, muchas de las cuales resultan comunes.

- La *Carta iberoamericana de derechos y deberes de los ciudadanos* en relación con la administración pública fue aprobada en 2013 con miras a reconocer que los ciudadanos tienen un derecho fundamental a la buena administración. Se recomienda que los países incorporen a su ordenamiento jurídico y prácticas de gestión un conjunto de principios, derechos, garantías, conceptos e instrumentos que propicien una interacción respetuosa y digna con los usuarios de servicios públicos y trámites administrativos. Y se destacan principios como el interés general, la objetividad, la eficiencia, la ética, la transparencia, la participación y la protección de la intimidad. Se contemplan derechos específicos, como los de participación en las actuaciones administrativas, servicios públicos de calidad y trámites racionales, presentación de quejas y reclamaciones, acceso a los resultados de la evaluación de la gestión y a la información pública, por ejemplo, sobre el estado de los procedimientos administrativos. Y como se parte del criterio de la corresponsabilidad, la carta orienta sobre un conjunto de deberes que se imponen a los ciudadanos, a saber, lealtad, buena fe, veracidad, responsabilidad, respeto y colaboración.

La OEA ha reafirmado la importancia del acceso a la información pública. La Carta Democrática Interamericana (art. 4) establece: “Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”.

3. La Ley Modelo sobre acceso a la información pública aún no ha tenido receptividad en Bolivia

La demanda de acceso a la información pública ha estado presente, cada vez con más fuerza, en la agenda política de los países de América Latina, con excepción de Bolivia. Esto se refleja en los diversos instrumentos emanados de los cuerpos políticos de la OEA, a partir de los cuales se impulsan acciones para fortalecer los marcos legales y para promover la implementación de políticas y medidas dirigidas a garantizar este derecho.⁸

Con este propósito, la Asamblea General de la OEA encomendó al Departamento de Derecho Internacional la elaboración de un “proyecto de ley modelo sobre acceso a la información” y una “guía para su implementación” con la colaboración

⁸ Departamento para la Gestión Pública Efectiva y Organización de los Estados Americanos, “El acceso a la información pública, un derecho para ejercer otros derechos”, 16.

del Comité Jurídico Interamericano, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión y el Departamento de Modernización del Estado y Gobernabilidad, con la cooperación de los Estados miembros, la sociedad civil y otros expertos, para servir como modelo de reforma en el hemisferio. Esto demuestra el creciente reconocimiento del derecho de acceso a la información pública como una herramienta fundamental para promover la participación ciudadana en el monitoreo y control del accionar del Estado y, al mismo tiempo, como un componente esencial para transparentar la gestión.

A tiempo de aprobar la Ley Modelo Interamericana sobre el Acceso a la Información Pública, la OEA estableció que el acceso a la información pública era un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública, y que en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información.

La Corte IDH ha reconocido, en este sentido, que el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que posibilita que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas.⁹ El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública mediante el control social que se puede ejercer con dicho acceso. El control democrático por parte de la sociedad a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad.

La Constitución boliviana (arts. 106-107) proclama el derecho a la libertad de expresión, de opinión y de información, así como a la rectificación y a la réplica, y el derecho a emitir libremente las ideas por cualquier medio de difusión, sin censura previa. Y exige que los medios de comunicación social contribuyan a la promoción de los valores éticos, morales y cívicos de las diferentes culturas del país. Reconoce igualmente la obligación de rendir cuentas sobre las responsabilidades económicas, políticas, técnicas y administrativas en el ejercicio de la función pública, y la participación y control social (arts. 235.4-241 CPE).

Sin embargo, en el gobierno de Evo Morales (2006-2019), tanto la rendición de cuentas como el control social fueron meras formalidades, poco relevantes. El control social estaba en manos de los movimientos sociales afines al partido gobernante, que eran utilizados en función de los intereses partidarios, de modo que no

⁹ Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, cit., párrs. 86-91.

fiscalizaban al Estado, ni buscaban una transformación de la administración pública, ya que no tomaron ninguna iniciativa legislativa en ese sentido.

El único intento que hubo de institucionalizar el acceso a la información pública en Bolivia fue en el gobierno de Carlos Mesa, mediante el Decreto Supremo 27329 de 31 de enero de 2004, cuando estableció que todas las instituciones del Poder Ejecutivo, tanto a nivel central como descentralizado, autárquico y desconcentrado, deberían hacer públicos, a través de las respectivas páginas electrónicas o por cualquier otro medio alternativo de cada ministerio, prefectura y entidad desconcentrada, las siguientes características e indicadores: presupuesto aprobado por el Tesoro General de la Nación (TGN), el número de funcionarios y personal eventual pagados por el TGN, así como por otras fuentes de financiamiento; términos de referencia del personal contratado; objetivos y metas planteados en los respectivos programas operativos anuales; reportes de ejecución presupuestaria, de manera anual; planes anuales de contratación de bienes y servicios enviados al Sistema de Información de Contrataciones del Estado (Sicoes).

Por su parte, la Ley 974 de 4 de septiembre de 2017 creaba y ponía en funcionamiento las unidades de transparencia y lucha contra la corrupción en todos los niveles y reparticiones del Estado, con la finalidad de promover e implementar planes, programas, proyectos y acciones de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción, entre otras funciones específicas. Y por transparencia entendía la práctica y el manejo visible de los recursos del Estado por los servidores públicos, fueran personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que prestaran servicios o comprometieran recursos del Estado. También figuraba la gratuidad y la celeridad en la administración de justicia; además, todo ciudadano tenía el derecho a una pronta, efectiva y transparente administración de justicia. De la misma forma, la defensa del Patrimonio del Estado exigía a los bolivianos denunciar todo acto o hecho de corrupción.

En realidad, las tres instituciones bolivianas (rendición de cuentas, control social y unidades de transparencia) contrastaban con la idea del gobierno abierto, que supone la realización de todas las acciones necesarias para garantizar la transparencia y el acceso a la información, facilitar espacios de participación ciudadana y luchar frontalmente contra la corrupción. Todo esto va de la mano de las tecnologías de la información y las comunicaciones, sin olvidar que aún existen brechas digitales y económicas que obligan al Estado a repensar la forma en que se relaciona con todas las personas en condición de igualdad.

4. Acceso a la información pública

El acceso a la información pública es un derecho humano universal, consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

Este derecho se rige por el principio de universalidad, ya que toda persona tiene el derecho a “realizar solicitudes de información en forma anónima” y a “solicitar información sin tener que justificar las razones por las cuales se solicita la información”.¹⁰ Y quien accede a la información pública tiene derecho a hacerla circular en la sociedad para que esta pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. El derecho de acceso a la información comparte así las dimensiones individual y social del derecho a la libertad de expresión, las cuales deben garantizarse simultáneamente por el Estado. La Corte IDH ha reiterado:

Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad.¹¹

El acceso a la información es, en efecto, un derecho humano fundamental, que se encuentra reconocido en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El derecho de acceso a la información pública en las Américas. Estándares interamericanos y comparación de marcos legales*, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II, 2012, 32.

¹¹ Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C, núm. 107, párr. 116.

de 1966, el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana.

Por su parte, la Unesco celebró las jornadas sobre “marcos legales que garantizan y promueven el libre acceso de los ciudadanos y de los medios de comunicación a las fuentes de información pública: análisis de casos en América Latina”, en la ciudad de Santo Domingo, República Dominicana, entre el 30 y 31 de julio de 2002, en donde se produjo la Carta de Santo Domingo por el libre acceso a la información pública.¹²

La Carta de Santo Domingo buscaba reconocer que el libre acceso de las personas a las fuentes de información pública era i) un derecho humano universal y un principio democrático inherente al derecho a la información, a la libertad de expresión y de prensa; ii) contribuye a la transparencia de la gestión pública, combate la corrupción y la cultura del secreto como práctica y asegura un mayor grado de eficiencia en el manejo de la cosa pública; iii) garantiza la participación ciudadana en la toma de decisiones de interés público, factor indispensable para la construcción de una cultura democrática; iv) es imperativo que la totalidad de los países de la región resuelvan el vacío legislativo existente mediante la aprobación de leyes con sentido democrático que garanticen el libre acceso a la información pública; v) es menester que en los países en que existan estas leyes, estas no se vean impedidas o distorsionadas en su aplicación o vigencia por reglamentaciones limitativas del derecho de libre acceso a la información pública.

En la interpretación de la Corte IDH, cuando la Convención estipula expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Así se ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando, por algún motivo permitido por la Convención, el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto.¹³

La Ley modelo sobre Acceso a la Información adoptada por la Asamblea General de la OEA recomienda a los Estados que la ley se aplique a

Toda autoridad pública perteneciente a todas las ramas del gobierno (poderes ejecutivo, legislativo y judicial) y en todos los niveles de la estructura gubernamental interna (central o federal, regional, provincial o municipal) [...]; a los órganos, organismos o entidades independientes o autónomos de

¹² Alejandro Fuenmayor Espina, *El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública. Análisis jurídico y recomendaciones para una propuesta de Ley Modelo sobre el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública* (San José: Oficina de la Unesco para Centroamérica, 2004), 13.

¹³ Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, cit., párr. 77.

propiedad del gobierno o controlados por el mismo, bien actuando por facultades otorgadas por la Constitución o por otras leyes y [...] a las organizaciones privadas que reciben fondos o beneficios públicos sustanciales (directa o indirectamente), o que desempeñan funciones y servicios públicos, pero solamente con respecto a los fondos o beneficios públicos recibidos o a las funciones y servicios públicos desempeñados.

En la interpretación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el derecho de acceso a la información impone al Estado la obligación de suministrar al público la máxima cantidad de información en cuanto a i) la estructura, funciones, presupuesto de operación e inversión del Estado; ii) la información que se requiere para el ejercicio de otros derechos –por ejemplo, la que atañe a la satisfacción de los derechos sociales como los derechos a la pensión, a la salud o a la educación–; iii) la oferta de servicios, beneficios, subsidios o contratos de cualquier tipo; y iv) el procedimiento para interponer quejas o consultas, si existieren.¹⁴ Dicha información debe ser completa, comprensible, con un lenguaje accesible y actualizada. Y como hay sectores importantes de la población que no tienen acceso a las nuevas tecnologías y muchos de esos derechos pueden depender de que conozcan la información sobre cómo hacerlos efectivos, el Estado debe facilitar el acceso a internet, habida cuenta de que este medio permite el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres.¹⁵

En la declaración conjunta de 2004, los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) precisaron que las autoridades públicas deben tener la obligación de publicar de forma dinámica, incluso en ausencia de una solicitud, toda una gama de información de interés público. El alcance de esta obligación también se precisa en la resolución del Comité Jurídico Interamericano relativo a los “principios sobre el derecho de acceso a la información”, que establece: “Los órganos públicos deben difundir información sobre sus funciones y actividades –incluyendo su política, oportunidades de consultas, actividades que afectan al público, presupuestos, subsidios, beneficios y contratos– de forma rutinaria y proactiva, aún en la ausencia de una petición específica, y de manera que asegure que la información sea accesible y comprensible”. Esta obligación incluye el deber de no interferir con el derecho de acceso a la información de todo tipo, el cual se extiende a la circulación de información que pueda o no contar con el beneplácito personal de quienes representan en un momento dado a la autoridad estatal.

¹⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El derecho de acceso...*, 88-89.

¹⁵ En este sentido, véase el artículo 6.a de la Declaración Conjunta sobre la Libertad de Expresión e Internet de 1º de junio de 2011.

A tiempo de promover la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información, la OEA aclaró algunas de las obligaciones estatales en materia de transparencia activa. Y estableció que “aun en la ausencia de una petición específica, los órganos públicos deberán divulgar información sobre sus funciones de forma regular y proactiva, de manera que asegure que la información sea accesible y comprensible”. Y en el artículo 9 de la Ley Modelo se establece la obligación de “divulgar información de manera proactiva a los efectos de minimizar la necesidad de que los individuos presenten solicitudes de información”. Y el artículo 12 señala en detalle las clases de información clave sujetas a diseminación de manera proactiva por una autoridad pública.

Sin embargo, el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado admite restricciones. En primer término deben estar previamente fijadas por ley como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público. Y dichas leyes deben dictarse “por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. En segundo lugar, la restricción establecida por ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. El artículo 13.2 de la Convención permite que se realicen restricciones para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

En cualquier caso, las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo.¹⁶ Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido; es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.

4.1. El acceso a la información pública garantiza otros derechos

En un sistema democrático, todas las personas tienen derecho a pedir y recibir información que les permita participar en los asuntos políticos y monitorear los actos del Estado para asegurar que la gestión pública sea más transparente y responsable y que sus acciones respondan a las necesidades de la población. El acceso a la información adecuada y oportuna es fundamental para evitar y mitigar riesgos de manera efectiva y promover mejoras en los servicios públicos básicos tales como la salud, la educación, la seguridad pública, impulsando el pleno ejercicio de los derechos y las libertades, a fin de mejorar la calidad de vida. De ahí que el derecho de acceso a la información pública ha sido reconocido jurídicamente como un derecho instrumental a nivel internacional y regional porque permite garantizar otros derechos fundamentales.

¹⁶ Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, cit., párr. 91.

El acceso a la información es un instrumento clave para el ejercicio de otros derechos, tales como los derechos económicos, sociales y culturales (si el gobierno chino, por ejemplo, hubiera habilitado el acceso a la información oportuna sobre el coronavirus, habría permitido tomar medidas mucho más efectivas para contrarrestar los efectos perversos de la pandemia). La información veraz y oportuna permite a los ciudadanos definir ciertas circunstancias que pueden afectar su vida cotidiana y desarrollar la capacidad para tomar decisiones informadas y acciones concretas con el fin de mejorar sus condiciones de vida.

Y como aclaraba la OEA, el acceso a la información pública es un “derecho instrumental” en la medida en que posibilita el ejercicio de otros derechos, y responde de manera efectiva a la necesidad de obtener beneficios específicos del acceso a la información general, así como también la demanda de mejorar la calidad de la información que ofrecen las instituciones.¹⁷ El derecho instrumental requiere que el Gobierno estandarice y publique información específica, resuelva un problema social concreto, producto de mejor información disponible, y que estimule los mecanismos del mercado para lograr un beneficio social específico. Sin embargo, un reto actual para efectivizar este “derecho instrumental” es transformar la información pública y convertirla en un elemento verdaderamente útil para los ciudadanos.

La Corte IDH ha recordado que el artículo 13 de la Convención Americana incluye el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, lo cual protege el derecho de acceso a la información.¹⁸ El derecho de las personas a obtener información se ve complementado con una correlativa obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocerla y valorarla. La obligación del Estado de suministrar información de oficio, conocida como la “obligación de transparencia activa”, impone el deber a los Estados de suministrar información que resulte necesaria para que las personas puedan ejercer otros derechos, lo cual es particularmente relevante en materia de atención a la salud, ya que ello contribuye a la accesibilidad a los servicios de salud y a que las personas puedan tomar decisiones libres, bien informadas, de forma plena. Y reitera que el derecho de acceso a la información adquiere un carácter instrumental porque permite lograr la satisfacción de otros derechos de la Convención.

En realidad, el derecho de acceso a la información es una herramienta clave para el esclarecimiento de los hechos atroces. La Corte IDH ha establecido que toda persona, incluyendo a los familiares de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tiene el derecho a conocer la verdad.¹⁹ En consecuencia, los familiares de las víctimas [o las víctimas], y la sociedad como un todo, deben

¹⁷ Departamento para la Gestión Pública Efectiva y Organización de Estados Americanos, “El acceso a la información pública, un derecho para ejercer otros derechos”, 37.

¹⁸ Caso I. V. vs. Bolivia, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 156.

¹⁹ Caso Gómez Palomino vs. Perú, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 78.

ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones. En el mismo sentido, la relatoría para la libertad de expresión de la OEA, en su Informe Anual de 2009, desarrolla la interpretación sobre la obligación de los Estados de preservar y facilitar acceso a los archivos “cuando se trata de graves violaciones de derechos humanos, la información que pueden reunir estos archivos posee un valor innegable y es indispensable no sólo para impulsar las investigaciones sino para evitar que hechos aberrantes puedan repetirse”.

4.2. La libertad de expresión y el acceso a la información

El papel de los medios de comunicación social en un sistema democrático es vital para asegurar la rendición de cuentas de los gobernantes y mantener a la ciudadanía bien informada acerca de la cosa pública. A su función natural de “perro guardián de la democracia”, hay que añadir la de transmisión de la información y opinión necesarias para que los ciudadanos puedan conocer lo que sucede en la vida política y adoptar sus propias decisiones.

La democracia reclama ciudadanos bien informados, y los medios de comunicación deben cumplir (y cumplen) estas funciones capitales. Pero la formación de la opinión pública no responde al (ingenuo) patrón de búsqueda de la verdad a través de la información y el diálogo, sino que, por muy distintas vías, se abren diferentes posibilidades de manipulación y degradación de la discusión pública. Hay que tener en cuenta, además, que los medios juegan un papel clave no solo en la información de la agenda política, sino en su misma determinación: los temas a los que prestan mayor atención son los que finalmente el público e incluso los gobernantes terminan por identificar como los problemas más importantes.

En este sentido, la Constitución boliviana (arts. 106-107) garantiza el derecho a la libertad de expresión, de opinión y de información, así como a la rectificación y a la réplica, y el derecho a emitir libremente las ideas por cualquier medio de difusión, *sin censura previa*. La Ley Fundamental aclara, no obstante, que los medios de comunicación social deben contribuir a la promoción de los valores éticos, morales y cívicos de las diferentes culturas del país, con la producción y difusión de programas educativos plurilingües y en lenguajes alternativos para discapacitados. La única limitante es que la información y las opiniones emitidas a través de los medios de comunicación social deben respetar los principios de veracidad y responsabilidad.

Esta libertad es, por tanto, esencial para combatir la corrupción, ya que no solo permite socializar la información en poder del Estado, sino que busca una mayor fiscalización de la cosa pública, afianzando así las instituciones democráticas. La libertad de expresión, opinión e información es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas y constituye, además, un requisito indispensable para la existencia de una sociedad democrática. La necesidad de tutelar este derecho se debe a que es un valor esencial e imprescindible para la vida en sociedad,

que si se pierde se pone en peligro la vigencia de los otros principios fundamentales del Estado constitucional de derecho: *sin libertad de expresión, no hay democracia*.

La mayoría de las declaraciones, pactos y convenios han consolidado una doctrina nacional e internacional sólida, de modo que se puede afirmar que la libertad de expresión, de opinión e información en sentido amplio consagra el derecho de toda persona a emitir pensamientos, juicios valorativos, ideas y concepciones, así como a buscar, investigar, recibir, difundir el conocimiento de hechos, datos o situaciones determinadas de relevancia pública, en cualquier forma (oral, escrita, artística, etc.) y por cualquier medio (prensa, radio, televisión, computación, fax, internet, satélite, etc.), sin censura previa. Tal ejercicio de la libertad está sujeto a responsabilidades fijadas previamente por la ley y destinadas al respeto de la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la moral pública.

Aunque no estén explícitamente en la Constitución boliviana, las libertades públicas no solo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, como es la opinión pública. Esta opinión tiene que ser libre y se encuentra indisolublemente ligada al pluralismo político, valor fundamental de nuestra democracia y un requisito básico para el funcionamiento del Estado constitucional de derecho.

En la interpretación del Tribunal Constitucional²⁰ español, este derecho garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que es la base de todo nuestro orden jurídico-político.

Estas libertades presentan la naturaleza propia de los derechos de libertad frente al poder, esto es, no exigen con carácter general más que la pura y simple abstención por parte del Estado. Dicho de otro modo, no pueden convertirse para quienes hacen profesión de la comunicación y de información en un derecho de prestación que los legitime para exigir de los poderes públicos la creación o el mantenimiento de medios de comunicación a través de los cuales puedan comunicar información.

Para el argentino Nino,²¹ otra razón que afecta negativamente el valor epistémico de la democracia, y que es posible encontrar en todo el mundo moderno, es la pobreza del debate público. La discusión acerca de los principios de los sistemas políticos, de las visiones generales de la sociedad y de soluciones para poder lidiar con problemas sociales es a menudo reemplazada por imágenes pictóricas de los candidatos, posiciones extremadamente vagas y llamados a las fibras más emotivas. Existe una marcada falta de seriedad en todo el proceso y esto hace que los candidatos, una vez electos, no se sientan obligados a seguir el resultado del debate público.

²⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia 6/1981 de 16 de marzo.

²¹ Carlos Santiago Nino, *La constitución de la democracia deliberativa* (Barcelona: Gedisa, 1997), 222 y ss.

Este sistema tiene la tendencia a centrar las campañas electorales en personas individuales que son los candidatos a acceder a una posición de poder unipersonal, en lugar de focalizarlas sobre ideologías o propuestas sustantivas. La personalidad del candidato, su vida familiar, sus gustos y *hobbies* son más importantes que las posiciones acerca del tamaño del sector público, el desempleo o la seguridad social.

El deterioro del debate público en la sociedad no se debe simplemente a la dinámica política, sino que también responde a la forma en que operan los medios masivos de comunicación, particularmente la televisión, que controla el proceso político. Estos medios transforman casi todos los hechos y debates en espectáculos superficiales preparados para entretener, lo que da lugar al fenómeno político descrito como “vídeo-poder”. Estos espectáculos no intentan iluminar las controversias políticas y hacer reflexionar a la gente seriamente acerca de las posiciones ideológicas de los diferentes candidatos o acerca de las consecuencias de las políticas en disputa, sino que buscan sorprender a los espectadores con el último escándalo, presentar a figuras políticas como estrellas glamurosas y dirigir la atención hacia el ridículo o lo melodramático.

Las campañas electorales tampoco contribuyen a mejorar el deterioro del debate público. El punto principal sigue siendo el mismo: dado que los parlamentos y los partidos políticos son los principales canales a través de los cuales funciona la democracia deliberativa, sus deficiencias constituyen una debilidad primaria que afecta a la totalidad del sistema.

4.3. La falta de transparencia promueve la corrupción

El secretismo en la administración del Estado ha sido históricamente la regla, y esta no solo promueve la corrupción sino que se constituye en una debilidad de la democracia. Y como hemos sostenido en otra publicación, el principio de publicidad se abre paso con las revoluciones liberales, aunque circunscrito inicialmente a la actividad del parlamento y de los jueces, pero no del poder ejecutivo.²² Así ha funcionado el Estado liberal, con la idea de que el procedimiento de aprobación de la ley en el parlamento sí ha de ser público, pero la actuación del ejecutivo podía mantenerse en secreto. La idea de transparentar el Estado aterrizó en los países escandinavos y anglosajones a partir de la segunda mitad del siglo XX y son ahora los países menos corruptos.

El principio democrático ha llevado a una progresiva ampliación del derecho a acceder a la información que se encuentra en manos de la administración pública, y constituye una herramienta esencial para transparentar la gestión pública y mejorar la calidad en nuestras democracias, signadas por una cultura del secretismo y ocultamiento de la información pública.

²² William Herrera Áñez, *Derecho constitucional boliviano* (Cochabamba: Editorial Kipus, 2019), 237-238.

El acceso a la información como derecho humano constituye un importante avance que necesita ser acompañado por un régimen jurídico que contenga ciertos elementos y garantías para hacerse efectivo. La Corte IDH aclaraba que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención.²³

El sistema interamericano de derechos humanos ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Esta información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que esta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. El derecho a la libertad de expresión incluye la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, en sus dos dimensiones: individual y social, que deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.

De ahí que transparentar la cosa pública sea una obligación legal y constitucional de todo servidor público; incluso, existe normativa expresa como la Convención Americana que busca incrementar y reforzar la transparencia en la actividad pública, que reconoce y garantiza el acceso a la información y establece las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento.

El Gobierno tiene que transparentar la administración pública para mejorar la gestión gubernamental, combatir la corrupción y generar confianza ciudadana. La transparencia es “el mejor desinfectante” contra la corrupción.²⁴ Que la mayoría de los exmandatarios de Latinoamérica, por ejemplo, se encuentren sometidos a la justicia por actos de corrupción evidencia, por un lado, que este fenómeno ha trepado alto y, por otro, la voluntad política de luchar contra este flagelo que amenaza la institucionalidad democrática.

En todos estos casos existen evidencias de que la corrupción ha sido dirigida, en unos casos, y consentida, en otros, desde el mismo Gobierno. Tal es el caso de Rafael Correa en Ecuador, Ignacio Lula Da Silva en Brasil y Cristina Fernández en la Argentina, cuyos gobiernos eran representativos del denominado socialismo del siglo XXI, de origen cubano. Los exgobernantes fueron acusados (y los dos primeros condenados) de liderar estructuras criminales desde el Poder Ejecutivo y recibían

²³ Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, cit., párr. 77.

²⁴ Herrera Áñez, *Derecho constitucional...*, 239.

dineros de Odebrecht y otras empresas a cambio de contratos millonarios con el Estado.²⁵

El caso “Lava Jato” ha sido el mayor escándalo de corrupción en la historia de Brasil, que desnudó al poder político en el saqueo de más de 2.000 millones de dólares de la estatal petrolera, y evidenció un “estado de corrupción” a todo nivel y en los países donde ha operado Odebrecht. En contra de Cristina Fernández ahí están los cuadernos (perfectos testigos mudos del crimen), los empresarios arrepentidos, los bolsos, bolsones, bolsas negras, el automóvil, el chofer, etc. ¿Alguien puede dudar de la trama corrupta presidencial? En contra de Rafael Correa también hay evidencias de la corrupción a plena luz del día. En la medida en que las investigaciones avanzaban, se conocían las distintas formas, montos de dinero entregados, modalidades de los negociados, sobornos, tráfico de influencias y el verdadero asalto y saqueo del erario. El acopio de pruebas de la corrupción se ha facilitado en la medida en que los empresarios brasileños, argentinos y ecuatorianos se han acogido a la figura del arrepentido para recibir beneficios penitenciarios a cambio de colaboración judicial.

La reacción de los acusados siempre ha sido la misma: declararse inocentes, víctimas del revanchismo y perseguidos políticos. Lo evidente es que las prácticas corruptas, sus diferentes formas y maneras no son privativas de ningún país en particular, antes al contrario, se encuentran –como las enfermedades– en todas partes del mundo. Por tanto, este fenómeno se ha convertido en una amenaza global, que socava la legitimidad de las instituciones, atenta contra la sociedad, el orden y el desarrollo sostenible e integral de los pueblos.

Tal es la gravedad de este fenómeno social que las Naciones Unidas y la OEA –por separado– no solo han condenado las prácticas corruptas y exhortado a los Estados para que adopten disposiciones legislativas idóneas, sino que han denunciado los problemas que plantea la corrupción para la estabilidad política e institucional, la seguridad de las sociedades y el imperio de la ley.

El sistemático trabajo de la ONU pone de manifiesto no solo la gravedad del problema, sino también la necesidad de tomar conciencia de los riesgos que suponen las prácticas corruptas, y advierte que se requiere un enfoque amplio y multidisciplinario para prevenir y combatir eficazmente la corrupción. Este fenómeno distorsiona y contamina el sistema económico y financiero –reduciendo la efectividad y calidad de las políticas económicas–, y tiene efectos negativos en los niveles de inversión, crecimiento, igualdad y bienestar de la población. Aparte de sus connotaciones éticas y sociales, la corrupción provoca un costo social en la medida en que las decisiones son ejecutadas por funcionarios públicos sin tomar en cuenta las consecuencias adversas (externalidades negativas estáticas y dinámicas) que ellas tienen

²⁵ En este sentido, véase la introducción de Francisco Durand, *Odebrecht. La empresa que capturaba gobiernos* (Lima: Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019).

sobre la comunidad. De esta manera, la corrupción trastoca e invierte los valores esenciales como la transparencia, la honestidad, la vocación de servicio, etc.

La Convención de la ONU contra la corrupción (art. 10), que ha suscrito el Estado boliviano, exige adoptar, entre otras cosas, las siguientes medidas: a) la instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones, y con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales; b) la simplificación de los procedimientos administrativos, a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones; y c) la publicación de información, lo que podrá incluir informes periódicos sobre los riesgos de corrupción en la administración pública.

La Ley 004 de 31 de marzo de 2010 (art. 23) ha creado el Sistema Integrado de Información Anticorrupción y de Recuperación de Bienes del Estado (Siiarbe), que tiene por objeto la centralización y el intercambio de información de las entidades relacionadas con la lucha contra la corrupción, para diseñar y aplicar políticas y estrategias preventivas, represivas y sancionatorias, además del eficiente seguimiento y monitoreo de procesos en el ámbito de la lucha contra la corrupción.

En cualquier caso, la debilidad institucional generada por la concentración del poder, el prorroguismo, las restricciones a la libertad de expresión y los principios democráticos, la impunidad, la informalidad, la falta de rendición de cuentas, el contrabando, entre otros hechos recurrentes, constituyen el clima propicio para la corrupción y esta se encarga de degradar no solo la gestión del Gobierno, sino también del Estado y de las instituciones representativas.

5. Reflexión final

El gobierno abierto supone una transformación del Estado no solo en el nivel central sino también en los gobiernos subnacionales y toda la administración pública y exige que el Estado funcione y pueda atender y responder de manera transparente, eficiente y efectiva a las demandas ciudadanas como elemento esencial para el fortalecimiento del sistema constitucional de derecho y la democracia. Esta innovación parece imprescindible para democratizar, transparentar y permitir el acceso a la información pública. El acceso a la información pública, además, garantiza el ejercicio de otros derechos; por ejemplo, si el Gobierno chino hubiera informado veraz y oportunamente sobre la existencia y los efectos devastadores del coronavirus, habría facilitado el control y quizás evitado la propagación sorpresiva de la pandemia en el mundo.

El acceso a la información tiene implicaciones importantes en la administración pública, que van mucho más allá de ser un elemento fundamental para la lucha contra la corrupción, por cuanto mejora la participación ciudadana, la legitimidad de las instituciones y de los actores públicos. En cualquier caso, Bolivia necesita sancionar

una ley de acceso a la información pública, y así ponerse a tono con la comunidad internacional y el sistema interamericano que demandan una normativa específica, condición *sine qua non* para avanzar en la institucionalización del gobierno abierto, máxime ahora como consecuencia del coronavirus y los cambios que se imponen en la faz del universo.

Bibliografía

- ÁLVAREZ, Verónica y María Fernanda TRIGO. “Gestión pública, gobierno abierto y fortalecimiento de la democracia en América”. En *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*, editado por Alejandra NASER, Álvaro RAMÍREZ-ALUJAS y Daniela ROSALES. Santiago: Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2017.
- FUENMAYOR ESPINA, Alejandro. *El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública. Análisis jurídico y recomendaciones para una propuesta de Ley Modelo sobre el Derecho de Acceso de los Ciudadanos a la Información Pública*. San José: Oficina de la Unesco para Centroamérica, 2004.
- HERRERA ÁÑEZ, William. *Derecho constitucional boliviano*. Cochabamba: Editorial Kipus, 2019.
- NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- OEA. *El derecho de acceso a la información pública en las Américas. Estándares interamericanos y comparación de marcos legales, Relatoría especial para la libertad de expresión*, OEA/Ser.L/V/II, 2012.
- OEA. Departamento para la Gestión Pública Efectiva y Organización de los Estados Americanos. “El acceso a la información pública, un derecho para ejercer otros derechos”. Washington: DGPE y OEA, 2013.

Jorge Tomás Broun Isaac* (República Dominicana)

Desafíos constitucionales en torno a la tutela del derecho de acceso a la información y libertad de expresión en la era digital

RESUMEN

En este artículo se analizan los retos constitucionales en torno a la libertad de expresión en la era digital, de cara a la consecución de la meta 16.10 de la Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas; se estudia la responsabilidad de los Estados frente al acceso a internet; se identifican los discursos protegidos y los peligros contra la intimidad, y, con ello, la necesidad de regular las redes y las censuras indiscriminadas; por último, se aborda el rol de los tribunales en la tutela de la privacidad e intimidad.

Palabras clave: libertad de expresión; internet; privacidad.

Constitutional challenges related to the protection of the right of access to information and freedom of expression in the digital age

ABSTRACT

This article analyzes the constitutional challenges related to freedom of expression in the digital age, with regard to the achievement of Goal 16.10 of the United Nations 2030 Agenda. It studies the responsibility of the States with regard to internet access; it identifies protected speech and the dangers to intimacy and, with that, the need to regulate the networks and indiscriminate censorship; and finally, it addresses the role of the courts in protecting privacy and intimacy.

Keywords: Freedom of expression; internet; privacy.

* Magíster en Derecho Público y Tutela de Derechos, DIDH y DIH y Derecho Judicial. Juez de primera instancia, docente universitario. Autor de publicaciones sobre ética y derechos humanos. brown.isaac@hotmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-3905-2468>.

Verfassungsrechtliche Herausforderungen hinsichtlich des Schutzes des Rechts auf Zugang zur Information und freie Meinungsäußerung im digitalen Zeitalter

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Artikel unternimmt eine Analyse der verfassungsrechtlichen Herausforderungen bezüglich der freien Meinungsäußerung im digitalen Zeitalter mit Blick auf die Erfüllung des Ziels 16.10 der Agenda 2030 der Vereinten Nationen. Dabei wird auf die staatliche Verantwortung für den Internetzugang eingegangen; die geschützten Diskurse und die Gefahren für die Privatsphäre werden herausgearbeitet und damit auch die Notwendigkeit, die Netze zu regulieren und willkürlicher Zensur vorzubeugen. Abschließend wird auf die Rolle der Gerichte beim Schutz der Privat- und Intimsphäre eingegangen.

Schlagwörter: Freie Meinungsäußerung; Internet; Privatsphäre.

“El acceso a internet es un derecho humano que promueve el progreso de la sociedad en su conjunto”.

FRANK LA RUE, RELATOR ESPECIAL DE LA ONU

Introducción y problemática

El 2020 es el año de inicio de los esfuerzos por la consecución de los objetivos de la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la cual establece que la meta 16 de los Estados parte es promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas, y destaca la importancia de garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales.

La importancia de esta meta para el logro del objetivo general, el desarrollo sostenible de las naciones, es que la realización efectiva de esos derechos resulta indispensable para el bienestar integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada.

El ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y de acceso a la información pública es indispensable para la sostenibilidad de los Estados de derecho, puesto que mediante su ejercicio se ponen en ejecución las herramientas que permiten la protección efectiva de otras prerrogativas de igual jerarquía (otros derechos civiles y políticos, económicos, sociales, culturales y medioambientales, entre otros), pero, sobre todo, se exige al Estado y a sus gobernantes la debida transparencia en sus actuaciones, impulsándolos a actuar con acierto en los procesos de administración de la cosa pública; es decir, con base en el ejercicio de la libertad de expresión se genera

un *contrapeso* al poder¹ –político, económico–, o sea, es un instrumento idóneo para controlar y redireccionar a quienes representan al pueblo.

El lado oscuro es que transcurridos más de 230 años de la proclamación de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, posterior a la Revolución Industrial, la humanidad –arrastrada por el capitalismo, el individualismo y la ambición de poder–, amparada en la *libertad de expresión*, continúa propagando por todas las vías, pero sobre todo vía las redes de internet, discursos hacia determinados grupos vulnerables,² para imponer sus ideologías, alcanzar y mantener el poder y lograr la obtención de beneficios particulares.

La expansión vertiginosa de estos discursos vía internet ha provocado que estas manifestaciones de odio encuentren, lamentablemente, una manera más efectiva de difundirse. De acuerdo con el informe Raxen: “Discurso de odio y tsunami de xenofobia e intolerancia”, todavía existen en España más de 1.000 webs que promueven la intolerancia y la xenofobia;³ otro ejemplo es que en Kenia, luego de las violentas elecciones del año 2007 (que dejaron más de 1.000 muertos y 600.000 desplazados), se firmó en el año 2013 el Proyecto Umati, con el fin de analizar la circulación de discursos de odio en internet,⁴ pero esto no ha sido suficiente.

Otra problemática actual es la desigualdad social que impide el acceso a las redes de internet. Según informe rendido por la Unesco, la mitad del total de los alumnos, unos 826 millones de estudiantes, que no pueden asistir a la escuela debido a la pandemia del covid-19, no tienen acceso a una computadora en el hogar, y el 43 % (706 millones) no tiene internet en sus casas, en un momento en que se utiliza la educación a distancia por medios digitales para garantizar la continuidad de la enseñanza en la inmensa mayoría de países.⁵

Por otro lado, la censura indiscriminada de publicaciones en las redes sociales por parte de empresas privadas sin regulación alguna constituye otro de los problemas que enfrenta el mundo virtual.

Las problemáticas descritas en los párrafos que anteceden configuran retos en materia de derechos fundamentales en la era digital, que analizaremos en adelante;

¹ Emilio Suñé Contreras, “Libertad de expresión en el ciberespacio” (tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2015), 165, <https://eprints.ucm.es/33067/1/T36374.pdf>.

² Fran Llorente y Curro Aguilera, “¿Hay más odio en las redes sociales?”, *Actualidad*, 2016, <http://www.rtve.es/las-claves/el-odio-en-las-redes-sociales-2018-04-26/>.

³ Laura Bustos Martínez, *Discursos de odio: una epidemia que se propaga en la red. Estado de la cuestión sobre el racismo y la xenofobia en las redes sociales* (Madrid: Universidad Complutense, 2019), 3, <https://revistas.ucm.es/index.php/MESO/article/download/64527/4564456551208/>.

⁴ Natalia Torres y Víctor Taricco, *Los discursos de odio como amenaza a los derechos humanos* (Buenos Aires: Universidad de Palermo, Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información, 2019), 6, https://www.palermo.edu/Archivos_content/2019/cele/Abril/Los-discursos-de-odio_Torres-y-Taricco.pdf.

⁵ “Un alto porcentaje de la población mundial no tiene computadora ni internet para estudiar en casa”, *El Listín Diario*, 23 de abril de 2020.

de antemano, nos formulamos los siguientes interrogantes: ¿Cuál es la responsabilidad de los Estados frente al derecho a internet? ¿Pueden las empresas privadas censurar información digital sin limitación? ¿Qué criterios deben valorarse para determinar la procedencia de la censura de una publicación? ¿En cuáles casos prevalece el derecho de acceso a la información ante la privacidad e intimidad de las personas?

1. Responsabilidad estatal frente al acceso a la información en la era digital: derecho a internet como derecho humano

La razón de ser de todo Estado de derecho debe ser garantizar, proteger y evitar violaciones de derechos humanos; así se colige del artículo 1 del Pacto de San José de 1969, el cual establece dos importantes obligaciones para los Estados parte: respetar los derechos humanos de todos los individuos sujetos a su jurisdicción y garantizar su ejercicio y goce.

La obligación de *respetar* en términos generales implica que los Estados se abstengan de interferir directa o indirectamente en el disfrute de los derechos,⁶ cohibiéndose de ejecutar actos públicos que impliquen la privación de alguno de los derechos consagrados en el Pacto,⁷ o de evitar actos de discriminación con relación al goce de cualquiera de ellos;⁸ y la obligación de *garantizar* impone al Estado emprender las acciones necesarias para asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos plenamente.⁹

⁶ Nicolás Espejo Yaksic, “Justiciabilidad, política y Estado social y democrático de derecho: los derechos sociales como test” (borrador) (Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, 2011), <http://www.oda-alc.org/documentos/1341423255.pdf>.

⁷ En este sentido, el Comité ha señalado respecto a los desahucios forzados: “[...] el Comité considera que las instancias de desahucios forzados son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto y solo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional” [Comité DESC, Observación general 4, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), E/1991/23, 13 de diciembre de 1991, párr. 18].

⁸ La prohibición de ejecutar actos de discriminación –sea por medio de actos administrativos o leyes– es una de aquellas obligaciones negativas que rigen de modo inmediato para todos los Estados que han ratificado el Pidesc. Como ha señalado el Comité del Pidesc: “En particular, aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones de efecto inmediato [...] Una de ellas [...] consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación’...” [Comité DESC, Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), E/1991/23, 14 de diciembre de 1990, párr. 1].

⁹ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 04, párr. 166.

En el Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) señaló:

166. La segunda obligación de los Estados partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

Esta acción del Estado no debe ser solo formal, es por ello que la Corte añadió:

167. La obligación de garantizar [...] no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Estas obligaciones convencionales adquieren mayor relevancia en la actualidad, momento en el que la humanidad atraviesa por la tercera revolución industrial o *revolución tecnológica* y se encuentra en plenos albores de la cuarta revolución o *industria 4.0*, con cantidades de herramientas y aparatos que han alterado de manera significativa el desarrollo del ser humano en su paso por la historia y mejorado de generación a generación nuestras condiciones de vida. Estos avances facilitan la vida de las personas; sin embargo, su seguridad personal se ve mermada ante el intercambio, la difusión y el uso no consentido de información vía las redes de internet.

“[E]sta es la principal razón por la que surgen los *derechos de la cuarta generación*, basados en la necesidad de asegurar a todos los individuos el acceso a las tecnologías de la información, comunicación, seguridad y protección de datos”.¹⁰ Dentro de estos se pueden citar el derecho de acceso a la informática, el derecho a acceder al espacio que supone la nueva sociedad de la información en condiciones de igualdad y de no discriminación, el derecho a la autodeterminación informativa, el derecho al *habeas data* y a la seguridad digital, entre otros.

¹⁰ Jesús Ortega Martínez, *Sociedad de la información y derechos humanos de la cuarta generación. Un desafío inmediato para el derecho constitucional* (México: Universidad Autónoma de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004), edición en PDF, 680-883.

Junto a estos avances tecnológicos y legislativos han surgido diversas formas de transgredir derechos. La era digital pone a disposición de la humanidad herramientas que permiten la satisfacción de la libertad de expresión y el acceso a la información a un mayor nivel. Sin embargo, por un lado, no todos tienen acceso a internet por motivos de pobreza, desigualdad social, imposibilidad material o técnica, etc., lo que limita el acceso a la información y afecta el ejercicio de la libertad de expresión; por otro lado, está la situación de que la apertura de datos a gran escala expone a las personas, haciéndolas más vulnerables en su intimidad.

En virtud de lo anterior, hoy día la protección de los derechos humanos en el ámbito tecnológico tiene por objeto fundamental la seguridad digital en procura de la salvaguarda de la intimidad y honor de la persona, prerrogativas consagradas en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales establecen en *lato sensu* que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Con respecto a la protección de la dignidad, intimidad y honra de la persona, la Corte IDH ha establecido: “El artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, por lo que este derecho implica un límite a la expresión, ataques o injerencias de los particulares y del Estado. Por ello, es legítimo que quien se sienta afectado en su honor recurra a los mecanismos judiciales que el Estado disponga para su protección”;¹¹ injerencias y ataques que ocurren a diario vía la redes de internet, con los conocidos “delitos de alta tecnología”.

Los delitos de alta tecnología son aquellas conductas que atentan contra los bienes jurídicos relacionados con los sistemas de información. Estarán comprendidos dentro de esta definición los delitos electrónicos, informáticos, telemáticos, cibernéticos y de telecomunicaciones, entre estos el robo y estafa mediante el uso de la tecnología, obtención ilícita de fondos, chantaje, robo de identidad, falsedad de documentos y firmas, difamación, injurias públicas, atentado sexual y pornografía infantil.¹²

El auge de los delitos de alta tecnología y el compromiso asumido por los Estados tras la firma de los tratados sobre derechos humanos, ha impulsado a orientar la legislación hacia el fortalecimiento de la protección de los derechos a la información, protección de datos y acceso a las redes de internet.

¹¹ Corte IDH, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 111, párr. 101.

¹² República Dominicana, Ley 53-07 sobre Crímenes y Delitos de Alta Tecnología, de 23 de abril.

Como punto de referencia citamos la *Carta de derechos de internet*, desarrollada por la *Dynamic Coalition on Internet Rights and Principles* (Coalición Dinámica sobre Derechos y Principios en Internet), inspirada en la Carta de la Asociación para el Progreso de las Comunicaciones de Derechos de Internet y otros documentos pertinentes. Este instrumento no tiene carácter de “obligación legal”; sin embargo, es conveniente que todas las organizaciones privadas y públicas lo tengan en cuenta a la hora de desarrollar actividades y políticas *on line*.¹³

Esta Carta es concebida como una contribución formadora de la emergente área de los principios de gobernanza de internet, que constituye una fuente de inspiración para iniciativas fundadas en derechos de la sociedad civil, los Estados y el sector empresarial, comprometidos en asegurar que el ambiente virtual sea un lugar donde los derechos humanos estén garantizados y protegidos.

Este instrumento sobre derechos humanos tiene por objeto proveer un marco de trabajo reconocible, anclado en los derechos humanos internacionales para su cumplimiento y avance en el ambiente digital.

Los objetivos principales de la Carta de derechos en internet incluyen:¹⁴

1. Un punto de referencia para el diálogo y la cooperación según las distintas prioridades de las partes interesadas para el diseño, acceso y uso de internet alrededor del mundo.
2. Un documento con autoridad que pueda enmarcar las decisiones de políticas y normas basadas en derechos emergentes para las dimensiones de gobernanza de internet local, nacional y global.
3. Una herramienta creadora de políticas y herramientas de *advocacy* para Estados, compañías y grupos de la sociedad civil comprometidos con el desarrollo de principios basados en derechos para internet.

Es menester señalar que en virtud del *principio de accesibilidad* establecido en la Carta de derechos en internet, toda persona tiene igual derecho a acceder y utilizar la red de forma segura y libre, lo que nos indica que el espíritu de este instrumento es que todas las personas tengan acceso a la *web* en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna; así lo contemplan sus principios primero, sobre acceso a internet que procura garantizar la inclusión digital, y segundo, sobre no discriminación en el acceso, uso y gestión de internet.

Para hacerlo posible, los Estados deben aplicar las medidas necesarias hasta el alcance de sus posibilidades a fin de garantizar el libre acceso a la información como

¹³ Internet Rights and Principles Dynamic Coalition, *Carta de derechos humanos y principios para internet*, IGF - UN, 2015, https://derechoseninternet.com/docs/IRPC_Carta_Derechos_Humanos_Internet.pdf.

¹⁴ Internet Rights and Principles Dynamic Coalition, *Carta de derechos...*, 4.

derecho civil y político, en condiciones de igualdad y sin discriminación; así lo juzgó la Corte IDH en el Caso Granier *vs.* Venezuela:

La Corte ha establecido en su jurisprudencia que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general, cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, ya que dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.¹⁵

De lo anterior se infiere que toda persona tiene derecho a acceder a los paquetes de información y que su inobservancia sin razones justificadas resultaría ser violatoria del derecho de igualdad y no discriminación; por esta razón, la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró el acceso a internet como un derecho humano y señala la importancia de incrementar su acceso, porque ofrece amplias oportunidades para acceder a una buena educación a nivel global, así como la manera de difundir noticias e información de forma fácil y precisa.¹⁶

Por esas razones, estimamos que el derecho de acceso a internet ha de ser considerado:

1. Como un deber estatal, por constituir una garantía ciudadana que facilita a las personas vías idóneas para expresarse y difundir sus pensamientos, al tiempo de acceder a la información veraz para ejercer estos derechos con acierto, lo que fortalece la democracia de las naciones.
2. Como un derecho social o más bien una pretensión subjetiva que debe ser garantizada con prestaciones públicas, al igual que el derecho a la salud, educación y otros derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA); internet debe ser visto como un servicio universal que las instituciones nacionales deben garantizar a través de inversiones estatales, porque su satisfacción hace posible el acceso a la educación a distancia (derecho a

¹⁵ Corte IDH, Caso Granier *vs.* Venezuela, Sentencia de 22 de junio de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 293, párr. 214.

¹⁶ Carlos Slim, “Acceso a internet un derecho humano”, Fundación Carlos Slim, 6 de julio de 2016, <https://fundacioncarlosslim.org/acceso-a-internet-derecho-humano/>.

la educación) y a las labores mediante el teletrabajo (derecho al trabajo); de igual forma permite el acceso a la información sobre salud, sobre todo, en los momentos actuales de pandemia por el covid-19 (derecho a la salud); además, se logra la reducción de las emisiones de dióxido de carbono, porque ha quedado comprobado que el uso del internet genera el 2 % del total de dichas emisiones en el planeta,¹⁷ es decir, un porcentaje mucho menor que los contaminantes producidos por la tala de árboles para la fabricación de libros y cuadernos y por los vehículos usados como medio de transporte para el traslado hacia los planteles educativos y lugares de trabajo (derecho a un medio ambiente sano).

Por ende, se trata de un derecho que se rige por el *principio de progresividad*, el cual impone a los Estados disponer hasta el máximo de los recursos para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que impliquen acciones positivas, como lo contemplan los artículos 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por todo lo anterior, coincidimos con lo señalado por Relator Especial de la ONU, Frank La Rue, quien precisó que los gobiernos deben esforzarse para hacerlo ampliamente disponible y accesible. Asegurar el acceso universal de internet debe ser una prioridad de todos los Estados.¹⁸

2. El derecho a la libertad de expresión

Expresarse libremente constituye una prerrogativa inherente a toda persona humana, que le permite manifestar de manera pública sus pensamientos, ideas y opiniones según sus experiencias y prácticas de vida por cualquier medio, sin que pueda establecerse censura previa, como lo establece el artículo 13 de la Convención y otros instrumentos que forman parte del bloque de convencionalidad.¹⁹

La Corte IDH expuso que “la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática, ya que es

¹⁷ Celia Valdeolmillos, “Cuánto contamina internet el medio ambiente”, *McPro*, 6 de diciembre de 2019, <https://www.muycomputerpro.com/2019/12/06/cuanto-contamina-internet>.

¹⁸ Valdeolmillos, “Cuánto contamina internet el medio ambiente”.

¹⁹ Dentro del sistema universal de derechos humanos, el derecho a la libertad de expresión se encuentra consagrado en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948 y en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966 en el mismo texto legal; dentro del sistema interamericano, es contemplado en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) de 1969; instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad y de convencionalidad.

indispensable para la formación de la opinión pública”;²⁰ he ahí su importancia para el alcance del bienestar general y la felicidad de los pueblos.

La garantía de expresarse libremente no solo implica la salvaguarda del derecho y la libertad de formular su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole; es por ello que la libertad de expresión posee una dimensión individual (hablar, escribir y utilizar información disponible) y una dimensión social (intercambio de ideas e informaciones);²¹ estas dos dimensiones –ha dicho la Corte IDH– deben garantizarse en forma simultánea.

Para la sociedad, posee igual nivel de relevancia poder emitir sus opiniones sin censura previa, que poder conocer la opinión de los demás y recibir información de la que disponen otros, porque este flujo de data permite consolidar la participación ciudadana y dota de herramientas para reclamar con bases sólidas el derecho fundamental a una buena administración pública y un buen gobierno, obligando a los servidores públicos a rendir cuentas, a actuar de manera traslúcida y en apego estricto a las leyes, la Constitución y principios éticos; por ello, la Corte IDH considera que *ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser salvaguardadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de expresión en los términos del artículo 13 de la Convención*.²²

2.1. Libertad de expresión vs. Intimidad de la persona: los discursos protegidos

La libertad de expresión *no es un derecho absoluto* –como todos los derechos fundamentales–; encuentra su limitación cuando se enfrenta a otros derechos e intenta lesionarlos sin justificación o cuando atenta contra derechos colectivos, según las circunstancias de cada caso, como se extrae del artículo 32.2 de la Convención.

Es preciso acotar que este derecho también puede ser suspendido bajo alguno de los Estados de excepción, porque la libertad de expresión no pertenece al *núcleo duro de los derechos fundamentales*, según se desprende del análisis del artículo 27 del referido texto convencional. Esto se debe a la posibilidad razonable de que se haga uso malintencionado de esta prerrogativa con el ánimo de alterar el orden público, la paz y la tranquilidad de la población en momentos de emergencia o calamidad nacional; por tanto, que la suspensión del derecho a la libertad de expresión, bajo estas circunstancias particulares, queda supeditada a la alteración del orden público mediante su ejercicio. Además, dicha restricción está sujeta –aunque persiga un

²⁰ Corte IDH, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 107, párr. 112.

²¹ Caso Ricardo Canese, cit., párrs. 77-78

²² Caso Ricardo Canese, cit., párr. 67.

objetivo legítimo– al cumplimiento de los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad.²³

La restricción del goce y disfrute de este derecho es legitimada cuando se enfrenta al buen nombre, honor, intimidad, dignidad y moral de las personas o cuando irrumpe contra el orden público, la paz y el bienestar general.

Ahora bien, toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en materia de derechos humanos debe ser proporcional al fin legítimo que se persigue.²⁴ El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas²⁵ y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos²⁶ también se han pronunciado en ese mismo sentido.²⁷

En esa línea, el artículo 13.2 de la CADH prohíbe la censura previa y habilita, en cambio, un régimen de responsabilidades ulteriores en situaciones específicamente delimitadas. La aplicación de este régimen de responsabilidades ulteriores debe ajustarse siempre a tres condiciones (test tripartito) derivadas de la interpretación del texto citado. Estas condiciones son:²⁸

1. Deben establecerse mediante leyes redactadas de manera clara y precisa.
2. Deben estar orientadas al logro de los objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana.
3. Deben ser necesarias en una sociedad democrática para el logro del objetivo que persiguen, estrictamente proporcionales a la finalidad que buscan, e idóneas para lograr dicho objetivo.

Un ejemplo práctico es el caso que dio lugar a la Sentencia T-578 de 2 de diciembre de 2019, expedida por la Corte Constitucional de Colombia, mediante la cual, con ocasión de una acción constitucional interpuesta por un funcionario público

²³ ONU - Consejo de Derechos Humanos, Las pandemias y la libertad de opinión y de expresión, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/HRC/44/49, 23 de abril de 2020, 3, https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/A_HRC_44_49_S.pdf.

²⁴ Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, núm. 74, párr. 152, véanse también Caso Ricardo Canese, cit., párr. 83, y Caso Herrera Ulloa, cit., párr. 113.

²⁵ ONU - Comité de Derechos Humanos, Aduayom y otros c. Togo (422/1990, 423/1990 y 424/1990), dictamen de 12 de julio de 1996, párr. 74.

²⁶ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Agenda de derechos de los medios y proyecto de derechos constitucionales vs. Nigeria, Comunicaciones, Sentencia de 31 de octubre de 1998, núms. 105/93, 128/94, 130/94 y 152/96, párr. 54.

²⁷ Caso Ricardo Canese, cit., párr. 84.

²⁸ OEA, Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_MJIAS.html.

por haber sido llamado “corrupto” vía las redes de internet, esta Corte indicó, entre otras cosas, que en este tipo de casos, en los que se advierte una *tensión* entre los derechos a la libertad de expresión y los derechos al buen nombre, a la honra o a la intimidad de terceras personas, el juez debe realizar un correcto ejercicio de ponderación; en esa labor debe tener en cuenta la presunción de primacía de la libertad de expresión y las particularidades de cada caso, a fin de determinar el equilibrio entre los derechos y la manera más adecuada de garantizarlos.

Los parámetros que deben ser identificados y analizados por el juzgador son: i) quién expresa, ii) de qué o de quién se expresa, iii) a quién se lo expresa, iv) cómo se expresa y v) por qué medio lo hace.

La referida Corte falló estableciendo que la libertad de expresión del accionado gozaba de una amplia protección, debido a que sus opiniones se enmarcaban dentro de un tipo de discurso especialmente protegido, puesto que lo expresado había sido dirigido en contra de un funcionario público a quien se le cuestionaba el manejo deshonesto en el desempeño de su función pública oficial.

Esta decisión se ampara en el precedente fijado por la Corte IDH con ocasión del conocimiento del Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, en donde estableció que “existen discursos especialmente protegidos por el derecho a la libertad de expresión; por tanto, tienen prelación sobre otros derechos. Dentro de estos discursos podemos mencionar los siguientes: el político sobre asuntos de interés público, el relativo a funcionarios públicos en ejercicio y el que expresa elementos esenciales de la identidad o dignidad de las personas”.²⁹

Esto da lugar a que los discursos antes citados se encuentren blindados por el derecho a la libertad de expresión porque con su ejercicio dota a la ciudadanía de las herramientas para realizar el escrutinio a sus gobernantes, al tiempo que permite el fomento de opinión pública basada en información clara y veraz, que admita fijar posiciones y posturas en torno a los gobernantes o respecto de aquellos que pretendan asumir cargos públicos, con lo que se logra evitar futuras violaciones de derechos humanos, se fomenta la transparencia contrarrestando la opacidad y se fortalece la democracia.

Por estas razones, de acuerdo con los estándares interamericanos, nunca debe protegerse la reputación de un funcionario público a través de sanciones penales, sino solo civiles,³⁰ porque el efecto inhibitorio de la sanción penal en esta materia fusilaría la democracia.

Es preciso agregar que, con base en la doctrina de la “Real Malicia”, para que se pueda tener responsabilidad civil por daños y perjuicios por la injuria se hace necesario que el funcionario demuestre que la manifestación pública fue realizada

²⁹ Caso Ricardo Canese, cit., párr. 83.

³⁰ Marianne Díaz, “El odio y los límites a la libertad de expresión”, *Derechos Digitales*, 8 de septiembre de 2017, <https://www.derechosdigitales.org/11421/el-odio-y-los-limites-a-la-libertad-de-expresion/>.

con “malicia”, es decir, con conocimiento de que la información era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad; no es suficiente con que la manifestación sea inexacta y difamatoria.³¹

La Corte IDH, en el Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela, fijó este criterio al establecer: “

Los representantes solicitaron a la Corte determinar que las penas privativas de libertad, como restricciones a la libertad de expresión, no deben proceder en asuntos de interés público. Por lo cual, no puede imponerse responsabilidad ulterior alguna por el ejercicio del periodismo investigativo, en tanto lo publicado sea de interés público o se refiera a la labor de un funcionario público en el ejercicio de sus labores, salvo que se haga con real malicia.³²

3. Los principales peligros en la era digital frente al derecho a la intimidad

No debemos soslayar que si bien el desarrollo vertiginoso de las redes sociales ha traído consigo avances significativos en términos de comunicación, acceso a la información, difusión de opiniones y data, no menos valedero es que existen peligros latentes que ponen en riesgo el honor, la dignidad y buen nombre, y la seguridad personal y financiera de las personas.

La Corte Constitucional de Colombia ha identificado los siguientes peligros en la era digital frente al derecho a la intimidad:

1. Los datos personales pueden ser utilizados por terceros malintencionados de forma ilícita.
2. Existe la posibilidad de que traten y publiquen en la red información falsa o sin autorización del usuario.
3. A través de las condiciones aceptadas por los usuarios, estos ceden derechos plenos e ilimitados, sobre todos aquellos contenidos propios que alojen en la plataforma, de manera que pueden ser explotados económicamente por parte de la red social.³³

La exposición de los datos personales podría poner en juego la seguridad personal y financiera, pero, sobre todo, la integridad psicológica, la moral, el honor y el buen nombre, lo que indica que el bien jurídico protegido podría verse gravemente

³¹ Corte Suprema de Justicia de EE. UU., Caso New York Times vs. Sullivan, núm. 376 US.254-1964.

³² Corte IDH, Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela, Sentencia de 6 de febrero de 2001, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 380, párr. 85.

³³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-121 de 9 de abril de 2018.

afectado; por ello, los tribunales deben tener claramente definido cuáles son los elementos que deben poseer las publicaciones en internet para que puedan ser consideradas violatorias de derechos, porque, de no ser identificadas con certeza, se corre el riesgo de censurar mensajes con contenido beneficioso para la colectividad y para el fortalecimiento de la democracia.

4. Reglas para detectar publicaciones en las redes que transgreden derechos

Cuando el tratamiento y la transmisión de datos personales hace colisionar los derechos a la libertad de expresión, el acceso a la información y los derechos del titular de los datos, es necesario analizar varios factores y ponderar con sobrada honestidad intelectual.

La Corte Constitucional de Colombia determinó que al analizar la procedencia de la censura de un mensaje publicado en redes de internet se deberán examinar determinados aspectos de la publicación:³⁴

1. Suficientemente intensa para generar un daño en el patrimonio moral del sujeto.
2. Que su gravedad no depende en ningún caso de la impresión personal ni de la interpretación *que este tenga de ella*, sino del margen razonable de objetividad que permita al juez avizorar la lesión del núcleo esencial de los derechos a la honra y al buen nombre, lo cual ocurre cuando se endilgan delitos o conductas sancionables por el derecho.
3. Cuando se atribuyen comportamientos que, sin ser estrictamente punibles, suelen tener un grado significativo de reproche social.

Por ejemplo: discursos que descalifican a la persona en los aspectos de su vida privada, como mensajes estigmatizantes sobre preferencia sexual, vida sentimental, relación familiar, salud, etc.

Es decir, deberá analizarse el nivel de gravedad, el grado de afectación y la naturaleza de lo expresado, o sea, si lo divulgado cumple o no con las características de los *datos sensibles*.

El Reino Unido y España se encuentran entre los países cuyas leyes de protección de datos definen los *datos personales sensibles* y son entendidos como información que versa sobre origen racial o étnico, opiniones políticas, religión, actividades sindicales, salud física o mental, preferencias sexuales y antecedentes penales. La categoría de datos que se consideran sensibles debe estar claramente definida, porque los datos sensibles pueden requerir un tratamiento especial, como el consentimiento

³⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-102 de 8 de marzo de 2019.

explícito para su divulgación o, tal vez, la existencia de una prohibición contra el procesamiento de este tipo de datos, a menos que exista una excepción en la ley.³⁵

Estas reglas también aplican para determinar si el discurso contra un servidor público es atentatorio contra su dignidad, honor o buen nombre, puesto que el derecho a la libertad de expresión solo queda blindado ante discursos públicos (vida pública), la *vida privada* debe ser respetada, por tratarse de una esfera protegida por los principios de no *discriminación, igualdad y libre desarrollo de la personalidad*; puesto que toda persona tiene derecho a profesar la religión que prefiera, a inclinarse por la ideología política con la que se sienta identificada y a definirse con la preferencia sexual que desee, porque son decisiones que se ubican en la esfera del *libre desarrollo de la personalidad*, cuya libertad solo puede ser limitada cuando contravenga el orden jurídico o afecte los derechos de los demás; de no ser así, entonces su limitación devendría en *discriminatoria*, porque se estaría dando un trato diferenciado y perjudicial sin fundamento objetivo, solo por asuntos de elección personal, lo que transgrede de igual manera el *principio de igualdad*, que implica que todas las personas reciban la misma protección y buen trato de las instituciones, autoridades y demás individuos, y gocen de los mismos derechos, libertades y oportunidades.

Las situaciones planteadas precedentemente demuestran que existen problemáticas latentes en la materia tratada, que constituyen desafíos constitucionales de carácter internacional que deben ser identificados y solucionados con la colaboración y el esfuerzo de todos los Estados.

5. Los retos constitucionales para la protección de la libertad de expresión en las redes

La necesidad de abordar los problemas graves que surgen en el contexto de las tecnologías digitales (la incitación al odio, la discriminación y la violencia, el reclutamiento y la propaganda terroristas, la vigilancia arbitraria e ilegal, la interferencia respecto al uso de las tecnologías de encriptación y el anonimato, y el poder de los intermediarios en línea, así como la continua prevalencia de restricciones legales indebidas sobre la expresión en línea y su aplicación abusiva, así como las interrupciones arbitrarias para restringir el acceso a las redes de telecomunicaciones e internet) dieron lugar a que el 10 de julio de 2019 se formulara la *Declaración Conjunta del Vigésimo Aniversario sobre Desafíos para la Libertad de Expresión*,³⁶ en la que se enumeran algunos de los desafíos para la libertad de expresión en la próxima década:

³⁵ OEA - Consejo Permanente, Documento presentado por el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, conforme al párrafo 11 de la parte dispositiva de la resolución AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09), 2921/10 rev.1 corr. 1, de 17 octubre de 2011.

³⁶ Formulada por el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, el representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación, el Relator Especial de

1. *Creación de un ambiente que permita el ejercicio de la libertad de expresión.* La protección y la promoción de la libertad de expresión requieren normas legales y sistemas regulatorios que lo protejan de manera adecuada, especialmente en el caso del entorno digital.
2. *Consolidar y mantener un internet libre, abierto e inclusivo.* El ejercicio de la libertad de expresión requiere de una infraestructura digital que sea robusta, universal y cuya regulación garantice que permanezca siendo un espacio libre, accesible y abierto para todas las partes interesadas.
3. *Control privado como amenaza a la libertad de expresión.* Una característica transformativa del entorno de las comunicaciones digitales es el poder de las empresas privadas y, particularmente, de las redes sociales, las plataformas de búsqueda y otros intermediarios, sobre las comunicaciones, con un enorme poder concentrado en unas pocas empresas.

El objeto de este instrumento no vinculante es instar a los Estados a que a partir de 2020 emprendan la ejecución de medidas para enfrentar los retos constitucionales en materia de protección de derechos fundamentales en esta era digital, entre estas, aplicar medidas que permitan tutelar de forma efectiva la libertad de expresión, que garanticen el acceso a internet en condiciones de igualdad en todo el mundo y evitar la censura de información publicada en internet de manera injustificada por parte de entidades privadas; esto indica que urge que los Estados legislen sobre las redes sociales, incluyendo estos temas.

6. Necesidad de regular las redes sociales: Alemania pionera en esta regulación

En junio de 2017, el Parlamento alemán aprobó la ley para controlar contenidos en redes sociales (NetzDG). Para resolver un problema local, los alemanes dieron un primer paso a nivel global.³⁷

En Alemania y en el resto del mundo, la regulación de contenidos en internet es una realidad. La ley NetzDG tiene por objeto establecer los parámetros para la censura de información publicada en redes de internet, porque esta falta de regulación abre la puerta a la arbitrariedad, permitiendo la eliminación de información útil y necesaria para la sociedad, en la mayoría de los casos motivada en que lesiona intereses particulares de las altas esferas.

la Organización de los Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP).

³⁷ Juan Carlos Upegui, “Alemania pionera en regular redes sociales”, *Legis Ámbito Jurídico*, 2 de abril de 2019, <https://www.ambitojuridico.com/noticias/etcetera/relaciones-exteriores-e-internacional/alemania-pionera-en-regular-las-redes>.

Desde el primer paso dado por Alemania, se destaca que el estándar legislativo debe ser preciso;³⁸ en el momento de definir qué clase de contenidos debe ser retirado, los legisladores deben ser extremadamente cuidadosos, reducir las hipótesis a los casos más graves y emplear un lenguaje preciso.

Por todo esto, urge que los Estados legislen en este sentido, habida cuenta que cuando el tratamiento dado a la censura de datos no se realiza de forma objetiva y transparente se suele anteponer el derecho a la protección de datos sobre el derecho de acceso a información de manera injustificada e ilegítima.

7. Casos y razones en los que debe anteponerse el derecho a la información sobre el derecho a la protección de datos

El derecho de acceso a la información es un derecho fundamental íntimamente relacionado con el derecho a la libertad de expresión, puesto que su ejercicio hace posible que las personas puedan expresarse con base en informaciones concretas; sin datos abiertos a disposición del pueblo queda limitada de plano la libertad de expresión; en este sentido se ha pronunciado la Corte IDH:

... El mismo concepto de orden público reclama que dentro de una sociedad democrática se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebida sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho a manifestarse.³⁹

No obstante, por la importancia que invisten los derechos a la privacidad e intimidad ante la posibilidad de que la publicación de ciertos datos afecte derechos legítimos de su titular, existen excepciones al acceso a la información pública.

El mecanismo judicial empleado para la protección de datos personales es el *habeas data* en la mayoría de los países de nuestra región (Argentina, Ley 25.326; Bolivia, art. 23 de la Ley 2631, mod. en 2004 por la Constitución en sus arts. 103 y 131; Chile, art. 12 de la Ley 19.628; Panamá, Ley 6 de 2002, Perú, arts. A al V, 61 al 65, entre otros, del Código Procesal Constitucional). Esta acción legal otorga a la persona la facultad de detener el abuso de sus datos personales; también le permite el acceso a la información personal en las bases de datos públicas o privadas, la capacidad de corregir y actualizar los datos, la posibilidad de asegurarse de que los datos delicados

³⁸ Upegui, “Alemania pionera en regular redes sociales”.

³⁹ CIDH, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Serie A, núm. 5, párr. 69.

mantengan su confidencialidad, así como el retiro de los datos personales delicados que pueden atentar contra el derecho a la privacidad.

En ese sentido, en 2010 se consagró constitucionalmente la figura del *habeas data* en la República Dominicana. Hoy se trata de un mecanismo contemplado en el artículo 70 de dicho texto constitucional, regulado por la Ley 137-11 orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, y por la Ley 172-13 sobre protección de datos de carácter personal.

La protección de los datos personales no siempre prevalecerá frente al derecho de acceso a la información. Cuando se presenta una contradicción lógica entre esas dos prerrogativas, habrá que valorar cuál es el motivo que hace surgir la necesidad de proveer la información. Al argumentar a contrario el artículo 13.2 de la CADH, extraemos algunos criterios que colocan el acceso a la información por encima del derecho a la protección de los datos personales:

- Cuando la información versa sobre asuntos de orden público (datos útiles para investigación de crímenes y delitos o información sobre manejo de la cosa pública, etc.).
- Cuando el uso dado a la información persiga garantizar el bien común, la seguridad nacional, la paz y el bienestar general.

Si la información es utilizada como elemento probatorio en el marco de investigaciones judiciales, es necesario que la data sea entregada en virtud de una orden judicial; en los demás casos, como el control administrativo por parte de instituciones públicas o privadas o por particulares avalado en el libre acceso a la información y principio de transparencia, los datos requeridos deben ser entregados, y si se trata de datos personales no relacionados con la vida pública, es decir, privados, deberán contar con el consentimiento informado del titular del dato.

Cuando se irrespete el derecho de acceso a la información se podrá acudir a los tribunales en procura de su restitución, mediante la acción de amparo. También se puede exigir la protección de los datos personales mediante el *habeas data* para conocer, por parte de sus titulares, de la existencia y acceder a los datos que consten en registros o bancos de datos públicos o privados y, en caso de falsedad o discriminación, exigir la suspensión, rectificación, actualización y confidencialidad de aquellos, conforme a la ley (art. 70 de la Constitución dominicana).

8. Rol de los tribunales frente a la acumulación, el tratamiento y la transmisión de información y datos personales por parte de entidades públicas y privadas

Ceder datos personales a terceros permite satisfacer el acceso a la información; esto, a su vez, posibilita la libertad de expresión; pero también podría transgredir la

privacidad, intimidad, honor y buen nombre de la persona titular del dato –como hemos explicado–, situaciones ante las que los tribunales juegan un papel determinante, *antes de ceder el dato y después de proporcionado*; es decir, previo y durante el consentimiento del titular del dato, los tribunales juegan un rol capital, pero también en las etapas subsiguientes: *de control del tratamiento y de transmisión de dicha información* por parte del sector público y privado.

Es menester agregar que no basta con que las personas autoricen a través de las redes sociales, porque por lo general muchas personas consienten sin el conocimiento necesario, a veces hasta por error, de manera tal que no se enteran de que han dado el consentimiento, lo que no resulta válido en modo alguno; es obligatorio que el titular de los datos dé su *consentimiento informado*, es decir, posteriormente a que se le hayan dado las informaciones de lugar con relación al tratamiento de los datos.

Cuando el titular de los datos los pone a disposición de empresas privadas, servicios de inteligencia o entidades públicas, estas pueden hacer uso de la información sin necesidad de proveerse de autorización del titular; también están en la facultad de solicitarlo al juez, quien autoriza, de ser procedente, mediante orden motivada y escrita.

Sin embargo, la labor de los tribunales no se queda ahí; la sede judicial tiene la potestad y la obligación de continuar tutelando los derechos de este titular, aun después de haber sido cedidos o autorizada su entrega, es decir, en la fase de *tratamiento, procesamiento y transmisión de las informaciones*.

En esta labor jurisdiccional se podrán tomar en consideración los principios que han servido de base para la legislación sobre protección de datos en nuestra región:⁴⁰

1. Legalidad y justicia: el procesamiento de los datos debe hacerse sin contrariar la ley y de forma justa.
2. Propósito específico: los datos personales deben ser procesados con un propósito específico, explícito y legítimo, es decir, deben ser inequívocos, el propósito debe ser siempre el mismo para el que fue otorgado el consentimiento y si el dato es sensible se necesita el consentimiento explícito de la persona.
3. Limitados y necesarios: el tratamiento de los datos no debe excederse del fin para el cual fueron recabados los datos, es decir, estos no pueden ser usados para fines distintos a los informados al titular que consiente el tratamiento. Debe hacerse todo lo posible por usarlos lo menos posible, solo lo necesario.
4. Transparencia: después del consentimiento, el titular del dato tiene derecho a seguir siendo informado sobre lo relativo al tratamiento de los datos.
5. Derecho de la persona al acceso a la información: los datos manejados y publicados deben ser accesibles a su titular.

⁴⁰ OEA - Consejo Permanente, Documento presentado por el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos..., 11-21.

6. Derecho de la persona a corregir y suprimir sus datos personales: la persona tiene derecho a solicitar que el controlador de datos corrija o suprima los datos personales que puedan ser incompletos, inexactos, innecesarios o excesivos.
7. Confidencialidad: este deber se extiende hasta después de terminada la relación entre la persona y el contralor de datos.

Conclusiones

El ejercicio de la libertad de expresión y del acceso a la información incide suficientemente en la concreción del objetivo general de la ONU: el desarrollo sostenible de las naciones, habida cuenta de que su satisfacción permite el fortalecimiento de la democracia e impulsa a los Estados hacia la construcción de sociedades justas y pacíficas; sin embargo, no se debe soslayar que este logro solo se alcanzará si se brinda un tratamiento justo y equitativo en la tutela de estos derechos frente al derecho a la privacidad, intimidad y honor de la persona.

Por esta razón se deben distinguir aquellos discursos tendientes a incitar a la violencia y a desestabilizar el orden público por concepciones puramente ideológicas y discriminatorias, de aquellos mediante los que el pueblo expresa opiniones de descontento, cuya esencia es política o de carácter general, porque solo persiguen llamar la atención de las autoridades y hacerlas repensar en torno a sus actuaciones.

Por ello, el control por parte de los tribunales en la autorización, el tratamiento y la transmisión de datos personales juega un papel preponderante en esta labor; asimismo, en el ejercicio de ponderación para determinar cuándo la publicación de un dato es o no susceptible de censura.

Urge que los Estados hagan frente a los desafíos constitucionales que presenta el ejercicio de la libertad de expresión y de acceso a la información en las redes sociales.

En lo concerniente al primer reto, *la creación de un ambiente que permita el ejercicio de la libertad de expresión*, se requieren normas y sistemas regulatorios que protejan de manera adecuada la libertad de expresión en el entorno digital, el acceso a la información y la protección de datos. Por ello, se necesitan servidores públicos capaces, y tribunales dispuestos a definir los elementos por valorar mediante criterios jurisprudenciales justos, equitativos, razonables, coherentes, pero sobre todo concretos, para determinar cuáles son los discursos protegidos por la libertad de expresión, cuáles son los elementos que debe contener una publicaciones para ser objeto de censura, cuáles son los casos en que prevalece la protección de los datos y en cuáles no, y, al tiempo, legislar en ese sentido.

En cuanto al segundo reto, *consolidar y mantener un internet libre, abierto e inclusivo*, los Estados deben reconocer el derecho al acceso y el uso de internet como un derecho humano y como condición esencial para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión; por tanto, deben aplicar las medidas necesarias para lograr un acceso universal y asequible a internet, por tratarse de un deber de garantía estatal,

un derecho social que debe ser garantizado de cara al principio de progresividad y porque su ejercicio permite la satisfacción de otros de igual jerarquía (educación, salud, trabajo y medio ambiente sano). Además, el acceso a internet representa una herramienta vital para expresarse, exigir derechos y acceder a información útil para satisfacer necesidades. Un ejemplo vivo es la realidad actual vivida por el mundo, producto de la pandemia del covid-19, en donde las redes de internet se han convertido en la principal herramienta de comunicación, trabajo, educación, acceso a la información, para expresar ideas, pensamientos, sentimientos y para la adquisición de bienes y servicios.

Con respecto al tercer reto, *control privado como amenaza a la libertad de expresión*, debe legislarse a fin de proteger el entorno de la libertad de expresión frente al dominio privado para regular las reglas de moderación o censura de contenido, porque la censura indiscriminada por parte de empresas privadas podría ser atentatoria del derecho a expresarse y, de esta manera, queda abierta la brecha para que, por influencias políticas o intereses particulares, se censure información útil y necesaria para el pueblo.

Añadiríamos a estos retos, crear conciencia en torno a los efectos del uso inadecuado y desmedido de las redes sociales, y la importancia de la prudencia y el respeto al prójimo en el mundo virtual.

El respeto y la protección de nuestros derechos y los de nuestros congéneres, así como la consecución del orden público y el bienestar general son una responsabilidad de todos; no es obligación exclusiva de las instituciones públicas ni de los gobernantes. Debe crearse conciencia en torno a que existe una responsabilidad común, pero diferenciada.

Cuando así sea asimilado por la ciudadanía, podríamos estar en condiciones de ir construyendo juntos *sociedades pacíficas, justas e inclusivas* (meta 16 de la Agenda 2030 de la ONU sobre Desarrollo Sostenible).

Bibliografía

- BUSTOS MARTÍNEZ, Laura. *Discursos de odio: una epidemia que se propaga en la red. Estado de la cuestión sobre el racismo y la xenofobia en las redes sociales*. Madrid: Universidad Complutense, 2019. <https://revistas.ucm.es/index.php/MESO/article/download/64527/4564456551208/>.
- DÍAZ, Marianne. “El odio y los límites a la libertad de expresión”. *Derechos Digitales*, 8 de septiembre de 2017. <https://www.derechosdigitales.org/11421/el-odio-y-los-limites-a-la-libertad-de-expresion/>.
- ESPEJO YAKSIC, Nicolás. *Justiciabilidad, política y Estado social y democrático de derecho: los derechos sociales como test*. Borrador. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, 2011. <http://www.oda-alc.org/documentos/1341423255.pdf>.

INTERNET RIGHTS AND PRINCIPLES DYNAMIC COALITION. *Carta de derechos humanos y principios para internet*. IGF - UN, 2015. https://derechoseninternet.com/docs/IRPC_Carta_Derechos_Humanos_Internet.pdf.

LLORENTE, Fran y Curro AGUILERA. “¿Hay más odio en las redes sociales?”. *Actualidad*, 2016. <http://www.rtve.es/las-claves/el-odio-en-las-redes-sociales-2018-04-26/>.

ORTEGA MARTÍNEZ, Jesús. *Sociedad de la información y derechos humanos de la cuarta generación. Un desafío inmediato para el derecho constitucional*. México: Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1510/26.pdf>.

SLIM, Carlos. “Acceso a internet un derecho humano”. Fundación Carlos Slim, 6 de julio de 2016. <https://fundacioncarlosslim.org/acceso-a-internet-derecho-humano/>.

SUÑE, Emilio. “Libertad de expresión en el ciberespacio”. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2015. <https://eprints.ucm.es/33067/1/T36374.pdf>.

TORRES, Natalia y Víctor TARICCO. *Los discursos de odio como amenaza a los derechos humanos*. Buenos Aires: Universidad de Palermo, Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información, 2019. https://www.palermo.edu/Archivos_content/2019/cele/Abril/Los-discursos-de-odio_Torres-y-Taricco.pdf.

“UN ALTO PORCENTAJE DE LA POBLACIÓN MUNDIAL NO TIENE COMPUTADORA NI INTERNET PARA ESTUDIAR EN CASA”. *El Listín Diario*, 23 de abril de 2020.

UPEGUI, Juan Carlos. “Alemania pionera en regular redes sociales”. *Legis Ámbito Jurídico*, 2 de abril de 2019. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/etcetera/relaciones-exteriores-e-internacional/alemania-pionera-en-regular-las-redes>.

VALDEOLMILLOS, Celia. “Cuánto contamina internet el medio ambiente”. *McPro*, 6 de diciembre de 2019. <https://www.muycomputerpro.com/2019/12/06/cuanto-contamina-internet>.

Legislación y jurisprudencia

CIDH. OPINIÓN CONSULTIVA OC-5/85 DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1985, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Serie A, núm. 5.

COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS. Agenda de Derechos de los Medios y Proyecto de Derechos Constitucionales vs. Nigeria, Comunicaciones, Sentencia de 31 de octubre de 1998.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-121 de 9 de abril de 2018.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-102, de 8 de marzo de 2019.

CORTE IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 04.

CORTE IDH. Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela, Sentencia de 6 de febrero de 2001, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 380.

- CORTE IDH. Caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú, Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, núm. 74.
- CORTE IDH. Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 107.
- CORTE IDH. Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, *núm.* 111.
- CORTE IDH. Caso Yatama *vs.* Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 127.
- CORTE IDH. Caso Granier *vs.* Venezuela, Sentencia de 22 de junio de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 293.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EE. UU., Caso New York Times *vs.* Sullivan, núm. 376 US.254-1964.
- OEA - CONSEJO PERMANENTE. Documento presentado por el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, conforme al párrafo 11 de la parte dispositiva de la Resolución AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09), 2921/10 rev.1 corr. 1, de 17 octubre de 2011.
- ONU - COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Aduayom y otros *c.* Togo (422/1990, 423/1990 y 424/1990), dictamen de 12 de julio de 1996.

Darwin Urquizo Pereira* (Perú)

La protección de la libertad de información y de expresión en redes sociales; ¿puede un funcionario público bloquear a un ciudadano en su cuenta de redes sociales?

RESUMEN

Las redes sociales en internet han potencializado la libertad de información y de expresión y han transformado su ejercicio. Muchos funcionarios las utilizan como canal de comunicación e información directa con la ciudadanía, y, además, los ciudadanos pueden participar en el debate público. Las cuentas de las redes sociales se han vuelto un foro de discusión. Cuando un funcionario público bloquea a un ciudadano en su cuenta de red social, vulnera el derecho a la libertad de información y de expresión de dicho ciudadano. El bloqueo, de manera preliminar, no puede ser protegido por el derecho a la privacidad, ya que esta se ha desdibujado. Asimismo, se debe tener en cuenta que la libertad de información y de expresión es un derecho preferente en un Estado constitucional y democrático de derecho.

Palabras clave: redes sociales; libertad de expresión y de información; democracia.

The protection of freedom of information and expression on social media; can a public official block a citizen from his or her social media account?

ABSTRACT

Social media on the Internet have enhanced freedom of information and expression and have transformed its exercise. Many officials use them as a channel for directly communicating with and informing citizens, and citizens can participate in public de-

* Abogado, Universidad Andina del Cusco; estudios en maestría en Derecho Constitucional. Fue docente universitario y representante de las universidades privadas ante el Órgano Desconcentrado de Control de la Magistratura de la Corte Superior de Justicia del Cusco. darwinurquizop@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-8497-8820>.

bates. Social media accounts have become discussion forums. When a public official blocks a citizen from his or her social media account, the official violates that citizen's right to freedom of information and expression. As a preliminary matter, the blocking cannot be protected by the right to privacy because that right has been blurred. Furthermore, it must be considered that the freedom of information and expression is a preferential right in a constitutional and democratic State of law.

Keywords: Social media; freedom of expression and information; democracy.

Schutz der Informations- und Meinungsfreiheit in den sozialen Netzwerken: Darf ein Staatsbediensteter einem Bürger den Zugang zu seinem Netz- Account verwehren?

ZUSAMMENFASSUNG

Die sozialen Netzwerke tragen zur Stärkung der Informations- und Meinungsfreiheit bei und verändern die Ausübung dieser Rechte. Zahlreiche Staatsbedienstete verwenden sie als direkte Kommunikations- und Informationskanäle mit den Bürgerinnen und Bürgern, während diese die Gelegenheit erhalten, sich an öffentlichen Debatten zu beteiligen. Netzwerk-Accounts sind zu Diskussionsforen geworden. Wenn ein Staatsbediensteter einem Bürger den Zugang zu seinem Account verwehrt, verletzt er dessen Recht auf Informations- und Meinungsfreiheit. Die Sperre fällt zunächst aufgrund einer fehlenden klaren Definition nicht unter den Schutz der Privatsphäre, es ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Informations- und Meinungsfreiheit ein vorrangiges Recht im demokratischen Verfassungs- und Rechtsstaat ist.

Schlagwörter: Soziale Netzwerke; Meinungs- und Informationsfreiheit; Demokratie.

Introducción

La democracia, a lo largo de la historia, se ha transformado, mejorado y reformado. Mucho de ello se debe a la forma en que participan los ciudadanos en la discusión y el debate de los asuntos públicos y cómo se establecen las relaciones representantes-representados, entre otras cosas.

Desde la vieja democracia griega en las discusiones en el *ágora*, pasando por la república romana y su Senado, hasta llegar a la democracia liberal con el surgimiento de los parlamentos y la idea de límites al poder, hay un denominador común en todas y es que la democracia es inseparable de la idea de libertad y de la participación del pueblo o la ciudadanía;¹ mas, la forma en que los ciudadanos participan ha variado.

¹ Víctor Raúl Haya de la Torre, quien fue presidente de la Asamblea Constituyente del Perú en 1978, en su discurso "El gran desafío de la democracia" hace una breve historia de la democracia y la libertad en la historia de la humanidad. Sobre el origen de la democracia y su relación con la libertad dice: "Lo que palpita en el fondo de la cosmogonía griega, en el

Los Estados contemporáneos que se llaman “constitucionales y democráticos de derecho” reconocen y protegen derechos fundamentales. En esos catálogos de derechos hay algunos que son considerados consustanciales al propio Estado democrático. Dentro de estos está la libertad de información y de expresión, como analizaremos más adelante. Estos derechos, junto a otros, permiten la participación de la ciudadanía en el debate público, la sana crítica, la fiscalización de recursos y de autoridades, etc.; pero, no siempre se manifestaron de la misma manera.

Hubo un tiempo en que la política solo se podía discutir en las plazas públicas; después se inventó la imprenta y con ello los periódicos, y parte del debate se llevó a los medios escritos –es aquí donde surge el derecho antecesor de lo que hoy conocemos como libertad de expresión y de opinión: el derecho a la libertad de imprenta–; en el siglo XX surgen la radio y la televisión, los grandes medios masivos, y mucho del debate público se realizaba y aún se realiza ahí. Sin duda, los avances tecnológicos han hecho posible que más cantidad de gente pueda participar en el debate de asuntos públicos, pero anteriormente lo hacían de manera pasiva. Más allá de las élites dirigenciales y los periodistas, era difícil que un ciudadano común pudiera tener acceso a un periódico, a la radio o a un programa televisivo para dar a conocer su opinión y participar de manera activa en la discusión pública.

El surgimiento del internet trajo consigo un sinnúmero de plataformas y formas de comunicación: aparecieron las redes sociales digitales² (Facebook, Twitter, Instagram, etc.). Cada ciudadano puede tener una cuenta y dar opiniones sobre diversos temas. Esto, sin duda alguna, ha cambiado la forma de hacer política y la relación

fondo de su filosofía y de su metafísica, en el fondo de su política y de su arte, es el anhelo supremo de la libertad. Por eso decía muy bien Hegel que la historia de Grecia comienza y termina con dos símbolos admirables: con la leyenda de Aquiles y con Alejandro Magno, héroe de juventud también. Es allí donde surge la democracia; la democracia erigida sobre una concepción de libertad”. Sobre la participación ciudadana en los orígenes de la democracia, Haya de la Torre señala: “La Historia de Grecia nos presenta así la primera definición de la democracia. Pericles la da en su maravillosa ‘Oración fúnebre’, que Tucídides recoge, y dice: ‘Llamamos gobierno de la democracia al nuestro, porque en ella no gobiernan unos pocos sino gobiernan los más’. Y añade Pericles que en esa democracia no importa el solar, el linaje; quien tenga virtud y tenga bondad, tiene el paso abierto para los altos puestos del Estado” [Víctor Raúl Haya de la Torre, “El gran desafío de la democracia”, en *Pensadores de la República. Ideas y propuestas vigentes para el Perú del siglo XXI*. Ed. por Ceplán (Lima: Imprenta Universidad Alas Peruanas, 2011), 255-290].

² Para definir qué es una red social en internet podemos usar lo señalado por Mariliana Rico Carrillo: “Se refiere a la interacción de los sujetos en este ámbito, que se lleva a cabo a través de los mecanismos que ofrece la Web 2.0, cuyos servicios son suministrados por distintos proveedores. En las redes sociales, el factor central es la actividad del individuo y su interacción con los demás integrantes de la red. Estos dos elementos conforman el concepto de las redes sociales que se desarrollan en un entorno electrónico, en el entendido que sin el factor humano no puede hablarse de red social y sin la plataforma electrónica no puede llegar a configurarse la red” [Mariliana Rico Carrillo, “El impacto de Internet y las redes sociales en el derecho a la libertad de expresión”, *Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política* 19, n.º 3 (2012): 335].

entre gobernantes y gobernados; además, se ha fortalecido al ciudadano como sujeto activo en el debate público. Todo esto es lo que algunos expertos denominan “democracia digital”.

Respecto a la evolución de la democracia, el filósofo Fernando Savater señala: “Lo que en la democracia ateniense fue el ágora, la plaza pública a la que se iba para ver y escuchar a los demás, lo constituyen hoy los periódicos impresos, las televisiones, las radios y los blogs y todo el abigarrado complejo de internet”.³

Las redes sociales potencializan la capacidad de llegar a más personas sin intermediarios, y, por ello, muchos políticos y funcionarios públicos crearon cuentas en redes sociales para informar y dar a conocer sus actividades, abrir un foro de discusión sobre estas y generar una narrativa política. Las redes sociales permiten un contacto directo entre el ciudadano y su representante o funcionario público.⁴ Estas plataformas digitales, como señala Savater, se convirtieron en las nuevas plazas públicas, en los nuevos foros de discusión democrática.⁵

Lamentablemente, ante las críticas de algunos usuarios, hay funcionarios que han bloqueado a ciudadanos en sus cuentas en redes sociales. Algunas cortes constitucionales de América Latina ya se han pronunciado al respecto y otras, seguramente, lo harán. La discusión sobre la libertad de información y de expresión en redes sociales es un debate actual que involucra a la política, la comunicación y el derecho.

En este trabajo analizo las cuestiones jurídicas planteadas sobre las redes sociales y la libertad de expresión y de información; además, explicaré cómo

³ Fernando Savater, *Diccionario del ciudadano sin miedo a saber* (Barcelona: Ariel, 2007), 45.

⁴ El uso de las redes sociales en campaña electoral y en gobierno adquirió importancia a raíz del uso que le dio el expresidente de Estados Unidos de América Barack Obama. El profesor Pere-Oriol Costa, docente de la Universidad Autónoma de Barcelona, nos dice: “En el caso de la campaña de Barack Obama, todos estos elementos han sido decisivos, pero hay uno en concreto, la utilización que se ha hecho de internet para comunicarse y para movilizar al electorado, que destaca por las novedades incorporadas y por el papel central que ha desempeñado. Cuando analizábamos las presidenciales norteamericanas de los años 2000 y 2004 era recurrente la pregunta sobre qué papel había tenido la red en el global de la campaña y si su influencia había superado la de la televisión. La respuesta en ambos casos fue negativa. Se ha tenido que esperar a las elecciones de 2008 para que internet superase el gran impacto que también ha tenido la televisión. Pero no sólo eso: es muy probable que la utilización de internet por la campaña Obama transforme para siempre la manera de hacer campañas electorales y cambie de forma significativa toda la acción comunicativa en el ámbito político” [Pere-Oriol Costa, *La utilización de internet por parte de Barack Obama transforma la comunicación política* (Barcelona: Consejo Audiovisual de Cataluña, 2009), <https://www.cac.cat/es/acords-recerca/revista-quaderns-del-cac>].

⁵ Para una profundización, véase Javier Ansuátegui, “Los contextos de la libertad de expresión: paradigmas y nuevas fronteras”, *Teoría y Derecho: Revista del Pensamiento Jurídico*, n.º 21 (2017): 140-143.

decidieron algunas cortes sobre el bloqueo a ciudadanos en redes sociales por parte de funcionarios públicos.

1. La libertad de expresión y de información: derecho preferente y consustancial al Estado democrático de derecho

La libertad de expresión y de información es un derecho humano de primera generación –antes llamado libertad de imprenta– que tiene orígenes en el liberalismo clásico y la Ilustración. Está vinculada a la tolerancia y la discusión de ideas sin persecución. Es por ello que desde su origen conceptual no se acepta la censura previa.

Es tan importante este derecho que en el segundo párrafo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por las Naciones Unidas en 1948 se lee: “Se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, *disfruten de la libertad de palabra* y de la libertad de creencias” (énfasis agregado). Es por ello que en el artículo 19° de la Declaración se reconoce: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

Así también, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) reconoce el derecho a la libertad de expresión y de información⁶ en el artículo 13.1:

... Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

⁶ De acuerdo con el tratamiento en la redacción de las constituciones de los países de América Latina y de las interpretaciones de sus tribunales, el derecho a la libertad de información y de expresión son tratados como un solo derecho o diferentes, pero, relacionados. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Peruano ha diferenciado el derecho a la libertad de expresión y de información: “Así, mientras que con la libertad de expresión se garantiza la difusión del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir, la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz. Por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad; a diferencia de lo que sucede con los hechos noticiosos, que, por su misma naturaleza de datos objetivos y contrastables, sí lo pueden ser” (Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia del Expediente 0905-2001-AA/TC, de 14 de agosto de 2002, fundamento 9).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha resaltado el gran valor en la democracia de la libertad de expresión y de información, señalando un “estándar democrático” para su interpretación, pues, sin libertad de expresión no hay democracia plena, no puede existir discusión de asuntos de interés público, ni hay sana crítica. Así lo ha manifestado en su Opinión Consultiva OC-5/85:

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública [...]. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada, no es plenamente libre.⁷

En la misma resolución, la Corte señala que este derecho tiene una doble dimensión: una individual y la otra colectiva, por ello,

... cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no solo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales.⁸

La libertad de expresión y de información genera pluralidad de ideas, coadyuva a la formación de la opinión pública y puede realizar control democrático de las actuaciones de los funcionarios públicos y de temas de interés social. He ahí su importancia.

Al ser un derecho relacionado con la vigencia de la democracia misma, este tiene un carácter “preferente”. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional del Perú en la sentencia recaída en el Expediente 02465-2004-PA/TC: “En un Estado democrático la libertad de expresión adquiere un cariz significativo y obtiene una posición preferente por ser el canal de garantía mediante el cual se ejercitan el debate, el consenso y la tolerancia social”.⁹

Igual parecer tiene la Corte Constitucional de Colombia:

⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5, de 13 de noviembre de 1985, “Colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Serie A, núm. 05, párr. 70.

⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5, de 13 de noviembre de 1985, “Colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Serie A, núm. 05, párr. 30.

⁹ Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia del Expediente 02465-2004-PA/TC, de 11 de octubre de 2004, fundamento 16.

La libertad de expresión se erige como una piedra angular del pacto político, cuya limitación está sometida a muy estrictas condiciones dispuestas por el orden jurídico, en tanto el libre acceso e intercambio de informaciones, opiniones, críticas e ideas en general entre la ciudadanía es, no sólo una característica inherente a la condición humana, sino un sustrato esencial para la construcción colectiva de lo público y para el afianzamiento de los valores que persigue el Estado social y democrático de derecho.¹⁰

Entonces, de manera preliminar, por su importancia en la vigencia de una democracia, la libertad de información y de expresión tiene preferencia si entra en conflicto con otros derechos fundamentales; por lo que solo se puede restringir o limitar después de un análisis de gran rigurosidad, cumpliendo los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, mas nunca de manera previa. Así lo ha señalado la Corte IDH en el caso Ricardo Canese vs. Paraguay:

... el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino que puede ser objeto de restricciones, tal como lo señalan el artículo 13 de la Convención en sus incisos 4 y 5 y el artículo 30 de la misma. Asimismo, la Convención Americana, en el inciso 2 del referido artículo 13 de la Convención, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.¹¹

2. La democracia digital como potencializadora de la libertad de información y de expresión

Elaine Ford indica que “se entiende por democracia digital poner internet y la tecnología al servicio de la ciudadanía, para que contribuyan a la consolidación del sistema democrático”.¹² La autora del libro *El reto de la democracia digital. Hacia una ciudadanía interconectada* señala que internet y las redes sociales han potenciado de gran manera el acceso a la información y la capacidad de que las opiniones lleguen a

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-102 de 08 de marzo de 2019, M. P. Alberto Rojas Ríos, p. 24.

¹¹ Corte IDH, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Fondo Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 111, párr. 95.

¹² Elaine Ford, *El reto de la democracia digital. Hacia una ciudadanía interconectada* (Lima: D&D, ONPE, JNE, Konrad Adenauer Stiftung, 2019), 39.

más personas, lo que conlleva un espacio deliberativo muy importante para discutir asuntos de interés público.

Uno de los beneficios de internet en general, y de las redes sociales en especial, es que la ciudadanía es hoy más participativa. Estas nuevas formas de comunicación generan una relación directa entre el ciudadano y la autoridad pública. Según Ford, la participación ciudadana se vuelve el pilar fundamental de esta democracia digital, gracias a la mayor información y a la facilidad de participar en el debate de la cosa pública.

Así también, la autora refiere que dentro de los beneficios¹³ que trajeron internet y las redes sociales se encuentra que la democracia se vuelve directa por la participación ciudadana en los asuntos públicos:

... Tal como ya se ha manifestado, en la actualidad las nuevas tecnologías de la información, junto a los medios sociales de Internet, están fomentando un nuevo tipo de democracia directa, que se concibe por la manera como los ciudadanos interactúan, se informan, se expresan, se movilizan a través de las redes sociales. Este aspecto va de la mano con el empoderamiento del ciudadano, antes mencionado, y es de vital importancia para la revitalización del rol del individuo en la sociedad.

Las plataformas digitales son el mejor instrumento para poder canalizar el sentir de la ciudadanía y, tal como se ha visto en diversos casos en el mundo, esto puede generar cambios importantes en la sociedad.¹⁴

Entonces, a consecuencia de la aparición de las redes sociales, la libertad de información y de expresión se ha beneficiado en su ejercicio. Con ese mismo criterio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en su sentencia recaída en el Amparo de Revisión 1005/2018, ha señalado:

Los niveles de interconexión que generan las redes sociales en la actualidad han representado una vía de expansión del derecho a la libertad de expresión. Tan es así, que incluso ha llevado a muchos a calificarla como “la nueva plaza pública” donde se plantean y discuten los temas de interés general. La construcción de esta nueva comunidad virtual, a la cual acuden las personas como una de sus principales fuentes de información e interacción, no ha pasado desapercibida para comerciantes, personajes públicos y gobernantes, quienes

¹³ Según Elaine Ford, los beneficios que trae la democracia digital son: reducción de la corrupción, acceso a la información pública, sociedad colaborativa, democracia directa, democracia deliberada, inclusión, igualdad y no discriminación y modernización del Estado.

¹⁴ Ford, *El reto de la democracia...*, 51.

han visto y han aprovechado las oportunidades que ofrece su exposición en estas plataformas.¹⁵

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) elaboró el documento “Libertad de expresión e internet”, el cual señala la importancia de la libertad de expresión en internet; además, observa que el internet permite que más voces se expresen en un espacio público. Asimismo, en el documento “Estándares para una internet libre, abierta e incluyente”, la Relatoría ha manifestado:

Internet ha facilitado exponencialmente el ejercicio de la libertad de expresión en todas sus dimensiones, diversificando y multiplicando los medios de comunicación, la audiencia –potencialmente global–, disminuyendo los costos y los tiempos, además de ofrecer condiciones inmejorables para la innovación y el ejercicio de otros derechos fundamentales.

El mayor impacto de Internet sobre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión está en la forma en la que ha aumentado la capacidad de las personas de recibir, buscar y difundir información. La red permite la creación en colaboración y el intercambio de contenidos –es un ámbito donde cualquiera puede ser autor y cualquiera puede publicar. A la vez, ayuda a comunicarse, colaborar e intercambiar opiniones e información. Esto representa una forma de democratización del derecho a la libertad de expresión, en el que el discurso público deja de ser “moderado” por periodistas profesionales o los medios tradicionales. De esta manera, Internet se ha convertido en una poderosa fuerza de democratización, transformando el derecho a la libertad de expresión mediante la creación de nuevas capacidades para crear y editar contenidos (a través de fronteras físicas), a menudo sin pasar por el control de la censura, lo que genera nuevas posibilidades para la realización del potencial; nuevas capacidades de organización y movilización (que respaldan en gran medida a otros derechos, como el derecho a la libertad de asociación); y nuevas posibilidades para innovar y generar desarrollo económico (que sustentan a los derechos sociales y económicos).¹⁶

A partir del uso de internet y de las redes sociales, y de sus beneficios para la libertad de expresión y de información, se han generado diversos instrumentos y normas internacionales para su protección, tal como lo reconoce la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia T-102 de 2019: “Vale la pena destacar que

¹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Segunda Sala, Sentencia Amparo de Revisión 1005/2018, de 20 de marzo de 2019, fundamento 221.

¹⁶ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “Estándares para una internet libre, abierta e incluyente”, 15 de marzo de 2017, párrs. 80-81.

la defensa de internet como espacio democratizador del derecho a la libertad de expresión y de fomento al pluralismo, ha sido resaltada de manera conjunta en los sistemas internacionales y regionales de promoción de derechos humanos”.¹⁷

En el año 2018, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas emitió la Resolución “Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en internet”, la cual

... afirma que los mismos derechos que tienen fuera de línea las personas también deben protegerse en línea, en particular la libertad de expresión, lo que es aplicable independientemente de las fronteras y por conducto de cualquier medio de su propia elección, de conformidad con el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹⁸

El ejercicio de los derechos fundamentales en línea merece protección, aún más por la potencialidad de la libertad de información y de expresión de fomentar la participación democrática en los debates de interés público.

3. El bloqueo de una cuenta de red social por funcionario público como vulneración de la libertad de información y de expresión

Conforme a los beneficios que trajo consigo internet y las redes sociales, como se indicó líneas arriba, muchos funcionarios y políticos en general han creado cuentas en diversas redes para tener contacto directo con la ciudadanía, dar a conocer sus actividades y opiniones sobre diversos temas de interés público y generar discursos y narrativas de legitimidad. Incluso en las campañas electorales, el uso de redes sociales se ha vuelto algo indispensable.

Una mención especial merece la red social Twitter, que se volvió una plataforma de importancia para la discusión de asuntos públicos y el actuar político. Twitter es

... una red abierta de *microblogging* que permite compartir información abierta entre usuarios de todo el mundo. [...] Esta plataforma permite estar informado al instante, seguir el pulso a la actualidad y da voz a los usuarios,

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-102 de 08 de marzo de 2019, M. P. Alberto Rojas Ríos, pp. 23-24.

¹⁸ Naciones Unidas, Asamblea General, “Resolución sobre la promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en internet”, A/HRC/38/L.10/Rev.1, aprobada en el 37° periodo de sesiones, 5 de julio de 2018.

que en muchas ocasiones han publicado noticias antes que estas se publicaran por los medios de comunicación tradicionales.¹⁹

Tal es la importancia de esta red social que, incluso, la Suprema Corte de la Nación de México, en su Sentencia mencionada líneas arriba, afirmó:

Twitter no puede considerarse únicamente como una plataforma que promueve y potencializa la libertad de expresión de los usuarios, sino que debe reconocerse también su labor en el fomento de los valores democráticos, por ejemplo, en la difusión de contenidos de interés para la sociedad –entre los que se encuentra la información gubernamental–, al igual que al debate de los asuntos públicos.²⁰

Gran cantidad de hechos noticiosos y de interés público en la actualidad se generan en las redes sociales y, como destacamos, en Twitter.

Muchos funcionarios públicos crean su cuenta en las redes sociales y configuran su privacidad de perfil de manera pública,²¹ para que cualquier otro usuario pueda ver la información compartida en su red; y transmiten información y opiniones de relevancia pública, como sus labores de funcionarios y posturas políticas. El fin de esta actuación es que la gente se entere de sus opiniones y actuaciones, su objetivo es generar una comunicación directa con los ciudadanos y estos, a su vez, puedan interactuar con él. Dicho de otro modo, algunos funcionarios públicos, en el uso de su propia libertad, deciden utilizar sus cuentas en redes sociales para dar a conocer sus labores y opiniones frente a la ciudadanía. Dicha información es de interés público, ya que no es sobre asuntos de su vida privada. Asimismo, se genera un foro de discusión de acuerdo con sus actividades y opiniones, en el que participan los ciudadanos interesados. La información e interacción que se generan en las redes no siempre se ven reflejadas en los portales oficiales y no aparecen usualmente en documentos “oficiales”, pero son hechos noticiosos y opiniones que buscan impactar en la opinión pública para conseguir respaldo popular de sus actividades.

Muchas de las cuentas de los funcionarios públicos han sido creadas antes de asumir el cargo o no son cuentas “oficiales” de la institución, por lo que, al considerarse cuentas de dominio privado, bloquean a ciudadanos y les impiden el acceso a la información y opiniones vertidas en la red social, además de imposibilitarles

¹⁹ Paula Ortiz López, *Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal* (Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2013), 24-25.

²⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Segunda Sala, Sentencia Amparo de Revisión 1005/2018 de 20 de marzo de 2019, fundamento 227.

²¹ La privacidad de una cuenta de la red social se configura a criterio del titular. Si la cuenta se pone como privada, solo podrán acceder a su contenido e interactuar con él las personas con las que ha aceptado interactuar; en cambio, si se configura de manera pública, cualquier usuario podrá acceder a la información e interactuar con el titular de la cuenta.

participar en el foro de discusión pública que se generó en la cuenta. Los bloqueos se dan, usualmente, a raíz de las críticas y manifestaciones de posturas políticas adversas que tiene alguna parte de la ciudadanía frente al funcionario y sus actividades. Esto lleva a plantear dos cuestiones: i) ¿las informaciones vertidas en las cuentas de las redes sociales son de dominio privado? ¿Es legítimo el fin que busca el funcionario al bloquear a un ciudadano de su red social?

3.1. ¿La información de la cuenta es parte del derecho a la privacidad o debe ser de dominio público?

El derecho a la intimidad es un derecho humano reconocido en el artículo 11.2 de la CADH que señala: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

Ahora bien, para responder a la interrogante vamos a utilizar los criterios de desdibujamiento del derecho a la intimidad señalados por la Corte Constitucional de Colombia. Ese supremo tribunal, en la Sentencia T-696 de 1996, manifestó:

Para diferenciar el campo que puede ser objeto de conocimiento general del que no puede serlo, en las condiciones señaladas, se requiere analizar la presencia de dos factores: primero, la actuación de la persona dentro de un ámbito público; y segundo, si lo hace con la intención de ser vista y escuchada por quienes allí se encuentran, cuya verificación permitirá pensar, como es lógico, que ella está actuando por fuera de su zona de privacidad, y al mismo tiempo, que pueden su imagen y manifestaciones ser captadas por quienes la rodean.²²

Cuando un funcionario configura la privacidad de su cuenta de una determinada red social como pública, su actuación se desempeña en un ámbito público, todos los usuarios pueden visualizar sus publicaciones e interacciones, y, si ese mismo funcionario utiliza la cuenta de red social con el fin de dar a conocer sus actividades y opiniones, buscar seguidores y generar un discurso de legitimidad llegamos a la conclusión de que se ha desdibujado su derecho a la intimidad en esa cuenta de red social y, por tanto, su contenido es de interés público y general.

Para dar una respuesta más contundente al interrogante hay que analizar los criterios establecidos por la Corte IDH en el caso *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*. En dicha resolución, el tribunal internacional manifestó que si bien es cierto que los funcionarios públicos gozan del derecho a la privacidad contemplado en el artículo 11 de la CADH, se debe tener en cuenta que para su protección existen dos

²² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-696 de 05 de diciembre de 1996, M. P. Fabio Morón Díaz, p. 7.

criterios: “a) el diferente umbral de protección de los funcionarios públicos, más aún de aquellos que son elegidos popularmente, respecto de las figuras públicas y de los particulares; b) el interés público de las acciones que aquellos realizan”.²³

El funcionario público, al utilizar su cuenta de una red social para dar a conocer sus actividades, crear discursos de legitimidad y dar opiniones, genera información de gran interés público y, por tanto, el derecho a la privacidad no protege el contenido de la cuenta en la red social.

Es necesario precisar que, *contrario sensu*, si un funcionario público tiene una cuenta de configuración privada, es decir, solo sus amigos aceptados por él pueden acceder a la información, o lo compartido ahí no sea sobre sus actividades propias del cargo o de opiniones de interés público, la información de dicha cuenta sería protegida por el derecho a la privacidad.

3.2. ¿Es legítimo el fin que busca el funcionario al bloquear a un ciudadano en su red social?

Cuando el funcionario público bloquea a un ciudadano en su cuenta de una determinada red social, usualmente no lo hace para proteger su derecho a la privacidad –que está desdibujada–, sino para evitar críticas y para que los ciudadanos adversos a sus opiniones no puedan participar en el foro de discusión que se generó en el contenido de la cuenta. Evitar las críticas está proscrito en un Estado democrático de derecho, como se analizó líneas arriba, y la democracia necesita de una pluralidad de opiniones e ideas.

Aun así, las críticas o los comentarios que pueden incomodar al funcionario público y parecer ofensivas deben ser toleradas, pues la cuenta se ha vuelto un espacio de discusión pública donde los ciudadanos ejercen su libertad de expresión. Así lo ha precisado la jurisprudencia.

En el Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, la Corte IDH, citando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), señaló que la protección a la libertad de expresión alcanza:

... no solo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una “sociedad democrática”.²⁴

²³ Corte IDH, Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Fondos, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 239, párr. 59.

²⁴ Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 73, párr. 70.

Así también, la Corte Constitucional de Colombia precisó que la libertad de expresión: “protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como aquellas consideradas inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono”.²⁵

Es necesario señalar también que el nivel de tolerancia de un funcionario público debe ser más alto que el de los ciudadanos comunes frente a las críticas, porque su actuación está sujeta a un escrutinio público más riguroso que, de manera voluntaria, ha aceptado al asumir el cargo. Sobre esto la Corte IDH, en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, ha explicado:

... las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2. de la CADH, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que este debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático.

[...] el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público.²⁶

Bajo estas consideraciones, el bloqueo a un ciudadano en una red social por parte de un funcionario público, por emitir opiniones y críticas, tan solo mostraría la intolerancia del funcionario, y la intolerancia está proscrita en la democracia. Diferente sería si el ciudadano ha calumniado, insultado o vejado, ya que este comportamiento no está amparado por la libertad de expresión.

De la misma manera, el bloqueo por parte de un funcionario público a un ciudadano vulnera la libertad de información y de expresión en su doble dimensión: individual y colectiva, pues se impide acceder a información de relevancia pública o hecho noticioso, como son las actividades u opiniones de un funcionario público por el medio que el ciudadano ha preferido utilizar, y se vulnera el derecho de

²⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-442 de 25 de mayo de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, p. 36.

²⁶ Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 107, párrs. 128-129.

todos a recibir informaciones e ideas; también, se impide a la colectividad saber la opinión del ciudadano sobre el hecho noticioso o la información compartida por el funcionario público; al estar el primero excluido del foro de discusión generado en la red social, se priva a la colectividad de “conocer el pensamiento ajeno”.²⁷

Al impedir el acceso a la información de relevancia pública u opiniones de funcionarios y el pensamiento ajeno en los foros de discusión pública que se generan en las redes sociales se reprime la formación libre y racional de la opinión pública, que es relevante en un Estado democrático de derecho.

Es necesario señalar que el bloqueo tampoco puede resultar legítimo con el argumento de que el ciudadano tiene otras vías para poder acceder a la información de relevancia pública y participar en el debate. Los instrumentos internacionales de derechos humanos que hemos citado, así como el tratamiento que dan las cartas constitucionales, señalan que es parte del derecho a la libertad de información y de expresión utilizar cualquier medio de elección del ciudadano. Eso queda a discrecionalidad de la persona; además, se debe tener en cuenta que poco a poco internet y las redes sociales están siendo cada vez más preferidas frente a los medios tradicionales de comunicación. Asimismo, como se señaló, es en estas plataformas donde los derechos están más potencializados, por lo que no hay similitud en cuanto al ejercicio del derecho en una red social frente a un medio de comunicación tradicional, lo que hace que el bloqueo en la red social sea gravoso, a pesar de tener otras alternativas.

4. Pronunciamiento de las cortes

Se han presentado recursos de garantía constitucionales para resolver conflictos sobre bloqueos de funcionarios en sus redes sociales a ciudadanos, como en México, Costa Rica, Estados Unidos de América y Perú. Las decisiones de las cortes se han inclinado a proteger el derecho a la libertad de información y de expresión, a excepción del Tribunal Constitucional Peruano.

4.1. México

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de México, en el Amparo en Revisión 1005/2018, literalmente responde al siguiente interrogante: “¿Puede un servidor público bloquear a un ciudadano en Twitter?”

El caso se da a raíz del bloqueo en la red social que hizo el fiscal general del estado de Veracruz, Ignacio de la Llave, a un ciudadano. La máxima instancia jurisdiccional de ese país considera que un servidor público no puede bloquear a un ciudadano:

²⁷ Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia del Expediente 0905-2001-AA/TC, de 14 de agosto de 2002, fundamento 12.

Es preciso señalar que el fiscal general y su cuenta de Twitter @AbogadoWinckler adquirieron notoriedad pública. El primero, al acceder al cargo público. La segunda, al ser utilizada voluntariamente por su titular para difundir información referente al desempeño de su gestión. Al hacerlo, estableció un canal de comunicación entre funcionario público y la ciudadanía.²⁸

La Corte Suprema protege el derecho a la libertad de información, a pesar de que la cuenta de Twitter del funcionario era personal y creada antes de ser fiscal. Establece que no le corresponde el derecho a la intimidad pues la información ahí contenida es de interés público: “Por el solo hecho de ser el quejoso un ciudadano, se le debe garantizar el acceso a la información contenida en esa cuenta. El quejoso, al ser parte de una comunidad, está interesado en las gestiones que realicen los servidores públicos, como es el caso del fiscal general.”²⁹

Así también, la Suprema establece que en caso de que el fiscal deje de ser funcionario, tampoco podrá bloquear a los ciudadanos, pues aún continuará ostentando el carácter de persona pública:

En consecuencia, con el fin de restituir al quejoso completamente en el goce de su derecho de acceso a la información, se deberá permitir el acceso permanente a la cuenta @AbogadoWinckler en Twitter. Esta obligación permanecerá vigente incluso en el caso hipotético de que el ciudadano Jorge Winckler Ortiz ya no ocupe cargo público, debido a que este continuará ostentando el carácter de persona pública en términos de lo considerado en esta resolución.³⁰

4.2. Costa Rica

El caso no versa sobre el bloqueo de una cuenta de red social de un funcionario público en específico, sino de la cuenta de una institución pública como el Banco de Costa Rica.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en el caso 03871, sobre recurso de amparo, protegió el derecho a la libertad de información y de expresión del ciudadano recurrente al haber sido bloqueado de la cuenta de Facebook del Banco de Costa Rica; al respecto, la instancia jurisdiccional consideró: “Las redes sociales como Facebook, no solo proveen de información, sino que, además son un canal para expresarse. Por ello es que no puede una autoridad pública válidamente

²⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Segunda Sala, Sentencia Amparo de Revisión 1005/2018, de 20 de marzo de 2019, fundamento 269.

²⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Segunda Sala, Sentencia Amparo de Revisión 1005/2018, de 20 de marzo de 2019, fundamento 251.

³⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Segunda Sala, Sentencia Amparo de Revisión 1005/2018, de 20 de marzo de 2019, fundamento 275.

bloquear de Facebook a un usuario, sin que exista una razón que lo justifique de por medio”.³¹

4.3. Estados Unidos de América

El caso de Estados Unidos es el que más ha trascendido, pues se genera por bloqueos en Twitter del presidente de ese país, Donald Trump, a ciudadanos cuya crítica era adversa al mandatario. El caso fue resuelto por la Corte del Distrito de Nueva York mediante el caso 1:17-cv-05202-NRB.

La jueza federal en Estados Unidos ordenó al presidente de ese país, Donald Trump, no bloquear a los usuarios en su cuenta de twitter. Al respecto, Andrés Calderón señala:

Si bien la cuenta en Twitter fue originalmente creada en el 2009, Trump la siguió utilizando como presidente a partir del 2017 para hacer anuncios de decisiones oficiales de su gobierno, defender sus políticas, promover su agenda legislativa, interactuar con líderes políticos internacionales, nombrar o despedir funcionarios, y criticar a los medios de comunicación, entre varios otros fines.

Esto hace, que ese espacio de la red social se vuelva en un foro público: “La Jueza Riece concluyó que ciertos aspectos de la cuenta de Twitter de Donald Trump calificaban como un “foro público”; es decir, un espacio abierto para el libre intercambio de expresiones entre las personas, donde nadie puede ser discriminado por sus ideas. El espacio interactivo para que los ciudadanos puedan responder, compartir o ‘likear’ los tuits de Trump, constituye, pues, ese foro de discusión protegido por la libertad de expresión.”³²

4.4. Perú

A diferencia de lo resuelto por otras cortes, el intérprete constitucional peruano decidió no amparar la libertad de información y de expresión en redes sociales, por lo que declaró infundada la demanda presentada por el ciudadano Erick Américo Iriarte Ahón ante el bloqueo que realizó quien entonces fue primer ministro, Pedro Álvaro Cateriano Bellido. El Tribunal Constitucional peruano decide amparar la

³¹ Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia 03871, recaída en el Expediente 17-016890-0007-CO de 09 de marzo de 2018.

³² Andrés Calderón, “Si Trump o Vizcarra te bloquean en Twitter”, *El Comercio*, 02 de junio de 2020, <https://elcomercio.pe/opinion/mirada-de-fondo/si-trump-nos-cierra-twitter-por-andres-calderon-columna-donald-trump-estados-unidos-twitter-libertad-de-expresion-noticia/>.

libertad personal del funcionario público, afirmando que la información contenida en la cuenta no es de carácter oficial:

Ciertamente, el escrutinio ciudadano del desempeño de los funcionarios públicos es indispensable para el correcto cumplimiento de sus responsabilidades en una democracia. Sin embargo, ello no debe menoscabar su derecho fundamental a la libertad personal.

El hecho de bloquear el acceso a una cuenta personal de Twitter cuya titularidad corresponde a un funcionario público no significa denegarle al bloqueado la información que posee una entidad pública. Los tuits emitidos en dichas cuentas no son comunicaciones oficiales de la entidad pública a la que pertenecen.

En tal sentido, el bloqueo de la cuenta @coyotegris, cuyo titular es el recurrente, por parte del aludido expresidente del Consejo de Ministros Cateriano Bellido en su cuenta personal de Twitter no es una actuación constitucionalmente reprochable.

La Constitución no permite forzar a nadie –incluyendo a quien ha cumplido en algún momento de su vida funciones públicas de la más alta responsabilidad, como es el caso del demandado en este caso– a interactuar en las redes sociales con quien no quiere.³³

Lamentablemente, el Tribunal Constitucional del Perú, a lo largo de su resolución, no realiza un análisis sobre el contenido de la cuenta de la red social, los límites del derecho a la privacidad o a la libertad personal, ni mucho menos una ponderación entre el derecho a la libertad y privacidad frente a la libertad de información y de expresión.

Conclusión

Las redes sociales llegaron y cambiaron la forma de hacer política y los debates. Potencializaron la libertad de información y de expresión, con lo cual aumentaron la capacidad de interacción de los ciudadanos con sus representantes y participaron en foros de discusión pública. Esto conlleva un cambio de la democracia. La información vertida por los funcionarios públicos en sus redes cuando dan a conocer sus actividades y opiniones son de dominio público y, ante un bloqueo que impida la crítica, el acceso a la información de interés público, el conocimiento de la opinión ajena y la participación en el foro, debe protegerse la libertad de expresión y de información.

³³ Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia del Expediente 0442-2017-PA/TC, de 15 de agosto de 2019, fundamentos 16-19.

La respuesta ante la pregunta planteada en el título del presente artículo es que, de manera preliminar, un funcionario público no puede bloquear a un ciudadano en su cuenta de alguna red social, pues vulneraría la libertad de información y de expresión.

Bibliografía

- ANSUÁTEGUI, Javier. “Los contextos de la libertad de expresión: paradigmas y nuevas fronteras”. *Teoría y Derecho: Revista del Pensamiento Jurídico*, n.º 21 (2017).
- CALDERÓN, Andrés. “Si Trump o Vizcarra te bloquean en Twitter”. *El Comercio*, 02 de junio de 2020. <https://elcomercio.pe/opinion/mirada-de-fondo/si-trump-nos-cierra-twitter-por-andres-calderon-columna-donald-trump-estados-unidos-twitter-libertad-de-expresion-noticia/>.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. “Estándares para una internet libre, abierta e incluyente”, 15 de marzo 2017.
- COSTA, Pere-Oriol. *La utilización de internet por parte de Barack Obama transforma la comunicación política*. Barcelona: Consejo Audiovisual de Cataluña, 2009. <https://www.cac.cat/es/acords-recerca/revista-quaderns-del-cac>.
- FORD, Elaine. *El reto de la democracia digital. Hacia una ciudadanía interconectada*. Lima: D&D, ONPE, JNE, Konrad Adenauer Stiftung, 2019.
- HAYA DE LA TORRE, Víctor Raúl. “El gran desafío de la democracia”. En *Pensadores de la República. Ideas y propuestas vigentes para el Perú del siglo XXI*. Editado por por Ceplan. Lima: Imprenta Universidad Alas Peruanas, 2011.
- ORTIZ LÓPEZ, Paula. *Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2013.
- RICO CARILLO, Mariliana. “El impacto de internet y las redes sociales en el derecho a la libertad de expresión”. *Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política* 19, n.º 3 (2012).
- SAVATER, Fernando. *Diccionario del ciudadano sin miedo a saber*. Barcelona: Ariel, 2007.

Normas jurídicas y jurisprudencia

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-102 de 08 de marzo de 2019, M. P. Alberto Rojas Ríos.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-696 de 05 de diciembre de 1996, M. P. Fabio Morón Díaz.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-442 de 25 de mayo de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, “Colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Interamericana sobre Derechos Humanos)”, Serie A, núm. 05.

- CORTE IDH. Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Fondo Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 111.
- CORTE IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico *vs.* Argentina, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Fondos, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 239, párr. 59.
- CORTE IDH. Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 107, párr. 128-129
- CORTE IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) *vs.* Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 73.
- CORTE SUPREMA DE COSTA RICA. Sala Constitucional, Sentencia 03871, recaída en el expediente 17-016890-0007-CO, de 09 de marzo de 2018.
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. “Resolución sobre la promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet”, A/HRC/38/L.10/Rev.1, aprobada en la 37° periodo de sesiones, 5 de julio de 2018.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. Segunda Sala, Sentencia Amparo de Revisión 1005/2018, de 20 de marzo de 2019.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia del Expediente 0442-2017-PA/TC de 15 de agosto de 2019, fundamento 16-19.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia del Expediente 0905-2001-AA/TC de 14 de agosto de 2002.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia del Expediente 02465-2004-PA/TC de 11 de octubre de 2004.

Andrés López Cabello* (Chile)
Tomás I. Griffa** (Argentina)

Privacidad en redes sociales y vigilancia estatal: un desafío pendiente de la práctica constitucional argentina

RESUMEN

El monitoreo y análisis estatal de la información que circula en redes sociales ha ganado terreno en la Argentina. Presentado como la simple traslación de las tareas de prevención policial al ámbito digital, se alega que no afecta derechos fundamentales porque solo se vigila la actividad pública y, si es público, no hay privacidad. En este artículo exploramos lo engañoso de este supuesto dado que, así como en el espacio público “analógico” las personas tienen una razonable expectativa de privacidad, esto es igualmente aplicable en internet y, especialmente, en las redes sociales. Las actividades y expresiones en esos espacios abiertos son esferas de privacidad protegidas por el derecho internacional de los derechos humanos. Para gozar de este derecho en la era digital no es necesario el ocultamiento deliberado de nuestras acciones y expresiones.

Palabras clave: privacidad en línea; redes sociales; vigilancia.

* Abogado, Universidad de Chile; magíster en Relaciones Internacionales, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso, Argentina). Equipo de Litigio y Defensa Legal del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Argentina. andres.lopezc@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-9508-6884>.

** Abogado, Universidad de Buenos Aires. Docente, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Equipo de Litigio y Defensa Legal del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS, Argentina). tomasgriffa12@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-9095-3355>.

Privacy on social media and state surveillance. A pending challenge for Argentine constitutional practice

ABSTRACT

State monitoring and analysis of information that circulates on social media has gained ground in Argentina. Presented as the simple transition of police prevention activities to the digital sphere, it is alleged that it does not affect fundamental rights because only public activity is monitored and, if it is public, there is no privacy. In this article we explore the deceptiveness of this assumption, since just as in the “analog” public space people have a reasonable expectation of privacy, this is equally applicable on the Internet and, especially, on social media. Activities and expressions in these open spaces are spheres of privacy protected by international human rights law. In order to enjoy this right in the digital age, it is not necessary to deliberately conceal our actions and expressions.

Keywords: Online privacy; social media; surveillance.

Schutz der Privatsphäre in sozialen Netzwerken und staatliche Überwachung: eine ungelöste Herausforderung für die argentinische Verfassungspraxis

ZUSAMMENFASSUNG

Die staatliche Beobachtung und Analyse der in sozialen Netzwerken verbreiteten Informationen hat in Argentinien an Bedeutung gewonnen. Indem sie als einfache Übertragung der vorbeugenden Tätigkeit der Polizei auf den digitalen Raum dargestellt wird, wird behauptet, dass hierdurch keine Grundrechte betroffen seien, weil diese Tätigkeit sich auf die Überwachung öffentlicher Aktivitäten beschränke und es daher keine Privatsphäre gebe. Im vorliegenden Beitrag soll dargelegt werden, dass diese Annahme insofern irreführend ist, als die Personen im „analogen“ öffentlichen Raum eine angemessene Beachtung ihrer Privatsphäre erwarten können und diese Erwartung auch für das Internet und insbesondere für die sozialen Netzwerke gilt. Handlungen und Äußerungen in solchen offenen Räumen sind somit Teil der Privatsphäre, die unter den Schutz des internationalen Rechts der Menschenrechte fällt. Um im digitalen Zeitalter in den Genuss dieses Rechts zu gelangen, bedarf es keiner ausdrücklichen Verschleierung von Handlungen und Äußerungen.

Schlagwörter: Privatsphäre online; soziale Netzwerke; Überwachung.

Introducción

Luego de que en la Argentina se declaró la emergencia sanitaria por la pandemia del SARS-CoV-2 en marzo de 2020, en distintas provincias del país y con la intervención de diversas fuerzas policiales, una decena de personas fueron sometidas a procesos penales por expresiones en sus redes sociales.

Estos procesos se dirigían principalmente contra individuos que habían hecho alguna broma en sus redes sociales sobre la posibilidad de aprovechar la cuarentena para realizar saqueos y contra quienes habían compartido o elaborado piezas de desinformación. La mayoría de estas investigaciones se iniciaron por actuaciones autónomas de las fuerzas de seguridad. Realizando tareas de monitoreo en redes sociales, las divisiones de cibercrimen identificaron expresiones que, en su criterio, podrían constituir el delito de intimidación pública o el de incitación a cometer delitos. Así lo denunciaron a las autoridades del Ministerio Público correspondiente quienes impulsaron la acción penal.¹

Esta práctica de monitoreo policial en las redes sociales, alegan los funcionarios, no es una extravagancia solo justificada en el contexto excepcional de la pandemia. En realidad, sería parte de las funciones tradicionales de prevención policial de las fuerzas de seguridad, pero en el ámbito digital. Asimilándola con las tareas de patrullaje policial en la vía pública, las autoridades han bautizado esta práctica de monitoreo de redes sociales como “ciberpatrullaje”.

Estas formas de vigilancia han sido utilizadas, desde hace años, para impulsar procesos penales y en otros ámbitos. Por ejemplo, a raíz de tareas de inteligencia realizadas en redes sociales, en 2017 a decenas de activistas de organizaciones de la sociedad civil se les prohibió participar en la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que se celebraría en Buenos Aires. El Gobierno explicó que los activistas “habían hecho explícitos llamamientos a manifestaciones de violencia a través de las redes sociales, expresando su vocación de generar esquemas de intimidación y caos”. Diversos afectados iniciaron acciones judiciales de *habeas data* contra el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Agencia Federal de Inteligencia para conocer qué información se había recogido de sus redes sociales, qué autoridad recopiló esa información y en virtud de qué norma legal. En los procesos, el Gobierno se negó a proveer la información requerida, lo que ha sido convalidado por algunos tribunales y se encuentra bajo conocimiento de la Corte Suprema.²

Esta actividad de monitoreo y análisis del discurso público en las redes sociales es lo que se conoce como inteligencia de redes sociales (*Social media intelligence*, Socmint), que es un elemento dentro del más amplio ámbito de la inteligencia de

¹ Para una revisión de algunos casos de “ciberpatrullaje” durante la emergencia sanitaria, consultar Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), “Observaciones del CELS a la Resolución 31/2018 y al Proyecto de protocolo de ciberpatrullaje”, *Sobre el Proyecto de protocolo de ciberpatrullaje* (Buenos Aires: CELS, 2020), <https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/sobre-el-proyecto-de-protocolo-de-ciberpatrullaje/>.

² Véase Paula Litvachky *et al.*, “El secreto. La seguridad nacional como coartada para un Estado sin controles”, en *Derechos humanos en la Argentina. Informe 2019* 9, ed. por CELS (Buenos Aires: Siglo XXI, 2019), 104 y ss.; Leandro Ucciferri, “Seguidores que no vemos. Una primera aproximación al uso estatal del Open-source intelligence (Osint) y Social media intelligence (Socmint)”, Buenos Aires, ADC, 2018, <https://adc.org.ar/informes/seguidores-que-no-vemos/>.

fuentes abiertas (*Open source intelligence*, Osint). Como se verá, esta práctica sin control ni límites claros avanza sobre esferas del derecho a la privacidad que se encuentran protegidas por el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).

1. Aclaraciones previas

En este artículo, el foco de atención estará en el análisis del alcance y contenido del derecho a la privacidad en el derecho internacional de los derechos humanos, a la luz de los intereses humanos actuales, en que internet y la expresión e interacción pública en las redes sociales es parte esencial de la vida de millones.

Si bien no vamos a explorar los elementos del discurso “peligroso” perseguido con el “ciberpatrullaje”, sí corresponde hacer algunas prevenciones, en tanto dichas expresiones están protegidas por el DIDH. Sobre este punto vale recordar que la libertad de expresión es “la piedra angular de todas las sociedades libres y democráticas”,³ y que conforme el derecho internacional, toda limitación debe ser legal, necesaria, razonable, proporcional y perseguir un interés legítimo.⁴ El concepto de “restricción necesaria”, huelga señalar, implica la existencia de una “necesidad social imperiosa”; no es suficiente que la limitación sea “útil”, “razonable” u “oportuna”.⁵

Estas exigencias, por cierto, se agudizan cuando la responsabilidad jurídica que se pretende es de naturaleza penal.⁶ Los efectos represivos y disuasorios de la persecución criminal son, en principio, más intensos que en el ámbito civil, que puede habilitar mecanismos proporcionales para la reparación de daños.

En la Argentina hay jurisprudencia interesante en la que se ha acotado la aplicación de los delitos “contra el orden público”. En línea con los precedentes Noto,

³ Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), Comité de Derechos Humanos, Observación General n.º 34, artículo 19, Libertad de opinión y libertad de expresión, CCPR/C/GC/34, 12 septiembre 2011, párr. 2; Opinión Consultiva OC-5 de 13 de noviembre de 1985, “La colegiación obligatoria de periodistas” (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por el Gobierno de Costa Rica, Serie A, núm. 05, párr. 70.

⁴ Entre muchos, Comité de Derechos Humanos, Observación General n.º 34, cit.; Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, cit., párr. 46; Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 107, párrs. 121 y 123; Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 111, párr. 96.

⁵ Véase Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, cit., párr. 46; Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, cit., párr. 122; Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 238, párr. 54.

⁶ Corte IDH, Caso Kimel vs. Argentina, Sentencia del 2 mayo de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 177, párr. 78; Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela, Sentencia de 30 de agosto de 2019, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 380, párr. 119; Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, párr. 55.

Brandenburg y Watts de la Suprema Corte estadounidense,⁷ en Argentina se ha aclarado que, por ejemplo, la reivindicación de las “puebladas” y el enfrentamiento con la policía, o de la ocupación y quema de comisarías y tribunales es un ejercicio legítimo de la libertad de expresión.⁸

Sobre la protección, o no, del discurso falso, nos limitaremos a notar que la preocupación por la circulación de información falsa, engañosa o de “mala calidad”, no es un fenómeno nuevo ni limitado a las redes sociales. Precisamente esa era la preocupación que subyacía tras la intención de exigir una colegiatura obligatoria para ejercer el periodismo a mediados de los años ochenta. Frente a eso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dejó en claro que “no sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor”.⁹ La Corte advirtió que “un sistema de control al derecho de expresión en nombre de una supuesta garantía de la corrección y veracidad de la información que la sociedad recibe puede ser fuente de grandes abusos y, en el fondo, viola el derecho a la información que tiene esa misma sociedad”.¹⁰

Del mismo modo, es un hecho generalmente aceptado que el simple carácter de falsedad de una expresión no es motivo suficiente para que esa expresión sea restringida. En particular, el estándar de real malicia exige un análisis cuidadoso para evaluar la legitimidad de alguna sanción por el daño generado por una expresión falsa, solo cuando fuera hecha con conocimiento de su falsedad o con una despreocupación temeraria al respecto. Este estándar desarrollado por la Corte Suprema estadounidense¹¹ ha sido recogido por la Corte Suprema de Justicia argentina¹² y el sistema interamericano de derechos humanos.¹³

⁷ *Scotus, Noto v. United States*, 367 U.S. 290 (1961), Sentencia de 5 de junio de 1961; *Watts v. United States*, 394 U.S. 705 (1969), Sentencia de 21 de abril de 1969 y *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), Sentencia de 9 de junio de 1969.

⁸ Cámara Criminal y Correccional Federal (CCCF), Sala I, Causa N.º 25.212, “Ortiz, S. s/ procesamiento”, Sentencia de 8 de julio de 1994; Sala I, Causa N.º 37.733, “Bonafini, Hebe s/ sobreseimiento”, Sentencia de 27 de abril de 2006; Sala I, Causa N.º 40.687, “Bignone, Reynaldo s/rechazo falta de acción”, Sentencia de 29 de agosto de 2007; Sala II, Causa N.º 20.336, “Vita, Leonardo G. y otro s/procesamiento”, Sentencia de 29 de agosto de 2003.

⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, cit., párr. 33.

¹⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, cit., párr. 77.

¹¹ *Scotus, New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), Sentencia de 9 de marzo de 1964; *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964), Sentencia de 23 de noviembre de 1964.

¹² CSJN, “Vago, Jorge Antonio c/ Ediciones de La Urraca SA. y otros”, Sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Fallos*: 314:1517; “Pandolfi, Oscar Raúl c/ Rajneri, Julio Raúl”, Sentencia 1 julio 1997, *Fallos*: 320:1272; “Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros s/daños y perjuicios”, Sentencia 24 junio 2008, *Fallos*: 331:1530.

¹³ CIDH, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada en su 108º periodo ordinario de sesiones celebrado del 2 al 20 octubre del 2000; CIDH, Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, 2009, par. 109; Corte IDH, Caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, Sentencia de 27 de enero de 2009, Excepción Preliminar, Fondo,

La doctrina de la real malicia está dirigida a resguardar la libertad de expresión, de forma que no es admisible su aplicación artificiosa como una herramienta para socavar el discurso, con la pretensión, sin más, de privar de protección al discurso deliberadamente falso. En este punto, en 2012 la Corte estadounidense declaró la inconstitucionalidad de una ley que penalizaba a quien se presentara como condecorado por una medalla militar sin serlo, que el Gobierno impulsaba con el argumento de que no era más que la aplicación de la doctrina de real malicia. Sin embargo, la Corte advirtió que esta doctrina existe “para permitir más discurso, no menos” y que “una regla diseñada para tolerar cierto discurso no debería florecer para convertirse en la justificación de una regla que lo restringe”.¹⁴ Según la Corte, que la Constitución provea menor protección a las declaraciones deliberadamente falsas “no puede interpretarse en el sentido de ‘ninguna protección en absoluto’”.¹⁵ La prohibición del discurso falso no es la solución, sostuvo, sino que es la propia dinámica de la libertad de expresión lo que permite superar la mentira. La “verdad”, argumentó, “no necesita esposas ni una placa para su reivindicación”.¹⁶

En el mismo sentido se expresaron en su Declaración Conjunta de 2017 los relatores especiales para la Libertad de Expresión cuando recordaron que “el derecho humano a difundir información e ideas no se limita a declaraciones ‘correctas’” y que “las prohibiciones generales de difusión de información basadas en conceptos imprecisos y ambiguos, incluidos ‘noticias falsas’ (*fake news*) o ‘información no objetiva’, son incompatibles con los estándares internacionales sobre restricciones a la libertad de expresión”.¹⁷

Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 193, párr. 125. En este último caso, aunque no refirió expresamente a la doctrina de “real malicia”, el estándar que aplicó la Corte para evaluar la responsabilidad de Tristán Donoso es, en esencia, muy similar. Allí explicó que en el momento en que Tristán Donoso convocó a la conferencia de prensa y afirmó los hechos que resultaron ser inexactos, “existían diversos e importantes elementos de información y de apreciación que permitían considerar que su afirmación no estaba desprovista de fundamento” (párrs. 124 y 125). Sobre la relación entre la doctrina de real malicia y la jurisprudencia de la Corte IDH, véase Hernán Gullco, “La doctrina de la ‘real malicia’ y la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”, *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, n.º 13 (2009): 127-138.

¹⁴ *Scotus, United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012), Sentencia de 28 de junio de 2012, voto de los jueces Kennedy y Roberts y de las juezas Ginsburg y Sotomayor.

¹⁵ *Scotus, United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012), Sentencia de 28 de junio de 2012, voto de los jueces Breyer y Kagan.

¹⁶ *Scotus, United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012), Sentencia de 28 de junio de 2012, voto de los jueces Kennedy y Roberts y de las juezas Ginsburg y Sotomayor.

¹⁷ Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relator Especial de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión, Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), “Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y ‘Noticias Falsas’

Dicho lo anterior, en lo que sigue revisaremos brevemente algunas particularidades de las prácticas de inteligencia en fuentes abiertas y la especial implicancia en los derechos humanos de la inteligencia sobre redes sociales. Luego, analizaremos de qué forma el DIDH protege las acciones y expresiones de las personas en el espacio público y cómo se aplica esto en el contexto de las tecnologías de la información y las redes sociales. Veremos también cómo estas políticas tienen un efecto concreto en el ejercicio pleno de la libertad de expresión y generan un efecto de autocensura. Por último, analizaremos estas prácticas a la luz de los principios constitucionales de legalidad y razonabilidad en el contexto argentino, y explicaremos por qué su uso indiscriminado resulta incompatible con los derechos a la privacidad y a la libertad de expresión y no puede ser válidamente empleado como sustento de un proceso penal.

Para cerrar, reafirmaremos la necesidad de repensar los límites y las garantías que deben guiar las políticas de privacidad y vigilancia en el presente, considerando las necesidades y los intereses humanos actuales, en una época de intensa actividad en línea, en general, y de las redes sociales, en particular.

2. Nuevos desafíos de la inteligencia en fuentes abiertas y redes sociales

Más allá de que en la Argentina se le ha llamado “ciberpatrullaje” o “prevención policial digital”, la actividad de agentes estatales de monitoreo, recolección y análisis de información hecha pública en redes sociales constituye lo que en el ámbito de inteligencia se conoce como Socmint. Esta inteligencia en redes sociales es una forma particular de la inteligencia de fuentes abiertas (Osint), que es la búsqueda, la recolección y el análisis de información que se encuentra disponible públicamente. Esta consiste en datos para cuyo acceso no se requiere una autorización o credencial específica y que no se encuentran protegidos por ninguna capa o sistema de seguridad que se deba eludir.

La Osint no es una práctica nueva en el ámbito de la inteligencia, pero la expansión de internet tuvo profundos efectos en su desarrollo. Internet no solo cambió la vida de las personas, sino que afectó las capacidades y metodologías de los organismos de inteligencia. En 2001, el director del Consejo Nacional de Inteligencia, que coordina los organismos militares y civiles de la comunidad de inteligencia estadounidense, distribuyó internamente un artículo en el que destacaba que la Osint ya no es lo que solía ser hace diez años. Las fuentes abiertas, explicó, solían ser el “glaseado en el pastel”, eran accesorias al material recogido por la inteligencia de señales (*Signals Intelligence* Sigint), de imágenes (*Imagery Intelligence* Imint) y la colección clandestina de origen humano (*Human Intelligence* Humint). Con la expansión de internet,

(‘Fake News’), Desinformación y Propaganda”, Estándares sobre desinformación y propaganda, 2.a), 2017.

señalaba, la inteligencia de fuentes abiertas (Osint) “se ha expandido mucho más allá del ‘glaseado’ y comprende una gran parte del pastel”.¹⁸

De la mano de la expansión de la Osint, facilitada por el amplio uso de internet, también ha florecido un nuevo campo específico para las actividades de inteligencia destinado a recopilar y analizar la información que las personas vuelcan en sus redes sociales: Socmint. Quien fuera por años director del servicio de inteligencia británico invitaba, en 2012, a que la comunidad de inteligencia internacional reconociera la potencialidad de las redes sociales. Las oportunidades que ofrece la explotación del uso de las redes sociales, decía, son notables, y la Socmint “debe convertirse en miembro de pleno derecho de la familia de inteligencia y aplicación de la ley”.¹⁹ En el mismo sentido, un reciente informe de la Corporación RAND explicaba que “la creciente omnipresencia de internet y el auge de las redes sociales y el análisis de *big data* en las últimas dos décadas han revolucionado la inteligencia de fuente abierta”, lo que exigía, entonces, hablar de una Osint de “segunda generación”.²⁰

Las redes sociales son elementos cada vez más esenciales en la vida de millones de personas. Esto ha generado nuevas posibilidades para las autoridades policiales y las ha convertido, por cierto, en fuentes significativas de información para las agencias de inteligencia y seguridad pública.²¹

Al no traspasar barreras de seguridad ni realizarse por métodos encubiertos, algunos pretenden igualar las prácticas de Socmint con las fuentes abiertas.²² Sin embargo, lo cierto es que la naturaleza de las plataformas de redes sociales y el tipo de información e interacción que allí acontece exige una mayor protección en ese ámbito. En ellas, las fronteras entre lo público y lo privado se presentan como especialmente difíciles de delinear. En general, con el advenimiento de la “era digital”, la naturaleza de los espacios públicos y privados ha cambiado y se ha vuelto aún más difícil establecer distinciones tajantes entre estos ámbitos. Esto es especialmente cierto en el caso de las redes sociales. Al respecto se ha alertado que estas se caracterizan por encontrarse en una “zona gris” entre lo público y lo privado, con una naturaleza dual en tanto “son públicas, pero a menudo se sienten privadas” por los usuarios, pudiendo entenderse como espacios de internet cuasipúblicos.²³

¹⁸ John Gannon, “The strategic use of open-source information”, *Studies in Intelligence* 45, n.º 3 (2001): 67.

¹⁹ David Omand, Jaime Bartlett y Carl Miller, “Introducing social media intelligence (Socmint)”, *Intelligence and National Security* 27, n.º 6 (2012): 801-823.

²⁰ Heather Williams e Ilana Blum, *Defining Second Generation Open Source Intelligence (Osint) for the Defense Enterprise* (Santa Mónica: RAND Corporation, 2018), 1.

²¹ Kira Vrist Rønn y Sille Obelitz Sør, “Is social media intelligence private? Privacy in public and the nature of social media intelligence”, *Intelligence and National Security* 34, n.º 3 (2019): 362-378.

²² Omand, Bartlett y Miller, “Introducing Social Media Intelligence (Socmint)”, 801-823.

²³ Rønn y Sør, “Is social media intelligence private?” 362-378.

En este punto, vale advertir que las técnicas de Osint y Socmint no solo involucran la recopilación y el análisis de lo que expresamente decimos en nuestras redes sociales, sino que abarca otro conjunto de información relacionada. Con quién interactuamos y de qué forma, dónde nos encontramos geográficamente, desde qué dispositivo y con qué red nos conectamos, en qué horarios y otros “datos sobre los datos” (metadatos) que se puedan extraer de esa información.

Pues bien, como es conocido, las prácticas de inteligencia y vigilancia de las acciones en línea de las personas pueden implicar un grado de injerencia sobre su derecho a la privacidad y el pleno ejercicio de otros derechos.

Al respecto, el DIDH nos dice que las injerencias en el derecho a la privacidad solo están permitidas si no son arbitrarias ni ilegales y en este punto “los mecanismos de derechos humanos han interpretado sistemáticamente que esas palabras apuntan a los principios generales de legalidad, necesidad y proporcionalidad”.²⁴ Desde hace años, el Comité de Derechos Humanos ha dicho que estas injerencias solo pueden tener lugar en virtud de la ley, que a su vez debe alinearse con los propósitos y objetivos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Además, la injerencia no puede ser arbitraria, lo que exige que la restricción, además de estar prevista en la ley, sea siempre razonable en las circunstancias particulares del caso concreto.²⁵ Este concepto de razonabilidad se refiere a que “cualquier injerencia en la vida privada debe ser proporcional al propósito perseguido y necesaria en las circunstancias particulares del caso”.²⁶ De esta forma, una limitación “solo puede ser legal y no arbitraria si persigue un fin legítimo”, si esa restricción es “necesaria y proporcional a ese fin legítimo” y si es “la menos intrusiva de las opciones disponibles”, sin comprometer la esencia del derecho.²⁷

Como se explicará más adelante, en el caso de la Argentina, la práctica de monitoreo de redes sociales para fines de prevención policial no tiene respaldo legal. La ley de inteligencia nacional 25.520 solo habilita la producción de inteligencia criminal atada a hipótesis delictivas concretas y excluye de la legalidad las prácticas de vigilancia masiva que “salen de pesca” preventivamente. Ahora bien, más allá de los problemas de legalidad, lo que nos interesa poner en discusión en este artículo es la engañosa noción de que todo lo que voluntariamente hacemos público en

²⁴ Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, El derecho a la privacidad en la era digital, 3 de agosto de 2018, A/HRC/39/29, par. 10.

²⁵ Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, Observación General n.º 16, artículo 17, Derecho a la intimidad, 1988, HRI/GEN/1/Rev.7, p. 162, párrs. 3 y 4.

²⁶ Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, El derecho a la privacidad en la era digital, 30 de junio de 2014, A/HRC/27/37, par. 21.

²⁷ Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, El derecho a la privacidad en la era digital, 3 de agosto de 2018, A/HRC/39/29, par. 10.

nuestras redes sociales está ahí disponible para que el Estado lo recolecte, analice y almacene para los fines que estime convenientes.

Esta es una discusión en torno al contenido y alcance del derecho a la privacidad en el espacio público, su aplicación al ámbito digital, las facultades del Estado para recolectar, analizar y almacenar esa información hecha pública y los impactos de esta actividad en otros derechos, como la libertad de expresión.

3. La policía sentada a la mesa

Cuando se discute sobre el monitoreo de redes sociales es común escuchar que como sociedad no podemos reclamar algún tipo de protección de nuestra privacidad en este ámbito, porque todo lo que decimos allí lo hacemos en realidad de manera pública. Y, si lo que hacemos es público y cualquier persona que ingresa a una red social puede ver lo que allí estamos diciendo y con quién interactuamos, pues por qué entonces el Estado no podría hacer lo mismo. Además, se alega, el Estado lo hace precisamente para cumplir sus funciones de prevención policial y, en definitiva, cuidarnos a los usuarios de esas redes.

Pero este es un razonamiento engañoso, en el que los argumentos de seguridad pública eluden las garantías constitucionales de las personas.

Así como cuando estamos sentados en un café conversando con un amigo no esperaríamos que un policía estuviera sentado a la mesa escuchando lo que públicamente conversamos, tampoco sería razonable esperar que cuando interactuamos públicamente en las redes sociales ese mismo policía esté sentado en una oficina revisando sistemáticamente qué decimos y con quién interactuamos. Del mismo modo, tampoco sería admisible que, aunque fueran públicas, la policía se infiltre en asambleas o manifestaciones políticas, para ver y escuchar qué, quiénes y cómo interactúan en ese espacio. Tampoco sería aceptable, por ejemplo, que agentes estatales se instalaran en las salas de espera de los centros de salud, por muy públicas que fueran, para registrar lo que allí acontece.

No porque actuemos y hablemos sin esconderlos, sin establecer capas de protección a nuestras interacciones, significa que no gocemos de algún grado de derecho a la privacidad. Para gozar de este derecho no es necesario el ocultamiento deliberado de nuestras acciones y expresiones.

Por cierto, puede ser entendible que existan diversos grados en la expectativa de privacidad que tengamos dependiendo del tipo de comunicación de que se trate y el medio que se utilice. Es razonable pensar que no gozamos del mismo grado de protección cuando mantenemos una conversación por teléfono o correo electrónico sobre un tema sensible con nuestro abogado o médico, que cuando damos un discurso arriba de un escenario o interactuamos en las redes sociales.

Aunque es lógico pensar en distintos grados en la expectativa de privacidad, esto no implica que la actividad realizada “a la vista de todos” esté desprovista de toda

protección. Que hablemos sin escondernos no quiere decir que, como sociedad, estemos de acuerdo con que el Estado implemente políticas de monitoreo y vigilancia masiva para ver y escuchar –y almacenar– todo lo que se dice en un foro público, sea analógico, en “la vida real”, o en el ámbito digital.

La protección de la vida privada no solo alcanza a las comunicaciones privadas y deliberadamente excluidas del conocimiento de terceros. También irradia a las actividades que las personas realizamos en lugares o foros públicos de comunicación, como las redes sociales u otros espacios abiertos de internet.

En definitiva, como no vivimos en un Estado de sospecha constante, en los espacios públicos las personas mantenemos una legítima expectativa de que nuestras acciones, aun las públicas, no están sometidas a vigilancia.

La policía sentada a la mesa de la conversación pública no es admisible en un Estado democrático de derecho.

4. Una razonable expectativa de privacidad en el espacio público

La protección de la vida privada, entonces, no se encuentra delimitada exclusivamente a lo que ocurre dentro del domicilio o a las cuestiones deliberadamente excluidas del conocimiento de terceros. Aun en el espacio público y a la vista de todos, conservamos una razonable expectativa de privacidad de que no se nos someta a políticas de vigilancia en las que se recopile, analice y almacene todo lo que hacemos o dejamos de hacer.

Los intereses de privacidad en el espacio público son moral y políticamente importantes en la misma medida. Esto, advierte Lever, es sobre todo cierto si se atiende a que es, precisamente, el espacio público el que “nos ofrece algunas de nuestras mejores oportunidades para la paz y la tranquilidad, para una relación sincera con amigos o para relajarnos y divertirnos”.²⁸ Es en la interacción con otros que nuestras vidas se desarrollan plenamente. Sería un error suponer que las personas carecen de intereses legítimos en la privacidad una vez que dejan la intimidad de sus casas.

Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha advertido de manera consistente que no por aventurarse en la esfera pública las personas pierden toda protección a su derecho a la vida privada. Por el contrario, señala, existe “una zona de interacción de una persona con otras, incluso en un contexto público, que puede caer dentro del alcance de la ‘vida privada’”.²⁹ El TEDH ha reconocido una “vi-

²⁸ Annabelle Lever, “Democracy, Privacy and Security”, en *Privacy, Security and Accountability: Ethics, Law and Policy*, ed. por Adam Moore (London: Routledge, 2016), 105-124.

²⁹ TEDH, Gran Sala, Caso von Hannover v. Germany (n.º 40660/08 y 60641/08), Sentencia de 7 de febrero de 2012, párr. 95; Caso Benedik v. Slovenia (n.º 62357/14), Sentencia de 28 de abril de 2018, párr. 100; Caso P.G. y J.H. v. The United Kingdom (n.º 44787/98), Sentencia de

da social privada” y ha expresado, entonces, que el derecho a la vida privada “abarca el derecho de cada individuo a acercarse a los demás para establecer y desarrollar relaciones con ellos y con el mundo exterior”.³⁰ Las relaciones interpersonales, no por ser compartidas con terceros y realizadas en espacios no vedados al público, dejan de ser parte de la vida privada de las personas.

Así, ha señalado también que “la información pública puede caer en el ámbito de la vida privada, cuando se recopila y almacena sistemáticamente en archivos en poder de las autoridades”.³¹ Esta interferencia es tal aun si las autoridades no consultan o utilizan los registros creados con información pública e incluso si esos registros no incluyen información sensible.³² La Gran Sala del TEDH aclaró que la Convención garantiza “una forma de autodeterminación informativa, permitiendo a las personas confiar en su derecho a la privacidad en lo que respecta a los datos que, aunque neutrales, se recopilan, procesan y difunden de manera colectiva”.³³ Y, además, alertó a los Estados respecto de que “el hecho de que la información ya sea de dominio público no elimina necesariamente la protección del artículo 8 de la Convención”.³⁴

En esta línea son de especial interés los desarrollos de la Suprema Corte estadounidense sobre las expectativas de privacidad de las personas en el espacio público y la información que deliberadamente comparten con otras.

En 1967, la Corte resolvió el caso Katz en el que se impugnaban las pruebas producidas por el Estado mediante la instalación de un micrófono en una cabina telefónica pública que, aunque no grababa ni interceptaba la conversación, sí permitía escuchar lo que la persona decía en la cabina. El Estado argumentaba que como no interceptó la llamada ni ingresó en el domicilio del imputado, no necesitaba orden judicial. La Corte rechazó esta postura y explicó que el derecho a la vida privada de la Cuarta Enmienda “protege personas, no lugares”. Aquí la Corte elaboró el principio de que existe una “razonable expectativa de privacidad en el espacio público” que está protegida constitucionalmente.³⁵

25 de septiembre de 2001, párr. 56; CEDH, Caso Peck v. The United Kingdom (n.º 44647/98), Sentencia de 28 de enero de 2003, párr. 57; Caso Uzun v. Germany, (n.º 35623/05), Sentencia de 2 de septiembre de 2002, párr. 43.

³⁰ TEDH, Caso Bărbulescu v. Romania (n.º 61496/08), Sentencia de 5 de septiembre de 2017, párr. 70.

³¹ TEDH, Caso Rotaru v. Romania (n.º 28341/95), Sentencia de 4 de mayo de 2000.

³² TEDH, Caso Amann v. Switzerland (n.º 27798/95), Sentencia de 16 de febrero de 2000, párrs. 65-67; Caso P.G. y J.H. v. The United Kingdom (n.º 44787/98), Sentencia de 25 de septiembre de 2001, párr. 57 *in fine*; Caso Uzun v. Germany (n.º 35623/05), Sentencia de 2 de septiembre de 2002, párr. 46.

³³ TEDH, Gran Sala, Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy v. Finland (n.º 931/13), Sentencia de 27 de junio de 2017, párr. 137; Caso Benedik v. Slovenia (n.º 62357/14), Sentencia de 28 de abril de 2018, párr. 103.

³⁴ TEDH, Gran Sala, Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy v. Finland, (n.º 931/13), Sentencia de 27 de junio de 2017, párr. 134.

³⁵ Scotus, Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967), Sentencia de 18 de diciembre de 1967.

También, en 2012, en el caso Jones, la Corte declaró inconstitucional el seguimiento por GPS del vehículo de un imputado sin orden judicial previa, aunque el seguimiento se limitara a calles y espacios públicos. La decisión final de la Corte se centró en que la instalación del GPS había afectado el derecho de propiedad sobre el vehículo, pero cinco de los nueve jueces también explicaron que este tipo de seguimiento por espacios públicos sin autorización judicial no era constitucional porque violaba el derecho a la privacidad. En su voto, al que adhirieron tres jueces, el juez Alito explicó que “las expectativas de la sociedad han sido que ni los agentes de seguridad ni otros deberían –y, de hecho, en muchos casos no podrían– monitorear secretamente y catalogar cada uno de los movimientos de los vehículos de los individuos por un periodo extendido de tiempo”.³⁶ Este tipo de vigilancia continua de las actividades de las personas, aun en el espacio público y sin guardar secreto alguno, solo sería admisible cuando fuera habilitada por una autoridad judicial en un caso concreto con “causa probable”. La jueza Sotomayor agregó también que era necesario terminar con el entendido de que “el secreto es un prerequisite de la privacidad”. Así, explicó, “no asumiré que toda la información que es voluntariamente revelada para algún fin determinado se encuentra, por ese simple motivo, desprovista de la protección de la Cuarta Enmienda”.³⁷

Después, más recientemente, en el caso Carpenter de 2018, la Corte estadounidense dejó sin efecto una condena en la que se había utilizado como prueba la ubicación del celular del imputado en el lugar de los hechos. Esta información había sido obtenida de las celdas de telefonía celular, sin autorización judicial. El Estado argumentaba que esta información no era privada, porque el imputado ya la había compartido con un tercero, con su compañía de teléfono, y que el seguimiento se había limitado a espacios públicos. Esto fue desechado por la Corte, quien explicó que “una persona no claudica toda su protección de la Cuarta Enmienda por aventurarse en la esfera pública”, y que “los individuos mantienen una legítima expectativa de privacidad respecto del registro de sus movimientos capturados por las señales de su celular”.³⁸

Además, los jueces alertaron sobre los especiales riesgos de este tipo de rastreo, por su cualidad retrospectiva. Con estas formas de vigilancia, dijo, “el gobierno ahora puede viajar atrás en el tiempo”, sujeto solo a las políticas de retención de las compañías telefónicas. De esta forma, alertó,

... quien sea que resulte ser el sospechoso, este habrá sido efectivamente seguido cada momento, de cada día, durante cinco años, y la policía podrá

³⁶ Scotus, *United States v. Jones*, 565 U.S. 400 (2012), Sentencia de 23 de enero de 2012, voto del juez Alito, al que concurren las juezas Ginsburg y Kagan y el juez Breyer.

³⁷ Scotus, *United States v. Jones*, 565 U.S. 400 (2012), Sentencia de 23 de enero de 2012, voto de la jueza Sotomayor.

³⁸ Scotus, *Carpenter v. United States*, 585 U.S. ____ (2018), Sentencia de 22 de junio de 2018.

–según la postura el gobierno– utilizar los resultados de esa vigilancia sin considerar las restricciones de la Cuarta Enmienda. Solo los pocos sin celular podrán escapar de esta incansable y absoluta vigilancia.³⁹

Es decir, solo los que se rehúsen a utilizar una tecnología o prestación determinada (como un celular, la internet o las redes sociales) podrán escapar de la vigilancia total que esa tecnología permite y que las autoridades están dispuestas a explotar, sin ningún control judicial. Esta posibilidad, entendió la Corte, era inadmisibles a la luz de la protección constitucional del derecho a la privacidad. Esto es especialmente cierto si se repara en que la utilización de un celular “es indispensable para participar en la sociedad moderna”.⁴⁰

Al resolver en el caso *Carpenter* la Corte estadounidense recuperó lo que había dicho en 1948 respecto de que “nuestros antepasados, después de consultar las lecciones de la historia, diseñaron nuestra Constitución para colocar obstáculos en el camino de una vigilancia policial demasiado penetrante, que aparentemente consideraban era un mayor peligro para un pueblo libre, que el escape del castigo de algunos criminales”.⁴¹

Efectivamente, las lecciones de la historia y la actual expansión de los límites de lo permisible en materia de vigilancia aconsejan prudencia a la hora de abrazar paradigmas de control social y avalar restricciones cada vez mayores a nuestra privacidad.

5. Intereses humanos actuales y privacidad en espacios abiertos de internet

El contenido y alcance del derecho a la privacidad debe ser analizado a la luz de las necesidades y los intereses humanos en la vida actual, donde internet y las redes sociales son parte central de la vida de millones de personas. Es en el contexto de la globalización informativa y la ubicuidad de internet en la vida cotidiana, donde los Estados están llamados a garantizar y respetar los derechos de las personas y no explotar ilegítimamente los mayores riesgos que estas tecnologías generan.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha aclarado que cuando la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) protege la vida privada frente a injerencias arbitrarias o abusivas no lo hace de forma restrictiva. El artículo 11 de la CADH en realidad solo habla del domicilio, la correspondencia y la vida privada y familiar de las personas, pero la Corte dijo que esto no debe

³⁹ *Scotus, Carpenter v. United States*, 585 U.S. ____ (2018), Sentencia de 22 de junio de 2018.

⁴⁰ *Scotus, Carpenter v. United States*, 585 U.S. ____ (2018), Sentencia de 22 de junio de 2018; *Riley v. California*, 573 U.S. 373 (2014), Sentencia de 25 de junio de 2014.

⁴¹ *Scotus United States v. Di Re*, 332 U.S. 581 (1948), Sentencia de 5 de enero de 1948.

entenderse como una lista cerrada de las esferas de privacidad.⁴² Así, por ejemplo, advirtió que “aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación incluida dentro del ámbito de protección de la vida privada”, sea que fueran “realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla”.⁴³

Además, esta protección se refiere no solo al contenido de la conversación, sino que alcanza a “cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas”, todos ellos aspectos “que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones”.⁴⁴

En este mismo sentido, el TEDH también ha aclarado en más de una ocasión que la “vida privada” que protege el artículo 8 del Convenio Europeo, cuando garantiza la vida privada y familiar, la residencia y la correspondencia de las personas, “es un concepto amplio no susceptible de una definición exhaustiva”,⁴⁵ que puede “abarcarse múltiples aspectos de la identidad física y social de las personas”.⁴⁶ En este respecto, el TEDH advirtió también que se debe prestar especial atención a la hora de implementar nuevas tecnologías de investigación que, si bien pueden ayudar a la lucha contra el delito, también pueden implicar importantes avances sobre algunos derechos, como la privacidad. Sobre este punto señaló:

... la protección que brinda el artículo 8 de la Convención se vería inaceptablemente debilitada si se permitiera el uso de técnicas científicas modernas en el sistema de justicia penal a cualquier costo y sin equilibrar cuidadosamente los beneficios potenciales del uso extensivo de tales técnicas con importantes intereses de la vida privada.⁴⁷

⁴² Corte IDH, Caso Escher y Otros vs. Brasil, Sentencia de 6 de julio de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 200, párrs. 114 y 115.

⁴³ Corte IDH, Caso Escher y Otros vs. Brasil, Sentencia de 6 de julio de 2009, párr. 114.

⁴⁴ Corte IDH, Caso Escher y Otros vs. Brasil, Sentencia de 6 de julio de 2009, párr. 114.

⁴⁵ TEDH, Caso Peck v. The United Kingdom (n.º 44647/98), Sentencia de 28 de enero de 2003, párr. 58; Caso Retty v. The United Kingdom (n.º 2346/02), Sentencia de 29 de abril de 2002, párr. 61; Caso Niemietz v. Germany (n.º 13710/88), Sentencia de 16 de diciembre de 1992, párr. 29.

⁴⁶ TEDH, Caso S. y Marper v. The United Kingdom (n.º 30562/04 y 30566/04), Sentencia de 4 de diciembre de 2008, párr. 66; Caso Mikulić v. Croatia (n.º 53176/99), Sentencia de 7 de febrero de 2002, párr. 53.

⁴⁷ TEDH, Caso S. y Marper v. The United Kingdom (n.º 30562/04 y 30566/04), Sentencia de 4 de diciembre de 2008, párr. 112.

Asimismo, la Corte IDH adelantó que “la fluidez informativa que existe hoy en día coloca al derecho a la vida privada de las personas en una situación de mayor riesgo debido a las nuevas herramientas tecnológicas y su utilización cada vez más frecuente”. Así, advirtió que este progreso científico “no significa que las personas deban quedar en una situación de vulnerabilidad frente al Estado o a los particulares”. Por el contrario, los Estados deben “asumir un compromiso, aún mayor, con el fin de adecuar a los tiempos actuales las fórmulas tradicionales de protección del derecho a la vida privada”.⁴⁸

Pues bien, en el contexto actual de desarrollo tecnológico en el que las posibilidades técnicas de implementar políticas de vigilancia masiva son cada vez mayores, los Estados deben prestar especial atención para asegurar su adecuación al DIDH.

Luego de la revelación de las políticas de vigilancia masiva conjunta del Reino Unido y Estados Unidos, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en 2013 la Resolución 68/167 sobre la privacidad en la era digital. Allí expresó su profunda inquietud por estas políticas de vigilancia y recordó que los derechos de las personas también deben protegerse en línea. En particular, exhortó a los Estados a proteger la privacidad en línea y revisar sus procedimientos, prácticas y leyes sobre vigilancia y archivo de datos personales, de forma que se garantice el cumplimiento pleno y efectivo de sus obligaciones internacionales.⁴⁹

También, le encomendó a la Alta Comisionada para los Derechos Humanos que se aboque al estudio y elabore un informe sobre la protección y la promoción del derecho a la privacidad en el contexto de la vigilancia y la interceptación de las comunicaciones digitales, así como la recopilación de datos personales en los planos nacional y extraterritorial. En su informe de 2014, la Alta Comisionada recordó que las tecnologías de la comunicación aumentaron la capacidad de gobiernos y empresas para realizar actividades de vigilancia de forma que “las plataformas tecnológicas de las que depende crecientemente la vida política, económica y social a nivel mundial no solo son vulnerables a la vigilancia en masa, sino que en realidad pueden facilitarla”.⁵⁰

Además, señaló que no es correcto pensar que solo la información sustantiva en la comunicación está protegida y que la recopilación de datos acerca de una comunicación (metadatos) no constituye en sí misma una injerencia en la vida privada. La Alta Comisionada aclaró que la distinción entre información sustantiva protegida y metadatos desprotegidos no es admisible desde el punto de vista del derecho a la privacidad, pues “la agregación de la información comúnmente conocida como

⁴⁸ Corte IDH, Caso Escher y Otros vs. Brasil, Sentencia de 6 de julio de 2009, párr. 115.

⁴⁹ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 68/167. El derecho a la privacidad en la era digital, aprobada el 18 de diciembre de 2013, A/RES/68/167.

⁵⁰ Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, El derecho a la privacidad en la era digital, 30 de junio de 2014, A/HRC/27/37, párr. 2.

‘metadatos’ puede incluso dar una mejor idea del comportamiento, las relaciones sociales, las preferencias privadas y la identidad de una persona que la información obtenida accediendo al contenido de una comunicación privada”.⁵¹

Por su parte, en su segundo informe temático sobre la privacidad en la era digital, el nuevo Alto Comisionado reforzó estas consideraciones y recordó que el derecho a la privacidad es fundamental “para el goce y el ejercicio de los derechos humanos dentro y fuera de internet”. La privacidad, explicó, es “uno de los fundamentos de la sociedad democrática y tiene un papel clave en la realización de una amplia gama de derechos humanos”.⁵²

En particular, y atendiendo a la gran cantidad de información personal que circula en internet y que es de “libre acceso”, el Alto Comisionado reafirmó que “la protección del derecho a la privacidad no se limita a los espacios privados, aislados, como el domicilio de una persona, sino que se extiende a los espacios públicos y a la información de acceso público”.⁵³ Así les recordó a los Estados que “el derecho a la vida privada también se ve afectado cuando se reúne y analiza la información sobre una persona que se ha hecho pública en las redes sociales”. Al respecto explicó que, conforme el DIDH, “el intercambio público de información no implica que la información sustantiva quede desprotegida”.⁵⁴

Que los usuarios consientan las políticas de privacidad de cada plataforma (en la medida de lo posible y con las dificultades de abordar los siempre confusos términos y condiciones) no implica que hayan consentido también el acceso y tratamiento de su información personal en esa plataforma por parte de las autoridades gubernamentales.⁵⁵ Aceptar, por ejemplo, que el resto de los millones de usuarios de Facebook pueda ver mis fotos y con quién interactúo, no es lo mismo que aceptar que los organismos de inteligencia utilicen la información allí publicada y los metadatos que de ella puedan recuperar, para fines de seguridad, de forma indiscriminada y sin control ni límites claros.

En este punto vale recuperar el concepto de “vigilancia participativa”, utilizado por primera vez por Mark Poster en los años noventa, y que se refiere a la vigilancia que es consensual, en la que “la población ha sido disciplinada para la vigilancia y

⁵¹ Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, El derecho a la privacidad en la era digital, 30 de junio de 2014, A/HRC/27/37, párr. 19.

⁵² Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, El derecho a la privacidad en la era digital, 3 de agosto de 2018, A/HRC/39/29, párr. 11.

⁵³ Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, El derecho a la privacidad en la era digital, 3 de agosto de 2018, A/HRC/39/29, párr. 6.

⁵⁴ Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, El derecho a la privacidad en la era digital, 3 de agosto de 2018, A/HRC/39/29, párr. 6.

⁵⁵ Rønne y Søre, “Is social media intelligence private?”, 370.

para participar en el proceso”.⁵⁶ En relación con las prácticas de monitoreo estatal de redes sociales, se ha advertido que allí la vigilancia participativa surge de la propia lógica de participación en estas plataformas, en la que compartir información personal significa ser parte de una comunidad. En esta, los costos sociales percibidos de no participar y compartir información personal son más altos que las eventuales preocupaciones sobre privacidad e intrusión de terceros.⁵⁷ Esto agrega una nueva capa de complejidad al asunto e interroga fuertemente sobre la legitimidad del monitoreo estatal de esa interacción en línea, que explota los legítimos intereses de las personas en utilizar estas redes.

El tratamiento masivo y sistemático de esta información socava el derecho a la privacidad de los usuarios y genera un efecto disuasorio de tal magnitud que da cuenta de una práctica desproporcionada y, por cierto, moralmente problemática. El hecho de que se pueda acceder con facilidad a esa información no significa que deba considerársela como una práctica moralmente permisible, no intrusiva en la privacidad de las personas y no sujeta a restricciones. Esta vigilancia oficial tiene efectos negativos en la forma en que interactuamos y usamos las redes sociales, de forma que, en definitiva, “es la sociedad en su conjunto y la democracia la que paga el precio”.⁵⁸

Aunque la información esté públicamente expuesta, al alcance de la mano de las autoridades estatales, la pregunta que interesa no gravita en torno a la factibilidad técnica ni a la idoneidad de esa práctica para los fines de seguridad pública. La pregunta apremiante es, más bien, si en un Estado de derecho es admisible que las autoridades gubernamentales accedan a cuentas personales de redes sociales y exploten la información allí expuesta, y si pueden hacerlo, bajo qué circunstancias, con qué límites y restricciones.⁵⁹

Y entendemos que la vigilancia de las plataformas de redes sociales cuando no hay evidencia o sospecha razonable respecto de individuos y conductas específicas, cuando no está sujeta a hipótesis criminales concretas que se pretenda investigar, resulta injustificable a la luz de los requisitos de legalidad, y la necesidad de proteger y garantizar el derecho a la privacidad y libertad de expresión. El DIDH no lo permite.

⁵⁶ Mark Poster, *The Mode of Information: Post-structuralism and Social Context* (Chicago: University of Chicago Press, 1990), 93.

⁵⁷ Fernanda Bruno, “Surveillance and Participation on Web 2.0”, en *Routledge Handbook of Surveillance Studies*, ed. por Kristie Ball, Kevin Haggerty y David Lyon (London, New York: Routledge, 2014).

⁵⁸ Rønne y Søe, “Is social media intelligence private?”, 374.

⁵⁹ Rønne y Søe, “Is social media intelligence private?”, 363.

6. Autocensura y privacidad en los espacios abiertos de internet

La protección y vigencia efectiva del derecho a la privacidad tiene, ciertamente, efectos en el goce y ejercicio de otros derechos, como la libertad de expresión, la libertad de asociación, el derecho a la identidad, el derecho a la autonomía informativa, el derecho a la igualdad, etc. En este punto, el Relator Especial para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas ha manifestado en más de una ocasión que “la intimidad y la libertad de expresión se relacionan entre sí y son mutuamente dependientes; la vulneración de una de estas puede ser tanto la causa como la consecuencia de la vulneración de la otra”.⁶⁰ Respecto del ejercicio pleno de estos derechos en internet, en 2019 el Relator señaló que “la privacidad y la libertad de expresión están entrelazadas en la era digital, y la privacidad en línea es el punto clave para garantizar el ejercicio de la libertad de opinión y de expresión”.⁶¹

Es que si una persona se sabe vigilada y registrada en sus acciones y expresiones, es muy posible que esto genere algún tipo de efecto disuasorio en lo que esa persona dirá o dejará de decir en la discusión pública, sea en el ámbito analógico (como participar en una protesta social) o en el digital (expresando una opinión en un foro o relacionándose con otros en las redes sociales).⁶² Los efectos disuasorios de la vigilancia de la actividad en línea han sido extensamente estudiados de manera empírica en Estados Unidos, donde se ha advertido del impacto en la libertad de expresión en línea de los propios estadounidenses. Allí se encontró que la posibilidad de ser vigilado afectaba la actividad en línea de las personas de forma que incluso aquellas “que decían no tener nada que ocultar, eran altamente propensas a autocensurarse en línea cuando tomaban conocimiento de que el Gobierno las vigilaba”.⁶³

⁶⁰ Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Frank La Rue, 17 de abril de 2013, A/HRC/23/40, párr. 79.

⁶¹ Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye, La vigilancia y los derechos humanos, 2019, A/HRC/41/35, párr. 24.

⁶² La Corte estadounidense se refirió por primera vez a este efecto en el caso *Wieman*, donde explicó que la inhibición del discurso no solo afecta a quien se persigue puntualmente ante la Justicia, sino que se genera una inconfundible disuasión (*an unmistakable tendency to chill*) en el resto de las personas (*Wieman v. Updegraff*, 344 U.S. 183 (1952), Sentencia de 15 de diciembre de 1952). La Corte IDH explicó también que las sanciones penales y civiles, así como otras restricciones indirectas, pueden generar este efecto disuasorio en el ejercicio de la libertad de expresión, que puede llevar a la autocensura (Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 133; *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, Sentencia de 27 de enero de 2009, párr. 129; *Caso Granier y otros vs. Venezuela*, Sentencia de 22 de junio de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 293, párr. 164, entre otros).

⁶³ Brennan Center for Justice, New York University School of Law, “Social Media Monitoring. How the Department of Homeland Security Uses Digital Data in the Name of National

Así, por ejemplo, un estudio en 2014 reveló que el 86% de los estadounidenses estaría dispuesto a tener una conversación sobre Snowden y el programa de vigilancia masiva de la National Security Agency, pero solo el 42% tendría esa conversación en sus redes sociales. La posibilidad de que el Gobierno monitoree lo que allí se dice hacía que las personas no estuvieran dispuestas a discutir algunos temas en línea y los reserven solo a las conversaciones cara a cara, donde es menos probable que el Gobierno esté escuchando.⁶⁴

En un estudio de 2016 se encontró que aunque varios participantes estaban de acuerdo con las políticas de vigilancia para proteger la seguridad nacional y señalaban no tener nada que esconder, sin embargo, “cuando estos individuos perciben que están siendo monitoreados adaptan fácilmente su comportamiento, expresando sus opiniones cuando son mayoría y suprimiéndolas cuando no lo son”.⁶⁵

Del mismo modo, en 2017 se encontró que el principal disuasorio para una actividad *online* es una amenaza directa de acción legal por parte de un tercero (como una acción penal por tuitear una broma sobre saqueos) y que la segunda actividad más disuasoria era la vigilancia gubernamental. El estudio mostró que el 62% de los usuarios estaría menos dispuesto (o no dispuesto en absoluto) a discutir ciertos tópicos en línea, si supiera que lo que dice en esos foros en línea está siendo monitoreado por el Estado.⁶⁶

La vigilancia de la actividad en línea, aunque no se tenga nada que ocultar, tiene un efecto disuasorio sobre el libre ejercicio de nuestros derechos. Esto es especialmente cierto cuando esas actividades se llevan a cabo sin control judicial y con criterios excesivamente laxos y ambiguos. Este efecto disuasorio se agrava aún más cuando la sociedad deja de confiar en las autoridades al notar la aplicación absurda que hacen de sus potestades persecutorias, como cuando se impulsan acciones penales por chistes de adolescentes en las redes sociales.

7. Un desafío pendiente para la práctica constitucional de los tribunales argentinos

A pesar de sus graves implicancias, las autoridades argentinas parecen no albergar duda alguna respecto de que la inteligencia sobre fuentes digitales abiertas (redes

Security”, New York, 2020, 3, <https://www.brennancenter.org/sites/default/files/2020-03/SocialMediaMonitoring.pdf>.

⁶⁴ Keith Hampton *et al.*, “Social media and the ‘Spiral of Silence’”, Washington, D. C., Pew Research Center, 2014, <https://www.pewresearch.org/internet/2014/08/26/social-media-and-the-spiral-of-silence/>.

⁶⁵ Elizabeth Stoycheff, “Under surveillance: Examining Facebook’s spiral of silence effects in the wake of NSA internet monitoring”, *Journalism & Mass Communication Quarterly* 93, n.º 2 (2016): 296-311.

⁶⁶ Jonathon W. Penney, “Internet surveillance, regulation, and chilling effects online: A comparative case study”, *Internet Policy Review* 6, n.º 2 (2017): 1-39.

sociales incluidas), el “ciberpatrullaje”, resulta perfectamente legal y compatible con los derechos consagrados por la Constitución Nacional. Las fuerzas de seguridad recurren a este tipo de prácticas de forma habitual, contando para ello con reparticiones especializadas; el Poder Ejecutivo Nacional ha dictado normas reglamentarias para avalar las tareas de “prevención digital” y los tribunales argentinos han convalidado estos procedimientos sin siquiera interrogarse sobre su constitucionalidad.

7.1. Según el marco jurídico local, el monitoreo de redes sociales es una actividad de inteligencia

Desde el punto de vista conceptual, la recopilación y el análisis de información en las redes sociales por parte de las fuerzas de seguridad constituye una actividad de inteligencia, lo que coincide con la legislación argentina en la materia y las definiciones allí contenidas. El artículo 2, inciso 1º, de la Ley 25.520 define a la inteligencia nacional como “la actividad consistente en la obtención, reunión, sistematización y análisis de la información específica referida a los hechos, riesgos y conflictos que afecten la Defensa Nacional y la seguridad interior de la Nación”. Mientras, el inciso tercero de la norma conceptualiza la inteligencia criminal en los siguientes términos: “la parte de la Inteligencia referida a las actividades criminales específicas que, por su naturaleza, magnitud, consecuencias previsibles, peligrosidad o modalidades, afecten la libertad, la vida, el patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías y las instituciones del sistema representativo, republicano y federal que establece la Constitución Nacional”.

Entonces, si hablamos de una práctica que consiste en la obtención y el análisis de información respecto de la actividad de las personas en las redes sociales, a cargo de funcionarios de inteligencia del Estado y con la finalidad de detectar hechos que puedan configurar delitos, para la ley argentina se trata de tareas de inteligencia.

Esto en nada se modifica por la circunstancia de que se trate de información de “fuentes abiertas”. La Estructura Orgánica y Funcional de la Agencia Federal de Inteligencia, aprobada por el Decreto 1311 de 2015, refiere expresamente que la información de inteligencia “comprende las observaciones y mediciones obtenidas o reunidas de fuentes públicas o reservadas”, por lo que difícilmente se podría argumentar que, por tratarse de datos públicos, su recopilación y análisis no constituye inteligencia. El tratamiento de información sobre la actividad de los particulares en las redes sociales constituye una práctica de inteligencia en función de la legislación aplicable, aunque se trate de “información pública”. En todo caso, la diferencia con la obtención de información “no pública” o reservada radica en la protección agravada que la Constitución y la ley le acuerdan a ese tipo de datos, y no en la naturaleza de la práctica y su regulación legal.⁶⁷

⁶⁷ CELS, “Observaciones del CELS a la Resolución 31/2018 y al Proyecto de protocolo de ‘ciberpatrullaje’” (Buenos Aires: CELS, 2020), <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/>

El punto no es menor, porque gran parte de la fundamentación esgrimida por las autoridades para justificar prácticas como las aquí analizadas consiste en la negación de que se trata de actividades de inteligencia, argumentando que estamos frente a meras actividades de prevención policial, realizadas en el ámbito digital, eufemísticamente llamadas “ciberpatrullaje”. De esta forma, argumentan, no es necesario ajustarse a las especiales salvaguardas que deben guiar las actividades de inteligencia estatal.

7.2. Una excursión de pesca. Los principios de legalidad y razonabilidad y la regla de exclusión probatoria

No obstante, a la luz de los principios de legalidad y razonabilidad, las tareas de inteligencia masiva en redes sociales presentan serios problemas de constitucionalidad, lo que exige la aplicación del principio de exclusión probatoria en el proceso penal, cuando de ellas deriven causas judiciales.

Cierto es que los funcionarios de seguridad cuentan con facultades legales en materia de inteligencia criminal, pero sus competencias en ese ámbito se encuentran limitadas por la definición legal de este concepto: la Ley de Inteligencia Nacional solo habilita la realización de inteligencia de este tipo en relación con “actividades criminales específicas” que afecten determinados bienes jurídicos (la libertad, la vida, el patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías, etc.; art. 2, inc. 3º, de la norma citada).

Esta expresión implica la introducción de un requisito legal para toda práctica de inteligencia criminal: la exigencia de un mínimo grado de motivación, de sospecha razonable, respecto de la existencia de determinada conducta criminal (nótese que el legislador emplea la palabra “específica”), con cierta delimitación espacial, temporal o personal, y en relación con la probabilidad de encontrar datos relevantes en la fuente abierta de que se trate. Resulta claro, entonces, que la ley no consagra una facultad amplia de reunir información masivamente, para luego analizar si alguno de los datos así obtenidos se vincula con alguna actividad delictiva.⁶⁸

La terminología legal no deja lugar a dudas respecto de que solo se puede efectuar “inteligencia criminal” en relación con supuestos delictivos específicos bien delimitados. La consulta de fuentes abiertas para su análisis por parte de funcionarios policiales solo resulta admisible frente a un delito (o conjunto de delitos) en concreto, respecto del cual se cuente con cierto grado de sospecha que habilite la actividad, y se encuentra prohibido su uso masivo para simplemente salir de pesca.

Tal interpretación es la más compatible con la protección de los derechos a la privacidad y a la libertad de expresión de los ciudadanos que, como anticipamos, se verían gravemente afectados si los funcionarios estatales pudieran recopilar

[uploads/2020/04/CELS-sobre-protocolo-ciberpatrullaje.pdf](https://www.juridicas.unam.mx/revistas-colaboracion/juridicas/unam.mx/uploads/2020/04/CELS-sobre-protocolo-ciberpatrullaje.pdf).

⁶⁸ CELS, “Observaciones del CELS”.

información de manera masiva sobre la actividad de las personas en las redes sociales, sin ningún tipo de fundamento concreto para tal proceder y con el único objetivo de detectar la eventual comisión de delitos.

Si bien la Corte Suprema argentina no se ha pronunciado todavía sobre este tipo de prácticas, sí ha advertido que una intrusión por parte de funcionarios estatales en el derecho a la privacidad de las personas, respecto de su domicilio o comunicaciones, solo resulta admisible “cuando median elementos objetivos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable”.⁶⁹ De esta manera, la CSJN ha señalado que “es exigible la existencia de elementos objetivos para evaluar la razonabilidad de la sospecha necesaria para el dictado de una medida que pueda afectar garantías fundamentales”.⁷⁰ Solo así resulta posible evitar la discrecionalidad de los funcionarios de seguridad, puesto que “la necesidad de la motivación en supuestos en que están en juego garantías constitucionales encuentra su respaldo en la necesidad de controlar la coacción estatal y evitar la arbitrariedad de sus órganos administrativos”.⁷¹

A su vez, el criterio de interpretación restrictiva que rige en materia de reglamentación de derechos demanda que, incluso si hubiera dudas respecto de la extensión de la habilitación legal, estas deberían resolverse en favor de la menor restricción posible de los derechos fundamentales.⁷² Esto no es más que la aplicación del principio *pro homine*, criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos en virtud del cual “se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones”.⁷³

En 2018, la Secretaría de Seguridad dictó una resolución, no publicada en el *Boletín Oficial*, que pretende dar sustento normativo a la inteligencia sobre fuentes digitales abiertas y que, en la práctica, habilita que la policía rastre toda la red en una excursión de pesca. La Resolución 31 de 2018 instruye a las áreas de ciberdelitos de las fuerzas de seguridad a realizar tareas de prevención policial en sitios de internet de acceso público sobre diversos supuestos criminales, sin exigir para ello

⁶⁹ CSJN, “Quaranta, José Carlos s/ inf. Ley 23.737 –causa n.º 763–”, Sentencia de 31 de agosto de 2010, *Fallos*: 333:1674.

⁷⁰ CSJN, “Recurso de hecho. Stancatti, Oscar s/ causa n.º 462/2013”, Sentencia de 24 de mayo de 2016, *Fallos*: 339:697.

⁷¹ CSJN, “Recurso de Hecho. Matte, Domingo Luis; Irigoin, Néstor Félix y otros s/ tenencia de estupefacientes con fines de comercialización –causa n.º 2246–”, *Fallos* 325:1845. Dictamen del procurador general al que remitió la Corte Suprema.

⁷² Germán Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, tomo II (Buenos Aires: Ediar, 2000), 344.

⁷³ Mónica Pinto, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, coord. por Martín Abregú (Buenos Aires: CELS - Editores del Puerto, 2004), 163.

ningún tipo de motivo o sospecha previa.⁷⁴ Esta resolución implica un notorio exceso respecto de las facultades del Poder Ejecutivo, al pretender introducir un supuesto de actividad de inteligencia que implica serias restricciones de los derechos de los particulares, por fuera de los habilitados por el legislador.⁷⁵

Además, de conformidad con el principio de razonabilidad, una restricción de derechos es admisible solo si los medios empleados son adecuados para los objetivos perseguidos, y media entre ambos una relación de proporcionalidad.⁷⁶ La razonabilidad exige evaluar “si las restricciones a la libertad individual son indispensables y proporcionales para alcanzar los fines de interés general”⁷⁷ Así es también, como se dijo, la forma en que los organismos de derechos humanos lo han entendido respecto de las limitaciones a la privacidad, advirtiendo que “cualquier injerencia en la vida privada debe ser proporcional al propósito perseguido y necesaria en las circunstancias particulares del caso”⁷⁸

La práctica consistente en monitorear y recopilar de manera indiscriminada información disponible en las redes sociales con la finalidad de analizarla posteriormente en busca de indicios de la eventual comisión de delitos implica una restricción de los derechos a la privacidad y a la libertad de expresión decididamente incompatible con tales estándares. No existe proporcionalidad alguna entre el fin (legítimo) de descubrir posibles delitos y el medio elegido, que restringe y condiciona de forma masiva la privacidad y la expresión de la totalidad de las personas que participan en redes sociales. Esta afectación, en tanto indiscriminada, es totalmente inmotivada respecto de cada uno de estos sujetos en concreto, pues se realiza sin ningún tipo de justificativo particular. Todos los usuarios serán eventuales sospechosos, cuyas interacciones en línea serán vigiladas y analizadas.

De admitirse tareas de inteligencia como las aquí analizadas, los funcionarios estatales podrán inmiscuirse indiscriminada y masivamente en todo espacio de expresión que tenga lugar en medios digitales abiertos, sin que se les exija tan siquiera una justificación para tal proceder, lo que desnaturaliza y altera los derechos constitucionales en juego.

⁷⁴ Entre los “tópicos” que enumera incluye la venta o permuta ilegal de armas y de artículos cuyo origen presumiblemente provenga de la comisión de un hecho ilícito, actividades de narcotráfico, explotación sexual o laboral, hostigamiento sexual a menores de edad y delitos “ciber” de la Ley 26388, entre otros.

⁷⁵ En 2020, el Ministerio de Seguridad anunció su intención de dictar una nueva resolución. El borrador presentado replica la falta de motivación en las actividades de inteligencia de modo que le caben las mismas críticas (CELS, “Observaciones del CELS”).

⁷⁶ Néstor P. Sagüés, *Manual de derecho constitucional* (Buenos Aires: Astrea, 2007), 918 y ss.; CSJN, *Fallos* 156:290; 294:434; 328:690, entre muchos otros.

⁷⁷ Gregorio Badeni, *Instituciones de derecho constitucional* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997), 246.

⁷⁸ Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, El derecho a la privacidad en la era digital, 30 de junio de 2014, A/HRC/27/37, párr. 21.

Lo irrazonable del procedimiento en cuestión surge con evidencia al compararlo con el equivalente “analógico” del “ciberpatrullaje”: atendida su cualidad de vigilancia total y omnipresente, consistiría en nada menos que el seguimiento y la vigilancia continua de todos los movimientos y las expresiones de las personas en calles y lugares de acceso público, o la grabación de toda conversación que tenga lugar fuera de sus domicilios.

En función de las graves afectaciones de derechos constitucionales y el notorio exceso en las facultades legales de inteligencia, es evidente que estas prácticas no resultan aptas para sustentar un proceso penal respetuoso del Estado de derecho, lo que exige la aplicación del principio de exclusión probatoria. De conformidad con este principio, los indicios obtenidos ilegalmente, en violación de garantías constitucionales, son inadmisibles como prueba de cargo.⁷⁹ Este criterio ha sido repecado en una reiterada y uniforme línea jurisprudencial de la CSJN en punto a que admitir esta prueba “compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito”.⁸⁰ A su vez, si el procedimiento inicial es violatorio de garantías constitucionales, esa ilegalidad se proyecta sobre los actos subsiguientes que sean su consecuencia, de modo que las evidencias que son “fruto” de la ilegalidad originaria son igualmente inadmisibles.⁸¹

Como se explicó, las actividades de inteligencia sobre redes sociales exigen la preexistencia de un mínimo de elementos justificantes, de cierto grado de sospecha razonable. En ausencia de esta motivación previa, la recopilación de información de las redes sociales, o de fuentes digitales abiertas en general, es ilegal y no es apta para sustentar el inicio de un proceso penal.

7.3. Un análisis ausente

A pesar de todas estas consideraciones, hasta donde tenemos conocimiento ningún tribunal argentino ha puesto en duda la validez de las tareas de inteligencia sobre fuentes abiertas de internet. Su aptitud para dar sustento a un proceso penal es dada por sentado, a pesar de las graves implicancias que implica para los derechos individuales.

Así, por ejemplo, existen precedentes en los que jueces federales entienden el “ciberpatrullaje” como un simple procedimiento más, en virtud del cual los funcionarios policiales “se abocan a la prevención de delitos, contravenciones y faltas

⁷⁹ Alejandro Carrió, *Garantías constitucionales en el proceso penal* (Buenos Aires: Hammurabi, 2012), 305; Julio B. J. Maier, *Derecho procesal penal*, tomo III (Buenos Aires: Del Puerto, 2011), 126.

⁸⁰ CSJN, “Montenegro, Luciano Bernardino”, Sentencia de 10 de diciembre de 1981, *Fallos* 303:1938; “Fiorentino, Diego Enrique”, Sentencia de 27 de noviembre de 1984, *Fallos* 306:1752, entre muchos otros.

⁸¹ Carrió, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 316; CSJN, “Rayford, Reginald y otros”, Sentencia de 13 de mayo de 1986, *Fallos* 308:733.

realizados en la red de internet”.⁸² Esto pone el foco en la prevención, soslayando que se trata de inteligencia criminal, con especiales afectaciones en el pleno ejercicio de los derechos a la privacidad y libertad de expresión.

Del mismo modo, se ha insinuado que como en las tareas de Osint y Socmint la información es accesible a cualquier persona, no hay una intromisión ilegítima en la privacidad. En un precedente reciente, la Cámara Criminal y Correccional Federal convalidó un proceso iniciado a raíz de “tareas de relevamiento en la web” efectuadas por funcionarios policiales, en una página de acceso público de compra-venta de bienes y servicios. En el caso, vale notar, no se trató de inteligencia en redes sociales que, como se dijo, merecen una protección acentuada por las más graves implicancias de las injerencias estatales en este ámbito.

De cualquier modo, frente al planteo de nulidad de la defensa, que cuestionó la constitucionalidad de lo actuado por la policía, la Cámara sostuvo que el relevamiento realizado por esta “en modo alguno puede considerarse como una intromisión indebida dentro del ámbito privado de las personas a poco que se repare en que fue realizada en derredor de un sitio de acceso público que opera como una plataforma para el intercambio de bienes y servicios entre los usuarios”.⁸³

Esta postura naturaliza la práctica policial en cuestión con el único argumento de que la información es “de acceso público”, sin considerar mínimamente las implicancias para la privacidad y la libertad de expresión, que aquí se han desarrollado. El DIDH impide una admisión irrestricta del “ciberpatrullaje” con la mera mención de que se trata de información pública, como lo hizo la Cámara.

8. Consideraciones finales

A la luz del DIDH, la inteligencia sobre fuentes abiertas y, en especial, sobre redes sociales, es una actividad que condiciona el pleno goce y ejercicio de los derechos a la privacidad y a la libertad de expresión. En un Estado de derecho resulta imprescindible evitar la naturalización de tales actividades estatales, desprovistas de todo control y límite, y sin someterse a exigencias mínimas de sospecha razonable.

Que se trate de fuentes de acceso público a las que las autoridades pueden acceder sin eludir medidas de seguridad no elimina la legítima expectativa de no ser sometidos a políticas de monitoreo y vigilancia estatal en todas nuestras acciones y expresiones en espacios abiertos de internet. Como sociedad estamos llamados a repensar el contenido y alcance del derecho a la privacidad en línea, así como

⁸² Juzgado Criminal y Correccional Federal n.º 4, resolución en el expediente CFP 2398/2016, de 23 de mayo de 2016. En el caso, el juez ordenó el procesamiento de una mujer por amenazas en redes sociales sin interrogar siquiera sobre la legalidad del “ciberpatrullaje de rutina” que dio inicio al proceso.

⁸³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, “D.C.N., F.F.X. s/ procesamiento”, CFP 889/2018/3/CA1, Sala 2, Sentencia de 3 de febrero de 2020.

los límites y las garantías que deben guiar las actividades de inteligencia estatales sobre fuentes abiertas.

Salvo que estemos dispuestos a vivir en una sociedad de control y vigilancia sin límites, no es admisible que la única forma de ejercer plenamente nuestros derechos sea a escondidas.

Bibliografía

- BADENI, Gregorio. *Instituciones de derecho constitucional*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo II. Buenos Aires: Ediar, 2000.
- BRENNAN CENTER FOR JUSTICE, NEW YORK UNIVERSITY SCHOOL OF LAW. "Social Media Monitoring. How the Department of Homeland Security Uses Digital Data in the Name of National Security". 2020. Acceso 30 de mayo de 2020. <https://www.brennancenter.org/sites/default/files/2020-03/SocialMediaMonitoring.pdf>.
- BRUNO, Fernanda. "Surveillance and Participation on Web 2.0". En *Routledge Handbook of Surveillance Studies*, editado por Kristie BALL, Kevin HAGGERTY y David LYON. London - New York: Routledge, 2014.
- CARRIÓ, Alejandro D. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2012.
- CELS. "Observaciones del CELS a la Resolución 31/2018 y al Proyecto de protocolo de 'ciberpatrullaje'". 2020. Acceso 30 de mayo 2020. <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2020/04/CELS-sobre-protocolo-ciberpatrullaje.pdf>.
- GANNON, John. "The Strategic Use of Open-Source Information". *Studies in Intelligence* 45, n.º 3 (2001): 67-71.
- GULLCO, Hernán. "La doctrina de la 'real malicia' y la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión", *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, n.º 13 (2009): 127-138.
- HAMPTON, Keith *et al.* "Social Media and the 'Spiral of Silence'". Washington, D. C., Pew Research Center, 2014. Acceso 30 de mayo 2020. <https://www.pewresearch.org/internet/2014/08/26/social-media-and-the-spiral-of-silence/>.
- LEVER, Annabelle. "Democracy, Privacy and Security". En *Privacy, Security and Accountability: Ethics, Law and Policy*, editado por Adam MOORE. London: Routledge, 2016.
- LITVACHKY, Paula *et al.* "El secreto. La seguridad nacional como coartada para un Estado sin controles", editado por CELS, *Derechos humanos en la Argentina. Informe 2019*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2019.
- MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. Tomo III. Buenos Aires: Del Puerto, 2011.

- OMAND, David, Jaime BARTLETT y Carl MILLER. "Introducing social media intelligence (Socmint)". *Intelligence and National Security* 27, n.º 6 (2012): 801-823.
- PENNEY, Jonathon W. "Internet Surveillance, Regulation, and Chilling Effects Online: A Comparative Case Study". *Internet Policy Review* 6, n.º 2 (2017): 1-39.
- PINTO, Mónica. "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos". *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, coordinado por Martín ABREGÚ. Buenos Aires: CELS - Editores del Puerto, 2004.
- POSTER, Mark. *The Mode of Information: Post-structuralism and Social Context*. Chicago: University of Chicago Press, 1990.
- RRØNN, Kira Vrist y Silje OBELITZ SØE. "Is social media intelligence private? Privacy in public and the nature of social media intelligence". *Intelligence and National Security* 34, n.º 3 (2019): 362-378.
- SAGÜÉS, Néstor P. *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007.
- STOYCHEFF, Elizabeth. "Under surveillance: Examining Facebook's spiral of silence effects in the wake of NSA internet monitoring". *Journalism & Mass Communication Quarterly* 93, n.º 2 (2016): 296-311.
- UCCIFERRI, Leandro. "Seguidores que no vemos. Una primera aproximación al uso estatal del Open-source intelligence (Osint) y Social media intelligence (Socmint)". Buenos Aires: ADC, 2018. <https://adc.org.ar/informes/seguidores-que-no-vemos/>.
- WILLIAMS, Heather e Ilana BLUM. *Defining Second Generation Open Source Intelligence (OSINT) for the Defense Enterprise*. Santa Monica: RAND Corporation, 2018.

Normas jurídicas y jurisprudencia

- CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL (CCCCF). Sala I, Causa N.º 25.212, "Ortiz, S. s/ procesamiento", Reg. N.º 414, Sentencia de 8 de julio de 1994.
- CCCCF. Sala II, Causa N.º 20.336, "Vita, Leonardo G. y otro s/procesamiento", Sentencia de 29 de agosto de 2003.
- CCCCF. Sala I, Causa N.º 37.733, "Bonafini, Hebe s/sobreseimiento", Sentencia de 27 de abril de 2006.
- CCCCF. Sala I, Causa N.º 40.687, "Bignone, Reynaldo s/rechazo falta de acción", Sentencia de 29 de agosto de 2007.
- CCCCF. Sala II, "D.C.N., F.F.X. s/ procesamiento", CFP 889/2018/3/CA1, Sentencia de 3 de febrero de 2020.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada en su 108º periodo ordinario de sesiones, 2 al 20 octubre de 2000.
- CIDH. Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, 2009.

- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General n.º 16, artículo 17, Derecho a la intimidad, 1988, HRI/GEN/1/Rev.7.
- CDH. Observación General n.º 34, Artículo 19, Libertad de opinión y libertad de expresión, 12 septiembre 2011, CCPR/C/GC/34.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos) solicitada por el gobierno de Costa Rica, Serie A, núm. 05.
- CORTE IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 107.
- CORTE IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 111.
- CORTE IDH. Caso Kimel vs. Argentina, Sentencia de 2 mayo de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 177.
- CORTE IDH. Caso Tristán Donoso vs. Panamá, Sentencia de 27 de enero de 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 193.
- CORTE IDH. Caso Escher y Otros vs. Brasil, Sentencia de 6 de julio de 2009. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 200.
- CORTE IDH. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 207.
- CORTE IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 238.
- CORTE IDH. Caso Granier y otros vs. Venezuela, Sentencia de 22 de junio de 2015. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 293.
- CORTE IDH. Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela, Sentencia del 30 de agosto de 2019. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 380.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (CSJN). “Montenegro, Luciano Bernardino”, Sentencia de 10 de diciembre de 1981, *Fallos* 303:1938.
- CSJN. “Fiorentino, Diego Enrique”, Sentencia de 27 de noviembre de 1984, *Fallos* 306:1752.
- CSJN. “Rayford, Reginald y otros”, Sentencia de 13 de mayo de 1986, *Fallos* 308:733.
- CSJN. “Vago, Jorge Antonio c/ Ediciones de La Urraca SA. y otros», Sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Fallos*: 314:1517.
- CSJN. “Pandolfi, Oscar Raúl c/ Rajneri, Julio Raúl”, Sentencia de 1 de julio de 1997, *Fallos*: 320:1272.
- CSJN. “Recurso de Hecho. Matte, Domingo Luis; Irigoin, Néstor Félix y otros s/ tenencia de estupefacientes con fines de comercialización –causa n.º 2246–”, Sentencia de 18 de julio de 2002, *Fallos* 325:1845.
- CSJN. “Patitó José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros y otro s/Daños y perjuicios”, Sentencia de 24 de junio de 2008, *Fallos*: 331:1530.
- CSJN. “Quaranta, José Carlos s/ inf. ley 23.737 –causa n.º 763–”, Sentencia de 31 de agosto de 2010, *Fallos*: 333:1674.

- CSJN. “Recurso de Hecho. Stancatti, Oscar s/ causa n.º 462/2013”. Sentencia de 24 de mayo de 2016, *Fallos*: 339:697.
- JUZGADO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL n.º 4. Resolución en el Expediente CFP 2398/2016, de 23 de mayo de 2016.
- NACIONES UNIDAS. Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Informe 17 de abril de 2013, Frank La Rue, A/HRC/23/40.
- NACIONES UNIDAS. Informe La vigilancia y los derechos humanos, 28 de mayo de 2019, David Kaye, A/HRC/41/35.
- NACIONES UNIDAS. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Informe El derecho a la privacidad en la era digital, 30 de junio de 2014, A/HRC/27/37.
- NACIONES UNIDAS. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Informe El derecho a la privacidad en la era digital, 3 de agosto de 2018, A/HRC/39/29.
- NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Resolución 68/167. El derecho a la privacidad en la era digital, aprobada el 18 de diciembre de 2013, A/RES/68/167.
- SCOTUS. *United States v. Di Re*, 332 U.S. 581 (1948), Sentencia de 5 de enero de 1948.
- SCOTUS. *Wieman v. Updegraff*, 344 U.S. 183 (1952), Sentencia de 15 de diciembre de 1952.
- SCOTUS. *Noto v. United States*, 367 U.S. 290 (1961), Sentencia de 5 de junio de 1961.
- SCOTUS. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), Sentencia de 9 de marzo de 1964.
- SCOTUS. *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964), Sentencia de 23 de noviembre de 1964.
- SCOTUS. *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), Sentencia de 18 de diciembre de 1967.
- SCOTUS. *Watts v. United States*, 394 U.S. 705 (1969), Sentencia de 21 de abril de 1969.
- SCOTUS. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), Sentencia de 9 de junio de 1969.
- SCOTUS. *United States v. Jones*, 565 U.S. 400 (2012), Sentencia de 23 de enero de 2012.
- SCOTUS. *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012), Sentencia de 28 de junio de 2012.
- SCOTUS. *Riley v. California*, 573 U.S. 373 (2014), Sentencia de 25 de junio de 2014.
- SCOTUS. *Carpenter v. United States*, 585 U.S. (2018), Sentencia de 22 de junio de 2018.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH). Caso *Niemietz V. Germany* (n.º 13710/88), Sentencia de 16 de diciembre de 1992.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH). Caso *Amann V. Switzerland* (n.º 27798/95), Sentencia de 16 de febrero de 2000.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH). Caso *Rotaru V. Romania* (n.º 28341/95), Sentencia de 4 de mayo de 2000.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH). Caso *P.G. y J.H. V. The United Kingdom* (n.º 44787/98), Sentencia de 25 de septiembre de 2001.

- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH). Caso Mikulić V. Croatia (n.º 53176/99), Sentencia de 7 de febrero de 2002.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH). Caso Retty V. The United Kingdom (n.º 2346/02), Sentencia de 29 de abril de 2002.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH). Caso Uzun V. Germany (n.º 35623/05), Sentencia de 2 de septiembre de 2002.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH). Caso Peck V. The United Kingdom (n.º 44647/98), Sentencia de 28 de enero de 2003.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH). Caso S. y Marper V. The United Kingdom (n.º 30562/04 y 30566/04), Sentencia de 4 de diciembre de 2008.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH). Gran Sala del TEDH Caso Von Hannover V. Germany (n.º 40660/08 y 60641/08), Sentencia de 7 de febrero de 2012.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH). Gran Sala del TEDH, Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy V. Finland (n.º 931/13), Sentencia de 27 de junio de 2017.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH). Caso Bărbulescu V. Romania (n.º 61496/08). Sentencia de 5 de septiembre de 2017.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH). Gran Sala del TEDH, Caso Benedik V. Slovenia (n.º 62357/14), Sentencia de 28 de abril de 2018.

Daniel Felipe Torres Ramírez* (Colombia)

El derecho a la libertad de expresión frente a los derechos al buen nombre, a la honra y a la intimidad de los funcionarios públicos en las plataformas digitales

RESUMEN

El derecho a la libertad de expresión debe ser ponderado frente a los derechos al buen nombre, a la honra y a la intimidad de los funcionarios públicos cuando se realizan publicaciones dentro de plataformas digitales. Este artículo se limita a estudiar la forma en que la Corte Constitucional colombiana, a pesar de defender la prevalencia del derecho a la libertad de expresión dentro de los sistemas democráticos, ha establecido parámetros con el fin de dirimir los conflictos surgidos entre el derecho a la libertad de expresión y los derechos al buen nombre, a la honra y a la intimidad de los funcionarios públicos.

Palabras clave: derecho a la libertad de expresión; derecho a la honra, al buen nombre y a la intimidad; funcionarios públicos.

The right to freedom of expression against the rights of public officials to their good name, honor and privacy on digital platforms

ABSTRACT

The right to freedom of expression when publishing on digital platforms must be weighed against the rights of public officials to their good name, honor and privacy. This article is limited to studying how the Colombian Constitutional Court, despite defending the prevalence of the right to freedom of expression within democratic systems, has established parameters for settling conflicts that arise between the right to freedom of expression and the rights of public officials to their good name, honor and privacy.

* Abogado, especialista en Instituciones Jurídico-Procesales, Universidad Nacional de Colombia. danielfelipetorresr@gmail.com. orcid.org/0000-0001-8606-386X.

Keywords: Right to freedom of expression and honor, good name and privacy; public officials.

Zwischen dem Recht auf freie Meinungsäußerung und dem Anspruch von Beamten auf den Schutz ihres guten Rufs, ihrer Ehre und ihrer Privatsphäre auf öffentlichen Plattformen

ZUSAMMENFASSUNG

Bei Veröffentlichungen auf digitalen Plattformen ist das Recht auf freie Meinungsäußerung gegen den Anspruch von Beamten auf den Schutz ihres guten Rufs, ihrer Ehre und ihrer Privatsphäre abzuwägen. Der vorliegende Beitrag beschränkt sich darauf zu untersuchen, wie der kolumbianische Verfassungsgerichtshof trotz seiner Verteidigung des Vorrangs des Rechts auf freie Meinungsäußerung in demokratischen Systemen Parameter mit dem Ziel der Lösung von Konflikten zwischen dem Recht auf freie Meinungsäußerung und dem Anspruch von Beamten auf den Schutz ihres guten Rufs, ihrer Ehre und ihrer Privatsphäre definiert.

Schlagwörter: Recht auf freie Meinungsäußerung, Anspruch auf den Schutz der Ehre, des guten Rufs und der Privatsphäre; Beamte.

Introducción

El derecho a la libertad de expresión, en tanto facultad jurídica que permite a toda persona expresar, transmitir y difundir su pensamiento, resulta esencial para el desarrollo de la democracia y el ejercicio de otros derechos.¹

Al respecto, el artículo 1 de la Constitución Política preceptúa que Colombia tiene un Estado democrático, en el cual, de conformidad con la misma carta, se busca una democracia no solo representativa, sino también participativa, entendida como aquella en la que los ciudadanos cuentan con los espacios suficientes para ejercer influencia en las decisiones públicas.²

Sin embargo, el desarrollo de las plataformas digitales ha permitido que cualquier persona se pronuncie sobre los asuntos públicos con la posibilidad de publicar información, de toda índole, con respecto a los funcionarios públicos involucrados en estos. Si bien este tipo de herramientas digitales garantiza una mayor participación ciudadana, también genera implicaciones frente a los derechos al buen nombre, a la honra y a la intimidad de los funcionarios públicos, por ello, es necesario precisar cuándo una publicación sobre un funcionario público en una plataforma

¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1980-81*, OEA/Ser.L/V/II, 1981, 122.

² Diego Younes Moreno, *Derecho constitucional colombiano* (Bogotá: Legis, 2014 [2002]), 71.

digital se enmarca dentro del ejercicio del derecho a la libertad de expresión y, por el contrario, cuándo constituye una vulneración de los derechos al buen nombre, a la honra y a la intimidad.

1. El derecho a la libertad de expresión

1.1. Normativa internacional

El derecho a la libertad de expresión se encuentra consagrado en diferentes instrumentos internacionales que han sido ratificados por Colombia y que, por lo tanto, forman parte del bloque de constitucionalidad establecido en el artículo 95 de la Constitución Política de Colombia.

1.1.1. *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*

Este instrumento, adoptado en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece:

Artículo 19.

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - a) Asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás;
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.³

1.1.2. *Declaración universal de los derechos humanos*

Esta declaración proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas reunida en París el 10 de diciembre de 1948, a través de su Resolución 217 A (III) establece: “Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones,

³ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1996.

el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.⁴

1.1.3. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*

En ese instrumento regional se indica:

Artículo 13. Libertad de pensamiento y de expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.⁵

⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.

⁵ Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969.

1.1.4. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*

Este instrumento regional aprobado en Bogotá señala: “Artículo IV. Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio”.⁶

1.2. Normativa interna

En el ordenamiento jurídico colombiano, el derecho a la libertad de expresión se encuentra consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política, el cual dispone:

Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.⁷

De este artículo se desprende que en Colombia el derecho a la libertad de expresión es de rango fundamental, garantiza que toda persona que se encuentra en el territorio colombiano pueda expresar y difundir su pensamiento y opiniones, es decir, su titularidad se encuentra en cabeza de todas las personas sin distinción alguna y en condiciones de igualdad. Asimismo, establece la facultad de informar y recibir información veraz e imparcial, para lo cual se cuenta con la posibilidad de fundar medios de comunicación. Por último, prevé el derecho a la rectificación, esto para los casos en que pueda ocurrir un error en la información que se difunde, sin que esto implique, *per se*, censura alguna; por el contrario, la misma disposición prescribe cualquier tipo de censura.

Al respecto, la Corte Constitucional, ha estipulado:

(i) la libertad de expresión *stricto sensu*, la cual consiste en la libertad de expresar y difundir el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación de fronteras y a través de cualquier medio de expresión -sea oral, escrito, impreso, artístico, simbólico, electrónico u otro de elección de quien se expresa-, y el derecho a no ser molestado por ellas.⁸

Resulta claro, entonces, que la libertad de expresión implica la difusión de las opiniones a través de cualquier medio, sea este físico o digital.

⁶ IX Conferencia Internacional Americana, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, mayo de 1948.

⁷ Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución Política de Colombia*, Bogotá, 1991.

⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-155 de 4 de abril de 2019, M. P. Diana Fajardo Rivera.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-010 de 19 de enero 2000 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), manifestó que “la emisión de opiniones no tiene en principio límites”, incluso “cuando el ejercicio de la libertad de expresión entre en conflicto con otros derechos, valores o principios constitucionales, se debe otorgar, en principio, una primacía a la libertad de expresión”.⁹ Sin embargo, dicha primacía cesa “cuando se demuestre que el otro derecho, valor o principio constitucional adquiere mayor peso en el caso concreto, a la luz de las circunstancias generales en que el conflicto se ha suscitado, y con cumplimiento de las condiciones constitucionales que admiten la limitación de esta libertad”.¹⁰

1.3. El derecho a la libertad de expresión dentro de los sistemas democráticos

El derecho a la libertad de expresión es considerado no solo como la columna vertebral de los gobiernos democráticos, sino, además, como el pilar que permite su existencia, teniendo en cuenta que dentro de dicha facultad se encuentra incluida la independencia de escoger los medios a través de los cuales se reproducen las opiniones.¹¹ En ese sentido, la existencia de un sistema democrático requiere que se garantice el derecho a la libertad de expresión y su ejercicio a través de cualquier medio, sea este físico o digital.

Aunado a lo anterior, el derecho a la libre expresión reviste tres funciones dentro de los sistemas democráticos: “1) permitir la expresión y proyección del ser humano; 2) hacer posible el funcionamiento de la democracia; 3) ser un medio o instrumento para el ejercicio de los otros derechos humanos”.¹²

En este trabajo ahondaré en la segunda función, en tanto es una condición esencial para la democracia, toda vez que el ejercicio de la libertad de expresión permite que ideas contrarias se interpeleen y confronten dentro del debate y la crítica, sin importar la corriente política de la cual provengan.

Sobre este aspecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha argüido que “el objetivo mismo del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es el de fortalecer el funcionamiento de sistemas democráticos pluralistas y deliberativos mediante la protección y el fomento de la libre circulación de información, ideas y expresiones de toda índole”.¹³

⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-155, cit.

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-391 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹¹ Younes, *Derecho constitucional*..., 145.

¹² Catalina Botero Marino *et al.*, *El derecho a la libertad de expresión* (Bogotá: Dejusticia, 2017), 30.

¹³ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana en el Caso Ivcher Bronstein vs. Perú (transcritos en Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein vs. Perú), Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, núm. 74, párr. 143. d).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha manifestado:

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.¹⁴

En ese sentido, dentro del sistema interamericano de derechos humanos también se ha reconocido la importancia del derecho a la libertad de expresión dentro del fortalecimiento de los sistemas democráticos.

Por su parte, la Corte Constitucional ha indicado que “la libertad de expresión es un pilar del Estado social de derecho y un principio fundamental de los regímenes democráticos, donde se respeta la dignidad humana y se valora la participación de la ciudadanía y de todos los sectores, lo que permite consolidar sociedades pluralistas y deliberativas”.¹⁵

Asimismo, se ha pronunciado en el sentido de que:

...la libertad de expresión es objeto de un grado reforzado de protección, el cual se fundamenta en (i) consideraciones filosóficas sobre la búsqueda de la verdad; (ii) razones derivadas del funcionamiento de las democracias; (iii) motivos atinentes a la dignidad y autorrealización individual; (iv) consideraciones sobre la preservación y aumento del patrimonio cultural y científico de la sociedad; y (v) en motivos históricos y consideraciones prácticas sobre la incapacidad estatal de intervenir apropiadamente en esta esfera. Por ende, este tribunal ha sintetizado que la libertad de expresión cumple las siguientes funciones en una sociedad democrática: (i) permite buscar la verdad y desarrollar el conocimiento; (ii) hace posible el principio de autogobierno; (iii) promueve la autonomía personal; (iv) previene abusos de poder; y (v) es una “válvula de escape” que estimula la confrontación pacífica de las decisiones estatales o sociales que no se comparten.¹⁶

¹⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, párr. 70.

¹⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-934 de 3 de diciembre de 2014, M. P. Mauricio González Cuervo.

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-155, cit.

Resulta claro, entonces, que la libertad de expresión es una condición para la existencia y el funcionamiento de un sistema democrático, toda vez que no se puede hablar de la consolidación de un sistema democrático sin que las personas cuenten con la posibilidad de expresar sus propias ideas y opiniones,¹⁷ dentro de las cuales se contempla el malestar o descontento que pueda generar el actuar de un funcionario público.

Así las cosas, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión contribuye no solo a la realización de quien la expresa, sino también a la consolidación de las sociedades democráticas, en las que se dan las condiciones suficientes para que pueda haber una deliberación pública, plural y abierta sobre los asuntos que son de interés de los ciudadanos de un Estado determinado.¹⁸

2. El derecho al buen nombre, a la honra y a la intimidad

2.1. El derecho al buen nombre

Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política y ha sido definido por la Corte Constitucional como

... aquel asociado a la idea de reputación, buena fama u opinión que de una persona tienen los miembros de la sociedad, por lo que ha sido vinculado a las actividades desplegadas de forma pública. Este resulta vulnerado, por ejemplo, cuando particulares o autoridades públicas difunden información falsa o inexacta, o que se tiene derecho a mantener en reserva, con la intención de causar una afrenta contra el prestigio público de una persona.¹⁹

Al respecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-949 de 16 de diciembre de 2011 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla), señaló:

... el derecho al buen nombre tiene carácter personalísimo, relacionado como está con la valía que los miembros de una sociedad tengan sobre alguien, siendo la reputación o fama de la persona el componente que activa la protección del derecho. Se relaciona con la existencia de un mérito, una buena imagen, un reconocimiento social o una conducta irreproachable, que aquilatan el buen nombre a proteger, derecho que es vulnerado cuando se difunde

¹⁷ Botero, *El derecho a la libertad...*, 31.

¹⁸ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09, 30 diciembre de 2009, párr. 8.

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-155, cit.

información falsa o inexacta, o que se tiene derecho a mantener en reserva, con la intención de causar desdoro contra el prestigio público de una persona.

Así las cosas, el derecho al buen nombre protege a las personas de las expresiones o informaciones ofensivas o injuriosas, falsas o tendenciosas y que llevan a distorsionar el concepto que, en la vida pública, se tiene sobre una persona. En tanto que la reputación de una persona constituye uno de los elementos más valiosos de su patrimonio moral y social, es necesario hacer un ejercicio juicioso de las expresiones e informaciones que se emitan en ejercicio de la libertad de expresión con el fin de no atentar en su contra.²⁰

2.2. El derecho a la honra

El artículo 21 de la Constitución Política de Colombia estipula: “Se garantiza el derecho a la honra”.²¹

En concordancia, el inciso segundo del artículo 2 establece que es deber de las autoridades de la República proteger la honra de todas las personas residentes en Colombia. Por su parte, el artículo 42 señala que “la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables”.²²

La Corte Constitucional ha dicho que la honra se define como “la estimación o deferencia con la que, en razón a su dignidad humana, cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan”.²³ Al respecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-322 de 23 de julio de 1996 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), indicó:

...el núcleo esencial del derecho a la honra lo integran tanto la perspectiva interna, esto es, la estimación que cada persona hace de sí misma, y la perspectiva externa, que consiste en el reconocimiento que los demás hacen de la dignidad de cada individuo. Además, precisó que para que pueda tenerse como afectado este derecho, esos dos factores deben apreciarse de manera conjunta.

Así las cosas, este derecho protege el valor propio de los individuos dentro de la sociedad a la que pertenecen y frente a sí mismos; al derivarse de la propia dignidad de la persona, busca garantizar la adecuada estimación de las personas dentro de la colectividad de acuerdo con sus virtudes y sus méritos y que no puede ser afectado sin justa causa o razón comprobada.²⁴

²⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-155, cit.

²¹ Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia, 1991.

²² Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia, 1991.

²³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-411 de 13 de septiembre 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-155, cit.

2.3. El derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad personal y familiar y al buen nombre consagrado en el artículo 15 de la misma carta declara que: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar”. Se entiende entonces el derecho a la intimidad como “la facultad de recogerse o no consigo mismo, o solo, o con quien se quiera, o en la exclusividad de su familia, sin ser interferido para ello”.²⁵

Así, el derecho a la intimidad «no es otra cosa que el derecho de una persona de manejar su propia existencia como a bien lo tenga con el mínimo de injerencias exteriores, es decir: “El derecho de permanecer en la paz de la soledad, esto es el que tiene toda persona de ser libre de toda no deseada publicidad o de derecho de vivir sin interferencia no deseada por el público sobre asuntos que no están relacionados con este”». ²⁶

Por su parte, desde sus primeros pronunciamientos, la Corte Constitucional ha indicado que

... constituyen aspectos de la órbita privada, los asuntos circunscritos a las relaciones familiares de la persona, sus costumbres y prácticas sexuales, su salud, su domicilio, sus comunicaciones personales, los espacios limitados y legales para la utilización de datos a nivel informático, las creencias religiosas, los secretos profesionales y en general todo “comportamiento del sujeto que no es conocido por los extraños y que de ser conocido originaría críticas o desmejoraría la apreciación” que éstos tienen de aquel.²⁷

En igual sentido, la Corte ha considerado que este derecho se presenta en distintos grados: “(i) personal, (ii) familiar, (iii) social y (iv) gremial”.²⁸ Lo anterior significa que el derecho a la intimidad garantiza una esfera de privacidad en el ámbito personal, familiar, social y gremial, con la consecuente abstención por parte del Estado o de terceros de intervenir, de forma injustificada o arbitraria, en dicho aspecto.²⁹

Este derecho permite “la protección de la persona frente a la divulgación no autorizada de los asuntos relacionados” con la privacidad.³⁰ Es por esto por lo que la Corte Constitucional ha indicado que el derecho a la intimidad se encuentra

²⁵ Younes, *Derecho constitucional*..., 129.

²⁶ Younes, *Derecho constitucional*..., 136.

²⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-089 de 1 de marzo de 1995, M. P. Jorge Arango Mejía.

²⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-787 de 18 de agosto 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-155, cit.

³⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-155, cit.

fundamentado en cinco principios que “aseguran la inmunidad del individuo frente a la innecesaria injerencia de los demás”:³¹

- i) El principio de libertad, de acuerdo con el cual el registro o divulgación de los datos personales de una persona requiere de su consentimiento libre, previo, expreso o tácito o que el ordenamiento jurídico imponga una obligación de relevar dicha información con el fin de cumplir un objetivo constitucionalmente legítimo.
- ii) El principio de finalidad, el cual exige que la recopilación y divulgación de datos de una persona atienda a una finalidad constitucionalmente legítima.
- iii) El principio de necesidad, de acuerdo con el cual la información personal que deba divulgarse debe tener una relación de conexidad con la finalidad pretendida mediante su revelación.
- iv) El principio de veracidad, el cual exige que los datos personales que puedan divulgarse correspondan a situaciones reales.
- v) El principio de integridad, que exige que la información que se divulga se presente *de manera completa*.³²

Es por esto que el derecho a la intimidad es un área que “solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley”.³³

Así las cosas, el derecho a la intimidad se encarga de proteger a las personas de las imputaciones que afectan la intimidad a la que tienen derecho y que restringe al ámbito familiar o personal; mientras que el derecho a la honra protege a las personas de las imputaciones falsas o tergiversadas. Por esto la honra se afecta, sin justificación, cuando se hacen imputaciones falsas sobre la conducta o la honra de una persona, mientras que puede ser afectada cuando existe una justificación o razón para esto como puede ser la existencia de pruebas o sentencias judiciales que declaren la comisión de un delito.

3. Conflicto entre el derecho a la libre expresión y los derechos al buen nombre, a la honra y a la intimidad en la era digital

Dado que en la actualidad existe una proliferación de plataformas digitales a las cuales cualquier persona puede acceder, sin mayor restricción y con la posibilidad

³¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-155, cit.

³² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-787, cit.

³³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-696 de 5 de diciembre de 1996, M. P. Fabio Morón Díaz.

de manifestar su opinión frente a diferentes aspectos de actualidad (incluidos los asuntos políticos), las publicaciones en contra de los funcionarios públicos son cada vez más comunes en dichas plataformas.

Lo anterior, aunado al alcance que puede tener una publicación en una plataforma digital, hace necesario determinar qué de lo allí publicado se fundamenta en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y, por su parte, qué configura una vulneración de los derechos al buen nombre, a la honra y a la intimidad de los funcionarios públicos.

Dentro de dicho escenario, la Corte Constitucional de Colombia ha intentado llenar los vacíos legales existentes a través del estudio de casos en los que ha entrado en conflicto el derecho a la libre expresión con los derechos al buen nombre, a la honra y a la intimidad de los funcionarios públicos con motivo de publicaciones realizadas a través de plataformas digitales.

3.1. Parámetros constitucionales para establecer el grado de protección

Dentro del estudio de casos en los cuales el derecho a la libertad de expresión ha entrado en conflicto con los derechos a la honra, al buen nombre y a la intimidad, la Corte Constitucional ha fijado parámetros para establecer el grado de protección que debe recibir este derecho.

Dichos parámetros se refieren a:

1. Quién comunica: hace referencia a las características propias de quien emite la opinión.
2. De qué o de quién se comunica: sobre qué trata la opinión o mensaje dado.
3. A quién se comunica: considera quién es el receptor del mensaje, tanto en cantidad como en calidad.
4. Cómo se comunica: tiene en cuenta si el mensaje se expresa a través de lenguaje escrito u oral, imágenes, símbolos u objetos artísticos.
5. Por qué medio se comunica: abarca el medio a través del cual se difunde o transmite el mensaje.

Estos parámetros deben ser analizados en conjunto en cada caso y no de manera inconexa, dado que se encuentran relacionados directa o indirectamente, por lo que su valoración en conjunto permitirá resolver la tensión entre los derechos analizados.³⁴

Asimismo, la Corte Constitucional señala que es tarea del juez verificar que las afirmaciones con respecto a un funcionario público, interpretadas en contexto,

³⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-155, cit.

más allá del significado literal de las palabras, afectan sus derechos fundamentales.³⁵

En este punto, la Corte precisa que, “en muchas ocasiones, las acusaciones y señalamientos por parte de ciudadanos en contra de políticos, funcionarios públicos o figuras públicas se hacen a manera de insultos y agravios como forma de protesta, es decir, constituyen meras opiniones, y no acusaciones reales y serias a partir de hechos concretos que originen una información”³⁶

Al respecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-102 de 8 de marzo de 2019 (M. P. Alberto Rojas Ríos), afirmó que en el momento de entrar a zanjar una controversia entre el derecho a la libertad de expresión y los derechos a la honra, al buen nombre y a la intimidad, se tendrán como descalificaciones inadmisibles aquellas publicaciones que

1. traten de imputaciones que generen un daño en el patrimonio moral del sujeto;
2. endilgan delitos o conductas sancionables por el derecho;
3. atribuyan comportamientos que generen un alto grado de reproche social.

Así las cosas, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las murmuraciones indeterminadas no constituyen una violación tangible al derecho a la honra, al buen nombre y a la intimidad; solo pueden ser consideradas como tal, aquellas publicaciones que contengan acusaciones reales y serias enmarcadas dentro de los parámetros enunciados anteriormente.

3.2. Discursos sobre funcionarios públicos protegidos dentro de la libertad de expresión

La Corte Constitucional ha manifestado que “en principio todo tipo de discursos o expresiones están protegidas por la libertad de expresión con independencia de su contenido y de la mayor o menor aceptación social y estatal con la que cuenten”.³⁷ Sin embargo, también ha indicado que hay discursos que reciben una protección reforzada, como los discursos políticos, los debates sobre temas de interés público y la opinión sobre funcionarios y personajes públicos.³⁸

La Corte precisa:

Los discursos políticos o sobre temas de interés público hacen referencia no sólo a aquellos de contenido electoral sino a todas las expresiones relevantes para el desarrollo de la opinión pública sobre los asuntos que contribuyan a

³⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-155, cit.

³⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-155, cit.

³⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-155, cit.

³⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-155, cit.

la vida de la Nación, incluyendo las críticas hacia el Estado y los funcionarios públicos.³⁹

Esto significa que las publicaciones realizadas en plataformas virtuales en contra de los funcionarios públicos se enmarcan en los discursos políticos como un ejercicio democrático, pues estos no se limitan simplemente a los temas de carácter electoral.

Sobre el particular, la Corte Constitucional considera:

Una sociedad democrática, respetuosa del principio de la libertad de expresión, permite a los ciudadanos que se expresan poner sobre aviso al resto de la comunidad acerca de aquellas actuaciones estatales que sean reprochables e inaceptables. Además, la probabilidad de que un abuso sea conocido, divulgado y criticado desestimula a quienes ejercen algún poder de incurrir en excesos o atropellos.⁴⁰

Así, encontramos que este tipo de discurso es fundamental en una sociedad democrática, pues permite que se ejerza control sobre las actuaciones del Estado y sus funcionarios. Asimismo, la Corte considera que las restricciones sobre aquellos discursos que versen sobre asuntos de interés público o que contengan críticas al Estado o sus funcionarios deben ser analizadas con cautela, toda vez que

... (i) a través de ellos no sólo se manifiesta el estrecho vínculo entre democracia y libertad de expresión, sino que se realizan todas las demás finalidades por las cuales se confiere a ésta una posición preferente en los estados constitucionales; (ii) este tipo de discursos suelen ser los más amenazados, incluso en las democracias más vigorosas, por cuanto quienes detentan mayor poder social, político o económico pueden llegar a ser afectados por tales formas de expresión y, en consecuencia, verse tentados a movilizar su poder para censurar dichas manifestaciones y reprimir a sus autores.⁴¹

Adicionalmente, las publicaciones en contra de los funcionarios públicos se encuentran protegidas dentro de los Estados democráticos, por cuanto los funcionarios públicos

... por razón de sus cargos, actividades y desempeño en la sociedad se convierten en centros de atención con notoriedad pública e inevitablemente tienen la obligación de aceptar el riesgo de ser afectados por críticas, opiniones

³⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-155, cit.

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-650 de 5 de agosto de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-904 de 3 de diciembre de 2013, M. P. María Victoria Calle Correa.

o revelaciones adversas, por cuanto buena parte del interés general ha dirigido la mirada a su conducta ética y moral. Además, su mayor exposición ante el foro público fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión.⁴²

Sin embargo, la misma Corte Constitucional ha señalado que:

... no toda información u opinión relacionada con un funcionario público tiene relevancia o interés público, sino solo aquellas referidas (i) a las funciones que esa persona ejecuta; (ii) al incumplimiento de un deber legal como ciudadano; (iii) a aspectos de la vida privada relevantes para evaluar la confianza depositada en las personas a las que se confía el manejo de lo público; (iv) a la competencia y capacidades requeridas para ejercer sus funciones.⁴³

En ese sentido, resulta claro que aquellas publicaciones que se realicen a través de plataformas digitales con respecto a un funcionario público y que no estén relacionadas con las funciones que desempeñe o que no permitan evaluar la confianza depositada en él, no se encuentran protegidas como discursos sobre funcionarios públicos.

Por último, si bien la Corte Constitucional ha establecido que este tipo de discurso se encuentra protegido por la libertad de expresión, es necesario que las publicaciones contengan información con un “mínimo de plausibilidad”, es decir que cuenten con condiciones de veracidad y credibilidad, y que no se base sobre información falsa o hiriente.⁴⁴

Así las cosas, las publicaciones realizadas a través de plataformas virtuales en contra de funcionarios públicos no solo deben versar sobre las funciones que desempeña, sino que además deben tener un mínimo de certeza, pues “quien haga uso de medios masivos de comunicación (las redes sociales están incluidas) debe realizar previamente una diligente labor de constatación y confirmación de la información”.⁴⁵

Por ejemplo, en la Sentencia T-578 de 2 de diciembre de 2019 (M. P. Diana Fajardo Rivera), la Corte determinó que no se vulneraban los derechos fundamentales de un funcionario público con la publicación de afirmaciones en su contra, a través de un video, por parte de un ciudadano, pues consideró que la libertad de expresión del accionado estaba protegida, por cuanto sus opiniones se enmarcaban en un tipo de discurso protegido.

⁴² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-312 de 22 de mayo de 2015, M. P. Jorge Iván Palacio.

⁴³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-312, cit.

⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-155, cit.

⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-277 de 17 de julio de 2018, M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

Asimismo, la Corte consideró que las afirmaciones se soportaban en normas legales y en la respuesta al derecho de petición que había dado la misma Alcaldía por lo que contaba con un amplio sustento.

Sin embargo, lo que más resalta de este caso es que la Corte afirme:

... si bien las expresiones habían sido difundidas a través de una red social mediante una publicación con un alto grado de comunicabilidad, circunstancias que implicaron que el mensaje llegara a un número indeterminado de receptores de manera ágil y durante un término indefinido, el accionante era un funcionario público con un amplio poder político e influencia en la opinión pública local.⁴⁶

Esto, para recordar que el mandatario “podía acceder de manera fácil e inmediata a diversos medios de comunicación para opinar e informar a la opinión pública sobre su gestión, además de controvertir y defenderse de los señalamientos que le hicieran los ciudadanos o las autoridades”.⁴⁷

Con esto, la Corte está legitimando el ejercicio democrático a través de la manifestación de descontento por parte de un ciudadano al emitir su opinión sobre el desempeño de un funcionario, pues si este considera que no se ajusta a la realidad cuenta con la posibilidad de controvertir las afirmaciones, en lugar de intentar silenciarlas.

En otro caso, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia T-155 de 9 de abril de 2019 (M. P. Diana Fajardo Rivera), negó una acción de tutela interpuesta por un directivo de un hospital, acción en la que se solicitó el amparo de los derechos al buen nombre, a la honra y a la intimidad del funcionario, por cuanto consideraba que estos habían sido vulnerados por una trabajadora de dicho hospital que había compartido una publicación en su cuenta de Facebook, manifestando que el funcionario hacía parte de un “cartel de la corrupción” dentro de la entidad.

Es destacable, de este fallo, que la Corte Constitucional reiteró “la protección constitucional que tiene la libertad de expresión en un Estado democrático de derecho y advirtió que los discursos sobre funcionarios o personajes públicos están especialmente protegidos”.⁴⁸

En este caso, la Corte puso de presente:

... solo en los casos en que se presenten informaciones concretas correspondería al denunciante dar prueba o sustento a sus acusaciones, pues si resulta claro que lo expresado simplemente refleja un sentimiento de indig-

⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-578 de 2 de diciembre de 2019, M. P. Diana Fajardo Rivera.

⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-578, cit.

⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-155, cit.

nación o inconformidad, pero no se expone una acusación concreta y precisa sobre una persona determinada, las opiniones manifestadas en este sentido estarían amparadas por el derecho a la libertad de expresión y el derecho al control del poder político.⁴⁹

Adicionalmente, manifestó:

... las expresiones compartidas por la accionada en su cuenta de Facebook estaban amparadas por la libertad de expresión y no vulneraban los derechos al buen nombre, a la honra y a la intimidad del accionante, en tanto no contenían una acusación precisa, concreta y detallada, es decir, no se trataba de una información, sino que correspondía a una opinión que expresaba una protesta por las supuestas actuaciones irregulares presentadas en la administración del mencionado centro médico.⁵⁰

Reflexiones y conclusiones

En Colombia, tanto el derecho a la libertad de expresión como los derechos a la honra, al buen nombre y a la intimidad gozan de protección constitucional y han sido objeto de pronunciamiento, en varias ocasiones, por parte de la Corte Constitucional.

Desarrollos tecnológicos como las redes sociales, los blogs y los servicios de mensajería instantánea, entre otras plataformas digitales, permiten que los ciudadanos se expresen libremente sobre los funcionarios públicos dentro del ejercicio democrático. No obstante, no todas las publicaciones realizadas a través de estas plataformas con respecto a los funcionarios públicos se encuentran amparadas por el derecho a la libertad de expresión; por el contrario, pueden llegar a constituir vulneraciones a los derechos al buen nombre, a la honra y a la intimidad.

Para diferenciar las publicaciones que se encuentran enmarcadas en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y las que vulneran los derechos al buen nombre, a la honra y a la intimidad es necesario poner atención a los parámetros fijados por la Corte Constitucional sobre la materia.

Estos parámetros deben ser analizados en conjunto y de acuerdo con el contexto del caso, más allá del significado literal que pueda tener una publicación en una plataforma digital; esto para poder determinar si existe o no una vulneración de los derechos, al buen nombre, la honra y la intimidad.

⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-155, cit.

⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-155, cit.

Muchas de las publicaciones realizadas en las plataformas digitales en contra de funcionarios públicos constituyen, en realidad, un ejercicio democrático; por lo que silenciarlas haría un daño severo a la democracia.

Por último, si bien este artículo esboza algunos parámetros para tener en cuenta en materia de libertad de expresión en plataformas digitales, es importante recordar que estos no son definitivos e inamovibles; por el contrario, se encuentran en constante cambio y adaptación.

Bibliografía

BOTERO MARINO, Catalina, Federico GUZMÁN DUQUE, Sofía JARAMILLO OTOYA y Salomé GÓMEZ UPEGUI. *El derecho a la libertad de expresión*. Bogotá: Dejusticia, 2017.

YOUNES, Diego. *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Legis, 2014.

Legislación y jurisprudencia

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1996.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Constitución Política de Colombia*, Bogotá, 1991.

CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1980-81, OEA/Ser.L/V/II.54 doc.9 rev.1, 16 octubre de 1981.

CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Transcritos en Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, núm. 74.

CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09, 30 de diciembre de 2009.

CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-089 de 1 de marzo de 1995, M. P. Jorge Arango Mejía.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-411 de 13 de septiembre 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-696 de 5 de diciembre de 1996, M. P. Fabio Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-650 de 5 de agosto de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-787 de 18 de agosto 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-391 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-904 de 3 de diciembre de 2013, M. P. María Victoria Calle Correa.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-934 de 3 de diciembre de 2014, M. P. Mauricio González Cuervo.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-312 de 22 de mayo de 2015, M. P. Jorge Iván Palacio.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-277 de 17 de julio de 2018, M. P. Cristina Pardo Schlesinger.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-155 de 4 de abril 2019, M. P. Diana Fajardo Rivera.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-578 de 2 de diciembre de 2019, M. P. Diana Fajardo Rivera.
- CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Serie A, núm. 05.
- IX CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA. *Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre*, de mayo de 1948.

José Juan Anzures Gurriá* (México)

Internet, libertad de expresión y propia imagen

RESUMEN

Internet nace en Estados Unidos como un proyecto militar cuya finalidad era transportar y proteger información durante la Guerra Fría, a pesar de que el contenedor físico de la información fuera destruido. Pasado el tiempo, internet ha tenido usos económicos y comerciales, y actualmente tiene injerencia en todos los ámbitos de la vida diaria de las personas, incluyendo el ejercicio de los derechos fundamentales. Quizá uno de los derechos que más se ha potenciado ha sido la libertad de expresión, pues ha encontrado un terreno fértil para que cualquier usuario difunda cualquier tipo de información. Pero internet no es un espacio libre de regulación, sino que en él deben observarse los principios y valores de todo Estado constitucional y democrático de derecho, entre ellos, los derechos fundamentales de terceros y, muy en concreto, el derecho a la propia imagen que posee toda persona y que también se ha visto realizado y, a veces, muy mermado en la red de redes.

Palabras clave: internet; libertad de expresión; propia imagen.

Internet, freedom of speech and image rights

ABSTRACT

The Internet was born in the United States as a military project, with the principal aim of transmitting and protecting information during the Cold War, even though the information's physical container was destroyed. Over time, the Internet has had economic and commercial uses, and it currently has an impact on all aspects of people's daily lives, including the exercise of fundamental rights. Perhaps one of the most enhanced rights has been the freedom of speech, since it has found fertile ground for the dissemination of any kind of information by any user. However, the Internet is

* Doctor en Derecho, Universidad de Navarra. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel I. Decano Regional Sur, Escuela de Ciencias Sociales y Gobierno, Tecnológico de Monterrey. anzuresgurria@tec.mx. <https://orcid.org/0000-0002-8257-8687>.

not a space free of regulation; rather, the principles and values of a constitutional and democratic State of law must be observed on it, including the fundamental rights of third parties and, specifically, image rights, which everyone possesses and which also have been exercised and, sometimes, greatly diminished on the network of networks.

Keywords: Internet; freedom of speech; image rights.

Internet, Meinungsfreiheit und Recht am eigenen Bild

ZUSAMMENFASSUNG

Das Internet wurde in den Vereinigten Staaten als militärisches Projekt mit dem Ziel entwickelt, während des Kalten Kriegs Informationen zu übermitteln und zu schützen, obwohl der physische Informationsträger zerstört wurde. Mit der Zeit wurde das Internet auch zu wirtschaftlichen und kommerziellen Zwecken genutzt und greift mittlerweile in alle Bereiche des täglichen Lebens der Menschen ein, einschließlich der Ausübung der Grundrechte. Dabei dürfte vor allem das Recht auf Meinungsfreiheit gestärkt worden sein, da nun die Voraussetzungen dafür bestehen, dass jeder Nutzer Informationen aller Art verbreiten kann. Das Internet ist jedoch kein regelfreier Raum; vielmehr gelten auch hier die Grundsätze und Werte, die allen demokratischen Verfassungs- und Rechtsstaaten zugrunde liegen, darunter die Grundrechte Dritter und, ganz konkret, das Recht jeder Person am eigenen Bild, das im Netz der Netze durchaus gestärkt, zum Teil aber auch geschmälert wird.

Schlagwörter: Internet; Meinungsfreiheit; Recht am eigenen Bild.

Introducción

Internet surge como un proyecto militar durante la Guerra Fría con la intención de conservar información, a pesar de que los contenedores físicos de la misma fueron destruidos. El proyecto tuvo éxito y se abrió a la economía y al mercado. Para la década de los noventa, varias universidades e instituciones públicas y privadas empezaban a conectarse a internet, pero seguía constituyendo un medio de información en el que el usuario se mantenía de manera pasiva como un mero receptor de toda la información que circulaba por la red. Fue hasta entrado el siglo XXI cuando con la denominada Web 2.0 se permitió que el usuario accediera a la red, interactuara y suministrara información.

Con este salto en la interacción, internet se ha convertido en una herramienta indispensable en la vida diaria de casi todas las personas, con una injerencia directa en la economía, el comercio, la educación, la salud, las relaciones sociales, la forma de hacer política, de gobernar, la cultura, el ocio, el esparcimiento y, consecuentemente, en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Hoy en día, el ejercicio de los derechos fundamentales es diametralmente distinto a como se venía realizando apenas hace unas décadas; en muchos casos implica

ahora el uso de distintas herramientas tecnológicas, a tal grado que varios de ellos no podrían materializarse de no existir internet. Derechos como el acceso a la información, a la protección de datos personales, a la propia imagen, entre otros, podrían considerarse de ejercicio digital u *on line*.

Uno de los derechos fundamentales que sin duda se ha potenciado con internet es la libertad de expresión. Este derecho ya no se materializa a través de la prensa escrita, ni se ejerce exclusivamente a través de los medios masivos de comunicación; ya no es necesario ser reportero o periodista de alguna cadena televisiva para ejercer el derecho a expresarse libremente. Por el contrario, hoy en día cualquier persona puede difundir y transmitir cualquier tipo de información accediendo a internet y usando un sinnúmero de plataformas. En paralelo, el derecho de acceso a la información se ha visto también ampliamente nutrido, pues, de igual forma, cualquier persona puede tener acceso de manera inmediata a todo tipo de contenidos.

Tradicionalmente, se ha considerado que la libertad de expresión contribuye al libre desarrollo de la personalidad y a la materialización de la dignidad humana, al tiempo que contribuye al crecimiento y mantenimiento de todo Estado constitucional y democrático de derecho. Ahora, utilizando internet como un medio a través del cual se puede ejercer la libertad de expresión, sus funciones y bondades se potencian exponencialmente.

No obstante lo anterior, el espacio que brinda internet puede representar también un ámbito en el que se rebasen los límites intrínsecos de la libertad de expresión y se conculquen otros derechos fundamentales como el derecho a la privacidad, los datos personales, el derecho al honor o el derecho a la propia imagen.

Dicho lo anterior, el presente trabajo trata de mostrar la delicada relación que existe entre el ejercicio de la libertad de expresión a través de internet y los posibles roces que pueden existir con el derecho a la propia imagen como límite extrínseco del primero.

Para ello, este trabajo parte de un primer apartado en el que se aborda el origen, concepto y evolución de internet, destacando la injerencia que ha tenido en el mundo del derecho y principalmente en el ejercicio de los derechos fundamentales. El siguiente apartado se centra en la relación entre internet y la libertad de expresión como un binomio indisoluble de la era moderna, y se menciona la neutralidad de la red y el derecho de acceso a la información como complemento de la libertad de expresión. El tercer inciso aborda el concepto de la autodeterminación informativa como un presupuesto del derecho a la propia imagen. Finalmente, la libertad de expresión y la propia imagen se correlacionan como estrechamente vinculados y con un alto grado de colisión. Se remata con una conclusión que engloba las principales ideas del texto.

Vale aclarar que si bien el trabajo se realiza desde la perspectiva del marco normativo mexicano, también se recurre al análisis de otras legislaciones y, principalmente, a las resoluciones de distintos tribunales del mundo.

1. Breve semblanza de internet

Internet tiene sus orígenes en un proyecto militar denominado originalmente Arpanet, liderado por la Advanced Research Projects Agency (ARPA) durante la Guerra Fría, cuyo propósito era la protección del transporte de la información que se emitiera, a pesar de que los centros físicos de almacenaje fuesen destruidos.¹ En 1969, el proyecto logró su cometido al crear una red de equipos informáticos interconectados –de ahí que la palabra internet signifique *interconnected networks* o redes interconectadas– capaz de mantenerse activa, aunque gran parte de los equipos fuesen dañados.²

En la década de los setenta, ARPA cambió su nombre a *Defense Advanced Research Projects Agency* (Darpa) y bajo esta denominación se realizó el primer envío de correo electrónico, gracias a un programa creado por Ray Tomlinson.³ En el año de 1973 se desarrolló el *Transport Control Protocol* (TCP) y el *Internet Protocol* (IP), base fundamental desde la que opera actualmente internet.⁴ En esta misma década, cuatro universidades estadounidenses, la de California en los Ángeles (UCLA), el Stanford Research Institute (SRI), la Universidad de California en Santa Bárbara (UCSB) y la Universidad de Utah se conectaron entre sí y crearon lo que sería el germen de Arpanet, misma que con el tiempo iría recibiendo más conexiones de otros nodos.⁵

En la década de los ochenta, internet entró en su fase comercial y empezó a incorporar a usuarios privados, dando entrada así al sector comercial y económico.⁶ En 1988, en México, el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey se convirtió en la primera institución del mundo de habla hispana en conectarse

¹ La intención de ARPA era el proteccionismo bélico ante la eventualidad de un conflicto mundial [Lydia Esteve González, *Derecho e internet*, Textos Jurídicos Básicos (Alicante: Editorial Compás, 2001)].

² Gustavo López Rubio, “Tecnologías de internet (de Arpanet a la 3G)”. *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales* 5 (2002): 24.

³ Ray Tomlinson fue un programador norteamericano, nacido en Amsterdam en 1941 y fallecido en EE. UU. en el año 2016. Tomlinson adaptó el programa SNDMSG de forma tal que sirviera para enviar mensajes entre diferentes usuarios conectados a una red más amplia, pero sin que fueran conocidos, lo que hoy en día se conoce como correo electrónico. Fue en ese momento cuando se decidió utilizar el símbolo arroba (@) como separador entre el nombre del usuario y del servidor.

⁴ El IP son las etiquetas numéricas que identifican, de manera lógica y jerárquica, la interfaz de una computadora dentro de una red, lo que se hace a través de datagramas. Este identificador puede estar definido en niveles bajos (identificador físico) o en niveles altos (identificador lógico) dependiendo del protocolo utilizado. La dirección IP identifica tanto la red a la que pertenece una computadora como a ella misma dentro de dicha red (Graham Smith y Bird and Bird, *Internet, Law and Regulation*, 4ª. ed. (Thomson, Sweet and Maxwell, 2007), 2.

⁵ López, “Tecnologías de internet (de Arpanet a la 3G)” 25.

⁶ Cfr. (Smith y Graham, Bird and Bird, *Internet, Law...*, 4.

a internet.⁷ Después, lo hicieron la Universidad Nacional Autónoma de México, el Instituto Politécnico Nacional, la Universidad de las Américas Puebla y la Universidad de Guadalajara.⁸

Durante la década de los noventa, el uso de internet creció exponencialmente y se convirtió en un fenómeno global.⁹ Gracias a su descentralización y accesibilidad, cada vez más personas, instituciones y países se fueron conectando a la red. Para 1998, el número de usuarios alcanzaba los 150 millones en más de 60 países.¹⁰

No obstante lo anterior, la red seguía comportándose de manera semejante a la televisión o la radio, es decir como una plataforma de traslado y transmisión de información de manera unidireccional, donde el usuario se mantenía pasivo respecto del emisor. Pero con la entrada de la denominada Web 2.0,¹¹ a principios del siglo XXI, el usuario ya no solo recibe, sino que también genera y transmite información. De esta forma, la Red se convierte en un medio cuyo sustento es la actividad del usuario, la facilidad para el establecimiento de relaciones hipertextuales y los altos niveles de interactividad entre todos. Plataformas como Amazon, Facebook, YouTube, Netflix o Spotify tienen el común denominador de darle al usuario la facilidad de seleccionar y crear su propio contenido, así como de interactuar de manera inmediata con quien ofrece el servicio, además de generar nueva información y de replicarla. Se trata de una red abierta (*open network*) en la que cada uno es libre de aportar su propia contribución al espacio virtual, participando en su ampliación e intensificando el intercambio de conocimiento e información.¹²

El futuro próximo (o quizá el ya actual) de internet es la revolución 4.0, cuyo enfoque principal es la incorporación de tecnologías digitales a la industria manufacturera y de generación de servicios. Entre los aspectos más destacados de esta etapa está el llamado internet de las cosas y los sistemas ciberfísicos, la impresión 3D, la *Big Data*, la inteligencia artificial, la robótica colaborativa, así como la realidad virtual y la realidad aumentada.¹³

⁷ La conexión se hizo el 12 de octubre de 1988 entre el Tecnológico de Monterrey y la Universidad de Texas en San Antonio, a través de una computadora MicroVAX.

⁸ Octavio Islas y Fernando Gutiérrez, coords., *Internet: el medio inteligente* (México: CECSA, 2000), 4.

⁹ Raphael Cohen Almagor, "Internet History", *International Journal of Technoethics* 2, n.º 2 (2011): 53.

¹⁰ Cohen Almagor, "Internet History", 55.

¹¹ Gabriel Pérez Salazar, "La Web 2.0 y la sociedad de la información", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* 56, n.º 212 (2011): 57-68.

¹² Roberta Pisa, "L'accesso ad Internet: un nuovo diritto fondamentale?", *Diritto*, Treccani, 7 de enero de 2010, http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_internazionale_e_comparato/2_Pisa_internet.html.

¹³ Todos estos aspectos se sustentan en que las decisiones se fundamentan en el uso de datos, por lo que la cuantificación de la información se convierte en un aspecto determinante de la nueva actividad comercial (María Gómez Cano, Manuel Bestratén, Cecilia Gavilanez, "Revolución 4.0: el futuro está presente", *Seguridad y Salud en el Trabajo* 94 (2018): 6-17.

Hoy en día, internet constituye un fenómeno sin precedentes que ha venido a transformar irremediamente todos los ámbitos de la vida diaria de las personas. Por ejemplo, ha desplegado su influencia en y hacia el ámbito jurídico, convirtiéndose en un fenómeno que requiere una enorme regulación, pero que también ha cambiado la forma en la que entendemos y ejercemos las distintas ramas del derecho. El derecho constitucional y en concreto los derechos fundamentales no son la excepción.

No se trata aquí de argumentar la existencia de nuevos derechos fundamentales, de derechos humanos digitales o derechos en la era de internet;¹⁴ por el contrario, se trata de hacer notar que los derechos fundamentales reconocidos en las primeras declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII, e incluso en los textos constitucionales de la segunda posguerra, siguen vigentes. No obstante, la forma en que se materializan y se ejercen ha cambiado exponencialmente si se considera que para ello es necesario, y a veces imprescindible, hacerlo a través de internet; incluso podría decirse que el ejercicio de muchos de ellos es casi en su totalidad un ejercicio *on line* o digital.

Así, es de destacar, en primer lugar, que internet se ha convertido en la mayor fuente de información, misma que es generada por millones de usuarios a lo largo y ancho de todo el mundo, de tal forma que cualquier usuario se convierte en generador de información, pero también tiene la posibilidad de ejercer el derecho de acceso a la información de una manera nunca antes vista.

En segundo lugar, internet se ha convertido en uno de los mayores centros de entretenimiento para las personas, desplazando a la televisión, la radio e incluso a los videojuegos; ello comprende además que se trata de un medio a través del cual las personas ejercen su libre desarrollo de la personalidad, pero, concretamente, que ejercen su derecho a la cultura y al libre esparcimiento a través de la red.

Se trata, además, de la herramienta actual más efectiva de comunicación entre las personas, dejando a un lado el teléfono y las cartas por correo postal, lo que visto desde otra perspectiva significa que el derecho al secreto de las comunicaciones ha mutado a un secreto en las telecomunicaciones, y con él, el derecho a la intimidad y a la privacidad se concreta en la red y se opone frente a entes públicos y privados que de igual forma acceden a ella.

A través de los blogs y las redes sociales, se han modificado por completo las relaciones sociales y la forma de interactuar entre las personas, pero en el fondo ha venido a florecer un carácter propio de la naturaleza humana, que es precisamente

¹⁴ Algunos derechos que ya se consideran derechos digitales o de la era digital son: el derecho a existir digitalmente; el derecho a la reputación digital; la estima digital; la libertad y la responsabilidad digital; la privacidad virtual; el derecho al olvido; el derecho al anonimato; el derecho al *big-reply*; el derecho al domicilio digital; el derecho a la técnica, al *update* y al parche; el derecho a la paz cibernética y a la seguridad informática; y el derecho al testamento digital (Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, “La cuarta ola de derecho humanos: los derechos digitales”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* 25, n.º 1 (2014): 31.

la sociabilidad. Internet también ha cambiado la forma de hacer negocios y ha hecho nacer nuevas empresas multimillonarias,¹⁵ lo que significa que la libertad de comercio y la libertad de empresa también se han visto afectadas; hoy en día, una empresa que no se promoció en internet y que no base su modelo de negocio en la red está en vías de extinción. Aunado a ello, internet ha venido también a cambiar las dinámicas de trabajo dentro de las empresas e incluso la forma de hacer el trabajo, de tal manera que la libertad de trabajo, junto con los derechos laborales y sociales tan emblemáticos del constitucionalismo social también se ven trastocados.

Aunado a todo lo anterior, internet es un medio que proporciona educación gratuita y accesible en todos los saberes del conocimiento humano a través de diversos tipos de cursos y grados académicos ofrecidos en línea por un sinfín de instituciones educativas.

Por último, es innegable el papel que ha jugado internet en la forma de hacer política. Piénsese, por ejemplo, en la primavera árabe, en las últimas campañas políticas de casi todos los países del mundo occidental, en las intromisiones de *Wiki-leaks* en materia sensible de varios Estados; pero, por el otro lado, piénsese también en el uso que ha tenido la red en la administración pública en aras de hacerla más efectiva, eficiente y austera.

2. Libertad de expresión en internet

Desde que fue reconocida en las primeras declaraciones de derechos¹⁶ y a lo largo del siglo XIX, la libertad de expresión se había ejercido principalmente mediante la denominada libertad de imprenta, esto es, a través de la prensa escrita. Durante el siglo XX, la libertad de expresión fue entendida como un derecho exclusivo de los medios masivos de comunicación, principalmente la radio y la televisión.

Los primeros textos constitucionales identificaron la libertad de expresión con los medios impresos. En este sentido, el artículo 7.º de la Constitución mexicana de 1857 reconocía únicamente la *libertad de imprenta* y el *derecho a escribir y a publicar*. En la Constitución de 1917 este numeral fue replicado en los mismos términos y se mantuvo sin modificación alguna hasta el 2013. En este año se reformó el texto constitucional para reconocer *la libertad de difusión de opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio*.¹⁷

¹⁵ Se trata de las denominadas “empresas unicornios”, *startups* que antes de salir a la bolsa de valores ya están cotizadas por encima de los mil millones de dólares.

¹⁶ Véase el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

¹⁷ Artículo 7.º Es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio. No se puede restringir este derecho por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera

Por un lado, la reforma deja en claro que la libertad de expresión se materializa no solo mediante la denominada libertad de imprenta, sino a través de muchas otras formas, como podrían ser las expresiones artísticas.¹⁸ Por otro, pone de manifiesto que el ámbito de protección de la libertad de expresión comprende la facultad de poner en circulación todo tipo de información, ideas u opiniones a través de cualquier medio de difusión, incluidos internet u otras tecnologías de la información.¹⁹

La estrecha e indisoluble relación que existe hoy en día entre libertad de expresión e internet ha sido reconocida por distintos tribunales del mundo. En una resolución de 2017, la Suprema Corte de México afirmó: “El Internet ha pasado a ser un medio fundamental para que las personas ejerzan su derecho a la libertad de opinión y de expresión, atento a sus características singulares, como su velocidad, alcance

otros medios y tecnologías de la información y comunicación encaminados a impedir la transmisión y circulación de ideas y opiniones.

Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni coartar la libertad de difusión, que no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del artículo 6.º de esta Constitución. En ningún caso podrán secuestrarse los bienes utilizados para la difusión de información, opiniones e ideas, como instrumento del delito.

¹⁸ Así lo entendió la SCJN en un criterio del 2014, en el que señaló expresamente “que todas las formas de expresión se encuentran protegidas constitucional y convencionalmente, a excepción de aquellas que y si bien existen ámbitos que no encuentran protección bajo su regazo, como toda la propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”. Libertad de expresión. Se presume que todas las formas de expresión se encuentran protegidas por la Constitución [Tesis: 1.ª CDXXI/2014 (10.ª), Primera Sala, Libro 13, Tomo I (diciembre de 2014): 237].

¹⁹ Si bien la Constitución no lo dice expresamente, se trata de reconocer no solo un derecho a la libertad de expresión, sino más bien un derecho a la comunicación en general en el que se tutela todo el proceso comunicativo. El concepto de “derecho a la comunicación” fue sugerido por primera vez en 1969 por Jean D’Arcy, quien argumentaba que debía de reconocerse un derecho humano a la comunicación y que debía ser incluido en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos [D’Arcy, “Direct Broadcast Satellites and the Right to Communicate”, *European Broadcasting Union Review* 14, n.º 118 (1969) citado en William McIver Jr., William Birdsall y Merrilee Rasmussen, “The Internet and the Right to Communicate”, *First Monday* 8, n.º 12 (2003)]. Si bien el artículo 19 no se modificó, sus ideas han sido acogidas por un amplio sector doctrinal y por la misma Unesco en su Resolución 4.121 de 1974, y en la Resolución 3.2 de 1983 sobre el derecho a comunicar (*the right to Communicate*) [MacBride Commission, *Many Voices, One World: Communication and Society. Today and Tomorrow* (London: Kogan Page, New York: Unipub, Paris: Unesco, 1980). Las resoluciones de la Unesco están disponibles en http://righttocommunicate.com/?q=human_rights. Corredoira y Alfonso usan la expresión ‘*ius communicationis*’; en este sentido, véase Loreto Corredoira Alfonso, “Lectura de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en el paradigma de la nueva sociedad de la información. Estudio específico del artículo 19”, *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2007)].

mundial y relativo anonimato”.²⁰ Además, el máximo tribunal afirmó que el Estado debe llevar a cabo las medidas necesarias para asegurar a los particulares el acceso a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

En Francia, en su Resolución 2009-580 DC de 10 de junio de 2009,²¹ el Consejo Constitucional vinculó el acceso a internet a la libertad de expresión y de opinión reconocida en el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.²² El Consejo entendió que la libertad de expresión implica la libertad de acceder a estos servicios en el estado actual de los medios de comunicación y con respecto al desarrollo generalizado de los servicios de comunicación pública en línea, así como a la importancia que tienen estos para la participación en la vida democrática y la expresión de ideas y opiniones.

En Alemania, el Tribunal Supremo (*Der Bundesgerichtshof*) entendió que el acceso a internet resulta de crucial importancia para la vida diaria de las personas, toda vez que les provee información comprensible a través de textos, imágenes, videos y audios; e incluso afirmó que se trata de una plataforma que reemplaza a los medios tradicionales de información.²³

Sin lugar a dudas, internet se ha convertido en un vehículo imprescindible para que la libertad de expresión se ejerza y materialice en nuestros días, y ha logrado una mayor proyección en la transmisión de la información y las opiniones que cualquier otro medio de difusión existente. En la actualidad, cualquier persona puede ejercer su libertad de expresión sin tener que dedicarse de manera formal al periodismo, ni pertenecer a ningún medio masivo de comunicación, pero, lo que es más importante, cualquier persona puede hacer llegar sus expresiones a una gran cantidad de personas alrededor de todo el mundo.

2.1. Libertad de expresión y neutralidad en la red

En tanto derecho de libertad, el de expresión se materializa en la medida en que el Estado realiza conductas de omisión;²⁴ tradicionalmente se entendía que estas con-

²⁰ La SCJN hizo eco de los argumentos sostenidos por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y vinculó el derecho a internet con la libertad de expresión [Tesis: 2a. CII/2017 (10.º), Segunda Sala, Libro 43, Tomo II (Junio de 2017): 1433. Flujo de información en red electrónica (internet). Principio de restricción mínima posible].

²¹ En este caso, el Consejo impidió la publicación de una ley que requería a los proveedores de servicios de internet bloquear de manera permanente el acceso a la red a aquellos usuarios que hubiesen sido acusados de cometer actos violatorios de los derechos de autor.

²² El artículo 11 de la Declaración señala: “La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del hombre: cualquier ciudadano podrá, por consiguiente, hablar, escribir, imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley”.

²³ BGH, Urt. V. 24.01.2013 – III ZR 98/12 = VuR 2013, 18.

²⁴ Como ha señalado la SCJN, la libertad de expresión se refiere a la facultad de toda persona de manifestarse libremente sin ser cuestionada sobre el contenido de sus opiniones y

sistían en la prohibición de la censura previa y el secuestro de las publicaciones. En el caso de su concreción a través de internet, también el Estado debe mostrar una conducta pasiva frente a cualquier tipo de contenido o intervención en el envío de la información dentro de la red.

A esta pasividad por parte del Estado se la ha denominado *principio de neutralidad en la red*.²⁵ El concepto se refiere al hecho de dar el mismo trato a todo el tráfico que circula por la red; esto implica que no se puede bloquear, retrasar o posponer el acceso a determinados destinos en la red, o a determinadas aplicaciones, y de igual forma tampoco se puede priorizar o favorecer de algún modo el acceso a algún determinado proveedor de contenidos o servicios, o a alguna aplicación. Se parte de la idea de que todos los proveedores tienen la misma posición para ofrecer sus servicios a los potenciales clientes, pero, sobre todo, se trata de reconocer un derecho general del usuario a la utilización irrestricta de la red, en la que ni la autoridad estatal ni el proveedor de servicios puedan restringir su uso.²⁶

En aras de garantizar la libertad de las personas, y concretamente la libertad de expresión, los países democráticos apuestan al reconocimiento de la neutralidad de la red.²⁷ Los estados dictatoriales, por el contrario, tienden a limitarla a través de distintos medios y grados de intensidad, desde la censura directa de contenidos o de acceso a determinadas páginas webs, hasta las llamadas ofertas de ‘zero rating’, que permiten seguir navegando gratis por la red, pero solo para acceder a determinados servicios.²⁸

En esta lógica, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó en el Caso Ahmet Yildirim vs. Turquía que el bloqueo absoluto de una plataforma de internet (Google Sites) constituía una clara violación del artículo 10 de la Convención

los medios que ha elegido para difundirlas; se trata de un derecho de libertad que concretiza la autonomía de la voluntad y suele entenderse como un prerrequisito para evitar la atrofia o el control del pensamiento. Libertad de expresión. Dimensión individual de este derecho fundamental [Tesis: 1.ª CDXX/2014 (10.º.), Primera Sala, Libro 13, Tomo I (diciembre de 2014): 233].

²⁵ La expresión ‘net neutrality’ (neutralidad de la red) fue usada por primera vez en 2003 por Tim Wu, profesor de Derecho de la Universidad de Columbia [“Network neutrality, broadband discrimination”, *Journal of Telecommunications and High Technology Law* 1, n.º 2 (2003): 141-149].

²⁶ Alejandro Castañeda Sabido, “Análisis de la literatura teórica sobre neutralidad de red y sugerencias de política”, *EconoQuantum*, Zapopan 6, n.º 1 (2009): 31-57, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-22009000200003&lng=es&nrm=iso, accedido el 2 de septiembre de 2018.

²⁷ Existen principalmente dos modelos que pretenden regular la gestión del tráfico de datos en internet: la postura norteamericana y la europea. Al respecto, véase José J. Albert Márquez, “El principio de neutralidad en internet. Una aportación a la libertad de comunicación en internet desde el pensamiento de Francisco de Vitoria”, *Estudios de Deusto* 66, n.º 2 (2018): 85 y ss., [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018).

²⁸ Cfr. Rebecca Mackinnon, *No sin nuestro consentimiento. La lucha mundial por la libertad en internet*. Trad. por Javier San Julián (Barcelona: Ediciones Deusto, 2012), 172 y ss.

Europea de Derechos Humanos²⁹ que reconoce la libertad de expresión. El Tribunal reconoció que el acceso a internet constituye una forma de ejercer la libertad de expresión, y que esta comprende no solo la facultad de transmitir información, sino también de recibirla.

En Estados Unidos, un caso emblemático fue el *United States et al., v. American Civil Liberties Union et al.*, que fue resuelto por Sentencia de 26 de junio de 1997 (96-511). En este caso se recurrió ante la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos una sentencia del Tribunal de Distrito de Pennsylvania que declaraba la inconstitucionalidad de la Ley para la Decencia en las Comunicaciones (*Communications Decency Act* ó CDA) aprobada por el Congreso de los Estados Unidos en febrero de 1996. La Suprema Corte reiteró que la CDA era abiertamente contraria a la Primera Enmienda y señaló: “El interés por fomentar la libertad de expresión en una sociedad democrática sobrepasa cualquier teórico e improbable beneficio de la censura”.³⁰

²⁹ La demanda fue presentada por Ahmet Yildirim, un académico turco que tenía una página de internet alojada en *Google Sites*, y en la que publicaba sus opiniones y sus trabajos académicos. En junio de 2009, el Tribunal de la provincia turca de Denizli ordenó el cierre preventivo de una página web alojada en esa misma plataforma, y que contenía insultos contra el expresidente Mustafá Kemal Atatürk, lo que según la legislación turca constituía un delito. Pero ante la imposibilidad técnica de bloquear una sola página, el Tribunal ordenó que se bloqueara el acceso a toda la plataforma de *Google Sites* en Turquía, lo que significó dejar a todos los usuarios, incluido el demandante, sin dicho servicio. El TEDH señala en su sentencia que la decisión del tribunal de Denizli fue una medida desproporcionada que atentó contra la libertad de expresión y opinión consagrada en el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos humanos (EGMR, Urt. V. 18.12.2012 -3111/10 Ahmet Yildirim v. Turkey).

³⁰ La Ley para la Decencia en las Comunicaciones (*Communications Decency Act*, CDA), aprobada por el Congreso de los Estados Unidos en febrero de 1996, prevé sanciones para quienes almacenen o distribuyan por la red informaciones, imágenes o sonidos que puedan considerarse obscenos o indecentes por agredir a la media de los valores morales de la comunidad. Esta norma fue sumamente polémica e impugnada ante varios tribunales. Como resultado de uno de ellos, un tribunal de Pennsylvania declaró la inconstitucionalidad de dicha ley, el 11 de junio de 1996, por decisión unánime de sus tres jueces. Se considera que la CDA limita injustificadamente el derecho a la libertad de expresión garantizado en la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana, ya que, al no considerar las informaciones transmitidas por internet como prensa escrita, se las somete a la censura previa por parte de la influyente Comisión Federal de Comunicaciones.

Se denuncia también que esta ley lesiona las debidas garantías procesales (*due process of law*) reconocidas por la Quinta Enmienda y, en definitiva, la seguridad jurídica de los ciudadanos por la forma excesivamente vaga e imprecisa con la que se tipifican los supuestos que pueden entrañar atentados contra la decencia. Asimismo, se considera que la legítima protección de los menores no debiera limitar la libre difusión de informaciones o imágenes normales para adultos, ya que los suministradores de servicios no pueden determinar la edad de los usuarios.

Uno de los jueces del tribunal que declaró la inconstitucionalidad de la CDA, Stewart R. Dalzell, entendió que internet implica una garantía para el desarrollo libre y autónomo de las comunicaciones entre los ciudadanos normales frente a la prepotencia de los grandes magnates poseedores de los medios de información. Internet puede considerarse, según este juez, como una “conversación mundial sin fin”. Por ello, el Gobierno no puede arbitrariamente

En México, una resolución de la SCJN reconoció que el flujo de información por internet debe restringirse lo mínimo posible, y ello solo podría realizarse en circunstancias excepcionales y limitadas, previstas en la ley, en aras de proteger otros derechos humanos.³¹

Por lo demás, el principio de neutralidad de la red garantiza que la función política y social que también contiene la libertad de expresión pueda manifestarse. Al garantizar la libre circulación de ideas y pensamientos en internet se garantiza la consolidación de una ciudadanía activa y participativa, que no es sino un requisito indispensable de toda democracia plural.³² De esta forma, internet adquiere una función más como instrumento catalizador de transformación social, un medio a través del cual es posible construir oposición y mediante el cual se mantiene una crítica constante sobre el gobierno en funciones.

2.2. Libertad de expresión y acceso a la información

Otro aspecto de la libertad de expresión está constituido por el derecho de acceso a la información. Este es evolución natural de la primera y se refiere a la facultad que tiene toda persona de solicitar el acceso a la información que se encuentra bajo control del Estado, lo que comprende, a su vez, el derecho a recibir dicha información imponiendo al Estado el mandato de suministrarla.³³

Tener acceso a la información bajo control del Estado permite la formación de una opinión personal que precede a cualquier expresión de opinión. Por lo tanto, es tan importante para la democracia como la libertad de expresión. Hoy en día, la solicitud y el acceso a dicha información se realiza, la mayoría de las veces, ya sea ingresando directamente a las páginas web de las dependencias de gobierno o bien solicitándola a través de sus portales o correos electrónicos; incluso, el artículo 6.º CPEUM impone al Estado la obligación de publicar en medios electrónicos la información sobre el uso de los recursos públicos (incluyendo los que se entregan a personas físicas y morales).³⁴ En consecuencia, se podría afirmar

interrumpir esta conversación cívica por medio de normas como la CDA. Internet, según el juez Dalzell, por ser la forma más utilizada para un diálogo participativo de masas desarrollada hasta el presente, merece la más eficaz protección jurídica frente a intervenciones restrictivas gubernamentales que no se hallen debidamente justificadas.

³¹ Tesis: 2a. CII/2017 (10a.), Segunda Sala, Libro 43, Tomo II (junio de 2017): 1433. Flujo de información en red electrónica (internet). Principio de restricción mínima posible.

³² Libertad de expresión. Dimensión política de este derecho fundamental [Tesis: 1.ª CDXIX/2014 (10.ª)]. Primera Sala. Libro 13, Tomo I (diciembre de 2014): 234].

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, TMX 405329. En esta resolución, la Corte señala que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeta a un sistema restringido de excepción.

³⁴ Cfr. CPEUM, artículo 6.º.

que internet es una herramienta casi indispensable para el correcto ejercicio del derecho de acceso a la información.

Por mostrar un ejemplo, resulta significativa una resolución de la SCJN de fecha 20 de marzo de 2019, donde se resuelve un juicio de amparo promovido por un periodista ante la decisión del fiscal del estado de Veracruz de bloquearlo de su cuenta de Twitter. La Corte entendió que, aunque la cuenta de dicha red social fuera a título personal, la misma era utilizada por el fiscal para dar a conocer información pública y de relevancia para la ciudadanía, razón por la cual bloquear dicha cuenta a un determinado usuario, en este caso a un periodista, constituía una violación del derecho de acceso a la información.³⁵

3. La autodeterminación informativa

La facilidad que ofrece la red para que cualquier persona pueda “subir” cualquier tipo de información puede ocasionar que se excedan los límites de la libertad de expresión y se conculquen otros derechos fundamentales como la intimidad, el honor o la propia imagen. El hecho de que internet resulte un instrumento indispensable para el ejercicio de la libertad de expresión y su correlativo acceso a la información, no debe entenderse como un lugar en el que no ha de observarse ningún tipo de restricción. El principio de *neutralidad en la red* no implica que internet sea un espacio vacío de regulación; por el contrario, se trata de un ámbito en el que deben prevalecer los principios y valores de todo Estado constitucional y democrático de derecho.

Por lo general, se entiende que el dueño de la información, en el ejercicio de su autodeterminación informativa, es quien la provee a la red. La autodeterminación informativa es un derecho que viene reconociéndose desde hace algunos años, principalmente en Europa y en algunos países de América Latina. En México se encuentra recogido en el artículo 16 CPEUM a partir de la reforma del 1.º de julio de 2009. Se trata de un apéndice del derecho a la privacidad que consiste en la facultad de toda persona de decidir y tener control sobre sus datos personales, o sea sobre los datos o informaciones (numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas) a través de los cuales se identifique o se haga identificable.

En tanto son datos de una persona, su tratamiento por parte un tercero, ente público o privado (piénsese en Google, Facebook u otro) solo puede hacerse, en principio, si se tiene el consentimiento del titular. El derecho a la autodeterminación informativa se concreta en lo que comúnmente suele denominarse derechos AR-CO.³⁶ Estos se refieren a la facultad de la persona de *acceder* a sus datos personales

³⁵ Amparo en revisión 1005/2018.

³⁶ El segundo párrafo del artículo 16 CPEUM señala: “Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así

en posesión de un responsable –sea público o privado–; el derecho a exigir del responsable la *rectificación* de algún dato impreciso, incorrecto o falto de actualización; el derecho a requerir la *cancelación* del dato personal cuando la finalidad del mismo haya concluido; y, por último, la facultad de *oponerse* a algún tratamiento determinado de sus datos.³⁷

El derecho a la autodeterminación informativa cobra especial relevancia si se considera que hoy en día todos los datos (de casi todas las personas) son registrados, guardados, almacenados y procesados de manera digital por grandes corporaciones. Pero la principal relevancia estriba más bien en que el conjunto de estos datos en posesión de estas organizaciones transnacionales permite extraer conclusiones sobre casi todos los ámbitos de la vida de una persona, con lo que se logra obtener un perfil bastante preciso de los patrones de comportamiento, hábitos de consumo y demás características de un sujeto.

Las exigencias que surgen para las personas tenedoras de datos personales son obligaciones en el mundo de internet, de tal forma que el ejercicio de los derechos ARCO se realiza también y casi de exclusivamente de manera digital. Los casos que ha habido frente a las grandes empresas de internet como Google o Facebook no son otra cosa que la protección de los datos personales en posesión de estos entes. El derecho al olvido en internet no es otra cosa que el ejercicio del derecho de cancelación, oposición o rectificación de los datos frente a los sujetos poseedores de los mismos.³⁸

4. Libertad de expresión y derecho a la propia imagen

En lo que respecta al derecho a la propia imagen es preciso señalar, en primer lugar, que la imagen de una persona se refiere a su representación gráfica, a su forma corpórea y física en el mundo de las cosas y, por tanto, a la forma en la que un sujeto es identificable.³⁹ El derecho comprende la facultad de cada persona para determinar

como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros”.

³⁷ Tesis aislada I.4. A.792 a (9.ª) de rubro transparencia y acceso a la información pública gubernamental. Cuando determinada situación jurídica y fáctica que se difundió por autoridades o dependencias gubernamentales mediante un boletín de prensa haya sufrido un cambio, deben corregirse los datos inexactos, incompletos u obsoletos a fin de no violar derechos fundamentales (TMX 217834).

³⁸ Quizá el *leading case* a nivel internacional sea el Caso Mario Costeja, C131/12, que resolvió el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 7 de julio de 2014.

³⁹ Humberto Nogueira Alcalá, “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”, *Ius et Praxis* 13, n.º 2 (2007): 260.

libremente cómo desea (o no) que su imagen sea captada, reproducida o publicada.⁴⁰ Si bien se trata de un dato personal, y como tal debe ser protegido, la propia imagen también tiene una dimensión relacional con el derecho a la honra, la intimidad y la vida privada de las personas, de tal forma que al transgredir la propia imagen se puede estar conculcando también estos otros derechos.

Actualmente son pocos los ordenamientos constitucionales que recogen el derecho a la propia imagen.⁴¹ En el texto constitucional mexicano no se encuentra reconocido de manera expresa; sin embargo, podríamos encontrar su fundamentación haciendo una interpretación armónica de los artículos 1, 6, 7, 14 y 16.

El artículo 1.º hace un reconocimiento generalizado de los derechos humanos contenidos en nuestra Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte, por lo que se sobreentiende que, entre otros, comprende también el derecho a la propia imagen. Los artículos 6 y 7 se refieren al derecho de acceso a la información y la libertad de expresión, respectivamente, y en ellos se señala que ambos derechos encuentran sus límites en el respeto a la vida privada y en los derechos de terceros. El derecho a la propia imagen se encontraría protegido aquí mediante una redacción negativa si entendemos que la captura y difusión de imágenes y la voz de cualquier persona sin su consentimiento constituye una afectación a su ser.

Por su parte, los artículos 14 y 16 garantizan que no se realizará ningún acto de molestia sino mediante juicio seguido ante la autoridad competente, en el cual se fundarán y motivarán las causas del procedimiento. En este sentido, debemos entender que la captura y difusión de imágenes por parte de cualquier autoridad sin la debida fundamentación y motivación constituye también un acto de molestia hacia cualquier persona.

⁴⁰ En este sentido, véanse las resoluciones del Tribunal Constitucional español 81/2001, FJ 2, Sentencia 139, de 18 de junio de 2001; FJ 4 y Sentencia 83, de 24 de abril de 2002; FJ 4, que señalan que el derecho a la propia imagen es “un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública”. Y añaden: “La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica, cultural, etc.– perseguida por quien la capta o difunde”. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia 156, de 2 de julio de 2001, FJ 6, que afirma: “El derecho a la propia imagen, en su dimensión constitucional, se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica general, generada por los rasgos físicos que la hagan reconocible, que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado”.

⁴¹ Entre ellos, los artículos 16 de la Constitución de Portugal, 18.1 y 20.4 de la Constitución española, 5 V y X de la Constitución de Brasil de 1988 y 2, numeral 7.º, de la Constitución del Perú.

Pero más allá de estos actos de autoridad estatal, las acciones indebidas de captura y divulgación de imágenes y voces sin el debido consentimiento de su titular se llevan a cabo, la mayoría de las veces, por parte de otros particulares. En la medida en que la sociedad está cada vez más informatizada, la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información cobran más importancia, pero su ejercicio desmedido puede trastocar otros derechos fundamentales, como el derecho a la propia imagen, que en el mismo sentido también debe ser protegido.⁴² Se trata de una colisión entre derechos que debe ser resuelta atendiendo a un minucioso ejercicio de ponderación, según sea el caso.

En algunas ocasiones, la libertad de expresión suele prevalecer sobre el derecho a la propia imagen, pero en otras suele ceder frente a esta última. La doctrina constitucional española ha construido, desde hace ya varios años, ciertos criterios orientadores en estas circunstancias.⁴³

En primer lugar, debe atenderse a la trascendencia pública de la información, esto es que se trate de datos noticiables, pero que, además, contribuyan a la construcción de la opinión pública. En segundo lugar, la información debe ser veraz, entendiendo como tal, no la concordancia exacta con los hechos, sino el aseguramiento del contraste de la información. Si estos criterios se cumplen, la libertad de expresión prevalecerá frente a la propia imagen.

Es importante, además, destacar la naturaleza de la persona respecto de la cual se está captando y difundiendo la imagen. Atendiendo a la fama y popularidad de algunos sujetos, como políticos, empresarios, deportistas o artistas, se justifica, en mayor o menor medida, la difusión de cierta información que esté relacionada con sus funciones y actuar diario.⁴⁴ Cabe aclarar que la captación de la imagen debe contener un elemento de reconocibilidad, es decir, un criterio objetivo que permita identificar a una determinada persona; por ejemplo, una fotografía que muestra la espalda de alguien, no necesariamente significaría una vulneración a su propia imagen.⁴⁵

⁴² En este sentido, Lacruz Berdejo señalaba “que los derechos al honor, la intimidad e imagen pueden verse fácilmente lesionados por medio de la prensa u otros medios de comunicación” [José Luis Lacruz Berdejo, *Elementos de derecho civil I. Parte general del derecho civil*, vol. II (Barcelona: Bosch, 1990), 86].

⁴³ Véase Sentencia 132, de 11 de septiembre de 1995.

⁴⁴ Sobre este aspecto es importante mencionar el caso del representante demócrata ante el Congreso por el estado de Nueva York, que por error difundió en la red social Twitter unas fotografías de contenido sexual sobre su persona, en la creencia de que se las había enviado a una mujer a través de un mensaje privado. Luego de estos hechos, el afectado reconoció haber enviado varias imágenes a otras mujeres con las que estuvo intercambiando mensajes en Facebook, situación que desató un importante escándalo político que lo obligó a renunciar a su cargo, http://articles.cnn.com/2011-06-16/politics/weiner.scandal_1_congressman-weiner-sexting-scandal-poor-judgment?_s=PM:POLITICS.

⁴⁵ Cfr. Juan María Martínez Otero, “Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 106 (2016).

Por último, es importante señalar el lugar donde la imagen fue captada, pues si se trata de un lugar público o de acceso al público en general, se entiende que la captación está justificada. Por el contrario, si la imagen se obtuvo mediante una intromisión en la propiedad privada de la persona, la captura estaría violentando la propia imagen y el derecho a la intimidad.

No obstante lo anterior, la casuística ha arrojado varias controversias en las que los tribunales no siempre han decidido en el mismo sentido. En el llamado Caso “Salvemos al padre Abel”, la Audiencia provincial de Madrid se pronunció respecto a la imposición de una medida cautelar consistente en la clausura temporal de un grupo de Facebook así llamado. La parte agraviada demandó la publicación de una fotografía suya en traje de baño (con dos amigos) en ese grupo, donde además se escribieron comentarios que se consideraban ofensivos hacia su persona. La Audiencia desechó la solicitud de la medida, considerando que el propio actor había publicado previamente dicha imagen en Facebook, por lo que existió su consentimiento en la difusión de la fotografía.⁴⁶

En Australia, un caso emblemático es el de Ziggi Ali Mossilmani, un joven de 16 años con un particular corte de pelo, cuya imagen fue capturada y “subida” a Facebook, se convirtió en “viral” y fue objeto de indeterminadas burlas.⁴⁷ El 21 de julio de 2015, los periódicos digitales *Daily Mail*, *Sydney's Daily Telegraph* y la *Australian Radio Network* publicaron diversos “memes” relacionados con la fotografía de Ali Mossilmani en redes sociales. Dichas fotografías tuvieron un alcance de más de 1,7 millones de vistas. Derivado de estas publicaciones por parte de estos medios informativos, el meme comenzó a viralizarse de manera global. En respuesta, el menor australiano decidió presentar una demanda por la publicación de esta fotografía por esos medios sin su consentimiento y por considerar que dicha publicación venía acompañada de comentarios humillantes hacia su persona, por un acto de difamación de los medios al asumir públicamente que era “horrendo” y “un chiste”, así como por viralizar las fotos y estos comentarios en internet.

El caso fue resuelto por la juez Gibson, quien emitió sentencia absolutoria del caso, argumentando, entre otras cosas, que la simple publicación de los memes en los medios no es causa suficiente para considerar que existió una ridiculización de la persona; que las reacciones realizadas en las redes sociales no necesariamente implican un acto de ridiculización o humillación de la persona, ya que también pueden implicar el agrado de terceros. Estima, además, que las aseveraciones difamatorias de Ziggy de ser tachado como “feo” o “chistoso” por parte de los medios

⁴⁶ Véase el Auto de la AP de Madrid (Sección 11.ª), 205, de 21 de julio de 2011, AC/2011/2099.

⁴⁷ La foto fue subida en su sitio web conocido como Jnoodles Photography. Durante los 16 meses siguientes, la fotografía recibió muchas reacciones en redes sociales, tuvo alrededor de 12.000 comentarios, 11.000 *likes* y más de 1.600 compartidos en la red social. El 15 de julio de 2015, una página de Facebook llamada The Holy Mullet compartió las fotografías de Ziggy en forma de meme, que adquirieron más de 12.000 me gusta y comenzaron a ser compartidas por distintos medios de comunicación.

no son demostradas totalmente. Y, finalmente, considera que estos memes ya se habían viralizado antes de ser publicados por los medios digitales australianos.⁴⁸

La resolución no parece del todo aceptable si se considera que la imagen del menor fue capturada y difundida sin su consentimiento y que derivada de ella se emitieron comentarios ofensivos a su persona.

Conclusiones

Internet es un fenómeno que sin lugar a dudas ha venido a cambiar la forma en que la humanidad se desarrolla. En el momento en que se escriben estas líneas, la pandemia por el covid-19 azota al mundo entero y el papel que ha jugado internet para mantener las actividades económicas, comerciales, educativas, sociales e incluso para combatir el mismo virus son innegables.

Como un ámbito más de las actividades humanas, internet afecta también la forma en la que se vienen ejerciendo los derechos humanos. A tal grado que podríamos catalogar algunos como derechos de ejercicio digital.

Existen, naturalmente, algunos derechos fundamentales que han tenido un desarrollo exponencial por el uso de internet, como la libertad de expresión y la protección de los datos personales. Curiosamente, estos dos son incluso los que más suelen colisionar en la red y cada vez son más los casos que llegan a distintos tribunales del mundo en los que se tiene que dirimir entre la prevalencia de uno respecto del otro.

Como ocurre al analizar la colisión que existe entre dos derechos concretos, la resolución del juzgador se inclina algunas veces hacia la prevalencia de la libertad de expresión y otras hacia la protección de los datos personales.

Si bien la libertad de expresión es un derecho con un gran contenido democrático, y que por ello suele prevalecer en algunas ocasiones frente al derecho a la propia imagen, debe considerarse que en todo momento deben protegerse también la intimidad, el honor y el buen nombre de las personas.

Las soluciones de los juzgadores no deben tomarse como absolutas, pero sí como casos de análisis para ir construyendo un criterio cada vez más amplio y consolidado respecto de ellos, pues cada vez irán aumentando en número.

Bibliografía

ALBERT MÁRQUEZ, José J. “El principio de neutralidad en internet. Una aportación a la libertad de comunicación en internet desde el pensamiento de Francisco de Vitoria”. *Estudios de Deusto* 66, n.º 2 (2018).

⁴⁸ Mossmani by his tutor Karout v. DailyMail.com Australia Pty Ltd (ACN 166 912 465); Mossmani by his tutor Karout v. Nationwide News Pty Ltd (ACN 008 438 828); Mossmani by his tutor Karout v. Australian Radio Network Pty Ltd (ACN 065 986 987) (No. 2) [2016] NSWDC 357, <https://www.caselaw.nsw.gov.au/decision/5851d3d2e4b058596cba2a9d>.

- BIRDSALL, William, Merrilee RASMUSSEN and William McIVER Jr. "The Internet and the Right to Communicate", *First Monday* 8, n.º 12 (2003).
- CASTAÑEDA SABIDO, Alejandro. "Análisis de la literatura teórica sobre neutralidad de red y sugerencias de política". *EconoQuantum* 6, n.º 1 (2009): 31-57.
- COHEN-ALMAGOR, Raphael. "Internet History". *International Journal of Technoethics* 2 n.º 2 (2011).
- CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto. "Lectura de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en el paradigma de la nueva 'Sociedad de la información'. Estudio específico del artículo 19". En *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- GÓMEZ-CANO ALFARO, María, Manuel BASTRATÉN BELLOVI y Cecilia GAVILANES PÉREZ. "Revolución 4.0: El futuro está presente". *Seguridad y Salud en el Trabajo* 94, 2018.
- ISLAS, Octavio y Fernando GUTIÉRREZ, coords. *Internet: el medio inteligente*. México: Cecsá, 2000.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de derecho civil I. Parte general del derecho civil*, vol. II. Barcelona: Ed. Bosch, 1990.
- LÓPEZ RUBIO, Gustavo. "Tecnologías de internet (de Arpanet a la 3G)". *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales* 5 (2002).
- MACKINNON, Rebecca. *No sin nuestro consentimiento. La lucha mundial por la libertad en internet*. Traducido por Javier San Julián. Barcelona: Ediciones Deusto, 2012.
- MARTÍNEZ OTERO, Juan María. "Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento". *Revista Española de Derecho Constitucional* 106 (2016).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización". *Ius et Praxis* 13, n.º 2 (2007): 245-285.
- PÉREZ SALAZAR, Gustavo. "La Web 2.0 y la sociedad de la información". *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* 56, n.º 212 (2011).
- PISA, Roberto. *L'accesso ad Internet: un nuovo diritto fondamentale? Diritto*, Treccani, 7 de enero de 2010.
- RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos. "La cuarta ola de derechos humanos: los derechos digitales". *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* 25 n.º 1 (2014).
- SMITH, Graham, y BIRD AND BIRD, *Internet, Law an Regulation*, 4ª. ed. Thomson, Sweet and Maxwell, 2007.
- WU, Tim. "Network neutrality, broadband discrimination". *Journal of Telecommunications and High Technology Law* 1, n.º 2 (2003): 141-149.

Harold Bertot Triana* (Cuba)

La “informatización de la sociedad en Cuba” y la protección de la libertad de expresión en internet: posibilidades y retos ante un reformado modelo de control constitucional y de defensa de los derechos

RESUMEN

El presente artículo analiza la libertad de expresión establecida en la nueva Constitución cubana de 2019, con énfasis en la esfera de internet, a raíz de las recientes normativas jurídicas que implementan la “informatización de la sociedad”. En este orden, coloca en perspectiva la regulación constitucional del referido derecho y expone el nivel de relación de los estándares internacionales en materia de derechos humanos en la práctica normativa y jurisprudencial cubana. El trabajo avanza, igualmente, un análisis sobre las posibilidades de control constitucional de las referidas normativas jurídicas y sobre la defensa judicial de los derechos constitucionales.

Palabras clave: libertad de expresión en internet; Constitución cubana de 2019; control constitucional.

The “computerization of society in Cuba” and the protection of the freedom of expression on the Internet: possibilities and challenges regarding a reformed model of constitutional review and defense of rights

ABSTRACT

This article analyzes the freedom of expression established in the new Cuban Constitution of 2019, with an emphasis on the Internet sphere, because of the recent legal regulations that implement the “computerization of society.” It puts the constitutional

* Máster en Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad de La Habana (2017). Ha sido profesor del Centro de Estudios Hemisféricos y sobre Estados Unidos y de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. hbertottriana@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-0737-4710>.

regulation of this right in perspective and discusses the relationship level of international human rights standards in Cuban normative and jurisprudential practice. The work also analyzes the possibilities of constitutional review of the aforementioned legal regulations and the judicial defense of constitutional rights.

Keywords: Freedom of speech on the Internet; Cuban Constitution of 2019; constitutional review.

Die „Informatisierung der kubanischen Gesellschaft“ und der Schutz der Meinungsfreiheit im Internet: Möglichkeiten und Herausforderungen angesichts eines reformierten Modells der Verfassungskontrolle und der Verteidigung der Grundrechte

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich mit der in der neuen kubanischen Verfassung von 2019 verankerten Meinungsfreiheit und geht angesichts der kürzlich erlassenen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der „Informatisierung der kubanischen Gesellschaft“ besonders auf den Internet-Bereich ein. Die das genannte Recht betreffenden Verfassungsbestimmungen werden in einen weiteren Kontext gestellt und der Grad der Beeinflussung der kubanischen Normen und der Rechtsprechung durch die internationalen Menschenrechtsstandards erläutert. Darüber hinaus erfolgt eine Analyse der Möglichkeiten, die genannten Rechtsvorschriften einer Verfassungskontrolle zu unterziehen und die in der Verfassung verbürgten Rechte vor Gericht einzuklagen.

Schlagwörter: Meinungsfreiheit im Internet; kubanische Verfassung von 2019; Verfassungskontrolle.

Introducción

En la *Gaceta Oficial* 45 Ordinaria de 4 de julio de 2019, del Consejo de Estado de la República de Cuba, se publicó el Decreto Ley 370/2018 “Sobre la Informatización de la Sociedad en Cuba” (Decreto Ley 370 o Decreto Ley).¹ En el marco de un proceso de acceso a las nuevas tecnologías de la información en Cuba, de reciente data,² este Decreto Ley parte de tomar en cuenta el significativo papel del proceso de informatización de la sociedad cubana en el “desarrollo político, económico y

¹ Decreto Ley 370/2018 “Sobre la Informatización de la Sociedad en Cuba” (GOC-2019-547-O45).

² En este sentido, véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe Especial sobre la situación de la libertad de expresión en Cuba, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Edison Lanza, Relator Especial para la Libertad de Expresión, OEA/SER.L/V/II CIDH/RELE/INF.21/18, 31 de diciembre de 2018, 95-114.

social del país” y el “interés del Estado cubano” en “elevar la soberanía tecnológica, en beneficio de la sociedad, la economía, la seguridad y defensa nacional”, entre otros.³ De este modo, plasma entre sus objetivos el fortalecimiento del “proceso de informatización, en función de modernizar coherentemente todas las esferas de la sociedad y contribuir al desarrollo económico y social del país”, la promoción y el favorecimiento del “acceso y el uso responsable de los ciudadanos a las TIC”, así como “satisfacer las necesidades generales para incrementar el uso de las TIC y su aplicación”, entre otras tantas finalidades.⁴

Se trata de una normativa que junto a otras disposiciones jurídicas son dirigidas a regular el uso de las nuevas tecnologías y tienen evidentes impactos en la libertad de expresión.⁵ En medio de fuertes críticas por diversas organizaciones a la libertad en internet en Cuba,⁶ el Decreto Ley en cuestión ha recibido en poco tiempo la denuncia de varias organizaciones de la sociedad civil y de algunos medios digitales alternativos al Estado cubano.⁷ En su Comunicado de prensa R78/20 de 18

³ Decreto Ley 370/2018, cit.

⁴ Decreto Ley 370/2018, cit., artículo 5. Y según su artículo 3: “Se denominan Tecnologías de la Información y la Comunicación, en lo adelante TIC, al conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas y aplicaciones informáticas, redes y medios, que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión y recepción de información en cualquier formato: voz, datos, texto, video e imágenes”.

⁵ De esta normativa da cuenta la CIDH; cabe citar el Decreto 209 de 1996, la Resolución 56 de 1999, la Resolución 92 de 2003, la Resolución 179 de 2008 y las resoluciones 72 y 73 de 2009 (CIDH, Situación de los derechos humanos en Cuba, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 23 de febrero de 2020, párrs. 222 y ss.).

⁶ Por ejemplo, la ONG Freedom House ha señalado a Cuba como uno de los países con menor libertad en internet. Su clasificación, a partir de categorías generales, toma en cuenta obstáculos para acceder a internet: “Assesses infrastructural and economic barriers to access; government efforts to block specific applications or technologies; and legal, regulatory, and ownership control over internet and mobile phone access providers”; igualmente, los límites de contenido: “Examines filtering and blocking of websites; other forms of censorship and self-censorship; manipulation of content; the diversity of online news media; and usage of digital media for social and political activism”; y las violaciones de los derechos ciudadanos en el uso de internet, a partir de las “(m) easures legal protections and restrictions on online activity; surveillance; privacy; and repercussions for online activity, such as legal prosecution, imprisonment, physical attacks, or other forms of harassment” (“Freedom on the Net 2019. The Crisis on Social Media”, 25 y ss., https://freedomhouse.org/sites/default/files/2019-11/11042019_Report_FH_FOTN_2019_final_Public_Download.pdf).

⁷ Véase “Cuba y su Decreto Ley 370: aniquilando la libertad de expresión en Internet”, *El Estornudo*, 6 de mayo de 2020, <https://www.revistaelestornudo.com/persecucion-periodistas-sociedad-civil-cuba-libertad/>. Las organizaciones e instituciones firmantes son: ADN Cuba; Alas Tensas; Alianza Regional por la Libre Expresión e Información; Árbol Invertido: Cuba, cultura y libertades; Article 19 Oficina para México y Centroamérica; Asociación Pro-Libertad de Prensa; Centro para la Apertura y el Desarrollo de América Latina; Civil Rights Defenders; Civicus; Corriente Martiana; Cubalex; Cubanet; Cultura Democrática; Demo Amlat; Diario de Cuba; El Estornudo; Freedom House; Fundación Ciudadanía y Desarrollo; Grupo Demóngeles; Hora de Cuba; Human Rights Foundation Hypermedia; IFEX-ALC Alianza de América Latina y el Caribe; Instituto Cubano para la libertad de Expresión y Prensa; International

de abril de 2020, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su “preocupación por las restricciones a la libertad de expresión y el acceso a la información en la respuesta de Estados a la pandemia del COVID-19”, expresaba:

En Cuba, varios periodistas han sido multados mediante la aplicación del Decreto Ley 370, que regula la “informatización de la sociedad en Cuba”, luego de que los mismos se manifestaran en redes sociales y medios de comunicación respecto de la pandemia y la respuesta del Estado en este contexto. En algunos casos también habrían decomisado sus teléfonos celulares. El decreto prevé que será sancionada la difusión de información en internet “contraria al interés social, la moral, las buenas costumbres y la integridad de las personas”.

Si bien existe gran preocupación por varios contenidos de este Decreto Ley –entre los que cabe citar la sanción contemplada en el inciso f del artículo 68 en caso de “hospedar un sitio en servidores ubicados en un país extranjero, que no sea como espejo o réplica del sitio principal en servidores ubicados en territorio nacional”–, uno de los aspectos más controvertidos se encuentra en el inciso i del mismo artículo 68, que establece como “contravenciones asociadas a las tecnologías de la información y la comunicación”, el “difundir, a través de las redes públicas de transmisión de datos, información contraria al interés social, la moral, las buenas costumbres y la integridad de las personas”. Se contemplan sanciones de multa, al margen de posibles responsabilidades penales, civiles y materiales, para los infractores, así como sanciones “accesorias” de decomiso de equipos y medios utilizados en la comisión de la infracción, suspensión de licencias temporal o definitivamente y clausura de instalaciones.

El Decreto Ley se pone en vigencia en un momento en que Cuba proclamó una nueva Constitución el 10 de abril de 2019 e intenta transformar todo su ordenamiento jurídico a las exigencias del nuevo texto constitucional. El Decreto Ley 370, y su inciso i, se sitúan en un marco normativo disperso y fragmentario, donde la limitación a la libertad de expresión encuentra cabida incluso en normativas de índole penal, bajo conminación de sanción, en relación con determinadas manifestaciones o expresiones políticas.⁸ Aunque el asunto relaciona la libertad de prensa

Institute on Race; Equality and Human Rights; International Society For Human Rights; Inventario; Mesa de Diálogo de la Juventud Cubana; Movimiento San Isidro; Observatorio Cubano de Derechos Humanos; PEN America; People in Need; Prisoners Defenders International Network; Programa Cuba de la Universidad Sergio Arboleda; Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos; Puente a la Vista; Red Latinoamericana y del Caribe para la Democracia; Reporteros Sin Fronteras; Rialta; Robert F. Kennedy Human Rights; Transparencia Electoral; Voces del Sur; YucaByte; 14yMedio; Havana Times; CiberCuba.

⁸ Véase, por ejemplo, que la Ley 62 de 29 de diciembre de 1987 (Código Penal, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Especial, La Habana, 30 de diciembre de 1987), en su

y la libertad de expresión en internet en el contexto de sus limitaciones por el mencionado Decreto Ley, uno de los aspectos más candentes, como ya hemos señalado, recae fundamentalmente en su inciso i del artículo 68, de acuerdo con la normativa constitucional en materia de derechos humanos. Conviene entonces examinar las posibilidades de someter el mencionado Decreto Ley a un control constitucional y las herramientas que brinda el ordenamiento jurídico cubano para la garantía y protección de la libertad de expresión en internet.

Por tal razón, en el presente trabajo concentraremos el análisis en el nuevo diseño de control constitucional implementado en Cuba con la puesta en vigor de la reciente Ley 131/2019, Ley de Organización y Funcionamiento de la Asamblea Nacional del Poder Popular y del Consejo de Estado de la República de Cuba, de 16 de enero de 2020, y en el marco protector de los derechos constitucionales en sede judicial. Para ello, haremos una exposición del nivel de relación de los estándares internacionales en materia de derechos humanos en la práctica normativa y jurisprudencial cubana y de los avatares para su inserción en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y en el sistema universal en esta materia.

1. Estándares internacionales, marco constitucional cubano y la libertad de expresión en internet

En 2019 se aprobó en referéndum popular de 24 de febrero⁹ la Constitución de la República de Cuba, cuya proclamación se produjo el 10 de abril. Derogaba el texto constitucional de 1976, promulgado en los días de mayor acercamiento del Gobierno cubano con el extinto campo socialista de Europa del Este. Esta última había

artículo 103.1, bajo el título “Propaganda enemiga”, contempla sanción de privación de libertad a quien “a) incite contra el orden social, la solidaridad internacional o el Estado socialista, mediante la propaganda oral o escrita o en cualquier otra forma; b) confeccione, distribuya o posea propaganda del carácter mencionado en el inciso anterior”; véase también la Ley 88 de 1999 de Protección de la Independencia Nacional y la Economía de Cuba, de 15 de marzo de 1999, y la Ley 80 de 1996 de Reafirmación de la Dignidad y la Soberanía Cubanas, de 24 de diciembre de 1996. Este sentido, véase María Caridad Bertot Yero, Harold Bertot Triana y Dayán Gabriel López Rojas, “Las tendencias del derecho penal moderno. Breve acercamiento a la legislación penal cubana”, en *Reflexiones desde la toga. La justicia penal en Cuba*, comp. por María Caridad Bertot Yero (Ediciones ONBC, 2017).

⁹ El informe de la Comisión Electoral Nacional sobre los resultados finales de la votación del referendo constitucional del 24 de febrero del 2019 arrojó que de los 8.705.723 electores, 7.848.343 ejercieron el derecho al voto para el 90,15 %, de los cuales 6.816.169 electores votaron por el Sí, que representa el 78,30 % de la lista y el 86,85 % de los electores que votaron. Los votos obtenidos por el No fueron 706.400 para el 8,11 % de la lista y el 9 % de los electores que votaron. De igual manera, de las 7.848.343 boletas depositadas en la urna se declararon válidas, por reunir los requisitos establecidos en la Ley, 7.522.569, lo que representa el 95,85 % (<http://www.cubadebate.cu/noticias/2019/03/01/comision-electoral-nacional-fija-cifras-definitivas-90-15-de-electores-votaron-en-referendo-constitucional/>).

replicado los fundamentos de la Constitución de 1936 de la Unión Soviética,¹⁰ en los que

se definió un sistema político con un rechazo marcado de los principios organizativos y funcionales del Estado burgués nacido en 1789, que habían concebido un sistema de pesos y contrapesos (*check and balance*) entre los poderes del Estado. La *unidad de poder alcanzó una significación de unidad de acción política sin diferenciación estructural*, en tanto el sistema de órganos de poder se construyó con ausencia de una divisibilidad real y formal de poder, cuya independencia orgánica no estaba diseñada por límites ni prerrogativas o facultades de naturaleza política contradictorias, por lo cual no se reconoció controles en términos de frenos entre poderes, ni mecanismos formales de oposición que controlara al Gobierno y le exigiera responsabilidad en torno a posibles alternativas políticas.¹¹

Sin embargo, pese a notables adelantos respecto al texto anterior, en lo esencial se mantienen los fundamentos del modelo político que caracterizaron la Constitución de 1976. Se reconoce otra vez como “irrevocable” el carácter socialista de la sociedad y el modelo político que regula la Constitución. En este sentido, el

reconocimiento de que “Cuba es un Estado socialista de derecho y justicia social, democrático, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos” [...] y que “la soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, del cual dimana todo el poder del Estado”, la cual “ejerce directamente o por medio de las asambleas del Poder Popular y demás órganos del Estado que de ellas se derivan” [...], viene acompañado del rechazo a la pluralidad de partidos políticos y de la consolidación del unipartidismo, donde el Partido Comunista de Cuba continúa siendo la fuerza política dirigente de la sociedad y el Estado con un gran peso en la vida política.¹²

En este contexto, la Constitución de la República de Cuba de 2019 establece en su artículo 54: “El Estado reconoce, respeta y garantiza a las personas la libertad de

¹⁰ *Anteproyecto de Constitución concordado con las constituciones de los países socialistas* (La Habana: Editorial Departamento de Reproducción del Ministerio de Justicia, 1975). Para los criterios que sustentan esta idea, véase Fernando Álvarez Tabío, *Comentarios a la Constitución socialista* [La Habana: Pueblo y Educación, 1988, 29. Armando Torres Santrayll, “Antecedentes históricos y principios que informan el Anteproyecto de Constitución”, *Revista Cubana de Derecho* 4, n.º 10 (1975): 51-52].

¹¹ Harold Bertot Triana, “La Constitución cubana de 2019 en perspectiva histórica e ideológica: Aproximaciones a su sistema político electoral”, *Revista de Derecho Público*, n.º 90 (2019): 22-23.

¹² Bertot Triana, “La Constitución cubana de 2019 en perspectiva histórica e ideológica: Aproximaciones a su sistema político electoral”, 28.

pensamiento, conciencia y expresión”; y a reglón seguido añade: “La objeción de conciencia no puede invocarse con el propósito de evadir el cumplimiento de la ley o impedir a otro su cumplimiento o el ejercicio de sus derechos”. Este artículo no sufriría cambios respecto al mismo derecho recogido en el artículo 59 del Proyecto constitucional y queda despojado de las restricciones en materia política que constituía *per se* su establecimiento en el texto constitucional de 1976, cuando en su artículo 53 se reconocía la “libertad de palabra y prensa conforme a los fines de la sociedad socialista”.¹³

Esta concepción del ejercicio de las libertades mencionadas hacía parte de una cosmovisión de la sociedad marcada por la *unicidad política* y una unidireccionalidad ideológica. Entendía al Estado como gran gestor de una propiedad popular, o “propiedad de todos”, con un papel rector del Partido Comunista en la dirección de la sociedad y el Estado o, en los términos del artículo 5 de la nueva Constitución, “la fuerza política dirigente superior de la sociedad y del Estado”. De ahí la idea recogida en el mencionado artículo 53 del texto constitucional de 1976, donde se expresaba:

Las condiciones materiales para su ejercicio están dadas por el hecho de que la prensa, la radio, la televisión, el cine y otros medios de difusión masiva son de propiedad estatal o social y no pueden ser objeto, en ningún caso, de propiedad privada, lo que asegura su uso al servicio exclusivo del pueblo trabajador y del interés de la sociedad.

Este asunto fue de especial atención para la CIDH, que en su Informe Especial sobre la situación de la libertad de expresión en Cuba, de 2018, sostiene que el artículo 53 “aleja a Cuba de los estándares internacionales en esta materia, conforme a los cuales el reconocimiento de la libertad de expresión no puede ser sujeto a condición alguna, y mucho menos cuando dicha condición limita la posibilidad de un debate abierto, plural y democrático sobre cuestiones políticas”.¹⁴

La CIDH también enfatiza que su “preocupación es el monopolio del Estado en materia de medios de comunicación, precisamente a los fines de preservar la función instrumental antes referida, que tiene en el artículo 53 una explícita consagración jurídica. La función de comunicar y contribuir a la formación de la opinión pública se encuentra concentrada de forma prácticamente exclusiva en manos del Estado”.¹⁵

En igual medida, el reciente Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Cuba de 2020, realizado por la propia CIDH, reserva para la cuestión de la libertad de expresión, ya al amparo de la nueva Constitución de 2019, preocupaciones sobre el “monopolio estatal de los medios”, la “censura y obligatoriedad de afiliación para

¹³ Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria, 31 de enero de 2003, artículo 53.

¹⁴ CIDH, Informe Especial..., párrafo 31.

¹⁵ CIDH, Informe Especial..., párrafo 37.

ejercer el periodismo”, la “persecución a la prensa independiente”, la “criminalización de expresiones críticas o de disidencia por razones políticas”, la “censura y persecución de artistas”, entre otras.¹⁶ En tal sentido, el Informe recuerda cómo en los últimos años, tanto la Comisión como su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión habían recibido continuamente “información preocupante sobre restricciones ilegítimas a la libertad de expresión, libertad de asociación y al derecho a la reunión pacífica”.¹⁷

En el sistema interamericano y en el sistema universal, desde hace algún tiempo, se han fijado el contenido y alcance de estas libertades, así como los estándares para su limitación. El Comité de Derechos Humanos, en su Observación general 34 de 2011, en relación con las libertades de opinión y expresión del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), toma en cuenta que “ambas libertades están estrechamente relacionadas entre sí, dado que la libertad de expresión constituye el medio para intercambiar y formular opiniones”, y parte de considerar que tanto la “libertad de opinión y la libertad de expresión son condiciones indispensables para el pleno desarrollo de la persona”, y que son “fundamentales para toda sociedad y constituyen la piedra angular de todas las sociedades libres y democráticas”. En este orden, despliega un conjunto de ideas para su comprensión: la libertad de expresión como “condición necesaria para el logro de los principios de transparencia y rendición de cuentas que, a su vez, son esenciales para la promoción y la protección de los derechos humanos”; como “la base para el pleno goce de una amplia gama de otros derechos humanos”, por ejemplo, “el disfrute de los derechos a la libertad de reunión y de asociación, y para el ejercicio del derecho de voto”.¹⁸

El Comité entiende que el derecho a la libertad de expresión “incluye la expresión y recepción de comunicaciones sobre toda clase de ideas y opiniones que puedan transmitirse a otros [...]. Abarca el pensamiento político, los comentarios sobre los asuntos propios y los públicos, las campañas puerta a puerta, la discusión sobre derechos humanos, el periodismo, la expresión cultural y artística, la enseñanza y el pensamiento religioso” y “[p]uede incluir también la publicidad comercial”.¹⁹ En este orden, las formas de ejercitar el derecho a la libertad de expresión pueden comprender:

... la palabra oral y escrita y el lenguaje de signos, y expresiones no verbales tales como las imágenes y los objetos artísticos. Los medios de expresión comprenden los libros, los periódicos, los folletos, los carteles, las pancartas,

¹⁶ CIDH, Situación de los derechos humanos en Cuba, OEA/Ser.L/V/II.Doc, 23 febrero 2020, párrafos 196 y ss.

¹⁷ CIDH, Situación de los derechos..., párrafo 195.

¹⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación general 34, 102.º periodo de sesiones, CCPR/C/GC/34, 12 de septiembre de 2011, Ginebra, 11 a 29 de julio de 2011, artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión, párrafos 2-8.

¹⁹ Comité de Derechos Humanos, Observación general 34, cit., párrafo 11.

las prendas de vestir y los alegatos judiciales, así como modos de expresión audiovisuales, electrónicos o de internet, en todas sus formas.²⁰

En relación con las restricciones, y de acuerdo con las exigencias del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que las relaciona con el “respeto de los derechos o la reputación de otras personas o a la protección de la seguridad nacional y el orden público, o de la salud y la moral públicas”, el Comité entiende que “estas no pueden poner en peligro el derecho propiamente dicho”. En todo caso, “la relación entre el derecho y la restricción, o entre la norma y la excepción, no debe invertirse”.²¹ Es un deber del Estado, del mismo modo, “adoptar medidas eficaces de protección contra los ataques destinados a acallar a quienes ejerzan su derecho a la libertad de expresión”, y se precisa que las restricciones previstas para la protección del artículo 19 del Pacto, no podían “hacer(se) valer [...] como justificación para silenciar a los defensores de la democracia pluripartidista, los principios democráticos y los derechos humanos”.²² Las exigencias impuestas por el Pacto en cuanto a que estas restricciones se encuentren reguladas por ley, entienden que

la norma debe estar formulada con precisión suficiente para que una persona pueda regular su comportamiento de conformidad con ella, y hacerse accesible al público. Las leyes no pueden conferir a los encargados de su aplicación una discrecionalidad sin trabas para restringir la libertad de expresión. Las leyes deben proporcionar suficientes orientaciones a los encargados de su ejecución para que puedan distinguir cuáles expresiones pueden restringirse correctamente y cuáles no.²³

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la Corte IDH, en una dilatada jurisprudencia, ha abordado la cuestión. En la Opinión Consultiva sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH]) de 13 de noviembre de 1985,²⁴ la Corte sostiene:

... libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes

²⁰ Comité de Derechos Humanos, Observación general 34, cit., párrafo 12.

²¹ Comité de Derechos Humanos, Observación general 34, cit., párrafo 21.

²² Comité de Derechos Humanos, Observación general 34, cit., párrafo 23.

²³ Comité de Derechos Humanos, Observación general 34, cit., párrafo 25.

²⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29, CADH), Serie A, núm. 5.

deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.²⁵

La Corte Interamericana ha destacado una doble dimensión de la libertad de expresión, una individual y una social, en la que la libertad expresión alcanza no solo el derecho a hablar o escribir, a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento, sino que también se convierte en vehículo para el intercambio de ideas e informaciones y la comunicación masiva.²⁶ En relación con las restricciones, la Corte ha explicado en más de una ocasión el párrafo 2 del artículo 13. En este se establece que el ejercicio del derecho “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”, con la excepción de los espectáculos públicos, los que pueden estar sujetos a la mencionada censura previa “con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia”.²⁷

La Opinión Consultiva mencionada, en relación con estas restricciones, ha sido esclarecedora cuando expresa:

El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aún en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber: a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas, b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley, c) La

²⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85..., cit., párr. 70. Sobre la libertad de expresión en el sistema interamericano, véase Carlos M. Ayala Corao, “El derecho humano a la libertad de expresión: límites aceptados y responsabilidades ulteriores”, *Ius et Praxis* 6, n.º 1 (2000): 33-52; Sergio García Ramírez y Alejandra Gonza, *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (CIDH, 2007); Sergio García Ramírez, Alejandra Gonza, y Eréndira Ramos Vázquez, *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: de la Opinión Consultiva OC-5/85, de 1985, a la sentencia sobre el Caso Carvajal y otros, de 2018*, 5.º ed., Colección Chapultepec (México, D. F.: Sociedad Interamericana de Prensa, 2018).

²⁶ Véanse, entre otros, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85..., cit., párrs. 31 y 32; Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 73, párrs. 65 y 66; Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, Sentencia de 6 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 74, párrs. 147-148.

²⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 13.

legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y d) Que esas causales de responsabilidad sean “necesarias para asegurar” los mencionados fines.²⁸

En este punto, ante la realidad del Decreto Ley 370, en el que se apela a una limitación de la libertad de expresión, tomando como supuesto de hecho lo que deberían ser los fundamentos –como el “interés social, la moral, las buenas costumbres y la integridad de las personas”– y, por ende, sin una definición expresa y taxativa de esas causales, cabría preguntarse si sería exigible también para el Estado cubano el cumplimiento de estas pautas, criterios y estándares, de conformidad con posibles obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Es necesario, asimismo, identificar las pautas o los requisitos a cumplimentar por el legislador y por los operadores jurídicos en el ordenamiento interno, a efectos de limitar un derecho fundamental, como la libertad de expresión, o para identificar el contenido y el alcance de estos derechos fundamentales. Por lo tanto, un aspecto medular consistiría en plantearse la posibilidad de enjuiciar el Decreto Ley 370 en los marcos de su constitucionalidad o no, de conformidad con el texto constitucional vigente en Cuba.

La pregunta no es sencilla en el entorno jurídico cubano por varias razones. Los requisitos o estándares a tomar en cuenta por los legisladores en la creación normativa, y por los operadores jurídicos en la práctica de los derechos humanos, se enfrentan a un doble desafío: en primer lugar, no existe un desarrollo jurisprudencial en el orden interno que nos permita clarificar el contenido de estos derechos fundamentales. Se ha carecido desde hace mucho tiempo de una justicia constitucional con competencia para fijar el contenido, el alcance y las limitaciones de los derechos constitucionales y, en consecuencia, para incorporar los argumentos y razonamientos en la lógica interpretativa de los derechos humanos, como hoy existe en buena parte de los ordenamientos del mundo. En segundo lugar, Cuba ha estado aislada del sistema interamericano de protección de derechos humanos, lo que ha impedido asimilar el ejercicio, la aplicación y el desarrollo legislativo de los derechos humanos al ritmo de los estándares internacionales fijados por órganos judiciales o cuasijudiciales en relación con el contenido y alcance de los derechos humanos,²⁹ o incluso en el marco del ya extendido “diálogo judicial” entre los órganos judiciales y constitucionales en el derecho comparado.³⁰

En este último punto, los Estados del continente americano, en su mayoría incorporados en el entorno del sistema americano, han ido definiendo y dando cuerpo a cada uno de estos derechos fundamentales en los marcos de un proceso

²⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85..., cit., párr. 39.

²⁹ Proyecto de Constitución de la República de Cuba de 2019.

³⁰ En este sentido, véase Daniel González Herrera, coord., y José Martín y Pérez de Nanclores, dir., *El diálogo judicial internacional en la protección de los derechos fundamentales* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019).

de interamericanización,³¹ que con base en las regulaciones internas de cada Estado tienen a la CIDH y a la Corte IDH como pilares fundamentales. Sin embargo, el desarrollo jurisprudencial y normativo en Cuba ha estado desconectado de este sistema. Órganos del sistema interamericano, como la CIDH, consideran que Cuba continúa siendo miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA), que aparece como firmante de la Carta el 16 de julio de 1952, pese a haber sido excluida en 1962.³² La CIDH considera que tiene competencia para velar por la observancia y el cumplimiento de los derechos humanos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aunque Cuba, en más de una ocasión, ha reiterado su rechazo a ser considerado como miembro de la organización³³ y, por

³¹ Véase Mariela Morales Antoniazzi, "Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina", en *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, coord. por Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public and International Law, 2017), 418. Véase también el impacto de las decisiones de la Corte Interamericana en el interior de los Estados en Alessandri Saavedra, "Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Von Bogdandy, Morales Antoniazzi y Ferrer Mac-Gregor, *Ius Constitutionale...*, 457-502; Óscar Parra Vera, "El impacto de las decisiones interamericanas: notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al 'empoderamiento institucional'", en Von Bogdandy, Morales Antoniazzi y Ferrer Mac-Gregor, *Ius Constitutionale...*, 503-550.

³² Existen dos posiciones en torno al estatus de Cuba en la Organización de los Estados Americanos, cuyo debate más agudo se suscitó en el marco del trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con Cuba. Para un grupo, Cuba dejó de ser miembro de la OEA como producto de su exclusión en 1962, aunque no se haya producido una denuncia de la carta; otro grupo entiende que la Resolución de 1962 solo "excluyó" al Gobierno del sistema interamericano, pero no al Estado, criterio este último sostenido por la CIDH para justificar su competencia en los asuntos relativos a Cuba (CIDH, "La situación de los derechos humanos en Cuba. Séptimo Informe", OEA/Ser.L/V/II.61, Doc.29, rev. 1, 4 de octubre de 1983).

³³ Como es conocido, el 3 de junio de 2009, pese a que los ministros de Relaciones Exteriores de las Américas adoptaron la Resolución AG/RES. 2438 (XXXIX-O/09), por medio de la cual acordaron dejar sin efecto la Resolución de 1962 que excluyó al Gobierno de Cuba de su participación en el sistema interamericano, Cuba se ha negado a formar parte de la organización. Como ejemplos del rechazo del Gobierno cubano a integrarse en el sistema interamericano véase la Nota 551/2019 de la Misión Permanente cubana ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra y los organismos internacionales en Suiza, en la que se indicó el "más firme rechazo y oposición a la inclusión de un relator del sistema interamericano de derechos humanos en la carta de alegación [...], de conjunto con titulares de los procedimientos especiales de la ONU". En este punto sostuvo: "La Misión Permanente de Cuba desea aclarar que Cuba no forma parte de la Organización de Estados Americanos (OEA), ni de ninguno de sus mecanismos. Cuba jamás regresará a la OEA, por lo que rechaza la inclusión en la comunicación antes mencionada de un procedimiento especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, mecanismo al que no pertenece ni reconoce. La naturaleza e historia de la OEA, incluyendo ejemplos muy recientes, demuestran a quién responde y cuáles son sus verdaderos objetivos" (<https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadFile?Id=34966>).

ende, su negativa a que la Comisión tenga competencia para conocer de la situación de derechos humanos en la isla.

Sin embargo, y pese al valor de la Declaración Americana de Derechos del Hombre como derecho consuetudinario³⁴ –en este sentido resulta muy difícil sostener que Cuba se haya convertido en un “objeto persistente” de estas obligaciones que por esa vía le vienen impuestas–, en verdad el Estado cubano se ha marginado del sistema y sería muy difícil que tuviera efectos prácticos –más allá de las consecuencias que tiene en el ámbito político internacional– la impugnación de cualquier acto o normativa en materia de derechos humanos por medio de los órganos protectores y defensores del sistema interamericano. Incluso, aunque Cuba es parte de un gran número de tratados de derechos humanos,³⁵ no ha dado el paso de ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que firmó el 28 de febrero de 2008, ni ha aceptado someterse a procedimientos de denuncias individuales en tratados en los que es parte.³⁶

En este orden, la discusión sobre los derechos humanos en Cuba durante mucho tiempo se tornó en extremo politizada,³⁷ e incluso su invocación en el contexto cu-

³⁴ Para una defensa de este punto, véase Harold Bertot Triana, *Escrito de Amicus Curiae ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentado por el prof. Harold Bertot Triana, relativo a Obligaciones en materia de derechos humanos de un Estado que ha denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que intenta retirarse de la OEA*, La Habana, Cuba, julio de 2019, http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/oc26/36_harbertot.pdf.

³⁵ Cuba ha ratificado la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, la Convención sobre los Derechos del Niño, y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=44&Lang=SP).

³⁶ Cuba no ha aceptado el procedimiento de comunicaciones individuales en el Procedimiento de quejas individuales de la Convención contra la Tortura, en el Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Protocolo facultativo de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, en el Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en el Procedimiento de quejas individuales de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en el Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Procedimiento de quejas individuales de la Convención para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Protocolo facultativo de la Convención de los derechos del Niño, y en el Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=44&Lang=S).

³⁷ Para una interpretación sobre los derechos humanos en Cuba, véase Julio Fernández Bulté y Julio Antonio Fernández Estrada, “Algunas reflexiones sobre los derechos humanos

bano se advertía como de posible injerencia en los asuntos internos.³⁸ Esta fue una de las razones por las que no sobrevivió el segundo párrafo del entonces artículo 39 del Proyecto de Constitución de 2019, sometido a consulta popular, en el que expresamente se establecía que los derechos y deberes se interpretarían “de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Cuba”.³⁹ De esta manera, Cuba no cuenta con un articulado en su texto constitucional que específicamente establezca la aplicación de los tratados de derechos humanos en su orden interno,⁴⁰ sino que estos tendrán que atenerse a la regla general del artículo 8, donde se establece que “lo prescrito en los tratados internacionales en vigor para la República de Cuba forma parte o se integra, según corresponda, al ordenamiento jurídico nacional”, con la acotación de que “[l]a Constitución de la República de Cuba prima sobre estos tratados internacionales”.⁴¹

No obstante, es cierto que el desarrollo jurisprudencial y legislativo cubano no debe estar de espaldas a los estándares fijados en materia de derechos humanos, ya sea por el sistema interamericano o por el sistema universal. La evitación de la responsabilidad internacional del Estado cubano por las supuestas violaciones de las obligaciones en materia de derechos humanos, ya sea por vía convencional o consuetudinaria, requiere que el Estado inserte cada vez más los estándares internacionales en esta materia, para que pueda tener un impacto directo en los ámbitos de la creación normativa y jurisprudencial. La ausencia de experiencia del Estado cubano en las últimas décadas en la protección de los derechos humanos en el ámbito judicial, y su aislamiento del sistema interamericano –que le ha impedido sumarse al proceso de interamericanización antes aludido–, tendrá que superarse en el futuro con una transformación del entramado jurídico e institucional para que ponga en sinergia mecanismos nacionales renovados de protección de los derechos humanos con los mecanismos internacionales de protección. Por el momento, no obstante, nada impide que el legislador y los operadores judiciales miren más allá del entorno nacional, y traten de colocar el entramado normativo y jurisprudencial al actual nivel de discusión de los derechos humanos en el ámbito internacional.

en Cuba”, *Revista Cubana de Derecho*, n.º 30 (2007): 5-17.

³⁸ “Rechaza Cuba política de agresión e injerencia de Estados Unidos”, *Prensa Latina*, 21 de enero de 2012. En este extremo, concordó con una visión soviética en esta materia sobre los derechos humanos. Sobre la teoría soviética en relación con los derechos humanos en el derecho internacional, véase G. I. Tunkin, *Theory of International Law*, Translated, with an Introduction by William E. Butler (Cambridge, Mass.: Harvard University Press Cambridge, 1974), 79-83; Christian Tomuschat, *International Law: Ensuring the survival of mankind on the eve of a new century, General Course on Public International Law* (Boston, Mass.: The Hague, London: Martinus Nijhoff, 2001), 33-37.

³⁹ Proyecto de Constitución de 2019, artículo 39.

⁴⁰ Allan R. Brewer-Carías, “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina”, *Revista IIDH* 46 (2007): 215-267.

⁴¹ Constitución Cubana de 2019, artículo 8.

Por ello, independientemente de las consecuencias jurídicas que en el orden internacional pueda tener el hecho de que el Estado cubano no cumpla las exigencias de los estándares fijados por órganos internacionales de carácter universal o regional, se requiere que los derechos humanos y, en este caso, la libertad de expresión, que por medio del Decreto Ley 370 se limita en los ámbitos descritos en el inciso i), sean analizados en el propio contexto de la Constitución vigente, y también al calor de los desarrollos jurisprudenciales del derecho internacional de los derechos humanos. En este orden, como hemos adelantado, es preciso avanzar en el estudio de la constitucionalidad o no del mencionado inciso i), y cómo sería posible someterlo a un proceso de control constitucional, a partir del nuevo modelo establecido por la Ley de Organización y Funcionamiento de la Asamblea Nacional del Poder Popular y del Consejo de Estado de la República de Cuba, de 16 de enero de 2010. Para tal propósito, inevitablemente tendremos que examinar las posibilidades o limitaciones del nuevo modelo.

Respecto a la primera cuestión, una línea argumentativa puede sostener que es difícil ejercitar la libertad de expresión al margen de las limitaciones que por razón de opinión o expresión política se pueden derivar de la propia naturaleza del modelo político. Esta posición se sustenta en una idea con mucho peso: aun cuando en el nuevo texto constitucional se despojó a la libertad de expresión de su correlato a ejercerse conforme a la sociedad socialista –como establecía la Constitución de 1976–, las características que hemos visto del modelo político cubano vigente impedirían el goce y ejercicio de los derechos políticos si esto implica cualquier tipo de oposición al sistema.

Resulta en verdad difícil no estar de acuerdo con esta visión del escenario político cubano en relación con el ejercicio efectivo y pleno de la libertad de expresión, pero se hace necesario buscar las vías y las fórmulas para la defensa de los derechos dentro del entramado jurídico cubano vigente, por muy adverso que este sea. En tal sentido, no podemos desconocer que la Constitución cubana avanzó con mucho en una normativa en relación con los derechos humanos respecto a su antecesora de 1976. En esta consagra, en su artículo 40, que la “dignidad humana” constituye “el valor supremo que sustenta el reconocimiento y ejercicio de los derechos y deberes consagrados en la Constitución, los tratados y las leyes”. Del mismo modo, en su artículo 41 establece que el Estado cubano “reconoce y garantiza a la persona el goce y el ejercicio irrenunciable, imprescriptible, indivisible, universal e interdependiente de los derechos humanos, en correspondencia con los principios de progresividad, igualdad y no discriminación”.

De manera que el goce y el ejercicio de la libertad de expresión en Cuba deben conectarse ineludiblemente con el *principio de no discriminación*, incluida la no discriminación por motivos de opinión política.⁴² Aunque no esté expresamente

⁴² Existe un reconocimiento expreso en el sistema universal y regional de protección de los derechos humanos del alcance del principio de no discriminación a aquellas situaciones

recogida esta causal de discriminación en la Constitución, es lo que debe colegirse del artículo 43, donde se establece que todas las personas “gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, edad, origen étnico, color de la piel, creencia religiosa, discapacidad, origen nacional o territorial, *o cualquier otra condición o circunstancia personal* que implique distinción lesiva a la dignidad humana” (énfasis agregado).

El contexto normativo del inciso i del Decreto Ley 370 conlleva una conexión ineludible entre los conceptos que se emplean para restringir la libertad de expresión con una marcada línea ideológico-política. Es cierto que no hay una formulación expresa de contenido político en este inciso i, pero una interpretación del texto normativo en su conjunto, a los efectos de determinar los posibles contenidos de los conceptos indeterminados que utiliza (“interés social, la moral, las buenas costumbres y la integridad de las personas”) permitiría sostener una relación con varios de los destinos que el propio Decreto Ley le asigna al proceso de informatización de la sociedad cubana, en este caso, “un medio efectivo para la consolidación de las conquistas del Socialismo y el bienestar de la población”, para “defender los logros alcanzados por nuestro Estado Socialista”, así como con uno de los objetivos expresos del Decreto Ley: “consolidar el uso y desarrollo de las TIC, como instrumento para la defensa de la Revolución”.⁴³ Esta posición coincide con las consecuencias en su aplicación, como han puesto de manifiesto algunas organizaciones y medios digitales alternativos.

Las denuncias de su aplicación por razón de opiniones políticas en internet definen una *situación de facto* de restricción que anula o menoscaba el goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de la libertad de expresión en internet con base en opiniones políticas. Es un panorama que parte de utilizar en lo normativo, entre los supuestos de hechos infractores, conceptos indeterminados cuyo contenido y alcance se pueden identificar con finalidades y objetivos políticos que transmuten, aunque no se reconozca expresamente, el “interés social”, la “moral” y las “buenas costumbres” en un “interés político-social”, y “la moral y las buenas costumbres” en una “moral y buenas costumbres socialistas”. Desde estos puntos de vista, entonces, que toman en cuenta la discriminación de hecho y de derecho –cualquiera de las dos sería suficiente para impugnarla– se podría cuestionar la constitucionalidad del Decreto Ley 370 de conformidad con la propia Constitución cubana de 2019.

que tengan causa en opiniones políticas. A modo de ejemplo, véase el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y Corte IDH, Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, Sentencia de 9 de marzo de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 351, párr. 269; y Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, Sentencia de 22 de junio de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 293, párrs. 222 y ss.

⁴³ Decreto Ley 370/2018, cit., artículo 5.

No sería tan claro, en otro tanto, el enjuiciamiento de cualquier normativa en Cuba sobre la libertad de prensa, por ejemplo, respecto a la necesidad de que en una sociedad democrática esta libertad puede desarrollarse en un régimen plural y diverso, cuando la Constitución expresamente, además de establecer que “se ejerce de conformidad con la ley y los fines de la sociedad”, sostiene que los “medios fundamentales de comunicación social, en cualquiera de sus manifestaciones y soportes, son de propiedad socialista de todo el pueblo o de las organizaciones políticas, sociales y de masas; y no pueden ser objeto de otro tipo de propiedad”.⁴⁴ En este orden, el debate se centraría en las posibles obligaciones en materia de derechos humanos que el Estado cubano estaría incumpliendo, aunque también, en lo interno, su constreñimiento en el texto constitucional a la propiedad del Estado sobre los “medios fundamentales” podría ser la base para exigir la existencia de otras formas asociativas en el ámbito de la libertad de prensa.

3. El renovado modelo de control constitucional y la protección judicial de los derechos constitucionales

¿Es posible entonces la protección de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico? ¿Cuenta Cuba con un ordenamiento jurídico en el que se pueda avanzar en la protección y defensa del derecho a la libertad de expresión, ya sea mediante la derogación de cualquier normativa por los mecanismos de control constitucional o mediante la defensa de los derechos constitucionales en sede judicial? En este apartado intentaremos responder estas preguntas, tomando en cuenta que el texto constitucional de 2019, y recientes normativas en la materia, ponen en perspectiva nuevos mecanismos y herramientas para los ciudadanos. Una crítica entonces que diseccione sus reales posibilidades y limitaciones, nos pone en mejor perspectiva para conocer y concluir la posibilidad de que la libertad de expresión y, sobre todo, la supremacía del texto constitucional en torno a los derechos humanos puedan ser garantizadas efectivamente.

La reciente puesta en vigor de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Asamblea Nacional del Poder Popular y del Consejo de Estado de la República de Cuba, publicada en la *Gaceta Oficial* de 16 de enero de 2010, comprende en su articulado el mecanismo de control constitucional que funcionará en el modelo político-estatal cubano, en virtud de lo establecido en el artículo 108, inciso e) de la Constitución cubana de 2019. El texto constitucional vigente replica el modelo de control constitucional establecido por la anterior Constitución de 1976, mediante el cual dicho control recae en el órgano supremo de poder en Cuba, la Asamblea

⁴⁴ En este sentido, véase también la Política de Comunicación Social del Estado y el Gobierno cubanos del Partido Comunista de Cuba, <https://eltoque.com/wp-content/uploads/2018/12/Pol%C3%ADtica-de-Comunicaci%C3%B3n-Social-del-Estado-y-el-Gobierno-cubanos.pdf>.

Nacional del Poder Popular, que entre sus funciones tiene la potestad legislativa en el Estado cubano.⁴⁵ Con esto, cuando se trata del control constitucional de las leyes, votadas y aprobadas por la Asamblea Nacional, el propio órgano se controla a sí mismo, sin otra instancia externa como un tribunal o una sala constitucional.

Esta ley, podremos constatarlo, va definiendo un modelo de *control político concentrado de constitucionalidad* (ya veremos si en las legislaciones que actualizarán todo el sistema judicial en Cuba y estructurarán algunos órganos del aparato estatal se pueden identificar otros mecanismos de control que coexistan con este), aunque siempre habrá que tener en cuenta que cualquier clasificación o definición de la teoría constitucional aplicada al caso cubano debe considerar las características del modelo que ya hemos avanzado. En este sentido, es un *control político concentrado de constitucionalidad* a cargo de la Asamblea Nacional del Poder Popular que hace parte de una estructuración del poder muy difícil de encajar en un diseñado con base en el principio de tripartición de poderes.

La Asamblea Nacional no es simplemente un “órgano legislativo” con el que puedan identificarse otros órganos, como el judicial o el ejecutivo, en términos de peso y contrapeso, sino que se identifica como un “órgano supremo” del poder del Estado, que concentra facultades o “poderes” que desbordan cualquier comprensión en los marcos anteriores. Esta lógica descansa en una idea que concibe la democracia sin la necesidad de controles entre los órganos, pues ella se basta únicamente con hacer énfasis en el elemento de la representación popular.⁴⁶ Se apuesta por controles de los representantes en distintos niveles y con mayor o menor mediación –control de su ejercicio y revocación de mandato–, pero sin que un principio de separación de poderes *permita un control horizontalizado* entre los poderes del Estado, y con ello las ventajas de la posibilidad de este tipo de controles para un buen entorno democrático respecto a los ciudadanos y sus derechos en materia política. En este caso, la Asamblea Nacional del Poder Popular, como el máximo órgano de poder, es la expresión mayoritaria de la voluntad popular, y cualquier mecanismo de control por implementar, según esta concepción, no puede obviar el hecho de que otros órganos, con menor representatividad democrática, invaliden o enmienden actos que emanen del órgano

⁴⁵ Como ya he expresado en otro momento, “con el triunfo revolucionario de 1959 en Cuba, se puso en vigor la Ley Fundamental de 1959 que mantuvo la vigencia de la Sala Constitucional de la Constitución de 1940 –y que a su vez se había mantenido en los Estatutos Constitucionales de Fulgencio Batista de 1952, nacidos de un golpe de Estado–, y la regulación sobre la declaración de inconstitucionalidad, pero sometida a sucesivas modificaciones. El 20 de diciembre de 1960 pasó a denominarse Sala de Garantías Constitucionales y Sociales, pero con la Ley No. 1250 de 1973, Ley de Organización del Sistema Judicial, promulgada el 23 de junio de 1973, se eliminó la referida Sala” [Harold Bertot Triana, “El control de constitucionalidad al amparo de la Constitución: una propuesta para su funcionabilidad”, *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n.º 55 (2019): 178-179].

⁴⁶ Bertot Triana, “El control de constitucionalidad al amparo de la Constitución: una propuesta para su funcionabilidad”, 170-171.

representante de la soberanía popular, con lo que el debate sobre “argumento contramayoritario”⁴⁷ cobra una especial relevancia en el caso cubano.

Con estas premisas, es preciso indicar los aciertos de esta ley en materia de control constitucional (dentro de este modelo, insisto) y hasta dónde no permite un verdadero control funcional a los intereses de los ciudadanos y del aparato estatal. La perseverancia de la vigente Constitución de 2019 en el mismo esquema de control constitucional de su antecesora, es decir, la propia Asamblea Nacional controlando las disposiciones jurídicas superiores, incluso las que produce ella misma, necesitaba, no obstante, provocar un vuelco en alguna entidad para al menos no arrastrar todos los vicios del anterior.

En términos generales, estas limitaciones obedecieron a una tendencia a desconcentrar las atribuciones de control constitucional de la Asamblea Nacional, como máximo órgano poder, hacia otros órganos del aparato estatal;⁴⁸ existían carencias en la regulación procedimental del control sobre las disposiciones jurídicas generales, que no contempló un cuerpo único de preceptos de esta naturaleza, con sistematicidad, coherencia y ordenación, y que estableciera de forma general la exactitud de los efectos del control de la constitucionalidad sobre las disposiciones jurídicas generales;⁴⁹ así como la existencia de límites en el reconocimiento de los sujetos legitimados para activar el procedimiento de control constitucional.⁵⁰

⁴⁷ Mauro Cappelletti, “El ‘formidable problema’ del control judicial y la contribución del análisis comparado”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n.º 13 (1980): 61-103; Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007); Richard Pacelle, *The Role of the Supreme Court in American Politics: The Least Dangerous Branch?* (Boulder, CO: Westview Press, 2002); Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (Yale University Press, 1986).

⁴⁸ En el Decreto Ley 272 de 2010 se legitima la Asamblea Nacional del Poder Popular para instar al Consejo de Ministros la revocación de disposiciones jurídicas, según su competencia, o la proposición de la revocación o suspensión a quien corresponda; y el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y la Fiscalía General de la República pueden dictaminar la constitucionalidad de las leyes, decretos leyes, decretos y demás disposiciones generales, a petición de la propia Asamblea Nacional, función que puede realizar ella misma a partir de las atribuciones establecidas por la anterior Constitución de 1976 en su artículo 75 c). Véase Marta Prieto Valdés, “El sistema de defensa constitucional cubano”, *Revista Cubana de Derecho*, n.º 26 (2005): 25-55.

⁴⁹ El procedimiento del derogado Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 25 de diciembre de 1996, para el control de los decretos leyes estaba regulado de manera imprecisa, sin entidad propia, en apenas dos artículos, con una tramitación que seguía en lo atinente a lo establecido para el procedimiento legislativo.

⁵⁰ En el procedimiento seguido para el control de los decretos leyes se legitimaba únicamente a las comisiones permanentes de la Asamblea Nacional y a los diputados. El control constitucional sobre decretos y disposiciones del Consejo de Ministros y acuerdos y disposiciones de los órganos locales del Poder Popular solo queda legitimado para instarse por el Consejo de Estado, cuando se trata de disposiciones dictadas por el Consejo de Ministros o por las asambleas provinciales y municipales cuando haya suspendido su ejecución, así como por las comisiones de la Asamblea Nacional y por los diputados.

De la nueva ley habría que destacar algunos puntos, sin pretender agotar todos: se garantiza la existencia de un control mediante una ley y no mediante una disposición reglamentaria; se regula un procedimiento de control por fases, que en el derogado Reglamento de 1996 era parco, casi inexistente; se retoma lo que se denomina en el constitucionalismo histórico cubano una “acción pública de inconstitucionalidad”, que coloca a 500 ciudadanos cubanos entre los legitimados para “promover la declaración de inconstitucionalidad” (art. 156.1, inc. h); se incluye un mecanismo novedoso, que podríamos denominar “una acción pública de ilegalidad”, que prevé la legitimización para promover ante la Asamblea Nacional a la misma cantidad prevista de ciudadanos (500), en el caso de que se trate de “decretos leyes, decretos presidenciales, decretos, acuerdos o demás disposiciones generales” que contradigan las leyes (art. 168), así como la cifra de 50 cuando se trate de “acuerdos o disposiciones de las asambleas municipales del Poder Popular que contravengan las leyes, decretos leyes, decretos presidenciales, decretos y demás disposiciones dictadas por órganos competentes, o los que afecten los intereses de otras localidades o los generales del país” (art. 169, inc. 1 i); se tiende a una cierta concentración en el procedimiento de control en la Asamblea Nacional, con todas sus consecuencias, ya sea de constitucionalidad o de legalidad, y con ello –si se compatibiliza el resto de las disposiciones jurídicas vigentes bajo esta premisa– se debe garantizar una cierta armonización y coherencia en el procedimiento e identificación del órgano encargado de tales funciones;⁵¹ así como, se establece el cese de los efectos de la disposición normativa inconstitucional desde la publicación del acuerdo que declara la inconstitucionalidad en la *Gaceta Oficial* y la nulidad de pleno derecho de los actos o acciones realizados en virtud de esa disposición (art. 165).

No obstante, la ley no completa, ni mucho menos, todo el potencial dinamizador que desde este órgano podría hacerse en materia de control constitucional, aun con todas las cautelas que se tengan por la real viabilidad de un modelo de este tipo. La ausencia, en la decisión final, de la especialización y técnica que imprimen estos

⁵¹ La concentración del procedimiento de control constitucional en la Asamblea Nacional del Poder Popular se realiza conforme a lo establecido en el artículo 108, incisos e) y h) de la Constitución vigente, y los artículos 152.1 y 152.2 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Asamblea Nacional del Poder Popular y del Consejo de Estado, en los que se define el control sobre las leyes, decretos leyes, decretos presidenciales, decretos y demás disposiciones generales, así como en los acuerdos y disposiciones de las asambleas municipales del Poder Popular. En relación con el control de legalidad, el artículo 168 de la ley establece que el procedimiento para la tramitación de la revocación total o parcial de los decretos leyes, decretos presidenciales, decretos, acuerdos o demás disposiciones generales que contradigan las leyes se regirá según lo señalado para el control de constitucionalidad ante la Asamblea Nacional del Poder Popular. De igual forma, el artículo 169.1 establece que el control de legalidad de los acuerdos o disposiciones de las asambleas municipales del Poder Popular que contravengan las leyes, decretos leyes, decretos presidenciales, decretos y demás disposiciones dictadas por órganos competentes, o los que afecten los intereses de otras localidades o los generales del país se realizará conforme al procedimiento de control constitucional.

procedimientos de control en el derecho comparado, en caso de someterse al pleno de la Asamblea Nacional para su anulación, es ya de por sí el más grande desafío que difícilmente puede resolver. En este tipo de modelo, la *masificación* y el *soberanismo popular* en el control sustituyen la racionalidad del derecho en dicho control y, con ello, la renuncia a ajustarse a reglas específicas por parte de especialistas en la materia integrados en órganos externos.

Entre los aspectos más débiles de esta ley está la diferencia abismal en el procedimiento para el *control previo* y para el *control posterior* de la constitucionalidad. Para el *control previo* se prevé únicamente en el artículo 126, en lo concerniente al procedimiento legislativo, que “el Presidente de la Asamblea Nacional interesa de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional dictamen referente a la constitucionalidad del proyecto de ley”. No se dice más al respecto. No obstante, para el *control posterior* se prevé un capítulo que incluye tanto el control constitucional como el de legalidad, denominado “Del control de constitucionalidad y de legalidad”, en el que se regula, entre otros aspectos, el objeto de control, los legitimados para promover la inconstitucionalidad, los requisitos del escrito que promueve la acción, así como el procedimiento que seguirá cuando la comisión de asuntos jurídicos considere la pertinencia del recurso y cuando la Asamblea Nacional declare o no la inconstitucionalidad total o parcial de la disposición normativa en cuestión.

En relación con el *control posterior de constitucionalidad*, una vez que se promueve ante la Asamblea Nacional del Poder Popular, por conducto de su presidente, se prevé que sea la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos quien conozca sobre la “cuestión de inconstitucionalidad”. Es el órgano que determina, mediante dictamen, considerar su pertinencia o devolverla cuando incumpla las exigencias procesales o se refiera a pronunciamientos reiterados sobre el tema, o rechazarla “cuando la cuestión suscitada fuere notoriamente infundada o contraria al orden constitucional” (art. 160.1). Pero, en este caso, ¿cuándo sería “pertinente” una “cuestión de constitucionalidad”? ¿Cuándo es “contraria al orden constitucional”? Si, de inicio, este órgano se arroga el derecho de determinar la viabilidad de este proceso, de someter o no al pleno el “contradictorio”, al menos será necesario establecer, como exigencia, un dictamen “fundado” en razones y, en consecuencia, que se abra la posibilidad de ser impugnado por la propia ciudadanía, esto que podemos asimilar a una “cuestión de admisibilidad”, cuando se trate de cuestiones de fondo, para que sea finalmente decidido por el pleno de la Asamblea.

La Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos es el órgano que, en consecuencia, cuando considera pertinente el recurso, conforma un expediente con toda la documentación y el dictamen emitido y da cuenta al presidente de la Asamblea Nacional. De este modo, en la sesión más próxima se informa “a los diputados, para su ratificación, lo dictaminado por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos referente a la cuestión de inconstitucionalidad planteada”. La Asamblea es entonces la que, en “votación ordinaria”, decide sobre “la pertinencia de la solicitud

de inconstitucionalidad” y puede acordar “no haber lugar a la inconstitucionalidad planteada” o “declarar la inconstitucionalidad total o parcial de la disposición normativa cuestionada y derogarla en la extensión correspondiente”. Cuando la declaración de inconstitucionalidad se refiera a una ley o a un acuerdo de la Asamblea Nacional, será la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos el órgano encargado de proponer un proyecto normativo en su lugar, “de estimarlo conveniente”. Para el resto de las disposiciones jurídicas que son objetos de control, será el “órgano emisor de dicha norma” el encargado de poner en vigor una normativa que sustituya a la declarada inconstitucional, en este caso también “si lo estima conveniente” (arts. 161 y ss.).

Entre las cuestiones que los legisladores no tomaron en cuenta estaba la necesidad de un órgano en la Asamblea Nacional con encargo únicamente del control de constitucionalidad, con independencia de la existencia de las funciones de la actual Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos. El cambio fundamental, con respecto a la regulación vigente sobre las comisiones, debería constituirlo el *principio de especialidad* en las funciones propias de sus miembros. Una propuesta que se debió tomar en cuenta desde el inicio era la posibilidad de que a los miembros que integraran esta Comisión –que bien podrían haber sido denominados *diputados-especialistas* y electos directamente por el pueblo como diputados en elecciones para cada periodo de la legislatura– se les hubiera encargado únicamente cumplir las funciones inherentes al órgano controlador.⁵²

Esta posibilidad permitiría que, en tan importante función, estos *diputados-especialistas* pudieran ser revocados por los mismos procedimientos previstos para los diputados a la Asamblea Nacional.⁵³ Esto permitiría aliviar –y utilizo esta terminología con toda intención porque ni remotamente es una solución a la cuestión– dos inconvenientes que se han remarcado en la teoría dentro del gran problema funcional que supone un órgano como “juez y parte”. En este caso, uno que se plantea y discute en la teoría en torno a la relación control constitucional y soberanía popular, y otro de índole más funcional en el interior de la Asamblea: en el primero de los casos, la “legitimidad democrática” de las personas que conforman el órgano encargado del control; en el segundo, el de concebir una cierta “autonomía” o “diferenciación”

⁵² Una propuesta para tomar en consideración, en relación con la elección directa a la que aludimos, es que podría realizarse después de que los organismos determinados eligieran entre sus profesionales a las personas con más méritos y conocimientos en la materia para realizar esta labor, las que en su conjunto podrían ser aprobadas como candidatas por las asambleas municipales del Poder Popular. Su elección podría hacerse conjuntamente con las elecciones generales para diputados a la Asamblea Nacional. Los *diputados-especialistas* serían propuestos por el sistema jurídico cubano (facultades de derecho, tribunales populares, fiscalías y el Ministerio de Justicia), elegidos directamente por todos los electores inscritos en el territorio nacional, responsable, por tanto, ante ellos y revocable en todo momento por el seno de la Asamblea Nacional.

⁵³ Actualmente, la Ley 89 de 1999 regula la revocación del mandato de los elegidos a los órganos del Poder Popular.

dentro de la propia Asamblea, si esto es posible. Esto último enfrenta de inicio la posición de que ello no sería razonable, por ser esta Comisión un órgano integrante de ella, es decir, una parte del todo.

En relación con la competencia que se le reconoce a la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos en la ley para conocer de las cuestiones de constitucionalidad, esta deviene restringida. Los procedimientos de control, como hoy se conciben en el derecho comparado, no se constriñen únicamente a conocer recursos de inconstitucionalidad para declarar la nulidad o no de una disposición jurídica, o cuando se relacionan únicamente con actos, sino también con omisiones que supongan incumplimientos constitucionales en materia legislativa. Por tal razón, ¿por qué si la Asamblea Nacional es un órgano político que se diferencia de otros “órganos legislativos” en su calidad de “órgano supremo de poder” y centro de gravedad de todo el sistema de poder popular –cuyas decisiones puede tener una alcance político-jurídico–, se restringe únicamente a conocer de una “cuestión de constitucionalidad” en la forma descrita? ¿No era el momento de poner en la órbita competencial de la Asamblea similares competencias que tienen otros órganos de control en el derecho comparado, aun con todos los inconvenientes de este modelo para ello?

Hubiera sido atinado regular que la competencia de la Comisión debía recaer en el conocimiento de los recursos en materia de inconstitucionalidad en los siguientes términos: un recurso de inconstitucionalidad previo a la ley; un recurso de inconstitucionalidad de las leyes, decretos presidenciales, decretos leyes, decretos y demás disposiciones generales; un recurso de inconstitucionalidad por omisión; un escrito sobre cuestión de constitucionalidad de las leyes, decretos leyes y otras disposiciones generales (por los tribunales a través del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo); y una consulta sobre constitucionalidad (por medio de una petición, sin necesidad de recurso alguno, por los órganos estatales legitimados para ello).

Agrego también que nada aparece sobre un *control de constitucionalidad de los tratados* en los que Cuba se obliga jurídicamente con otros Estados. Esto, entiendo, es posible que se regule en la ley que complementa el artículo 8 de la Constitución vigente, donde se establecerá con más exactitud cómo “formará parte” o “se integrará” en el ordenamiento jurídico nacional “lo prescrito en los tratados internacionales en vigor para la República de Cuba”, aunque de inicio ya tenemos claro que “la Constitución de la República de Cuba prima sobre estos tratados internacionales”. En lo referido al control constitucional de las leyes, ya hemos adelantado que resulta incomprensible ese desbalance que existe en la regulación de un *control previo* y un *control posterior* de control en la vigente Ley. En el caso del primero, debía haberse concebido la posibilidad, entre tantas, de habilitar una vía para que el sistema de órganos y la ciudadanía participaran en el control sobre el proyecto de ley.⁵⁴ La ley vigente se desentiende lamentablemente de todo ello.

⁵⁴ Para asegurar en esta etapa la participación ciudadana en el control, debía garantizarse que el proyecto se publicara con una duración razonable, con el objetivo de que todos los

En cuanto a la existencia de un *control posterior de la ley* puede que inquiete pensar en lo paradójico de que la propia Asamblea Nacional se dirija contra sus propios actos, si en un momento anterior hubiera dictaminado la constitucionalidad del proyecto de ley en el proceso legislativo. Sin embargo, consideramos de inicio que se imponen algunas razones de peso para pensar en su regulación y que es extensivo para el procedimiento seguido para esta ley. En primer lugar, si la finalidad de los controles constitucionales se encamina a garantizar a toda costa la primacía de los preceptos constitucionales, el ordenamiento jurídico no puede quedar atado de brazos para reaccionar, en el marco constitucional y legal establecido, en el restablecimiento de la constitucionalidad quebrantada. Esto puede acontecer –sin que nada obligue a pensar en su imposibilidad– a partir de que la propia comisión en la fase de control previo de la ley pase por alto la detección de preceptos legales inconstitucionales en el dictamen aprobado por el pleno de la Asamblea Nacional. Entendemos su viabilidad en un momento posterior, aun con esta realidad, porque en caso de que no se resuelva en el control previo con la promoción de un recurso de inconstitucionalidad por la ciudadanía o por los órganos legitimados, este se desarrollará en una especie de “contradictorio”, en el marco de un proceso de “impugnación”.

Además, entiendo otra razón de peso que me anima a sostener esta posición. Los preceptos constitucionales, sobre los cuales versaría el juicio de contradicción, son conceptos políticos, llenos de contenidos por lo que se conoce como la “jurisprudencia constitucional”. Si en nuestro modelo esto no es posible –y está por verse si mediante la defensa judicial de los derechos que prevé la normativa constitucional se puede tener algo similar cuando se ponga en marcha–, esta interpretación constitucional que llenaría de contenido los preceptos constitucionales parece tener una mejor viabilidad si se hace en el marco de un “contradictorio” (como hemos llamado de alguna manera a esto que se regula). No sería así si se realiza mediante la aprobación de un dictamen con ausencia de “puntos de vista” –y generalmente sin la definición y desarrollos conceptuales de calado– enfrentados desde otros órganos de poder e incluso desde la ciudadanía directamente, en el marco de un procedimiento impugnatorio.

Aun cuando el contenido de los preceptos constitucionales tendría como juez final a la propia Asamblea, la misma que en algún momento podría aprobar inicialmente el referido dictamen, al menos ello impulsaría a “fundamentar”, a “fijar” el contenido de los preceptos en cuestión, y así, de alguna manera, cumplir con esa función de construcción de una “jurisprudencia constitucional” (para llamarlo de alguna manera, aun cuando sea incorrecta). No hay que olvidar tampoco que el pronunciamiento previo de control tendría como objeto un proyecto de ley sin

legitimados presentarán recursos sobre cuestiones de estricta constitucionalidad de los preceptos del proyecto. En tal caso, proponíamos que el órgano encargado –en este caso la mencionada Comisión Constitucional– estaría obligado en un plazo razonable a dar respuesta sobre los preceptos presuntamente inconstitucionales del proyecto de ley impugnados. Si procedía el recurso, se seguiría con el procedimiento de control que se previera para esta fase del control constitucional.

implicaciones normativas, a diferencia de la posibilidad de un pronunciamiento posterior en que la normatividad de la ley se despliegue en todos sus efectos.

Por otro lado, a diferencia del conocido *recurso de inconstitucionalidad*, se requeriría un procedimiento que contemplara una *cuestión de inconstitucionalidad* –como se conoce en el ordenamiento jurídico español–, denominación que utiliza la ley para lo que entendemos como “recursos”. Como ya adelanté, la ley no establece nada al respecto.⁵⁵ Tampoco lo hace respecto a un procedimiento de *consultas sobre la constitucionalidad* de las disposiciones jurídicas generales, que debió reservar su legitimación a órganos como el Consejo de Estado, el presidente de República, el Consejo de Ministros, la Contraloría General, las comisiones de Asamblea Nacional, los organismos de la administración central del Estado, las asambleas municipales del Poder Popular, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y la Fiscalía General.

En cuanto a los legitimados para interponer recursos de inconstitucionalidad, además de los que reconoce la ley *in comento*, consideramos que hubiera sido positivo incluir a la Contraloría General de la República y a las comisiones de la Asamblea Nacional; así como una acción pública de inconstitucionalidad por un número de 25 ciudadanos, como ha sido tradición en el constitucionalismo cubano –incluso hasta en las disposiciones reglamentarias anteriores al Reglamento de 1996–. Deviene, a mi entender, desproporcionado exigir la acción pública en un número de 500 ciudadanos. Evidentemente es un número que disminuye y restringe el *dinamismo ciudadano* para hacerlo operativo con una mayor asiduidad y recurrencia, en una sociedad en que la asociatividad y el activismo político no oficial no están en igualdad de condiciones con respecto a las instituciones oficiales para existir y operar.

En el ámbito de la protección judicial de los derechos constitucionales, la Constitución de 2019 regula en su artículo 99, por primera vez en la etapa del constitucionalismo socialista, la posibilidad de su defensa judicial, mediante un procedimiento preferente, expedito y concentrado. Contempla no solo la posibilidad de reclamar la restitución de los derechos ante daños o perjuicios provenientes de órganos del Estado, sus directivos, funcionarios o empleados, sino también provocados por particulares o por entes no estatales, aceptado el efecto frente a terceros de los derechos fundamentales, cuyo más remoto antecedente está en la doctrina alemana de la *Drittwirkung*.⁵⁶ No obstante, el cronograma legislativo aprobado por la Asamblea

⁵⁵ Dicha cuestión de inconstitucionalidad podría plantearse por los tribunales, y en el curso de un proceso judicial, ante dudas sobre la constitucionalidad de una disposición jurídica general aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, y que bien podría hacerse a través del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo de Cuba. La “cuestión de constitucionalidad” se convertiría en un instrumento por medio del cual los tribunales se enrolarían en la defensa de la Constitución, a partir de afirmar su supremacía ante disposiciones jurídicas superiores contrarias a sus preceptos.

⁵⁶ Diego Valadés, “La protección de los derechos fundamentales frente a particulares”, *Anuario de Derechos Humanos* (Nueva Época), Vol. 12 (2011): 439-470.

Nacional del Poder Popular,⁵⁷ que por mandato constitucional es el órgano que debe poner en vigor la ley que complementa este procedimiento, puso como fecha para su discusión y aprobación el mes de octubre de 2020.

Mediante este procedimiento, entonces, cualquier ciudadano podría reclamar la vulneración de la libertad de expresión en virtud de la aplicación del inciso i del Decreto Ley 370. Sin embargo, ante la imposibilidad de activar ahora este mecanismo de defensa en sede judicial, los presuntos afectados solo tienen la posibilidad que les brinda el propio Decreto Ley, en el que se prevé la vía contencioso-administrativa, luego de agotar los procedimientos administrativos por medio de los recursos de apelación, reforma y alzada.⁵⁸ Ello tiene varias consecuencias para una verdadera defensa de los derechos constitucionales en el marco de un juicio propio de constitucionalidad hasta que no se ponga en vigor el mencionado mecanismo preferente, expedito y concentrado. El contencioso-administrativo vigente en Cuba, establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo, Laboral y Económico de 1977 vigente,⁵⁹ como sucedía al amparo del texto anterior (aunque se reconozca en el nuevo texto el acceso de los ciudadanos a “los órganos judiciales a fin de obtener una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos” y de un “debido proceso” que se extiende también al ámbito administrativo),⁶⁰ excluye de su ámbito de jurisdicción la “materia constitucional”, aunque ya existían voces que al amparo del texto constitucional anterior consideraban la posibilidad de defenderlos en esta sede, ante violación de los derechos constitucionales por actuaciones de la administración pública.⁶¹

Conclusiones

Como hemos expuesto, la “informatización de la sociedad en Cuba”, regulada por medio del Decreto Ley 370/2018 de 4 de julio de 2019 del Consejo de Estado de la República de Cuba, tiene consecuencias directas en la libertad de expresión consagrada en la actual Constitución cubana de 2019 en la esfera de internet. Un modelo político que replica en sus fundamentos esenciales la cosmovisión del constitucionalismo soviético de la Constitución de 1976, y una práctica normativa y judicial que en buena medida ha estado de espaldas a incorporar los estándares internacionales en materia de protección de los derechos humanos, convierte el

⁵⁷ Acuerdo IX-49 de la Asamblea Nacional del Poder Popular, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, 13 de enero de 2020.

⁵⁸ Decreto Ley 370/2018, cit., artículos 79-89.

⁵⁹ Ley 7 de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Ordinaria, 19 de agosto de 1977, n.º 34.

⁶⁰ Constitución de la República de Cuba de 2019, artículos 92 y 94.

⁶¹ Benjamín Marcheco Acuña, “Constitución y justicia administrativa en Cuba. ¿Una relación imposible?”, *Estudios Constitucionales* 13, n.º 2 (2015): 292.

escenario cubano en un entorno complicado para la defensa de este tipo de derecho fundamental. En igual sentido, se asiste a un desarrollo jurisprudencial y legislativo cubano de espaldas a los estándares fijados en materia de derechos humanos, ya sea en el ámbito del sistema interamericano o del sistema universal.

Sin embargo, la propia Constitución de 2019, con las debidas cautelas, permite tener las claves para desconectar el reconocimiento y la protección de los derechos que ella consagra de los condicionamientos políticos. Se precisa, entonces, una comprensión de autonomía de los derechos constitucionales en un marco interpretativo que acuda a todas las técnicas para garantizar la mayor protección posible de la persona. Lo anterior, no obstante, tropieza con un modelo de control de constitucionalidad desarrollado a partir de la actual Constitución cubana, con pocas garantías de viabilidad y con la que resultará difícil impugnar restricciones fuertemente atadas a un modelo que no permite alternativas políticas a la orientación socialista y que cierra las puertas a que se puede llegar a una conclusión en estrictos términos de constitucionalidad, fundamentalmente por las características explicadas en el trabajo del diseño renovado de control de constitucionalidad.

Bibliografía

- ÁLVAREZ TABÍO, Fernando. *Comentarios a la Constitución socialista*. La Habana: Pueblo y Educación, 1988.
- AYALA CORAO, Carlos M. “El derecho humano a la libertad de expresión: límites aceptados y responsabilidades ulteriores”. *Ius et Praxis* 6, n.º 1 (2000): 33-52.
- BERTO YERO, María Caridad *et al.* “Las tendencias del derecho Penal moderno. Breve acercamiento a la legislación penal cubana”. En *Reflexiones desde la toga. La justicia penal en Cuba*, coordinado por María Caridad BERTO YERO. Ediciones ONBC, 2017.
- BERTOT TRIANA, Harold. “El control de constitucionalidad al amparo de la Constitución: una propuesta para su funcionabilidad”. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n.º 55 (2019): 169-196.
- BERTOT TRIANA, Harold. “La Constitución cubana de 2019 en perspectiva histórica e ideológica: Aproximaciones a su sistema político electoral”. *Revista de Derecho Público*, n.º 90 (2019): 11-40.
- BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press, 1986.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina”. *Revista IIDH* 46 (2007): 215-267.
- CAPPELLETTI, Mauro. “El ‘formidable problema’ del control judicial y la contri-bución del análisis comparado”. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n.º 13 (1980): 61-103.

- FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio y Julio Antonio FERNÁNDEZ ESTRADA. "Algunas reflexiones sobre los derechos humanos en Cuba". *Revista Cubana de Derecho*, n.º 30 (2007): 5-17.
- FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Alejandra GONZA. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Corte IDH, 2007.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio et al. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: de la Opinión Consultiva OC-5/85, de 1985, a la sentencia sobre el Caso Carvajal y otros, de 2018*, 5.º ed. Colección Chapultepec. México, D. F.: Sociedad Interamericana de Prensa, 2018.
- MARCHECO ACUÑA, Benjamín. "Constitución y justicia administrativa en Cuba. ¿Una relación imposible?". *Estudios Constitucionales* 13, n.º 2 (2015): 273-300.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José, dir. *El diálogo judicial internacional en la protección de los derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela. "Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina". En *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, coordinado por Armin VON BOGDANDY, Mariela MORALES ANTONIAZZI, Eduardo FERRER MAC-GREGOR. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public and International Law, 2017.
- PACELLE, Richard. *The Role of the Supreme Court in American Politics: The Least Dangerous Branch?* Boulder, CO: Westview Press, 2002.
- PARRA VERA, Óscar. "El impacto de las decisiones interamericanas: notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al 'empoderamiento institucional'". En *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, coordinado por Armin VON BOGDANDY, Mariela MORALES ANTONIAZZI, Eduardo FERRER MAC-GREGOR. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public and International Law, 2017.
- PRIETO VALDÉS, Marta. "El sistema de defensa constitucional cubano". *Revista Cubana de Derecho*, n.º 26 (2005): 25-55.
- SAAVEDRA, Alessandri. "Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, coordinado por Armin VON BOGDANDY, Mariela MORALES ANTONIAZZI, Eduardo FERRER MAC-GREGOR. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public and International Law, 2017.
- TOMUSCHAT, Christian. *International Law: Ensuring the survival of mankind on the eve of a new century. General Course on Public International Law*. Boston, Mass.: The Hague, London: Martinus Nijhoff, 2001.

- TORRES SANTRAYLL, Armando. “Antecedentes históricos y principios que informan el Anteproyecto de Constitución”. *Revista Cubana de Derecho* 4, n.º 10 (1975): 51-52.
- TUNKIN, G. I. *Theory of International Law*. Translated, with an Introduction by William E. Butler. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1974.
- VALADÉS, Diego. “La protección de los derechos fundamentales frente a particulares”. *Anuario de Derechos Humanos* (Nueva Época), Vol. 12 (2011): 439-470.

Andrea Liliana Garzón Zuluaga (Colombia)*
Laura Ledezma Paredes (Colombia)**

Excepciones y limitaciones establecidas por la Corte Constitucional colombiana al derecho a la libertad de expresión en internet***

RESUMEN

El artículo examina diferentes fallos proferidos por la Corte Constitucional Colombiana en los que se debate el derecho a la libertad de expresión en internet. Para ello, primero, se establece el alcance del derecho a la libertad de expresión y se caracterizan algunas formas de expresión vinculadas a la era digital, derivadas de las sentencias; además, se describen algunos de los nuevos procesos, sujetos, medios y objetos de expresión digital que pueden servir de herramientas analíticas para la construcción de los límites a la libertad de expresión en internet. Segundo, a partir de dicha caracterización se presentan las líneas centrales de argumentación de las sentencias de la Corte Constitucional para precisar los límites del derecho en mención, sobre todo, cuando se afectan derechos de terceros. Finalmente, se explica por qué una lectura de la libre expresión como un derecho con límites relativos resulta más conveniente para la democracia y el Estado constitucional.

* Directora de la Maestría en Derechos Humanos y Justicia Transicional y coordinadora de la Clínica de Inclusión y Justicia Social, Facultad de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales, Fundación Universitaria los Libertadores. andrea.garzon@libertadores.edu.co y andregarzon21@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-4562-0089>.

** Directora general del Consultorio Jurídico, Centro de Conciliación, y Clínica de Inclusión y Justicia Social, Facultad de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales, Fundación Universitaria los Libertadores. laura.ledezmapa@gmail.com y laura.ledezma@libertadores.edu.co. <https://orcid.org/0000-0001-7077-4456>.

*** Agradecemos al profesor Julio César Padilla Herrera, quien leyó de manera crítica este escrito y logró que fuera un trabajo que diera cuenta del debate en Colombia; de manera especial, también agradecemos a la asistente de investigación Paola Castellanos Perilla por su aporte.

Palabras clave: libertad de expresión en internet; juicio de proporcionalidad; Corte Constitucional de Colombia.

Exceptions and limitations established by the Colombian Constitutional Court with regard to freedom of expression on the internet

ABSTRACT

The article examines the central decisions of the Constitutional Court of Colombia in different cases in which the right to freedom of expression on the internet is debated. First, it establishes the scope of the right to freedom of expression and characterizes some forms of expression linked to the digital age, derived from the decisions; it also describes some of the new processes, subjects, media and objects of digital expression that can serve as analytical tools for constructing limits on the freedom of expression on the internet. Second, based on this characterization, the article presents the central lines of argumentation of the Constitutional Court's decisions in order to specify the limits on the right in question, above all when the rights of third parties are affected. Finally, it explains why a reading of free expression as a right with relative limits is more appropriate for democracy and the constitutional State.

Keywords: Freedom of expression on the internet; judgment of proportionality; Constitutional Court of Colombia.

Ausnahmen und Beschränkungen des Rechts auf freie Meinungsäußerung im Internet durch den kolumbianischen Verfassungsgerichtshof

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich mit den zentralen Aussagen der Urteile des kolumbianischen Verfassungsgerichtshofs in mehreren Fällen, in denen das Recht auf freie Meinungsäußerung im Internet behandelt wird. Dazu geht er zunächst auf den Geltungsbereich des Rechts auf freie Meinungsäußerung ein und kennzeichnet einige für das digitale Zeitalter charakteristische Ausdrucksformen, die sich aus den Urteilen ergeben. Außerdem beschreibt er die neuen Prozesse, Subjekte, Medien und Gegenstände der digitalen Ausdrucksformen, die als analytische Instrumente zur Konstruktion der Grenzen des Rechts auf freie Meinungsäußerung im Internet dienen können. Daran anschließend werden auf der Grundlage dieser Charakterisierungen die wichtigsten Argumentationslinien der Urteile des Verfassungsgerichtshofs dargestellt, um die Grenzen des genannten Rechts zu präzisieren, insbesondere, wenn dadurch die Rechte Dritter berührt werden. Abschließend wird erläutert, warum das Verständnis der freien Meinungsäußerung im Sinne eines relativ begrenzten Rechts für die Demokratie und den Verfassungsstaat sachlich angemessener ist.

Schlagwörter: Freie Meinungsäußerung im Internet; Abwägung der Verhältnismäßigkeit; kolumbianischer Verfassungsgerichtshof.

Introducción

Internet, y especialmente las redes sociales, han revolucionado la forma en que nos comunicamos, pues permiten la producción e interacción de las ideas de forma rápida, efectiva y a bajo costo entre una amplia comunidad de personas. Antes de la existencia de las redes sociales, como Facebook, Instagram, Twitter, WhatsApp, entre otras, la posibilidad de difundir información estaba en cabeza de los medios de comunicación de carácter público o privado, a los cuales en muchas oportunidades se les acusó de limitar y parcializar la información brindada al público. Por esta razón, las redes sociales presentan una oportunidad para democratizar la producción, el acceso y la divulgación de la información y así fortalecer los Estados de derecho. Sin embargo, tener la posibilidad de producir, reproducir y conocer contenidos a un clic ha generado un debate sobre cuáles son los contenidos permitidos que deben circular libremente en la red y cómo se puede limitar su difusión.¹

Este debate sobre el control de la producción de los contenidos y su difusión es más antiguo que internet, pues desde la creación de la imprenta se debatía sobre cuáles contenidos podrían ser permitidos y cuáles debían ser censurados.² Por ello se crearon unos censores cuyo trabajo era exclusivamente decidir qué contenidos podían circular libremente y cuáles no eran apropiados, de acuerdo con los criterios establecidos en la época.³ En este sentido, la academia, los gobiernos, los prestadores de servicios de internet y las organizaciones sociales e internacionales muestran preocupación por el rol de los intermediarios, entre los cuales se encuentran proveedores, motores de búsqueda, sitios de redes sociales, como posibles censores privados, y por el papel y alcance de los tribunales constitucionales en el momento de amparar la libertad de expresión en la red. Este es un debate que no ha sido ajeno al tribunal constitucional colombiano, puesto que la acción de tutela⁴ se ha convertido en una herramienta para que la Corte Constitucional decida qué contenidos deben circular libremente en internet y son apropiados a la luz de la Constitución Política, lo cual comporta el reto de que la Corte garantice derechos sin que se convierta en un comité de censura.

La Corte Constitucional de Colombia ha entendido que la garantía, la protección y el fortalecimiento del derecho a expresar libremente las ideas y divulgarlas es propio de los Estados democráticos, que ven en esta libertad la posibilidad de tener una ciudadanía informada, activa y crítica, pero también de proteger la autonomía y

¹ Un ejemplo de estos debates es el Proyecto de Ley 176 de 2019, que buscaba regular el uso de las redes sociales en Colombia.

² Robert Darnton, *Censores trabajando: de cómo los Estados dieron forma a la literatura* (México: Fondo de Cultura Económica, 2014).

³ Darnton, *Censores trabajando...*

⁴ En otros ordenamientos jurídicos, la tutela es conocida como el amparo constitucional.

dignidad de sus ciudadanos.⁵ Sin embargo, la protección de la libertad de expresión en la era digital ha venido presentando tensiones con otros principios y derechos que tienen relevancia constitucional. El uso generalizado de internet y las redes sociales ha generado, entre otros, que algunos ciudadanos se enfrenten a una situación de indefensión cuando no tienen la posibilidad de denunciar en la plataforma la vulneración de sus derechos fundamentales o cuando estas redes sociales no los amparan.⁶ Así las cosas, la tensión entre libertad de expresión y derecho al buen nombre, honra e intimidad, por un lado, y la seguridad nacional y moral pública, por otro, ha hecho que desde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)⁷ y los tribunales constitucionales de algunos Estados⁸ se estudien diversos mecanismos jurídicos a través de los cuales se pueda limitar la libertad de expresión en las redes sociales sin que implique censurar contenidos, y por tanto, la vulneración de la libertad de expresión de los ciudadanos y la afectación del desarrollo democrático de las sociedades.

Así pues, el tribunal constitucional colombiano ha buscado amparar de manera preferencial la libertad de expresión⁹ tanto en su dimensión individual como en la colectiva. La dimensión individual es el derecho de cada individuo a manifestarse sin interferencias y a utilizar el medio que más le apetezca para expresar sus

⁵ Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia establece: “La importancia de la libertad de expresión es central para la democracia constitucional” (Sentencia C-452 de 2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-155 de 2019, M. P. Diana Fajardo Rivera. En este caso, la Corte tuteló el derecho fundamental a la libertad de expresión de la demandada por encima del buen nombre del accionante, quien solicitaba que se le protegiera su derecho al buen nombre por las afirmaciones en Facebook sobre su pertenencia a un cartel de corrupción del hospital público donde era gerente.

⁷ Un ejemplo son los diversos documentos que ha proferido la CIDH, entre ellos, *Principios sobre la libertad de expresión en la era digital. Informe para la libertad de expresión 2013* (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II.149 Doc. 50, 31 diciembre 2013) y *Libertad de expresión en internet* (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF. 11/13, 31 de diciembre de 2013). En este último documento, la Relatoría afirma: “La libertad de expresión es un derecho fundamental en una sociedad democrática y sirve de instrumento invaluable de protección y garantía de los restantes derechos humanos. Por estas razones, el derecho a la libertad de expresión, en todas sus manifestaciones, tiene un rol preponderante en la Convención Americana. No obstante, el derecho a la libertad de expresión no es derecho absoluto. Este derecho puede ser sometido a ciertas restricciones que –para ser legítimas– deben cumplir una serie de requisitos que han sido claramente desarrollados por los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos”.

⁸ Véase *Rodríguez vs. Google Inc. y Yahoo Argentina* de 28 de octubre de 2014 y *Gimbutas vs. Google Inc.* de 12 de septiembre de 2017, fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

⁹ En caso de existir alguna duda se aplica el principio *pro libertate*, el cual será desarrollado con mayor detalle en el primer apartado de este texto.

opiniones,¹⁰ y la dimensión colectiva es la posibilidad que tienen las personas de recibir o no las expresiones de los pensamientos, ideas e informaciones por parte de su emisor, ya sea un individuo o un medio de comunicación.¹¹ Este amparo preferencial obliga a pensar que cualquier límite a la libertad de expresión significa ir en contra una de las bases mismas de los Estados democráticos de derecho, pues es restringir la manifestación de la personalidad de los ciudadanos, minar los principios de diversidad y pluralidad sobre los cuales están fundadas las sociedades modernas e impedir debates públicos que permitan un adecuado control político. Por tanto, el Estado debe ser muy cuidadoso al establecer estos límites, pues, amparado en la protección de los derechos a la intimidad, honra, buen nombre e imagen propia, pueden imponer un modelo de moral privada en la esfera pública.¹²

Además de la tarea de establecer los límites adecuados con la garantía de derechos fundamentales y la democracia, el Estado colombiano debe evitar caer en anacronismos, esto es, presentar las tensiones entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, buen nombre y honra con las categorías analíticas creadas en la era analógica, en vez de analizarlas a la luz de una nueva realidad social, la era digital y de divulgación masiva de contenidos. Frente a este punto, una parte de la doctrina ha expresado que, en la actualidad, los tribunales se enfrentan a una realidad en donde los individuos buscan ejercer derechos fundamentales utilizando páginas web y otros servicios, como la mensajería instantánea, en donde se aceptan términos y condiciones unilateralmente fijados por los titulares, que suelen ser corporaciones regidas por el derecho privado. Es decir, los derechos fundamentales están sometidos a una relación jurídica de derecho privado, en donde, al tratarse normalmente de contratos de adhesión, no existe autonomía de la voluntad.¹³ Es en esta realidad en la que el tribunal constitucional puede privilegiar la relación de derecho privado o amparar los derechos fundamentales de los individuos. Esta última posibilidad obliga a que la Corte deba considerar a los nuevos actores, medios y relaciones que ocurren en el ciberespacio, así como la protección y los límites de derechos en la red.

En el presente artículo se analiza el esfuerzo de la Corte Constitucional colombiana para identificar a los nuevos actores, medios y expresiones que circulan en la red, así como para evaluar las tensiones entre el derecho a libertad de expresión

¹⁰ Corte Constitucional, sentencias T-391 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; y T-145 de 2019, M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

¹¹ Corte Constitucional, sentencias T-391 de 2007 y T-145, *cits*.

¹² Es importante señalar que al imponer un modelo moral también se puede ver afectada de manera desproporcionada la autonomía personal, y, por tal razón, este tipo de medidas están prohibidas en Colombia (Corte Constitucional, Sentencia C-309 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero).

¹³ Javier de la Cueva González-Cotera, "Internet como entorno de la opinión pública: envolviendo los derechos fundamentales en derechos ordinarios", *Revista Internacional de Pensamiento Político*, n.º 7 (2012): 93-115; Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional* (Madrid: Editorial Trotta, 2011).

y los derechos de terceros, por ejemplo, la intimidad, el buen nombre, la honra y la propia imagen, que se generan en internet, y las subreglas¹⁴ creadas por la Corte para la protección de los derechos en tensión, sin imponer modelos morales. Para ello se analizaron 21 sentencias proferidas por este tribunal entre 2012 y 2019, en las cuales se resuelven diferentes casos, en donde se presentan tensiones entre la libertad de expresión y los derechos de terceros en internet.¹⁵ Este estudio jurisprudencial nos permitió establecer cuál es el concepto, el alcance y los límites que

Cuadro 1: Sentencias analizadas

N.º	Sentencia	Magistrado ponente
1	Sentencia T-155/19	Diana Fajardo Rivera
2	Sentencia T-179/19	Alejandro Linares Cantillo
3	Sentencia T-102/19	Alberto Rojas Ríos
4	Sentencia SU-420/19	José Fernando Reyes Cuartas
5	Sentencia T-454/18	José Fernando Reyes Cuartas
6	Sentencia T-243/18	Diana Fajardo Rivera
7	Sentencia T-121/18	Carlos Bernal Pulido
8	Sentencia T-407A/18	Diana Fajardo Rivera
9	Sentencia T-244/18	José Fernando Reyes Cuartas
10	Sentencia T-117/18	Cristina Pardo Schlesinger
11	Sentencia T-063A/17	Jorge Iván Palacio Palacio
12	Sentencia T-695/17	José Fernando Reyes Cuartas
13	Sentencia T-022/17	Luis Guillermo Guerrero Pérez
14	Sentencia T-050/16	Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
15	Sentencia T-546/16	Jorge Iván Palacio Palacio
16	Sentencia T-693/16	Luis Ernesto Vargas Silva
17	Sentencia T-145/16	Luis Guillermo Guerrero Pérez
18	Sentencia T-015/15	Luis Ernesto Vargas Silva
19	Sentencia T-277/15	María Victoria Calle Correa
20	Sentencia T-634/13	María Victoria Calle Correa
21	Sentencia T-550/2012	Nilson Pinilla Pinilla

¹⁴ Para profundizar en el concepto de subreglas constitucionales del sistema jurídico colombiano, véase Diego López Medina, *El derecho de los jueces* (Bogotá: Legis, 2008 [2000]), caps. 5 y 6.

¹⁵ Si bien el estudio se centra en las 21 sentencias cuyo contenido muestra la tensión y las realidades de la regulación de internet y la libertad de expresión, también fue necesario

la Corte Constitucional colombiana ha dado a los derechos en tensión, pero, más importante aún, identificar los pasos del juicio de proporcionalidad realizado por la Corte para resolver casos en los que se quiera limitar la libertad de expresión en la red. A través de este análisis del precedente constitucional en Colombia se contribuye al debate sobre las exigencias de garantías de los derechos humanos en la era digital y se establecen las excepciones y limitaciones que la Corte ha puesto al derecho a la libertad de expresión en internet en un Estado democrático y garante de los derechos humanos.

En el cuadro 1 presentamos las sentencias analizadas en el presente artículo y sobre las cuales se trató de identificar el precedente constitucional proferido por la Corte Constitucional para establecer las limitaciones al derecho de la libertad de expresión en internet. Para este análisis constitucional se utilizó la metodología de línea jurisprudencial y se explicitan las subreglas de derecho creadas por la Corte para resolver los problemas jurídicos originados por las tensiones entre los derechos en estudio.

Este análisis tiene tres partes. En la primera se hace un recuento de la naturaleza y el alcance del derecho a la libertad de expresión en internet, en donde se pondrán en diálogo los nuevos procesos, sujetos, medios y objetos de expresión digital que pueden servir de herramientas para conocer mejor las dimensiones jurídicas de la expresión digital. En la segunda parte se precisarán los límites del derecho a la libertad de expresión en la red, cuyo eje central son los derechos de terceros. Y en la tercera parte se concluye con una explicación de por qué una lectura de la libre expresión como un derecho con límites relativos en la era digital resulta conveniente para la democracia y el Estado constitucional.

1. Naturaleza y alcance del derecho a la libertad de expresión: actores, medios y mensajes

El derecho a la libre expresión es fundamental para la adecuada consolidación de un Estado democrático y el favorecimiento de una sociedad pluralista, puesto que es por medio de la opinión pública que las personas pueden controlar a sus representantes y funcionarios públicos. No puede existir una democracia sin opinión pública, puesto que, de acuerdo con Hans Kelsen, “una democracia sin opinión pública es una contradicción en los términos. En la medida que la opinión pública sólo puede formarse allí donde se encuentran garantizadas las libertades intelectuales, libertad de palabra, de prensa y de religión”.¹⁶ En el Pacto de Derechos Civiles y Políticos

referenciar otras sentencias donde la Corte desarrolla debates sobre este derecho. Además, es importante señalar que la Corte Constitucional de Colombia suele hacer autorreferencias en sus sentencias, y que estas autorreferencias también hacen parte del análisis de este texto.

¹⁶ Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*. Trad. por Eduardo García Máynez (México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995 [1949]), 341.

se encuentra consagrado en el artículo 19, en la Convención Interamericana en el artículo 13 y en la Constitución Política de 1991 de Colombia en el artículo 20. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho tiene un sentido genérico que está compuesto por dos manifestaciones esenciales: la libertad de expresión en sentido estricto y el derecho a la información.¹⁷

La Corte Constitucional ha manifestado que la libertad en sentido genérico tiene una clara connotación política, es la garantía del ejercicio de la verdadera democracia participativa, puesto que permite la deliberación y discusión abierta de asuntos que pueden ser de interés para los ciudadanos,¹⁸ lo que permite que se generen opiniones críticas e informadas que contribuyan a la formación e información del electorado.¹⁹ Por su parte, la libertad de expresión en sentido estricto, basada en exposiciones subjetivas, es la facultad de divulgar y exteriorizar los propios pensamientos, sentimientos y creencias, opiniones, puntos de vista o conceptos en diferentes ámbitos, ya sea a través de manifestaciones orales, escritas, simbólicas, gestuales, electrónicas o gráficas.²⁰ La libertad de información, derecho bilateral, es la facultad de buscar y publicar información.²¹

Tenemos entonces que la libertad de expresión está compuesta por el derecho a la información, el cual posee una dimensión colectiva, y por el derecho a la opinión o expresión, el cual posee una dimensión individual.²² Esta distinción resulta fundamental para la Corte Constitucional, puesto que ambas dimensiones deben ser protegidas de manera simultánea, dada su importancia para el ejercicio de la libertad.²³ Ahora bien, en sentido estricto, el derecho a la libertad de expresión tiene un carácter preponderantemente individual y abarca el derecho a elegir el medio adecuado para difundir la opinión del emisor y lo faculta para que elija la forma

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-693 de 2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-650 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-391 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁰ Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-588 de 2015, M. P. María Victoria Calle Correa; T-731 de 2015, M. P. (e) Myriam Ávila Roldán; T-135 de 2014, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-914 de 2014, M. P. (e) Martha Victoria Sáchica Méndez; T-040 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt; T-1198 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, y T-693, cit.

²¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-731, cit.

²² Es importante mencionar que esta distinción se deriva en gran medida de la jurisprudencia de la Corte IDH y su adopción por parte de la Corte Constitucional, la cual, en las sentencias T-040 de 2013 y T-293 de 2018, establece: “La Corte Interamericana ha sido clara en señalar que la libertad de expresión se caracteriza por ser un derecho con una doble dimensión: una dimensión individual, consistente en el derecho de cada persona a expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones; y una dimensión colectiva o social, consistente en el derecho de la sociedad a procurar y recibir cualquier información, a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada”.

²³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-391 de 2007, cit.

y el tono en el que se profieren las opiniones.²⁴ Este derecho impone a la sociedad la carga de soportar las opiniones molestas y que puedan afectar la autoestima de las personas.²⁵ Ejemplo de esto son las opiniones que buscan cuestionar y criticar directamente la conducta de una figura pública o de las entidades,²⁶ incluso cuando estas llegan a la exageración y la mortificación de diversos hechos, conductas y personas de la sociedad.

De acuerdo con el anterior argumento, es importante mencionar que, en el sistema interamericano²⁷ y en el colombiano, la libertad de expresión es la regla general; por esta razón, en caso de duda se aplica la *in dubio pro libertate*, es decir, cuando surge una controversia o duda primará dicha libertad. Por esta misma razón, toda limitación legal a ese derecho debe ser entendida de forma estricta, de tal manera que se favorezca siempre el ejercicio de la libertad.²⁸ Conforme al argumento de la Corte Constitucional en la Sentencia T-155 de 2019,²⁹ se podría interpretar que existe una presunción constitucional en favor del ejercicio de esta libertad y, por tal razón, cuando su ejercicio en la red entra en conflicto con otros derechos, principios o valores constitucionales, se debe otorgar, en principio, una primacía a la libertad de expresión. Dicha presunción se da en el marco de esta sentencia, en donde la Corte manifiesta que la libertad de expresión cumple con unas funciones determinantes en una sociedad democrática porque “permite buscar la verdad, desarrollar el conocimiento, hacer posible el principio de autogobierno, promueve la autonomía personal, previene el abuso de poder, y es una válvula de escape que estimula la confrontación pacífica de las decisiones estatales o sociales que no se comparten”.³⁰

²⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-391 de 2007, cit.

²⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1319 de 2001, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes, y T-028 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁶ En el Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela, la Corte IDH establece: “La nota publicada en el diario ‘Así es la Noticia’ es una información de interés público porque la persona de que se trataba era funcionario público en la época vinculado a los hechos, y el tema tratado era de relevancia pública. La Corte recordó que sobre temas de interés público, no solo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos”.

²⁷ La Corte IDH, en los casos La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile y Palamara Iribarne vs. Chile, “estableció que los Estados no pueden ejercer ningún acto de censura previa aun cuando sea una orden judicial y que se deben aceptar las opiniones así sean chocantes, inquietantes u ofensivas para los Estados o la sociedad”.

²⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-010 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-155 de 2019, cit. En esta sentencia, la Corte niega la protección del derecho al buen nombre, honra e intimidad de Sigifredo Fonseca, funcionario público del Hospital Universitario de Santander, y concede la protección del derecho a la libertad de expresión de Johana Castro León, quien había publicado en Facebook que el señor Sigifredo pertenecía a una red de corrupción en el interior del Hospital.

³⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-155 de 2019, cit.

Es importante manifestar que el *in dubio pro libertate* podría ser entendido como una manifestación de la denominada libertad negativa dentro de la teoría de Isaiah Berlin.³¹ El autor manifiesta que esta libertad se entiende como la no interferencia en el ejercicio de la actividad, en este caso, el ejercicio de la libertad de expresión, por parte de otras personas o instituciones. Cuanto más amplia sea la ausencia de interferencia, más amplia será la libertad. Es decir, al privilegiar el ejercicio de la libertad de expresión, se busca remover los obstáculos que otras personas o instituciones pueden oponer al ejercicio libre de la voluntad. Podría pensarse, entonces, que el Estado no puede ejercer controles previos sobre lo que se puede decir o lo que no, porque esto comprometería el núcleo esencial³² del derecho en sí mismo.

Hasta este punto, tenemos que el derecho a la libre expresión está compuesto por la libertad de expresión en sentido estricto y por el derecho a la información, en los cuales el Estado debe abstenerse de intervenir, a fin de garantizar la libre participación democrática de los ciudadanos. Además de lo anterior, para hacer un adecuado análisis de la libertad de expresión y sus limitaciones en la era digital es importante que se estudien los nuevos sujetos, medios, procesos y objetos de expresión digital.

En lo que se refiere a los nuevos sujetos,³³ aparecen, además del emisor y el receptor de la información, los usuarios e intermediarios en internet. Los usuarios pueden ser identificables o anónimos, pues en las redes la interacción generalmente se da a través de perfiles. Los intermediarios pueden ser los que suministran la conexión a la red o los que alojan contenidos o prestan un servicio, como los motores de búsqueda, las redes sociales, plataformas o portales que alojan contenidos, entre otros.³⁴

³¹ Isaiah Berlin, *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Trad. por Belén Urrutia (Madrid: Alianza Editorial, 1988).

³² De acuerdo con la Corte Constitucional de Colombia, “el núcleo esencial se ha definido como el mínimo de contenido que el legislador debe respetar, es esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas” (Sentencia C-511 de 2013, M. P. Nilson Pinilla Pinilla).

³³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-420 de 2019, M. P. José Fernando Reyes Cuartas. En esta sentencia, la Corte hace el estudio de cinco tutelas que tienen cierta similitud fáctica y jurídica, lo que le permite fallar de forma unificada estos casos. En todos los casos se debate sobre qué derechos deben ser amparados: los derechos al buen nombre y la honra, o la libertad de expresión, de opinión e información en internet. Esta sentencia es muy relevante en el ordenamiento jurídico colombiano, pues trata de compilar los análisis constitucionales que la Corte ha realizado sobre la libertad de expresión y sus limitaciones en la era digital.

³⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-179 de 2019, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

La Corte Constitucional ha aplicado un principio de no responsabilidad³⁵ por parte del intermediario, si este cumple con un papel de “mero facilitador”. Ahora, aun cumpliendo con este papel, la jurisprudencia indica que un juez puede ordenar remover contenido de páginas de internet que afecten derechos de terceros. Ahora bien, esta no es la única circunstancia en donde el intermediario se vería implicado, puesto que en algunos casos es cocreador del contenido. Al respecto, la Sentencia T-179 de 2019³⁶ y el Auto 285 de 2018³⁷ manifiestan que cuando se es cocreador del contenido se tiene una responsabilidad editorial y de monitoreo.

La Corte también analiza los sujetos que producen el mensaje, sobre quiénes se produce el mensaje y el impacto de la publicación, pues se considerarán sus características especiales para limitar el derecho a la libertad de expresión. Frente al contenido de los mensajes, la Corte afirma que se protegen todas las formas de expresión; sin embargo, cuando se emplean frases degradantes, insultos o vejaciones, el emisor del mensaje asumirá las consecuencias de la vulneración del derecho al buen nombre, entre otros. Sin embargo, esta valoración de la intención dañina no dependerá del afectado, sino de un análisis objetivo, derivado del juicio de proporcionalidad que hace la Corte.

Para este análisis hay que tener en cuenta los medios sobre los cuales se publica el mensaje, el impacto de la comunicación,³⁸ quién es el emisor, pues no es lo mismo un emisor con cierta representatividad en la red que aquellos que no la tienen, como lo muestra el cuadro 2.

³⁵ La Corte Constitucional de Colombia establece: “No son responsables por el contenido que publican sus usuarios, ya que establecer esta responsabilidad llevaría a limitar la difusión de ideas y les daría el poder para regular el flujo de información en la red, en consecuencia, la responsabilidad es de quien directamente usa las expresiones ofensivas o calumniadoras” (Sentencia SU-420, cit.).

³⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-179, cit. En este caso, Juber Giraldo, líder religioso de la iglesia cristiana Movimiento Misionero Mundial, del municipio de San Jerónimo, Antioquia, interpuso acción de tutela para que se protegieran sus derechos al buen nombre, honra, buena imagen e intimidad por las publicaciones realizadas en Facebook por el señor Manuel José Delgado. En este caso, la Corte negó la protección de los derechos al buen nombre, honra, buena imagen e intimidad, y amparó el derecho a la libertad de expresión, manifestado por Manuel José Delgado en su Facebook.

³⁷ Corte Constitucional de Colombia, Auto 285 de 2018, M. P. José Fernando Reyes Cuartas.

³⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-420, cit.

Cuadro 2: Criterios analíticos para el Juicio de proporcionalidad

Tipo	Clases	Grado de protección libertad de expresión	Razón del grado de protección	Tipo	clases		Razón del grado de protección	Grado de protección de su intimidad, honra, buen nombre, propia imagen	Impacto de la publicación	Categorías	Definición
Quién produce el mensaje	Particular	Amplia	Derecho Fundamenal que debe ser protegido a todas las personas	Sobre quién se comunica	Particular, sea persona natural o jurídica		Derecho Fundamenal que debe ser protegido a todas las personas	Mayor grado de protección	Mayor vulneración del derecho al buen nombre, intimidad, honra, propia imagen	Alta busca-bilidad	Alta capacidad que tienen lo motores de búsqueda de encontrar el medio donde se encuentra publicado el mensaje
	Funcionario público	Restringida	Quién produce el mensaje		Personaje con amplio reconocimiento social (persona natural o jurídica)		El ofrecimiento de productos y servicios bajan el umbral de protección, pues entran como actores en un escenario donde es posible reclamar por una deficiente calidad	Se disminuye el umbral de protección		Alta encontra-bilidad	Alta capacidad que se tiene de encontrar el mensaje en el sitio web donde reposa
	Persona jurídica	Dependerá de si es pública, privada, medio de comunicación, partido político, sindicato, etc.	Los derechos fundamentales se predicen de todas las personas, incluso las jurídicas, sin embargo, dependiendo de la misionalidad de esa persona jurídica se predica la protección. Por ejemplo, si es pública su derecho tendrá restricciones, en cambio si es un medio de comunicación o un sindicato tendrá una especial protección		Funcionarios públicos		Por el rol que tienen deben estar dispuestos a someterse al escrutinio de su vida pública. También de su vida privada, cuando: i) tengan relación con las funciones que esa persona ejecuta; ii) incumplimiento de un deber legal como ciudadano; iii) los aspectos de su vida privada sean relevantes para evaluar la confianza depositada; iv) cuando se evalúen las competencia y capacidades requeridas para ejercer sus funciones	Menor grado de protección. El análisis se centra en el carácter de interés público que implican sus actividades o actuaciones		Alto impacto	Alta cantidad de visualizaciones, <i>likes</i> , reproducciones o reiteraciones que ha tenido el mensaje publicado
	Periodistas	Especial protección	Los periodistas tienen un papel relevante en las sociedades democráticas. Por tanto, los estados tienen el deber de garantizar que el ejercicio de la libertad de expresión sea pleno y libre de cualquier amenaza contra su vida e integridad personal						Menor impacto en la vulneración del derecho al buen nombre, intimidad, honra, propia imagen	Baja busca-bilidad	Los motores de búsqueda no tienen la capacidad de encontrar fácilmente el medio donde se encuentra publicado el mensaje
										Baja encontra-bilidad	No es fácil encontrar el mensaje en el sitio web donde reposa
	Grupos históricamente discriminados	Especial protección	Al ser grupos que han soportado en la historia diferencias acciones discriminatorias por razones étnicas, raciales, religiosas, de género, etc., cualquier acto que pretenda restringir la libertad de expresión debe demostrar que no es un acto discriminatorio.							Bajo impacto	Baja cantidad de visualizaciones, <i>likes</i> , reproducciones o reiteraciones que ha tenido el mensaje publicado

Fuente: Elaboración propia.

2. Limitaciones a la libertad de expresión frente a derechos fundamentales de terceros: casos de derecho a la honra, buen nombre, propia imagen e intimidad en el marco de la dignidad humana

La protección anteriormente descrita no significa que la libertad de expresión sea absoluta y, por tanto, no tenga ningún tipo de restricciones o limitación. En los casos en donde otro derecho, valor o principio adquiere mayor peso, a la luz de las circunstancias concretas y en cumplimiento de unas condiciones especiales, se admite la limitación de esta libertad.³⁹ Para ello, la Corte colombiana realiza un juicio de proporcionalidad aplicado a los conflictos que se han suscitado en internet entre los derechos que colisionan, pero teniendo en cuenta la carga argumentativa a favor de la libertad.⁴⁰ La jurisprudencia que ha fallado sobre estos casos ha reconocido diferentes circunstancias bajo las cuales se limita el derecho a la libertad de expresión con base en el desarrollo del sistema interamericano.⁴¹ Estas circunstancias son: la apología al odio,⁴² la pornografía infantil,⁴³ la propaganda a favor de la guerra,⁴⁴ la incitación a cometer genocidio,⁴⁵ entre otros. Además, se puede limitar el derecho cuando están en juego los derechos de otras personas. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia T-050 de 2016,⁴⁶ expone:

³⁹ Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-391 de 2007 y T-155 de 2019, cit., entre otras.

⁴⁰ Robert Alexy defiende la existencia de una carga argumentativa a favor de la libertad, cuando los derechos o principios ponderados tienen un mismo valor, luego de ponderar [Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993 (1986))].

⁴¹ Para una profundización sobre el desarrollo de estas limitaciones, véase CIDH, OEA, *Marco jurídico interamericano sobre la libertad de expresión*, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF. 2/09, 30 de diciembre de 2009.

⁴² Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-391 de 2007, cit.; T-244 de 2018, M. P. José Fernando Reyes Cuartas; T-243 de 2018, M. P. Diana Fajardo Rivera, y T-155, cit., entre otras.

⁴³ Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-391 de 2007, cit.; T-244 de 2018, M. P. José Fernando Reyes Cuartas; T-243 de 2018, M. P. Diana Fajardo Rivera, y T-155 de 2019, cit., entre otras.

⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-391 de 2007, cit.; T-244 de 2018, M. P. José Fernando Reyes Cuartas; T-243 de 2018, M. P. Diana Fajardo Rivera, y T-155 de 2019, cit., entre otras.

⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-391 de 2007, cit.; T-244 de 2018, M. P. José Fernando Reyes Cuartas; T-243 de 2018, M. P. Diana Fajardo Rivera, y T-155 de 2019, cit., entre otras.

⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-050 de 2016, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

... la libertad de expresión no es un derecho que carece de límites, pues, [...] las frases injuriosas, que denoten falta de decoro, vejaciones, insultos, expresiones desproporcionadas y humillantes que evidencian una intención dañina y ofensiva, no con un fin legítimo, sino por el contrario difamatorio, parcial, erróneo, entre otros, no son cubiertas por la protección establecida en el artículo 20 de la Constitución. Por lo tanto [...] pues no se presenta pugna legítima entre el derecho a la libertad de expresión y los alegados por la demandante.

Estas limitaciones son aplicables también en internet y las redes sociales, lo que ha generado una tensión entre derechos cuando se publican mensajes contra el interés público o que afectan la honra, la dignidad, el buen nombre y el derecho a la propia imagen. La Corte, en la sentencia antes mencionada, señala que la responsabilidad por la vulneración de estos derechos recae sobre quien realizó la publicación o el autor del mensaje, “lo que implica que si existe vulneración, se le atribuye responsabilidad a quien vulnera otros derechos fundamentales a través de estos, ya sea individualmente a quien realizó la publicación vía red social o al medio de comunicación, como al autor del mensaje transgresor, según sea el caso”.⁴⁷

Ahora bien, es importante señalar que en ningún momento existe una renuncia a sus derechos fundamentales por parte de las personas que utilizan las redes sociales.⁴⁸ Si bien es cierto que las interacciones en redes sociales generan un riesgo para los derechos fundamentales, debido a que la información compartida en dichas redes se vuelve de dominio público y puede originar un menoscabo en derechos como la intimidad, la protección de datos, la imagen, el honor y la honra, esto no quiere decir que no exista protección de los derechos en la red. Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado: i) Las normas que se aplican en lo virtual son similares a las aplicables al mundo no virtual.⁴⁹ ii) Es necesaria la protección de los derechos fundamentales en el mundo virtual y para ello se aplican las mismas reglas del mundo no virtual.⁵⁰

En este mismo sentido, la Corte ha manifestado claramente que la utilización de dichas plataformas no conlleva una cesión de las garantías constitucionales y un

⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-050 de 2016, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴⁸ Las redes sociales son uno de los intermediarios más tratados por la jurisprudencia consultada. Véase Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-695 de 2017, M. P. José Fernando Reyes Cuatras; T-145 de 2016, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-550 de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras. De igual manera, aparecen plataformas de noticias, plataformas de contenido para adultos y blogs.

⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-260 de 2012, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-713 de 2010, M. P. María Victoria Calle Correa; T-550 de 2012, cit.; T-050 de 2016, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-121 de 2018, M. P. Carlos Bernal Pulido y T-155 de 2019, M. P. Diana Fajardo Rivera.

absolutismo del derecho a la libertad de expresión. Al respecto, la Sentencia T-050 de 2016 señala:

... redes sociales como Facebook implican un mayor riesgo de vulnerabilidad de derechos fundamentales al buen nombre, a la intimidad y a la imagen, no quiere decir que el uso de dichas plataformas implique una cesión de tales garantías y, en consecuencia, la libre y arbitraria utilización de los datos, ya sea videos, fotos y estados, entre otras, ni tampoco la publicación de cualquier tipo de mensaje, dado que, *como se ha venido reiterando, la protección y límites de la libertad de expresión por medios de alto impacto también aplican a medios virtuales*. (Énfasis agregado)

Si bien la libertad de expresión es un derecho fundamental para los Estados democráticos, tal y como hemos expuesto hasta acá, no es un derecho absoluto y puede ser limitado cuando riñe contra otros derechos fundamentales, como la intimidad personal, la honra, el buen nombre y el derecho a la propia imagen.

De acuerdo con la Constitución, toda persona tiene derecho a su intimidad personal y familiar, y el Estado está obligado a respetar este derecho y a hacerlo respetar. La Corte Constitucional manifiesta que a través de este derecho se garantiza un ámbito de privacidad en su vida personal, familiar, social y gremial, por lo que terceros deben abstenerse de intervenir de forma arbitraria en este derecho.⁵¹

Ahora bien, la Corte ha expuesto que el derecho a la propia imagen es autónomo y constituye una expresión del libre desarrollo de la personalidad y de la autonomía. Es por ello que cualquier utilización de fotografías, videos o mensajes de voz debe ser previamente autorizada. En este sentido, ha dicho:

[El derecho a la propia imagen] constituye una garantía de protección de raigambre constitucional para que las características externas que conforman las manifestaciones y expresiones externas de la individualidad corporal no puedan ser objeto de libre e injustificada disposición y manipulación de terceros, [...] [este] implica la garantía del manejo sobre la propia imagen cuyo ejercicio se traduce en una manifestación de la autodeterminación de las personas.⁵²

Por otro lado, el derecho al buen nombre, que se encuentra consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política, tiene un carácter personalísimo y una relación directa con la valía que los integrantes de una sociedad tengan sobre alguien

⁵¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-155 de 2019, cit.

⁵² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-634 de 2013, M. P. María Victoria Correo Calle.

en particular.⁵³ En esta medida, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-693 de 2016, ha establecido que el derecho al buen nombre consiste en la buena opinión o fama fundamentada en los méritos, las acciones y los comportamientos de una persona. Es por ello que si el sujeto se ha encargado de que sus actos generen una imagen pública desfavorable, no es posible reclamar este derecho por vía acción de tutela. Pero, si el sujeto ha mantenido una imagen pública favorable, este derecho se constituye como uno de los más valiosos elementos del patrimonio social, que se vuelve intrínseco a la dignidad humana y que debe ser reconocido tanto por el Estado como por la sociedad.⁵⁴ Si bien es cierto que este derecho no puede ser proporcionado por el Estado, este sí se encuentra obligado a proteger la imagen construida por el sujeto y a impedir inferencias arbitrarias o ilegítimas.⁵⁵

De lo anterior se puede concluir que el Estado únicamente protege al individuo en la imagen que él mismo ha construido de sí, y lo ampara frente a los detrimentos que pueda sufrir como consecuencia de expresiones ofensivas e injuriosas y de informaciones falsas, erróneas o que, de cualquier manera, distorsionen el concepto público que se tiene de él.⁵⁶

Ahora bien, el derecho a la honra se encuentra consagrado en el artículo 21 de la Constitución Política de Colombia. Frente a las afectaciones a la honra hay un punto clave que se refiere a los insultos dirigidos hacia una persona particular; en estos casos también existe una limitación a la libertad de expresión puesto que, una vez más, se sobrepasó su ámbito de protección. Frente a este punto, la Sentencia T-213 de 2004 manifiesta:

Sólo, cuando dicho cuestionamiento y crítica, alcancen niveles del insulto o, tratándose de expresiones dirigidas a personas específicas, resulten absolutamente desproporcionadas frente a los hechos, comportamientos o actuaciones, que soportan la opinión, de tal manera que, más que una generación del debate, demuestre la intención clara de ofender sin razón alguna o un ánimo de persecución desprovisto de toda razonabilidad.⁵⁷

Es claro que si una persona que alega utilizar el derecho a la libre expresión para insultar a otra, buscando ofenderla sin razón alguna o con el ánimo de perseguirla,

⁵³ Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-949 de 2011, M. P. Nilson Pinilla Pinilla y T-155 de 2019, cit.

⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-977 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero, y T-022 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁵⁵ Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado: “El derecho al buen nombre debe ser objeto de protección constitucional cuando se divulgan públicamente hechos falsos, tergiversados o tendenciosos sobre una persona, con lo cual se busca socavar su prestigio o desdibujar su imagen” (Sentencia SU-219 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández).

⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-693 de 2016, cit.

⁵⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-213 de 2004, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

esta acción amerita un límite. No obstante, es importante señalar que esta limitación busca proteger la honra de las personas y no imponer un modelo de moralidad pública.⁵⁸

Por otra parte, el derecho a la libertad de expresión también se restringe cuando existe una amenaza real⁵⁹ a la vida o la integridad de las personas. En el caso de la amenaza a la vida o a la integridad física generada por las opiniones de otros, esta restricción solo se logra si se demuestra la causalidad entre la opinión emitida por el emisor y la reacción negativa que amenaza la vida o integridad de la víctima.

En resumen, el derecho a la libertad de expresión tiene una fuerte protección por parte de la Constitución de 1991 y por el desarrollo jurisprudencial de la Corte, sin que implique la garantía absoluta del derecho. Por esta razón, tiene límites, los cuales son aplicados de igual manera en el mundo virtual y en el no virtual, y esto permite que la Corte Constitucional pueda ordenar a los intermediarios bajar contenidos que atentan contra los derechos de las personas y el interés público. Para resolver cuándo puede limitarse se debe hacer un examen de proporcionalidad, orientado a establecer si la restricción a la libertad de expresión en internet se encuentra justificada desde una perspectiva constitucional.

La Corte Constitucional ha establecido cuatro subreglas que se deben tener en cuenta en el momento de hacer el juicio de proporcionalidad:

(i) toda expresión está amparada *prima facie* por el derecho a la libertad de expresión; (ii) en los eventos de colisión del derecho a la libertad de expresión con otros derechos fundamentales, en principio, la libertad de expresión prevalece sobre los demás; (iii) cualquier limitación de una autoridad pública al derecho a la libertad de expresión se presume inconstitucional, y por tanto, debe ser sometida a un control constitucional estricto; (iv) cualquier acto de censura previa, por parte de las autoridades es una violación del derecho a la libertad de expresión, sin que ello admita prueba en contrario.⁶⁰

Ahora, teniendo estas subreglas claras, el juicio de proporcionalidad se realizará cuando la órbita del derecho a la libertad de expresión interfiere en la órbita de otro derecho (como el del buen nombre, honra, propia imagen e intimidad). Siempre se deberá hacer un escrutinio estricto, pues lo que se pretende es limitar el derecho a

⁵⁸ La Corte Constitucional de Colombia expone: “En determinados casos, un discurso puede ser injurioso, y afectar el derecho a la honra de una persona (CP, art. 21), no tanto por su contenido, sino porque se emplean expresiones, que carecen de relación con la idea que se expresa o la información que se transmite, y que meramente pretenden desprestigiar o desvalorizar a la persona” (Sentencia C-010 de 2000, cit.).

⁵⁹ La Corte Constitucional de Colombia expone que la amenaza debe ser probada y que no basta con la mera manifestación de la misma (Sentencia T-1319 de 2001, cit.).

⁶⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-420 de 2019, cit.

la libertad de expresión, que, como se ha mencionado a lo largo del texto, goza de una protección amplia en los Estados democráticos.

La Corte colombiana establece un test tripartito, el cual indica que “(i) las limitaciones deben estar previstas legalmente; (ii) deben dirigirse a proteger los derechos de los demás, la seguridad nacional el orden público, la salud o la moralidad pública, y (iii) deben ser idóneas, necesarias y estrictamente proporcionadas a la finalidad perseguida”.⁶¹

Para el caso específico de proteger el derecho al buen nombre, la honra, la propia imagen o la intimidad en internet, restringiendo un contenido que presuntamente vulnera estos derechos, el primer paso del test tripartito se cumple, pues estos derechos están consagrados en la Constitución Política y es deber del Estado protegerlos. Ahora, el segundo paso también se cumple, pues lo que se pretende es proteger estos derechos a una persona que considera que se le están vulnerando en la red. Nos queda entonces el análisis del tercer paso.

Para ello, es importante definir las categorías que la Corte plantea. En la Sentencia C-093 de 2001⁶² se establece que una medida es idónea cuando alcanza un fin constitucionalmente válido; es necesaria cuando no existe otra medida menos lesiva contra el derecho fundamental que se pretende restringir; y es proporcional si no se sacrifican valores o principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los pretendidos con la medida examinada.

Además de lo anterior, la Corte establece los siguientes criterios que complementan el juicio de proporcionalidad:

- i) La dimensión o faceta de la libertad de expresión y el carácter nuclear o axial para la vigencia de ese derecho y la materialización de sus propósitos constitucionales.
- ii) El grado de controversia sobre el carácter difamatorio o calumnioso de la divulgación, pues a medida que se incrementa la incertidumbre del mismo, se reduce la posibilidad de restringir la libertad de expresión (menor peso al derecho al buen nombre y la honra).
- iii) El nivel de impacto de la divulgación: a) el emisor del mensaje (servidor público, personaje público, y demás desarrollados por la jurisprudencia); b) el medio de difusión; c) el contenido, y d) el receptor.⁶³

⁶¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-420 de 2019, cit.

⁶² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-093 de 2001, M P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶³ Se recomienda al lector revisar el cuadro 2 de este trabajo, pues las categorías allí expuestas son las evaluadas por la Corte Constitucional en este criterio del juicio de proporcionalidad.

- iv) La periodicidad de las publicaciones del emisor, pues cuanto mayor sea esta, menor es el peso de la libertad de expresión e incrementa la afectación al buen nombre y la honra.⁶⁴

Conclusiones

Internet viene definiendo los espacios de deliberación pública hace más de diez años. Así, opinar y hacerlo de manera informada son prácticas en medio de esta red virtual valoradas positivamente, pues son asociadas a dos de los cimientos de las democracias liberales –como las que inspiran a la mayoría de Estados en Occidente–: el derecho a expresarse y a acceder a información. Nadie podría negar que el estadio actual del discurso y la discusión pública ha sido dinamizado por las prácticas precitadas; la vasta cantidad de información, de mediadores, de difusores y de actores interesados en usar diversas formas del lenguaje (imágenes paródicas o memes, mensajes cortos o *tweets*, *mixes* de texto e íconos, etc.) para representar algo es inabarcable y no puede compararse con aquellas propias del mundo análogo. Sin embargo, es claro que en medio de este engrosamiento de la opinión hay manifestaciones jurídica y socialmente reprochables.

Algunas de dichas manifestaciones son: usar datos de forma engañosa para intervenir en votaciones; tergiversar información para influir en una manera de ver un programa o actor político; circular imágenes de personas con huellas de golpes en el rostro para promover discursos de odio o misoginia; caricaturizar situaciones que involucran personas de grupos vulnerables; o la divulgación de propagandas discriminatorias. Cada una de tales manifestaciones tiene el efecto contrario al robustecimiento democrático.

No obstante, la condición inconmensurable de la expresión humana impide un diseño jurídico capaz de anticiparla y controlarla. Lo que se puede hacer es definir algunos criterios flexibles y en permanente revisión para determinar cuándo debe limitarse la libertad de expresión en internet. Justamente, en este documento se presenta un análisis de los criterios derivados de la jurisprudencia constitucional colombiana sobre la libertad de expresión en medio de las tensiones vinculadas a internet.

Lo que se deja ver en medio del ejercicio interpretativo de la Corte es la tendencia hacia la protección y promoción de la libertad de expresión. Uno de los fundamentos normativos recurrentes en medio de los fallos es el artículo 13, numeral 2, de la CIDH: “El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores”, así como el principio quinto de la *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, de la OEA: “La

⁶⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-420 de 2019, cit.

censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación”.⁶⁵

Ciertamente, los intentos por parte de los Estados de crear leyes que regulen la circulación de ideas en internet han sido múltiples. En Colombia se quería hacer a través del Proyecto de Ley 176 de 2019, que regulaba las políticas de uso y apropiación de las redes sociales.⁶⁶ En la Argentina, a través del Expediente 8542-D-2016⁶⁷ de la Cámara de Diputados de la Nación, se pretendía crear la Defensoría Pública en Redes Sociales de Contenidos Digitales, cuya misionalidad era la protección de los derechos de las personas humanas y jurídicas frente a los actos, hechos y expresiones que causaran un grave perjuicio a sus derechos constitucionales, mediante cualquier tipo de redes sociales, fueran digitales, fijas o móviles. En Chile se buscó modificar la Ley 19733 de 2001 sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo a través de los proyectos de Ley 9460 y 9461 de 2019, que pretendían regular los medios digitales. Cada uno de estos instrumentos demandó inclusión de garantías y de veedurías que indican la importancia de los medios digitales y la posibilidad de expresarse en estos.

En ordenamientos jurídicos democráticos y garantes de derechos fundamentales, las limitaciones del derecho a la libertad de expresión en las nuevas tecnologías no pueden ser rígidas, absolutas, generales ni previas. Los Estados, en especial sus jueces, deben contar con criterios analíticos constitucionales que les permitan resolver cada uno de los conflictos de derecho que se presentan en el momento de realizar cualquier publicación en internet. Estos criterios respetuosos de los ordenamientos constitucionales también deben ser acatados por los prestadores de servicio de internet, los cuales no podrían limitar, a través de instrumentos jurídicos de carácter privado, los derechos de las personas en estos canales.

Así las cosas, la limitación del derecho a la libertad de expresión debe realizarse utilizando criterios garantistas. El sistema interamericano ha hecho lo propio a través de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH, así:

Los requisitos esenciales que debe cumplir cualquier restricción del derecho a la libertad de expresión se encuentran contenidos en los artículos 13, 8 y 25 de la Convención Americana. Dichos requisitos [...] pueden resumirse como (1) consagración legal; (2) búsqueda de una finalidad imperativa; (3) necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida para alcanzar la finali-

⁶⁵ CIDH, OEA, *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, adoptada por la CIDH en su 108° periodo ordinario de sesiones, 20 octubre 2000, <https://www.refworld.org.es/docid/5aec98074.html>.

⁶⁶ Cámara de Representantes de Colombia, Proyecto de Ley 176 de 2019, *Gaceta* 772 de 2019.

⁶⁷ Cámara de Diputados de la Nación Argentina, Proyecto 8542-D-2016, <http://bit.ly/2E56Wsp>.

dad perseguida; (4) garantías judiciales; y (5) satisfacción del debido proceso, incluyendo, las notificaciones al usuario.⁶⁸

El tribunal constitucional colombiano, a través de las sentencias analizadas en este texto, también creó criterios coherentes con el sistema interamericano, que al ser aplicados a casos concretos aportan una mejor comprensión de los mismos a quienes deben hacer estas tareas en los Estados. Durante el desarrollo de este texto expusimos las subreglas de derechos, que son los criterios unificados de la Corte Constitucional de Colombia y también el método jurídico utilizado –juicio de proporcionalidad– para resolver estas controversias suscitadas en la era digital respecto del derecho a la libertad de expresión.

Bibliografía

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993 [1986].
- BERLIN, Isaiah. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Traducido por Belén Urrutia. Madrid: Alianza Editorial, 1988.
- DARNTON, Robert. *Censores trabajando: de cómo los Estados dieron forma a la literatura*. México, D.C.: Fondo de Cultura Económica, 2014.
- DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, Javier. “Internet como entorno de la opinión pública: envolviendo los derechos fundamentales en derechos ordinarios”. *Revista Internacional de Pensamiento Político*, n.º 7 (2012): 93-115.
- FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.
- FRANCO, Natalia. *Libertad de expresión, derecho al buen nombre, a la honra y a la imagen: guía para periodistas*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2015.
- KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. Traducido por Eduardo García Máynez. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995 [1949].
- LÓPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2008 [2000].
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Convención Interamericana de Derechos Humanos”, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

Legislación y jurisprudencia

- CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN ARGENTINA, Proyecto 8542-D-2016, <http://bit.ly/2E56Wsp>.
- CÁMARA DE REPRESENTANTES DE COLOMBIA, Proyecto de Ley 176 de 2019, *Gaceta* 772 de 2019.

⁶⁸ CIDH, *Libertad de expresión...*

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Organización de los Estados Americanos. *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, 20 de octubre de 2000, <https://www.refworld.org/es/docid/5aec98074.html>.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Marco jurídico interamericano sobre la libertad de expresión*. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF. 2/09, 30 de diciembre de 2009.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Libertad de expresión en internet*. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF. 11/13, 31 de diciembre de 2013, http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_o8_Internet_WEB.pdf.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-028/96, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-309/97, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-391/97, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-010/00, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-093/01, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1319/01, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-650/03, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-219/03, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1198/04, M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-391/07, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-713/10, M. P. María Victoria Calle Correa.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-949/11, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-550/12, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-260/12, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-634/13, M. P. María Victoria Calle Correa.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-040/13, M. P. Jorge Ignacio Pretelt.

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-511/13, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-135/14, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-914/14, M. P. (e) Martha Victoria Sáchica Méndez.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-277/15, M. P. María Victoria Calle Correa.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-588/15, M. P. María Victoria Calle Correa.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-731/15, M. P. (e) Myriam Ávila Roldán.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-015/15, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-227/15, M. P. María Victoria Calle Correa.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-145/16, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-693/16, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-546/16, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-452/16, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-050/16, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-022/17, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-695/17, M. P. José Fernando Reyes Cuartas.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-063A/17, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 285 de 2018, M. P. José Fernando Reyes Cuartas.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-244/18, M. P. José Fernando Reyes Cuartas.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-407A/18, M. P. Diana Fajardo Rivera.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-121/18, M. P. Carlos Bernal Pulido.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-243/18, M. P. Diana Fajardo Rivera.

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-454/18, M. P. José Fernando Reyes Cuartas.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-293 /18, M. P. Cristina Pardo Schlesinger.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-102/19, M. P. Alberto Rojas Ríos.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-179/19, M. P. Alejandro Linares Cantillo.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-155/19, M. P. Diana Fajardo Rivera.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-420/19, M. P. José Fernando Reyes Cuartas.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-145/19, M. P. Cristina Pardo Schlesinger.
- CORTE IDH. Caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001.
- CORTE IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005.
- CORTE IDH. Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela, Sentencia de 30 de agosto de 2019.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. y otro s/ daños y perjuicios, 2014.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Gimbutas, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios, 2017.

Instrucciones para la presentación de artículos

1. Los artículos estarán escritos en español o portugués. En caso contrario, la posibilidad de traducirlos deberá ser discutida de manera oportuna con el equipo editorial del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.
2. Se acompañarán de un **resumen** de hasta 900 caracteres (espacios incluidos), 150 palabras, y tres **palabras clave**.
3. El equipo editorial del *Anuario* determinará qué material será publicado. La decisión se comunicará oportunamente a cada autor.
4. El material enviado debe ser original e inédito. Si luego de publicado en el *Anuario*, el autor desea reproducirlo en otro medio, deberá dejarse constancia de la primera publicación.
5. Los artículos se enviarán en formato electrónico (archivo de Word o compatible) a iusla@kas.de
6. La extensión de los trabajos, en principio, no superará los 40.000 caracteres (aproximadamente 25 páginas del *Anuario*). El equipo editorial considerará las situaciones excepcionales.
7. La página 1 contendrá la siguiente información:
 - a) Nombre del autor* y, entre paréntesis, el país de origen.
 - b) En la nota a pie de página correspondiente al * deberá escribir:
 - i) Referencia curricular de hasta 30 palabras.
 - ii) Dirección electrónica (que se publicará).
 - iii) Código orcid.
 - d) Título del artículo.
 - e) Los agradecimientos, aclaraciones o comentarios sobre el origen del texto se incluirán en nota a pie de página junto al título del artículo.

8. El autor deberá enviar su dirección postal para la remisión de los ejemplares del *Anuario*, una vez sea publicado.
9. Para los títulos internos se empleará la numeración decimal (1, 1.1, 1.1.1). Es aconsejable que no haya más de *tres* niveles de títulos internos.
10. No es conveniente usar la numeración automática de títulos y apartados porque puede dar lugar a errores en la etapa de diagramación. Por el mismo motivo conviene evitar las referencias cruzadas.
11. Las mayúsculas se emplearán de acuerdo con las normas ortográficas vigentes. En particular, se escribirán con minúscula los nombres de los meses y días de la semana (*noviembre, lunes*), los cargos, títulos y dignidades, excepto cuando aparezcan abreviados (*magistrado, fiscal, doctor*), así como los nombres *genéricos* de entidades de cualquier clase y jerarquía (*un juzgado de primera instancia, los tribunales constitucionales*).
12. Las **referencias y bibliografía** deben seguir, de manera rigurosa, el *Manual de estilo Chicago-Deusto. Guía breve para citas y referencias bibliográficas*, pp. I-VII (Bilbao: Deusto, 2014), <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/otraspub/otraspubo7.pdf>.



El Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer presenta la vigesimosexta edición del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, que este año recoge 34 artículos de autores de más de 14 países de la región. Dichos textos han sido compilados en dos grandes partes: activismo judicial en América Latina y garantía de los derechos fundamentales en la era digital.