Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVI, BOGOTÁ, 2020, PP. 645-667, ISSN 2346-0849

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@pucp.pe. https://orcid.org/0000-0002-0482-2410.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Bogotá, 2020
DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

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

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

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.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

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.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

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* 9, n.º 1 (2011): 86-111].

[6] Cid, "¿Debe algún tribunal tener la última palabra?", 249.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

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 Vírgala, *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

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

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).

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Bogotá, 2020
DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

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.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

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.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

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.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

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 exacerba 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.

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Bogotá, 2020
DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

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].

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

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.

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Bogotá, 2020
DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

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, *Constitucionalismo. 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.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

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, indepedientemente 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.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

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.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

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.

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Bogotá, 2020
DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

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.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

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.

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Bogotá, 2020
DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

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.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

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].

DR © Konrad Adenaur Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

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.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

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.

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Bogotá, 2020
DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

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

DR © Konrad Adenaur Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/