

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.

* * *

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