



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Año VI. Núm. 10
enero-junio 2020
ISSN: 2448-6965

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

R4546CECSCJN

Revista del Centro de Estudios Constitucionales / nota editorial Ana María Ibarra Olguín ; presentación Ministro Arturo Zaldívar. -- Año 6, número 10 enero-junio 2020. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020-.

1 recurso en línea (volúmenes ; 22 cm.)

Semestral

ISSN 2448-6965

1. Derecho constitucional – Doctrina – Publicaciones periódicas – México 2. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Estudio de casos 3. Administración de justicia 4. Normas constitucionales 5. Tribunal constitucional 6. Cultura jurídica I. Ibarra Olguín, María II. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo III. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales

REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, Año VI, Núm. 10, enero-junio 2020, es una publicación semestral editada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Avenida José María Pino Suárez núm. 2, Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc, C.P. 06060, Tel. 4113-1000, www.scjn.gob.mx. Certificado de Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2015-092411204900-102. ISSN: 2448-6965; otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Certificado de Licitud de Título en trámite. Certificado de Licitud de Contenido en trámite.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.



REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Año VI. Núm. 10
enero-junio 2020

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Presidente

Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández
Ministra Ana Margarita Ríos-Farjat

Segunda Sala

Ministro Javier Laynez Potisek
Presidente

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Alberto Pérez Dayán

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ana María Ibarra Olguín
Directora General

**Directorio editorial de la
Revista del Centro de Estudios Constitucionales**

Ana María Ibarra Olguín

Directora de la Revista

Alejandra Martínez Verástegui

Coordinadora editorial de la Revista

Grizel Robles Cárdenas

Asistente editorial

Consejo editorial académico

Bruce Ackerman (Universidad de Yale, Estados Unidos), Amalia Amaya (IIF-UNAM, México), Arturo Bárcena Zubieta (SCJN, México), Carlos Bernal Pulido (Corte Constitucional de Colombia), Jorge Arturo Cerdio Herrán (ITAM, México), Laura Clérico (Universidad de Buenos Aires, Argentina), Juan Antonio Cruz Parcero (UNAM, México), Luis María Díez-Picazo Giménez (Tribunal Supremo de España), Jordi Ferrer Beltrán (Universidad de Girona, España), Eduardo Ferrer Mac-Gregor (UNAM, México), Víctor Ferreres Comella (Universidad Pompeu Fabra, España), Marina Gascón Abellán (Universidad de Castilla-La Mancha, España), Juan Luis González Alcántara Carrancá (SCJN, México), Carlos Lema Añón (Universidad Carlos III de Madrid, España), Gloria Patricia Lopera Mesa (Universidad de Florida, Estados Unidos), Luis López Guerra (Universidad Carlos III de Madrid, España), Ana Laura Magaloni Kerpel (CIDE, México), Mariela Morales Antoniazzi (Instituto Max Planck, Alemania), Roberto Saba (Universidad de Palermo, Italia), Pedro Salazar Ugarte (UNAM, México), Frederick Schauer (Universidad de Virginia, Estados Unidos), Rodrigo Uprimny Yepes (DeJusticia, Colombia), Armin von Bogdandy (Instituto Max Planck, Alemania), Arturo Zaldívar (SCJN, México).

CONTENIDO

Nota editorial	IX
Presentación	XV

Pensamiento Constitucional

<i>Participación y control judicial. Una respuesta a Jeremy Waldron</i> Aileen Kavanagh	3
--	---

<i>El papel de los tribunales constitucionales en los Estados democráticos</i> Juan Antonio Xiol Ríos	47
--	----

<i>Dilemas supremos: ¿Qué, cuándo y cuánto decidir?</i> Roberto Saba	79
---	----

<i>La corrupción como una violación de derechos humanos</i> Anne Peters	123
--	-----

Trayectorias Constitucionales

*¿Cómo reparar
las violaciones a los derechos
económicos y sociales?
Un análisis crítico
de la jurisprudencia
constitucional colombiana*
Carlos Bernal Pulido 189

*El papel de los tribunales
constitucionales
en la interpretación de
los derechos humanos*
José Luis Caballero Ochoa
y Daniel Antonio García Huerta 217

*Justicia social
y seguridad en México*
Elena Azaola 247

Reseña

Khaitan y el orden del caos
Reseña de la obra *Khaitan, Tarunabh (2016),
A Theory of Discrimination Law*
Oxford; Oxford University Press, 288 pp.
Ana María Ibarra Olguín 275

NOTA EDITORIAL

Es un gusto presentarles el número décimo de la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Esta publicación continúa la discusión presentada en la edición anterior sobre el rol de los tribunales constitucionales en los Estados democráticos. En las secciones Pensamiento Constitucional y Trayectorias Constitucionales el lector podrá encontrar a grandes autores, quienes debaten aspectos teóricos y prácticos de la justicia constitucional.

Los artículos de Aileen Kavanagh, Juan Xiol, Roberto Saba, Anne Peters, Carlos Bernal, José Caballero, Daniel García y Elena Azaola brindan un panorama completo sobre los desafíos actuales de los tribunales constitucionales, desde la tensión entre el principio democrático y la justicia constitucional, pasando por la relación de fenómenos complejos como la corrupción y los derechos humanos, hasta brindar un panorama sociológico sobre la justicia social en el Estado mexicano. Estas reflexiones invitan a repensar los diseños de la justicia constitucional, a cuestionarnos si hay un mejor o mejores acomodos institucionales que permitan resultados alineados a los postulados de los derechos humanos.

Aileen Kavanagh abre la sección Pensamiento Constitucional con el artículo *Participación y control judicial: Una respuesta a Jeremy Waldron*. La autora postula que el control judicial puede convertirse en un valioso canal de participación política en sí mismo. Con esta tesis Kavanagh debilita la objeción central de Waldron al control judicial, consistente en que éste limita la participación democrática de los ciudadanos al despojarlos de la toma de las decisiones más importantes para la vida pública. La autora argumenta que la posibilidad de que los ciudadanos acudan a las cortes a reclamar sus derechos proporciona un espacio adicional de participación a los métodos democráticos de toma de decisiones, pues permite que se socialicen, publiciten y atiendan las demandas de los grupos que tienen dificultad en hacer que sus voces sean escuchadas a través de los canales ordinarios de la política.

Enseguida, Xiol Ríos, en *El papel de los tribunales constitucionales en los estados democráticos*, analiza si los tribunales constitucionales tienen una función específica de protección del principio democrático, cuáles son los procedimientos mediante los que ejercitan esta función y si son idóneos para cumplir este cometido. Desde esta perspectiva, los tribunales constitucionales, su forma de constitución y funcionamiento han respondido a la posible deriva antidemocrática de los poderes judiciales. Por otro lado, también han permitido conservar las identidades nacionales en la actual internacionalización de los derechos humanos. En ese sentido, al final, los tribunales constitucionales son las instituciones que permiten que se respete el principio democrático.

Roberto Saba enfrenta *Dilemas supremos. ¿Qué, cuándo y cuánto decidir?* En su estudio, ofrece criterios, pautas para orientar y legitimar a los tribunales constitucionales respecto a estos dilemas. En su opinión, el modo en que estas cuestiones sean resueltas tendrá un impacto fundamental en el desempeño del tribunal constitucional, tanto en la calidad de sus decisiones como en la fidelidad respecto a la misión para la cual fue creado. Saba considera deseable que un tribunal constitucional decida pocos casos; justifica tal actitud con base en razones prácticas, normativas y estratégicas. Estas razones permiten sostener que los tribunales tengan una agenda cuya selección no sea un acto

arbitrario, sino congruente con la función que están llamados a realizar; esto es, una labor pedagógica respecto al significado de la norma fundamental.

Para cerrar esta sección, Anne Peters se pregunta: ¿De qué forma afecta la corrupción a los derechos humanos? En el artículo *La corrupción como una violación a los derechos humanos*, la autora nos explica que hay actos u omisiones por la corrupción que pueden ser calificados no simplemente como afectaciones negativas a estos derechos, sino como violaciones a los derechos humanos. Señala que esta postura no dice que exista un derecho humano contra la corrupción. Más bien, la corrupción afecta derechos humanos ya reconocidos, principalmente los derechos sociales, económicos y culturales, aunque también a los derechos de libertad. Pensemos, por ejemplo, en cómo afecta a los derechos no prestacionales la corrupción en la administración de justicia. En su opinión, esta visión supera el enfoque basado exclusivamente en derecho penal como herramienta para combatir la corrupción, pues permite a los organismos de supervisión de cumplimiento de los derechos humanos abordar el tema de la corrupción. Además, la incorporación de la corrupción como un factor a ponderar en las demandas de violaciones de derechos humanos puede ayudar a probar la existencia de las violaciones de los derechos humanos y a implementar más y mejores formas de reparación no previstas en el derecho penal. Este enfoque, señala la autora, ayudaría a cerrar la brecha de implementación de los tratados internacionales anticorrupción.

La sección Trayectorias Constitucionales abre con el artículo *¿Cómo reparar las violaciones a los derechos económicos y sociales?* A partir del estudio de caso de la Corte Constitucional de Colombia, Bernal Pulido estudia la función de las cortes constitucionales en la adjudicación de los derechos sociales y analiza el tipo de reparaciones posibles para este tipo de derechos. Desde una reflexión crítica, el autor se pregunta si existe una mejor práctica, normativamente preferible. Argumenta que los remedios estructurales fuertes, aunque tienen un notable efecto simbólico, contrastan con su baja efectividad para lograr resultados tangibles. En cambio, desde su perspectiva, reparaciones más débiles en casos individuales han mostrado mejores resultados.

Luego, Caballero y García presentan *El papel de los tribunales constitucionales en la interpretación de los derechos humanos*. En este estudio los autores señalan que los tribunales constitucionales han cobrado un papel protagónico en tanto determinan la vigencia, alcance y contenido de los derechos humanos. Los autores se preguntan ¿de qué manera estos tribunales pueden contribuir a la expansión de los derechos humanos? En su opinión, los tribunales están llamados a hacer realidad la caracterización de los derechos humanos como principios jurídicos, mediante el ejercicio de una interpretación judicial progresista. No obstante, esta interpretación no debe ser un acto arbitrario. Para ellos, el artículo 1o. constitucional integra un conjunto de herramientas que guían esta función, como el bloque de constitucionalidad y la interpretación conforme que promueven el ejercicio de una interpretación orientada en la vigencia de los derechos humanos.

Para cerrar esta sección, Elena Azaola presenta un panorama descriptivo sobre la situación de la justicia social en México. En el estudio *Justicia social y seguridad en México*, la autora presenta cifras sobre la justicia social y seguridad pública. Finalmente, relata varios de los problemas más graves de violaciones a derechos humanos con énfasis en la ausencia de instituciones de procuración de justicia que actúen de manera eficaz y protejan los derechos de todos y todas. Azaola señala que la situación actual no sólo es resultado de la violencia y el crimen organizado, sino también de la incapacidad de las instituciones del Estado mexicano de solucionar estos problemas.

Finalmente, se encuentra la reseña al libro de Tarunabh Khaitan, titulado *A Theory of Discrimination Law*. De acuerdo con la reseña, Khaitan logra dar orden al caos del derecho contra la discriminación, pues presenta una teoría coherente y completa sobre el mismo. Las coordenadas que traza Khaitan en su obra —consistentes en los deberes y derechos que comprende, así como en la identificación del protectorado y entes obligados— permiten responder los problemas fáciles y complejos que se generan en las demandas contra la discriminación. En la reseña hay una invitación a mirar la arquitectura generada en la obra Khaitan para así darle, quizá, orden al derecho a la igualdad en México.

La tensión de la justicia con el principio democrático y sus problemas de adjudicación invitan a reflexionar permanentemente sobre estos desafíos. Esperemos que esta Revista se siga consolidando como espacio abierto y de discusión rigurosa. Ponemos a su disposición esta obra tanto en versión electrónica como impresa, con el anhelo de que la voz de los autores que escriben en ella llegue a un público más amplio. Bienvenidos a la décima publicación.

Ana María Ibarra Olgúin
*Directora General del Centro de Estudios Constitucionales
Suprema Corte de Justicia de la Nación*

PRESENTACIÓN

A más de veinticinco años de la reforma constitucional de 1994, podemos afirmar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha consolidado como un auténtico tribunal constitucional que ha contribuido de manera decisiva a la transición democrática en el país. Este Alto Tribunal, mediante sus sentencias, ha garantizado la defensa del federalismo, la división de poderes, el control constitucional de las leyes y la protección de los derechos. Por ello, me parece un momento oportuno para plantearnos preguntas sobre los desafíos de los tribunales constitucionales y reflexionar sobre el futuro de la justicia constitucional en nuestro país.

Como mencioné en el número anterior, el Centro de Estudios Constitucionales tiene el propósito de contribuir a la consolidación democrática por medio de actividades y publicaciones que promuevan el interés por la labor de la Corte y vinculen dicha tarea con la academia y la sociedad. En este sentido, me complace presentar la publicación del número diez de la Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Esta obra aborda precisamente el papel de los tribunales constitucionales en las democracias modernas y nos invita a reflexionar sobre las exigencias del presente para este Alto Tribunal.

Para garantizar un producto académico del más alto nivel, el Centro convocó a un número amplio de académicos, tanto nacionales como internacionales, de gran prestigio. En las distintas secciones de esta publicación autores destacados como Aileen Kavanagh, Juan Xiol, Roberto Saba, Anne Peters, Carlos Bernal, José Caballero, Daniel García y Elena Azaola, entre otros, continúan la discusión iniciada en el número anterior sobre la intersección entre tribunales, democracia y derechos. Agradezco y celebro de nueva cuenta que autores de reconocido prestigio hayan decidido participar en esta obra que me complace mucho presentar.

El nuevo número se suma a los distintos proyectos del Centro de Estudios Constitucionales con el propósito de consolidar a esta institución como un espacio abierto y plural para la reflexión rigurosa e innovadora en el país. En última instancia, el propósito de todos estos esfuerzos es construir una nueva cultura constitucional que implique la reflexión profunda en torno a la democracia y los derechos. Además, con el fin de llegar a un público más amplio y democratizar el conocimiento jurídico, me da mucho gusto anunciar que este número y los anteriores se encuentran disponibles en versión electrónica en el sitio web del Centro para su consulta.

Estoy seguro de que las aportaciones de esta obra resultarán de gran interés para las personas preocupadas por el derecho constitucional y por la consolidación de los tribunales constitucionales en las democracias del siglo veintiuno. Felicito a los autores y al equipo que estuvo detrás de su publicación e invito a quienes me leen a consultarla y a seguir de cerca las distintas actividades y publicaciones del Centro de Estudios Constitucionales.

Ministro Arturo Zaldivar
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

**PENSAMIENTO
CONSTITUCIONAL**

Participación y control judicial. Una respuesta a Jeremy Waldron*

Participation and judicial review:

*A reply to Jeremy Waldron***

AILEEN KAVANAGH***

Resumen

Este ensayo desafía los argumentos de Jeremy Waldron en favor del mayoritarismo participativo y en contra del control judicial de constitucionalidad. Primero, considero y critico los argumentos de Waldron en contra de las justificaciones instrumentales de la autoridad política. Mi postulado central es que, si bien el derecho a la participación democrática es intrínsecamente valioso, éste no desplaza la importancia central de la "condición instrumental del buen gobierno": los mecanismos políticos de toma de decisiones deberían ser elegidos (principalmente) con base en su capacidad de propiciar buenos resultados. A continuación, me aboco a examinar el argumento de Waldron de que los individuos tienen el derecho de participar en las decisiones que afectan sus vidas. Asimismo, respondo a su argumento de que las justificaciones del control judicial de constitucionalidad se encuentran sustentadas en una objetable desconfianza hacia la política democrática, que es inconsistente con la visión de las personas como

* Texto publicado originalmente como "Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron" (Kavanagh, 2003, pp. 451-486). Traducido al español por Ana Lucía Díaz.

** Deseo agradecer a Cecile Fabre, Joseph Raz y Adam Swift por los comentarios extremadamente útiles que hicieron a las versiones anteriores de este ensayo, y a Margit Cohn y a dos revisores anónimos por sus útiles comentarios en la versión final.

*** Profesora de Derecho constitucional, Universidad de Dublín.

agentes moralmente responsables y autónomos. Finalmente, busco mostrar que el control judicial puede en sí mismo convertirse en un valioso canal de participación política, especialmente para aquellos que se encuentran marginalizados y que carecen de poder en el proceso político ordinario.

Palabras clave: Control judicial de constitucionalidad, derecho a la participación democrática, autoridad política, desconfianza, diseño institucional, participación formal y efectiva.

Abstract

This article challenges Jeremy Waldron's arguments in favour of participatory majoritarianism, and against constitutional judicial review. First, I consider and critique Waldron's arguments against instrumentalist justifications of political authority. My central claim is that although the right to democratic participation is intrinsically valuable, it does not displace the central importance of the "instrumental condition of good government": political decision-making mechanisms should be chosen (primarily) on the basis of their conduciveness to good results. I then turn to an examination of Waldron's claim that individuals are entitled to participate in decisions which affect their lives. Furthermore, I respond to his claim that justifications of constitutional judicial review rely on an objectionable distrust of democratic politics, and is inconsistent with a view of the person as a morally responsible, autonomous agent. Finally, I seek to show that judicial review can itself become a valuable channel of political participation, especially for those who are marginalized and disempowered in the normal political process.

Keywords: Constitutional judicial review, right to democratic participation, political authority, distrust, institutional design, formal and effective participation.

1. Introducción

Jeremy Waldron ha sido uno de los más persistentes e influyentes opositores a la práctica estadounidense del control judicial en la teoría política y jurídica reciente. Su argumento en contra del control judicial (y a favor de la participación democrática ilimitada) depende del hecho de que discrepamos acerca de los principios morales que deben guiar nuestro sistema político (Waldron, 1999, pp.101-103 y 246-247).¹ De acuerdo con Waldron, la única manera acep-

¹ Se refiere a este hecho del desacuerdo como "las circunstancias de la política".

table de responder a este hecho, y al mismo tiempo asegurar que se respeten los distintos criterios de los ciudadanos acerca de la justicia, es adoptar un método de participación mayoritaria para tomar decisiones políticas. Los individuos tienen derecho a participar en las decisiones que afectan sus vidas, y ello incluye las decisiones acerca de los principios fundamentales sobre los cuales se basa la vida política de su país (Waldron, 1999, p. 212).

La objeción central de Waldron al control judicial es que éste deniega (o por lo menos restringe) el "derecho a la participación democrática" de los ciudadanos, específicamente, el derecho a "participar en condiciones de igualdad en las decisiones sociales sobre las cuestiones más importantes de principio, y no sólo las cuestiones intersticiales de política social y económica" (Waldron, 1999, p. 213). Para Waldron, se trata nada menos que del "derecho de los derechos", llamado así porque su ejercicio "parece particularmente apropiado en situaciones en las que los titulares razonables de derechos discrepan acerca de qué derechos tienen" (Waldron, 1999, p. 232). Al substraer las decisiones sobre derechos de las instituciones participativas y mayoritarias y colocarlas en las manos de las cortes, el control judicial involucra una injustificada "pérdida de poder de los ciudadanos ordinarios en cuestiones de la más alta importancia política y moral" (Waldron, 1993a, p. 45).

Existen tres aspectos de la concepción de Waldron que vale la pena considerar desde el inicio. En primer lugar, sus argumentos no sólo están basados en valores democráticos, también se encuentran basados en derechos (Waldron, 1993a, pp. 18 y ss.; Waldron, 1999, pp. 214-221, 223, 249-252). Con ello, él quiere decir que su justificación del mayoritarismo participativo está basado en valores que informan nuestra creencia en la importancia de los derechos, especialmente los valores de autonomía y responsabilidad. Por tanto, Waldron no es simplemente un teórico de la democracia argumentando en contra de una carta de derechos. Es también un teórico de los derechos, argumentando que, si creemos que los derechos son importantes, deberíamos tener serias reservas acerca de atrincherarlos en una carta de derechos, que será aplicada por tribunales que no han sido elegidos. En segundo lugar, su respuesta al hecho del

desacuerdo descrito anteriormente es de carácter *procesal*, es decir, está orientado a los procedimientos, y no orientado a los resultados (Waldron, 1999, pp. 239-243). Waldron argumenta que un enfoque que atienda a los resultados (a través del cual el mecanismo de toma de decisiones elegido será aquel que más propicie buenos resultados) no está disponible para nosotros, porque discrepamos acerca de cuáles deberían ser esos resultados. La única alternativa, de acuerdo con Waldron, es una concepción de autoridad política que esté basada únicamente en buenos procedimientos. Finalmente, el argumento de Waldron es *procesalmente igualitario*. Enfatiza que todas las personas tienen derecho a "participar en condiciones de igualdad" (Waldron, 1999, p. 213): los ciudadanos deberían tener un igual derecho a que su voz sea considerada en los procedimientos políticos de toma de decisiones. Conviene observar que el igualitarismo procesal es diferente a tener consideración igual por los intereses de las personas.² Esto último está orientado a los resultados, porque requiere instituciones que sean más propicias a respetar con igualdad los intereses de las personas. Se refiere al producto de las decisiones políticas, más que al insumo, y el enfoque de Waldron es sobre este último.

Este ensayo pretende poner en duda los principales argumentos de Waldron. En primer lugar, desafío la afirmación de Waldron de que "darles a las personas una voz" en la toma de decisiones políticas de las instituciones mayoritarias es más importante que los resultados de dicho proceso de toma de decisiones. En segundo lugar, considero y critico sus argumentos generales en contra de la justificación instrumental de la autoridad política. A continuación, me aboco a un examen de su afirmación de que los individuos tienen derecho a participar en las decisiones que afectan sus vidas. Finalmente, respondo a su afirmación de que las justificaciones del control judicial de constitucionalidad están basadas en una objetable desconfianza en la política democrática que es especialmente inapropiada para los teóricos de los derechos. En mis comentarios finales sigo la pauta de Waldron, al considerar algunas conexiones favorables entre el pensamiento acerca de los derechos y la democracia, pero intento mostrar que

² La distinción entre la igualdad procesal y el principio de igual consideración se encuentra en Beitz (1983, p. 71).

esas conexiones se fortalecen cuando los derechos se encuentran plasmados en una carta de derechos, más que cuando éstos quedan bajo el control exclusivo de procedimientos mayoritarios. En particular, busco mostrar que el control judicial puede en sí mismo convertirse en un canal valioso de participación política, que puede complementar y nutrir a la participación en el proceso político ordinario.

Debo hacer dos aclaraciones antes de comenzar. La primera concierne al alcance de las decisiones judiciales que se realizan bajo el control judicial de constitucionalidad. Si bien hay un sentido en que, bajo la práctica del control judicial, la autoridad de una corte es superior a la de la legislatura (es decir, porque las cortes pueden invalidar la legislación promulgada por el parlamento), la autoridad judicial está relacionada con un rango más limitado de decisiones. Así, en sistemas políticos que establecen la práctica estadounidense de control judicial, la mayoría de las decisiones políticas, incluyendo importantes cuestiones de formulación de políticas públicas, quedan a cargo del proceso democrático, que responde al cuerpo ciudadano. Tampoco es verdad que todos los asuntos relacionados con derechos constitucionales sean asignados a las cortes bajo la práctica del control judicial. Gran parte de la detallada regulación de los derechos es llevada a cabo por la legislatura al tomar decisiones para la elaboración de políticas públicas, y no toda será formulada como respuesta a decisiones judiciales. Así, estamos considerando una pequeña y especial categoría de decisiones políticas, de las cuales sólo algunas son asignadas a las cortes.³ Esto no implica negar que esta categoría puede, aun así, incluir algunas decisiones de gran importancia política. Tampoco implica negar que puede llegar a cubrir cuestiones de gran alcance. Sin embargo, pone de manifiesto el hecho de que a diferencia de, por ejemplo, la democracia, la monarquía o la aristocracia, el control judicial (en la forma que aquí consideramos) no ofrece una teoría completa de autoridad política. Es un procedimiento de toma de decisiones diseñado para lidiar con un rango limitado de cuestiones. Como tal, el control judicial

³ Este argumento también lo hace Dworkin (1985, p. 27) y es criticado por Finnis (1985, p. 307).

no debería ser planteado como una alternativa al gobierno democrático, sino como un elemento (si acaso) dentro de ese gobierno.⁴

Esto conduce a la segunda aclaración, que concierne a la relación entre democracia y el control judicial. El hecho de que el control judicial no es una teoría completa de autoridad política significa que la pregunta planteada por el control judicial no es una cuestión de 'todo o nada' sobre si estamos o no a favor del régimen democrático. Se trata de una pregunta acerca de la dimensión y el alcance de la toma de decisiones mayoritaria, es decir, de si la toma de decisiones democrática debería extenderse a todas las decisiones que se hacen en la comunidad o si existen razones para restringir su alcance en cuestiones relacionadas con derechos constitucionales.⁵ Aquí se acepta completamente que para que exista un gobierno democrático, debe haber cuando menos un mecanismo electoral que permita a los ciudadanos tener influencia en la elección de las leyes al participar periódicamente en la elección de los legisladores. Ningún sistema que impida a los ciudadanos desempeñar un papel en el proceso de toma de decisiones puede considerarse democrático y ninguna concepción de democracia que excluya este rol es defendible. Pero el tipo o grado exacto de participación que es deseable, está sujeto a debate. No es axiomático, en vista del valor de la participación.⁶ Puesto que existe una variedad de arreglos institucionales que podrían satisfacer el requisito democrático en mayor o menor medida, aquel que sea elegido debe asumir la carga de la justificación.⁷ Formulando la

⁴ Waldron parece mirar el control judicial como una teoría completa de autoridad. Él ve el mayoritarismo participativo y la monarquía como alternativas a lo que él llama "aristocracia judicial". Él describe esta última como un sistema político en que "la decisión final es asignada a los miembros de la Suprema Corte", véase Waldron (1999, p. 248); Albert Weale, de modo similar, contrasta la democracia y la adjudicación como formas alternativas de gobierno, véase Weale (1999, p. 48).

⁵ Para consultar esta forma de enmarcar el debate entre aquellos que defienden y quienes se oponen al control judicial en una democracia, véase Dahl (1989, p. 163) y Weale (1989, p. 2).

⁶ Así, Tim Scanlon sostiene que la filosofía política puede decirnos poco acerca de qué clase de instituciones participativas o representativas podrán satisfacer el requisito de participación igual y efectiva, véase Scanlon (1983, pp. 69-70); véase también Beitz (1983, pp. 69-70).

⁷ Los argumentos de Waldron contra el control judicial se enfocan en el estilo estadounidense de control judicial que se practica bajo una Constitución atrincherada. Él no considera otros modelos de revisión constitucional, como aquel previsto en el *Human Rights Act* 1998 en el Reino Unido (para obtener un vistazo de ese modelo y otros similares, véase Gardbaum, 2001, pp. 707 y ss.). En el Reino Unido, los jueces pueden hacer un escrutinio de la legislación a la luz del *Human Rights Act*, pero no tienen autorización para eliminar la legislación que es incompatible con este instrumento. Ese poder se encuentra reservado únicamente para el

cuestión de esta manera, asumo que un sistema que incorpora el control constitucional es, aun así, democrático. La pregunta que debe contestarse es si el control judicial puede justificarse, incluso si impone algunos límites a la participación popular.

2. La participación y la condición instrumental del buen gobierno

De acuerdo con Waldron, la clave de la naturaleza de los derechos es la idea de que hay "límites a lo que podemos hacer o pedir a los demás en beneficio del bien común" (Waldron, 1999, p. 307).

Él observa que "creer en los derechos es creer que ciertos intereses fundamentales de las personas, en la libertad y el bienestar, merecen una protección especial y que no deberían ser sacrificados en virtud de una mayor eficiencia o prosperidad o por ningún conglomerado de intereses menores bajo la etiqueta del bien común" (Waldron, 1993a, p. 30).

Esta caracterización de los derechos es empleada frecuentemente como un punto de partida para los argumentos a favor de atrincherarlos en una carta de derechos. Para muchos, ésta es una buena forma de dar a los derechos la "protección especial" que Waldron sostiene que éstos merecen, porque los sujeta a un procedimiento de revisión independiente, relativamente apartado de la presión política directa.

Aunque Waldron comparte este punto de partida, no toma esta familiar ruta por dos razones. La primera: hay discrepancia entre nosotros acerca de los derechos que tenemos. La segunda: considerando este hecho, debemos respetar el dere-

Parlamento. Este modelo muestra que la práctica estadounidense del control judicial no es el único método de revisión constitucional. Aunque esto podría tener implicaciones interesantes para los argumentos de Waldron, ésta no es una cuestión que aborde en Waldron (1999). Consecuentemente, esto también se encuentra fuera del ámbito de este trabajo, dado que el objetivo aquí es ofrecer una respuesta crítica a los argumentos del control judicial en su trabajo reciente.

cho de las personas a participar, así como su habilidad de expresar su opinión en la resolución de estos desacuerdos. Crucialmente, Waldron no considera el derecho de participación como un valor más (si bien importante) a ser incluido en un balance junto a otros derechos. Para él, la participación es *fundamental*: una resolución mayoritaria y participativa de las disputas debe adoptarse, incluso si esto conduce a peores resultados que cualquier otro mecanismo. Así, la probabilidad de que el control judicial bajo una carta de derechos pudiera ofrecer una mejor protección a los derechos humanos que el esquema propuesto por Waldron, es una justificación insuficiente para restringir o limitar al "derecho de los derechos". La razón que Waldron sostiene es la siguiente:

Si un proceso es democrático y produce el resultado correcto, no comete una injusticia contra nadie. Pero si el proceso no es democrático, inherente y necesariamente comete una injusticia en su operación a las aspiraciones participativas del ciudadano ordinario. Y comete esta injusticia, ejerce esta tiranía, llegue o no al resultado correcto [Waldron, 1993a, p. 50].

Él localiza la preocupación sobre limitar el derecho a participar, concretamente, en el hecho de que implica un ataque a la dignidad del ciudadano: "Existe cierta dignidad en la participación y un elemento de insulto y deshonor en la exclusión, que trasciende las cuestiones de los resultados." (Waldron, 1993a, p. 38).

De este modo, Waldron asigna un estatus especial al derecho de participación que hace inapropiado limitarlo en virtud de proteger otros derechos o promover otros principios de la moral política. La pregunta es si este estatus especial está justificado.

La idea de que en una democracia es valioso que las personas tengan una opinión en las decisiones políticas, incluso cuando los resultados de esas decisiones son incorrectos, tiene una plausibilidad intuitiva considerable. Como demócrata, parece "correcto que [las personas] hagan las leyes, incluso si las hacen incorrectamente" (Walzer, 1981), y parece inapropiado someter una decisión incorrecta, tomada mediante plebiscito, a alguna forma de "corrección investida de autoridad" (Walzer, 1981, p. 385). Si creemos en el gobierno por el pueblo, entonces

no podemos (o no deberíamos) invalidar lo que éste quiere, incluso cuando su decisión sea incorrecta.

Si bien puede haber alguna verdad en esto, de ello no se sigue necesariamente que deberíamos diseñar nuestros procedimientos políticos de toma de decisiones sólo de modo puramente mayoritario. En otras palabras, este punto no garantiza la conclusión de que todas las decisiones políticas deberían hacerse a través de medios mayoritarios. Dado que la elección de los procedimientos tiene un impacto sobre los resultados, Waldron debe mostrar dos cosas para probar el estatus especial del "derecho a participar". La primera es que la participación tiene un valor que es independiente de si los resultados alcanzados por el procedimiento participativo de toma de decisiones son acordes con la recta razón. La segunda es que este valor desplaza a la condición (instrumental) de producir buenas decisiones políticas.

Consideremos de inicio la primera cuestión. Se juzga ampliamente que la participación y el control popular tienen un valor intrínseco, ya que proporciona a las personas la oportunidad de contribuir e involucrarse en la vida pública de su país, y además, ejercer control popular sobre sus representantes (Phillips, 1995, pp. 28-29). Aquí se respalda completamente esta visión, al igual que la creencia asociada a que la importancia intrínseca de la participación radica (por lo menos en parte) en la dignidad de ser incluido en las decisiones políticas y el insulto concomitante al ser excluido. Una buena explicación de por qué la participación es importante en sí misma, y no únicamente como un medio para tomar decisiones políticas, es proporcionado por Ronald Dworkin (1987, pp. 4-5, 19-23; Rawls, 1971, pp. 233-234; Hyland 1995, p. 189).

Dworkin ofrece dos razones sobre su importancia intrínseca, ambas relacionadas con lo que podemos denominar "el valor de dignidad" de la participación.⁸

⁸ Además de las razones basadas en la dignidad, Dworkin también sostiene que la participación en las decisiones políticas puede ayudar a los ciudadanos a identificarse con los resultados de las decisiones políticas y ayudarlos a ver esas decisiones, en cierto sentido, como propias. Este punto se sostiene frecuentemente para respaldar la idea de que sólo la toma de decisiones democrática y participativa puede suscitar el apoyo popular, indispensable para asegurar la estabilidad necesaria para las instituciones políticas y las leyes

En primer lugar, permitir a los individuos la oportunidad de jugar un papel en la toma de decisiones políticas de la comunidad confirma su pertenencia o posición en condiciones de igualdad en esa comunidad. En este sentido, garantizar un derecho de participación en condiciones de igualdad muestra un "reconocimiento público de un respeto igual por la autonomía de las personas [...] una confirmación en la comunidad acerca del valor de cada individuo" (Beitz, 1983, pp. 74-75). Esto confirma que uno es considerado por los demás como una persona cuyas opiniones y elecciones son valiosas (Beitz, 1983, p. 75; Lively, 1975, pp. 134-135). Asimismo, esto incrementa la sensación de que los ciudadanos "pertenecen" a su comunidad y se encuentran integrados a ella.⁹ En segundo lugar, es importante que las personas puedan expresar, afirmar y actuar respecto a sus convicciones y compromisos morales, no sólo en sus vidas personales, sino también en la esfera pública. El sentido de valía de las personas se fortalece si pueden comunicar sus puntos de vista a los demás e intentar convencerlos de que éstos son correctos.¹⁰

El valor intrínseco de la participación tiene una importante consecuencia. Significa que, incluso si ideamos un procedimiento de toma de decisiones que produzca buenas decisiones pero que no involucre un elemento participativo, no estaría justificado porque no reconoció el valor de la participación. El valor intrínseco de la participación muestra que no sólo es importante que las decisiones de una comunidad sean acordes con aquello que es moralmente correcto: también importa que las personas tengan la oportunidad de participar en esas decisiones. Por tanto, la manera en la que se alcanzan las decisiones políticas tiene importancia moral. Podríamos decir que el valor intrínseco de la participación crea una presunción a favor de la toma de decisiones participativa, y coloca en los mecanismos de toma de decisiones no participativos (como el

que éstas promulgan, véase, por ejemplo, Nelson (1980, pp. 41-42). Para una consideración del argumento de estabilidad en favor de la participación política en igualdad, véase Beitz (1983, pp. 84-86).

⁹ El hecho de que Jean-Jacques Rousseau haya identificado esta función integrativa como parte del valor de una sociedad participativa es señalado por Pateman (1970, p. 27).

¹⁰ La forma en que Dworkin expresa este punto es vaga, éste admite que los valores de *agency* de la participación política, como los llama, son "difusos y evasivos" (1987, p. 21). También Rawls (1971, p. 234) y Pateman (1970, pp. 24-25, 29-31) advierten que la participación en la vida pública puede reforzar la autoestima y aumentar la sensibilidad intelectual y moral.

control judicial) la carga de la justificación. Sin embargo, no los descarta por completo. La carga de la prueba simplemente se transfiere a aquellos que desean defender los límites a la participación ciudadana o excepciones a la misma (Phillips, 1995, p. 29; Beitz, 1983, p. 79). Debemos tener una buena razón para pensar que tal procedimiento mejoraría la calidad de las decisiones políticas.

Pero, ¿es cierto que la importancia intrínseca de la participación le confiere el estatus especial que Waldron le atribuye?, ¿estaría justificado un sistema político que garantice completamente el derecho a participar, pero sea injusto en los demás aspectos? Considero que la respuesta a esta pregunta es negativa. La razón es que el valor intrínseco de la participación no disminuye la importancia central de lo que Joseph Raz denomina "la condición instrumental del buen gobierno" (Raz, 1994, p. 117).¹¹ Se trata de la condición de que las instituciones políticas de una comunidad deben diseñarse para que sean propensas a generar decisiones políticas acordes a la recta razón. El diseño que sea más propenso a producir decisiones moralmente correctas, o sea propenso a producir decisiones que sean moralmente correctas en mayor medida, es el más justificado.¹² La importancia de esta condición es respaldada por muchos politólogos y es capturada por John Rawls cuando sostiene que "[...] el criterio fundamental para juzgar cualquier procedimiento es la justicia de los resultados que produce [...] la prueba para los acuerdos constitucionales es siempre un balance general de justicia" (Rawls, 1971, pp. 230-231).

Para entender por qué el gobierno democrático está sujeto a la condición instrumental, debemos notar que aquello que es justo –o correcto o imparcial– no

¹¹ Véase también Rawls (1971, p. 232). La importancia de la condición instrumental en las justificaciones de la democracia también es reconocida en Nelson (1980, pp. 100 y ss.).

¹² Desde luego, algunos objetarán que no hay tal cosa como decisiones "moralmente correctas" y "moralmente incorrectas", dejando esta afirmación sin ningún significado. Defenderme de este tipo de objeción me llevaría más allá del ámbito de este artículo y abordar en otro ensayo la objetividad del valor. Para los propósitos de este ensayo, asumiré que existen las decisiones moralmente correctas e incorrectas. Ello está justificado parcialmente por el alcance del ensayo y parcialmente por el hecho de que esta cuestión no está en disputa con Waldron. Él es claro en enfatizar que existe lo correcto e incorrecto independientemente de lo que la gente crea al respecto, véase Waldron (1999, p. 105): "la violación es incorrecta incluso en sociedades en las que es una práctica común" o Waldron (1999, p. 251): "quiero enfatizar que [mi argumento] no implica que una persona tiene cualquier derecho que él crea que tiene o que lo que piensa no puede ser incorrecto".

siempre está en consonancia con aquello que es elegido mediante el voto en los procedimientos democráticos. Algunas decisiones políticas implican una elección entre situaciones o acciones que son moralmente correctas o incorrectas, mejores o peores, independientemente de lo que las personas prefieran. Así, por ejemplo, el que algunas personas crean que la violación es moralmente correcta, no hace que ello sea así. La preferencia popular no transforma una situación moralmente incorrecta en una que es moralmente correcta. En el caso de estas decisiones (llamémoslas decisiones políticas con un contenido moral) nuestras preferencias pueden ser evaluadas con base en la moralidad de la situación deseada y las decisiones políticas de este tipo pueden ser valoradas a la luz de la moralidad de las situaciones que establecen o las acciones que autorizan. Que las decisiones sean tomadas "democráticamente" no impide, o por lo menos no debería impedir, dicha evaluación.¹³

Ciertamente no puede asumirse desde un inicio que la preferencia popular es la manera ideal de tomar estas decisiones, pues, como hemos visto, las preferencias de las personas no determinan qué es moralmente correcto o justo. Las decisiones políticas de este tipo son instancias de lo que Rawls denomina "justicia procesal imperfecta" (Rawls, 1971, p. 83; Nelson, 1980, pp. 23 y ss.): hay un criterio independiente para decidir qué resultado del procedimiento de toma de decisiones es justo, pero es imposible diseñar un procedimiento que siempre conduzca al resultado correcto. Lo justo o injusto de la decisión en sí no está determinado por las características del procedimiento del cual resulta la decisión.

¹³ Claramente, no todas las decisiones políticas son morales en este sentido. Algunas decisiones implican cuestiones de gusto o de preferencia, más que de moralidad, por ejemplo, una decisión sobre la asignación de recursos para un nuevo estadio de fútbol o una nueva ópera. Sin embargo, incluso en estas cuestiones relacionadas con gustos, no es incontestable que éstas deberían realizarse únicamente de acuerdo con las preferencias de las personas. En primer lugar, aunque tales preferencias no pueden ser criticadas por razones morales, el voto a favor de una u otra opción podría ser criticada con base en que no tomó en cuenta el punto de vista de todos y que no tuvo como meta alcanzar una justa distribución de los recursos. En segundo lugar, en una situación en la que la mayoría y minoría se encuentran arraigadas como, por ejemplo, en Irlanda del Norte, las decisiones sobre la distribución de los recursos posiblemente serán hechas sobre la línea que favorezca a la mayoría, es decir, fondos públicos para el cricket o el fútbol, pero ninguno para el fútbol gaélico o el *hurling*. El problema de un grupo en situación minoritaria permanente y su opresión puede surgir en relación con cuestiones de gusto y esto invita a dudar sobre la toma de tales decisiones con base en un proceso de votación por mayoría simple, sin límites protectores. Véase Lively (1975, pp. 26-27).

Mi respaldo a la importancia intrínseca de la participación implica que puedo estar de acuerdo con Waldron en que se comete una injusticia cuando las decisiones políticas son tomadas por arreglos políticos que no son democráticos ni participativos. La injusticia radica en que el derecho a participar es restringido, y esto se aplica sin importar el resultado de la decisión. Sin embargo, la condición instrumental del buen gobierno nos advierte que, incluso cuando las decisiones políticas son tomadas por cuerpos representativos y electos, también puede cometerse una injusticia cuando los resultados de esas decisiones son incorrectos, parciales o injustos. En otras palabras, la sustancia de la decisión también importa, desde el punto de vista moral. La toma de decisiones políticas por la vía democrática puede obtener una puntuación alta en la dimensión de la participación (y ser inmune a la acusación de ser injusta al considerarse únicamente bajo estos términos), pero obtener una puntuación baja cuando se trata de justicia sustancial o la imparcialidad de las decisiones alcanzadas. En tal situación, el orden político aún es vulnerable a la acusación de que ha causado una injusticia, sin importar qué tan abiertos o participativos son sus mecanismos de toma de decisiones.

Además, no parece haber buenas razones para ver la toma de decisiones políticas únicamente en términos de la calidad participativa de sus procedimientos. Dado que las decisiones de gobierno normalmente tienen una dimensión moral y pueden ser juzgadas como buenas o malas, mejores o peores, parece claro que un buen procedimiento de toma de decisiones de gobierno debe ser aceptable desde el punto de vista moral. La calidad moral de las decisiones políticas es suficientemente importante para establecer la condición instrumental: salvo que un arreglo político sea propenso, en gran medida, a producir decisiones moralmente correctas (que conduzcan al buen gobierno) no puede justificarse y no debe ser adoptado. Los gobiernos requieren procedimientos para tomar una variedad de decisiones, que inevitablemente afectan la calidad moral de nuestras vidas e instituciones. Sólo pueden tener autoridad para tomar esas decisiones si pueden generalmente hacerlas correctamente. De ahí se sigue que, al diseñar instituciones, deberíamos elegir procedimientos que sean más propensos a satisfacer la condición del buen gobierno. Si nos preocupa que un gobierno

tome buenas decisiones en representación nuestra, un procedimiento será aceptable sólo en la medida en que esté diseñado para producir decisiones moralmente correctas (Nelson, 1980, p. 15). La justicia de los resultados de las decisiones políticas es, de este modo, el criterio fundamental para juzgar a las instituciones políticas y determina qué procedimientos políticos elegimos (Rawls, 1971, pp. 3, 227, 232; Nelson 1980, pp. 10 y ss.; Dworkin, 1996, p. 34).

Esto no implica decir que una decisión incorrecta no es vinculante. Al contrario, parte de tener autoridad es determinar que las decisiones gubernamentales son vinculantes incluso si están equivocadas. Como Raz señala, "no sería una autoridad si no tuviera el poder de equivocarse" (1996, p. 115). Los gobiernos pueden tener la autoridad para hacer aquello que no deben hacer. Pero no es parte de la razón de la autoridad de ningún gobierno que deban promulgar leyes injustas o inmorales. La razón de su autoridad es que gobernarán bien.

Vale la pena hacer notar que esta visión es acorde con la creencia común de que los gobiernos democráticos tienen el deber de gobernar en interés de los gobernados o del bien común. Las decisiones de gobierno que se hacen en representación de los gobernados son frecuentemente evaluadas partiendo de si tomaron la decisión correcta, justa o imparcial. Esto muestra que las decisiones políticas democráticas tienden a ser justificadas no sólo con base en que fueron hechas por oficiales electos (es decir, personas elegidas por el pueblo), sino también con base en que estas decisiones tiendan a ser las correctas, es decir, en el mayor interés de dichas personas.

Ello también es corroborado porque la actividad de la participación en la vida pública en sí misma no es un fin. Las personas participan en la política para influenciar la vida política en favor del bien común, para asegurar o contribuir a ciertos resultados. Claramente, las personas pueden beneficiarse del acto de participación en las formas que han sido expuestas anteriormente, es decir, pueden ayudar a garantizar la dignidad de la inclusión, el respeto por el punto de vista de otras personas, un sentimiento de pertenencia, etc. Pero estos beneficios

no pueden ser el único objetivo. La participación política (es decir, votar, asociarse, formar grupos de interés, organizar marchas y demostraciones, etc.) es una actividad teleológica (Gewirth, 1982, p. 319): su objetivo es intentar influir en las decisiones políticas, para que éstas reflejen o implementen nuestras ideas acerca de algún aspecto del buen gobierno. Por tanto, para estar justificado como una forma de tomar decisiones sobre cuestiones políticas, debe demostrarse que la participación en las mismas ayudará a (o es instrumental para) alcanzar buenas decisiones políticas, y que la meta de aquellos que participan debe ser contribuir a este objetivo.¹⁴

Así, es plausible sugerir que muchos de los movimientos que históricamente han impulsado los derechos de participación (en particular, el derecho a votar) lo han hecho (al menos en parte) con base en que ello ayudaría a resarcir algunas de las desigualdades en la sociedad y a asegurar que sus intereses estarían protegidos (Shapiro y Casiano, 1999, p. 18; Rawls, 1971, 229).¹⁵ No parece plausible que hayan querido el derecho a participar sin importar de qué manera ello podría contribuir a proteger sus intereses.¹⁶ De hecho, es dudoso que alguien pueda alcanzar los beneficios intrínsecos de la participación, si la condición instrumental del buen gobierno no está satisfecha, al menos hasta cierto punto. Por ejemplo, es dudoso que las personas que poseen un derecho a votar, pero cuyos intereses aún así son ignorados o frustrados por un gobierno indiferente o por las mayorías, realmente se sientan como miembros valorados dentro de la sociedad, cuya dignidad y autonomía es respetada (por igual).¹⁷

¹⁴ Compárese con Elster (1982, pp. 91-100). Waldron también reconoce que la participación es una actividad teleológica cuando señala que un votante "debería ejercitar [su voto] de modo responsable, con base en lo que su voto (junto con un gran número de otros votos) puede ocasionar en el mundo".

¹⁵ Charles Beitz sostiene que estos movimientos impulsaron los derechos al voto para poder reparar igualdades sustantivas, más que para satisfacer un derecho procedimental a participar, (1983, p. 87). Esto parece pasar por alto la importancia intrínseca de la participación, lo cual, a mi parecer, también debe ser parte del objetivo político de movimientos que defendieron el derecho al voto.

¹⁶ Para consultar una reflexión sobre esta cuestión, véase Elster (1981, p. 91).

¹⁷ Un buen ejemplo es Irlanda del Norte, donde los católicos disfrutaban de derechos formales de participación, pero aún sufren de una falta de protección a sus intereses, así como políticas discriminatorias que no les confieren igual respeto y dignidad. Como Dworkin señala (1985, p. 64), "los derechos a participar en el proceso político son igualmente valiosos para las personas sólo si estos derechos hacen que cada persona sea propensa a recibir igual respeto, y los intereses de cada persona recibirán igual consideración, no sólo en la elección de los oficiales políticos, sino en las decisiones que estos oficiales hacen".

La discusión anterior refleja que la participación democrática no abarca la totalidad de la moral política. Existen otros valores que un sistema político debe satisfacer, entre los cuales se encuentran el conjunto de derechos fundamentales. Por tanto, si bien Waldron está en lo correcto al señalar que la justificación de la autoridad política implica más que buenos resultados, lo cierto es que también implica más que la mera naturaleza participativa del procedimiento. La norma democrática no es el único estándar que debe aplicarse al evaluar decisiones políticas. La prioridad de la condición instrumental significa que, al diseñar instituciones, deberíamos hacerlo con miras a que maximicen la probabilidad de que se tomen buenas decisiones. Waldron aún no ha mostrado que el valor (intrínseco) de la participación desplaza esta condición.

3. Consideraciones sobre el instrumentalismo de los derechos

Waldron no sólo está en desacuerdo con la sustancia del argumento defendido anteriormente, también está en desacuerdo con su forma. Le preocupa aceptar argumentos en favor de las teorías instrumentales de la autoridad, es decir, teorías basadas en el valor instrumental de los mecanismos de toma de decisiones para alcanzar ciertas metas o ideales como, por ejemplo, la protección de los derechos fundamentales. Los argumentos instrumentales parecen implicar la siguiente posibilidad preocupante: si el ejercicio de los derechos democráticos es capaz de causar más daño que bien, entonces estaríamos legitimados para acabar por completo con las instituciones democráticas. Así, Waldron advierte:

[S]i consideramos la participación política como un instrumento entre otros para asegurar [ciertos] fines [...] entonces si resultara que los intereses materiales básicos pudieran ser garantizados de mejor manera por instituciones no participativas, entonces quienes previamente fueron electores renunciarían a la política para siempre y regresarían al comercio o a la agricultura [Waldron 1993a, p. 36].¹⁸

¹⁸ Esta preocupación también es expresada en Waldron (1999, p. 242) y compartida por Buchanan (1990, p. 250).

Debería ser claro en este punto que, en vista de la importancia intrínseca de la participación, esto no estaría justificado. Un arreglo político que anula por completo el valor de la participación, es decir, que no ofrece una oportunidad significativa para la participación popular, no estaría justificado. Sin embargo, hemos visto que incluso cuando aceptamos el valor intrínseco de la participación, de ahí no se sigue nada definitivo acerca de su exacto alcance y extensión. Por tanto, el objetivo de proteger derechos, por ejemplo, podría justificar cierta restricción sobre la participación.

Claramente, es poco probable que este argumento logre satisfacer a Waldron, ya que está preocupado incluso por la más mínima restricción al "derecho de los derechos". Se opone a la idea misma de que uno pueda justificar una forma de autoridad política con base en los resultados que podrían producirse por la simple razón de que los objetivos de la moral política, que el proceso de toma de decisiones debería reflejar e implementar, están sujetos a un desacuerdo generalizado:

El instrumentalismo de los derechos parece afrontar la dificultad de dar por sentado que estamos en posesión de la verdad acerca de los derechos, a la hora de diseñar un procedimiento investido de autoridad cuya misión sea resolver precisamente esta cuestión [Waldron, 1999, pp. 253, 243].

[...]

La existencia de controversia acerca de los derechos asociados a la democracia significa que un enfoque que atienda a los resultados tampoco está disponible, o no lo está para nosotros como comunidad política [Waldron, 1999, p. 300].

[...]

Los ciudadanos que discrepan sobre cuáles son los resultados correctos no están en posición de edificar su constitución sobre esta base (es decir, con base en un enfoque que atienda a los resultados y no un enfoque que atienda al procedimiento [Waldron, 1999, p. 293].

De este modo, la justificación de una forma de gobierno basada en la afirmación de que éste protegerá los derechos, requiere una explicación acerca de

cuáles son esos derechos. Pero dado que discrepamos acerca de qué derechos tenemos y cómo los entendemos, dicha explicación no puede ser proporcionada.¹⁹ Por tanto, el argumento instrumentalista fracasa. La única salida de este punto de estancamiento, de acuerdo con Waldron, es recurrir al derecho de participación.

Existen varias respuestas a este argumento. En primer lugar, no necesitamos una explicación precisa de qué derechos tenemos y cómo deberíamos interpretarlos para poder hacer algunos argumentos instrumentalistas. Muchos argumentos instrumentalistas no están basados en el conocimiento sobre el contenido de algún derecho en particular. Más bien, están basados en consideraciones institucionales generales acerca de la manera en que las legislaturas toman decisiones en comparación con los jueces, los factores que influyen en su decisión y las maneras en que los individuos pueden llevar sus reclamos a cada foro. El argumento familiar de que los jueces deberían tomar decisiones sobre derechos porque son un cuerpo independiente, por lo que están relativamente aislados de la presión política directa, es un ejemplo común de este tipo de argumento.²⁰

Además, la dificultad de establecer qué derechos tenemos o qué metas debería tener nuestra sociedad no establece, por sí sola, la idoneidad del mayoritarismo participativo como un procedimiento político de toma de decisiones. La respuesta procesal a los desacuerdos que propone Waldron, mediante la cual todos

¹⁹ Este argumento también es sostenido por Campbell (1999, p. 14). De modo similar, una justificación instrumental de la democracia también es descartada por Thomas Christiano con base en que no podemos saber cuáles son, o deberían ser, los objetivos de la vida política, véase Christiano (1996, pp. 66-67): "[E]s tan difícil conocer qué es el bienestar, que sería absurdo evaluar instituciones políticas con base en un estándar tan inaprensible".

²⁰ Waldron (1999, p. 253) está al tanto de este tipo de argumento, al cual se refiere como un "instrumentalismo modesto". Él descarta la fuerza de esta corriente instrumentalista por dos motivos. Uno, que es contrario a la idea de que "[les mejor que las decisiones sobre] los derechos sean tomadas por aquellos que tienen un interés suficiente en juego para decidir responsablemente", (1999, p. 253). Más adelante este artículo pone en duda la contundencia de esta idea. La segunda razón es que esta corriente también es objeto de desacuerdo: "es casi tan difícil defender una concepción imparcial de lo que requiere una versión modesta del instrumentalismo de los derechos, como lo es encontrar una versión del instrumentalismo directo que no incurra en una petición de principio" (1999, p. 254). El argumento acerca del desacuerdo es abordado en mi respuesta a sus argumentos sobre esta última cuestión.

pueden expresar una opinión en la resolución de problemas políticos al votar o participar en la deliberación pública, es sólo una opción entre otras. Otra respuesta sería tomar asuntos contenciosos y potencialmente divisorios fuera de la agenda legislativa, y establecerlos en una Constitución atrincherada que sea aplicada por las cortes.²¹ El desacuerdo en una sociedad acerca de los aspectos de la moral política repercutirá en el mecanismo institucional que se elija para implementarlos, pero no determina la elección a favor del mayoritarismo participativo.

Finalmente, y aún más importante, si el desacuerdo acerca del mejor medio para proteger los derechos es la razón por la que debemos rechazar la institución del control judicial, es difícil ver por qué no se pone en duda al mayoritarismo participativo exactamente por las mismas razones. Cabe recordar que Waldron invoca el mayoritarismo participativo como "[...] la respuesta más natural al problema de la autoridad" (1999, p. 254), en vista del extendido desacuerdo acerca de la moral en la sociedad. Se trata del derecho que debemos utilizar para resolver cuestiones relacionadas con otros derechos y todas aquellas cuestiones sobre principios políticos y políticas públicas, en vista de las circunstancias de desacuerdo. La democracia participativa sólo podría sobrevivir a este reto en los términos que Waldron utiliza para criticar el control judicial, si ésta constituyera una solución incontrovertible al problema de la protección de derechos, pero es claro que éste no es el caso. Las personas discrepan sobre si el mayoritarismo participativo es una forma deseable de tomar decisiones políticas, así como discrepan acerca del valor de contar con el control judicial. Y no sólo eso, también difieren acerca de los tipos de sistemas para votar, los diferentes mecanismos para votar, la regularidad de las elecciones, el financiamiento de las campañas políticas, cómo deberían contarse los votos, etc. Por tanto, si el argumento de Waldron acerca del control judicial es válido, la base de su propio argumento se debilita a favor de la prioridad del derecho a participar en condiciones iguales,

²¹ El aspecto discutible y potencialmente divisorio de algunos asuntos políticos parece ser parte de la base sobre la que los filósofos políticos Stephen Holmes y John Rawls favorecen atrincherar esas cuestiones en una Constitución escrita: véanse Holmes (1988) y Rawls (1993, pp. 150-161).

porque éste no es inmune al desacuerdo que –según sostiene– es funesto para todos los demás métodos de toma de decisiones políticas.²²

A Waldron no le es ajeno este problema. Naturalmente, está consciente de que las personas discrepan acerca de los procedimientos democráticos, al igual que acerca de los resultados democráticos.²³ Sin embargo, a pesar de que el mayoritarismo participativo también adolece de este defecto, sostiene que, aun así, debe utilizarse este procedimiento (y no otro). Su argumento a favor de esta postura es notablemente débil. Señala que "podemos simplemente utilizar el método mayoritario de toma de decisiones de modo pragmático para resolver la cuestión" (Waldron, 1999, p. 300). Este uso pragmático del mayoritarismo sería "informal y vacío de contenido" (Waldron, 1999, p. 300), dejando abierta la cuestión de la legitimidad. No implicaría dar privilegio al mayoritarismo:

Se trata, sencillamente, de usarlo. Si elegimos uno de los procedimientos que son objeto de la decisión como procedimiento para tomar la propia decisión, lo hacemos simplemente porque necesitamos un procedimiento en esta ocasión, y éste es el que tenemos disponible por el momento [Waldron, 1999, p. 301].

Si se utiliza un método de toma de decisiones políticas para decidir qué método de toma de decisiones es el más legítimo, es difícil ver cómo se evita privilegiar ese procedimiento sobre otros. Tampoco es claro que recurrir al "pragmatismo" pueda eludir la pregunta acerca de la legitimidad. Si utilizamos un procedimiento para tomar decisiones políticas sin saber si éste es o no legítimo, entonces no tenemos razones para aceptar la autoridad del resultado de ese procedimiento.²⁴ La afirmación de que un arreglo procedimental debería utilizarse en lugar de otro incita a cuestionar por qué deberíamos respaldar ese arreglo en particular. Un procedimentalista debe proporcionar razones acerca de "por qué [los procedimientos favorecidos] tienen una característica cuyo valor es primordial

²² Este punto ha sido sostenido por varios autores que han comentado sobre el trabajo reciente de Waldron, véanse, por ejemplo, Raz (1998, p. 47) Fabre (2000a, p. 275; 2000b, p. 93) y Christiano (2000, p. 520).

²³ Él reconoce que al igual que "las personas tienen sus propias opiniones sobre los resultados" también tendrán "sus propias opiniones acerca de los procedimientos" (Waldron, 1999, p. 300). Véase también Waldron (1993, p. 39).

²⁴ Fabre (2000b, p. 277) también sostiene esta objeción.

y al mismo tiempo independiente de consideraciones que atienden a los resultados" (Beitz, 1983, p. 83). Responder simplemente que es el mecanismo "que tenemos disponible por el momento" (Waldron, 1999, p. 300) no satisface dicha carga de la justificación, porque no tiene ningún peso moral: no nos da una buena razón para continuar utilizando este procedimiento en el futuro.

4. El impacto en el titular de los derechos

Waldron presenta un argumento adicional que podría aparentar satisfacer esta carga, el cual indica que, en vista de que las decisiones sobre derechos afectan a las personas en su calidad de titulares de derechos, debería permitirse que estas sean las que tomen esas decisiones. La facultad de los titulares de derechos para decidir cuestiones relacionadas con derechos se explica de la manera siguiente:

Es mejor que las decisiones sobre los derechos sean tomadas por aquellos que tienen un interés suficiente en juego para decidir responsablemente [Waldron, 1999, p. 253].²⁵

[...]

El peculiar insulto a un individuo A por ser excluido del poder político tiene que ver [...] con el impacto de las decisiones políticas sobre los derechos e intereses de A [...]. Dado que A resulta afectado (junto con B, C, D), A puede considerar que tiene algo que decir en la cuestión [Waldron, 1999, p. 238].

De este modo, el impacto de las decisiones sobre derechos en las personas –junto con el consecuente "interés" que tienen en esa decisión– tiene como propósito demostrar la conveniencia de resolver esas cuestiones a través del mayoritarismo participativo. Ahora, no es evidente por qué la afectación de la decisión sobre una persona la faculta para que sea ella misma quien toma esa decisión. Hay muchas situaciones en las que sucede lo contrario. En el caso de las decisiones médicas, que claramente nos afectan de manera significativa, comúnmente pensamos que es mejor dejarlas en manos de los doctores. De modo similar,

²⁵ Véase también Waldron (1999, pp. 244, 250).

comúnmente dejamos decisiones legales en manos de nuestros abogados, las decisiones financieras en manos de nuestros contadores o asesores financieros, etc.²⁶ En aquellos casos en los que no tenemos la experiencia o el conocimiento relevante, comúnmente cedemos el poder de tomar decisiones a aquellos que sí lo tienen. La importancia de las decisiones que nos afectan podría ser una razón de peso para permitir que alguien más las decida. Pero, ¿acaso es distinto con la política?, ¿las decisiones políticas son de tal carácter que sólo los individuos afectados por ellas deberían tomarlas?

Un punto preliminar a señalar es que en las democracias modernas, casi invariablemente, los representantes públicos son los que toman las decisiones políticas, no nosotros directamente —las personas que somos afectadas por ellas—. Así que la pregunta sobre la protección de los derechos no es si nosotros mismos debemos tomar estas decisiones o si debemos cederlas a los jueces. Se trata de *quién debería tomar esas decisiones sobre los derechos en nuestro nombre*, ¿los representantes electos o los jueces?²⁷ Así, el argumento sobre el impacto o la legitimación tendría que ser que los representantes de "A", o quienes hablan en interés de "A" en el parlamento, deberían tomar las decisiones que afectan a "A", y no a los jueces en un tribunal independiente.

La plausibilidad del argumento de Waldron a esta conclusión depende de lo que para él significa el "impacto" o el "interés"; sobre lo cual no proporciona mucha información que lo clarifique. Para evaluar este argumento necesitamos una idea más detallada acerca de lo que significa decir que las personas son afectadas por una decisión política. Podemos comenzar por notar que las vidas de las personas se ven afectadas de diversas maneras por decisiones políticas relacionadas con los derechos fundamentales. La manera y el grado en que son afectadas dependen del contenido de la decisión política. Consideremos, por ejemplo, la decisión política de promulgar una legislación que introduce un

²⁶ Este punto también es sostenido por Nelson (1980, p. 46).

²⁷ Así, es equivoco cuando Waldron señala: "Deberíamos distinguir entre un tribunal que decide asuntos por mayoría, y muchos hombres y mujeres ordinarios que deciden asuntos por mayoría" (Waldron, 1993, p. 49).

salario mínimo. Una persona de escasos recursos podría ser beneficiada considerablemente por esta legislación y, por tanto, está siendo afectada en forma distinta a otras personas en la sociedad. Algunos empleadores, por ejemplo, pueden estar colocados bajo una carga financiera considerable por dicha legislación. Alternativamente, la legislación podría no tener impacto (o por lo menos ningún impacto directo) en personas con altos ingresos. Éste es uno de los muchos ejemplos en los que los individuos pueden ser afectados directamente, ya sea de manera positiva, negativa o en absoluto por las decisiones políticas.

En vista de que "A" debe participar con otros (B, C, D, etc.) para tomar decisiones políticas, el grupo de personas que toma decisiones incluirá a algunos individuos que pueden ser beneficiados y otros que podrían verse perjudicados a causa del resultado de la decisión. En estas circunstancias, es difícil identificar cómo se establece que ellos deberían tomar la decisión cuando toda la población se ve afectada de distintas formas por una decisión política. De hecho, existen razones para creer lo contrario. Es, precisamente, en las situaciones en que las personas se ven directamente afectadas, cuando su juicio puede encontrarse sesgado. Si pueden beneficiarse de la decisión, pueden estar tentadas a respaldarla por esta misma razón, sin importar los efectos que tenga en otras personas o en sus derechos. De modo similar, si las personas perciben que serán afectadas adversamente por una decisión que protege los derechos de otras personas, entonces podrían estar motivados a votar en su contra, una vez más, por interés propio. El peligro es particularmente severo en una situación en la que el derecho es aplicable a una conducta que encuentra poco o nada de respaldo popular o a un grupo vulnerable dentro de la sociedad.

Así, las personas pueden estar motivadas a votar por un conjunto de políticas que tienen como objeto "tener mano dura contra el crimen" por el miedo a un aumento del crimen en la sociedad, o por un deseo de protegerse a sí mismas o a sus familias de la actividad criminal. El factor consistente en que la legislación pueda violar los derechos fundamentales de sospechosos o criminales convictos podría ser relativamente insignificante en su deliberación. Donde hay preocupación popular nula o directa oposición a la protección de los derechos

de un grupo en particular, en la que los sesgos pueden nublar el juicio, hay entonces un motivo para apartar la decisión de las manos de aquellos que están siendo afectados para entregársela a aquellos que no lo son. En resumen, las decisiones políticas afectan a muchas personas y lo hacen de maneras distintas. La importancia de los intereses protegidos por los derechos humanos aunada al riesgo de que existan sesgos, intereses personales o miopía, justifican el alejamiento de los derechos de los mecanismos mayoritarios y el que algunas de esas decisiones se sometan a un organismo de revisión que sea independiente. Dado que un tribunal que salvaguarda derechos atrincherados constitucionalmente no tiene intereses propios que defender y, en comparación con otros actores, no tiene que responder a los diferentes intereses políticos en una sociedad, puede proporcionar un foro imparcial en el que los asuntos sean decididos a la luz de los principios constitucionales. Este procedimiento es preferible precisamente porque los jueces no son afectados en forma directa por sus propias decisiones. Como oficiales que no han sido elegidos, pueden proporcionar una rectificación a algunas de las energías que animan la política, como por ejemplo el interés político y el poder (Kateb, 1983, p. 150).

Este punto se encuentra en la raíz de un argumento defendido por Ronald Dworkin, en el sentido de que permitir que los mecanismos ordinarios de toma de decisiones políticas tomen decisiones sobre derechos constitucionales implica que el electorado, junto con la legislatura que éste elija, se convierte en juez en su propia causa (Dworkin, 1985, p. 24). La idea aquí es que la labor de juzgar un acto político popular frente a los principios constitucionales no debería estar en manos del mismo órgano político que respaldó el acto en un inicio. Dworkin sostiene que permitir que una mayoría decida las condiciones en las cuales las decisiones mayoritarias serán aceptadas la convierte en juez en su propia causa.

Dado que la legislatura es un cuerpo integrado por múltiples miembros, a menudo con dos cámaras que toman decisiones y elecciones en intervalos regulares para cambiar a los miembros elegidos, podría resultar problemático hablar de miembros del parlamento o del público en general que son "jueces en su propia

causa", tanto en cuestiones generales como en un asunto en particular.²⁸ Sin embargo, sin duda un grupo poderoso que cuente con un amplio respaldo popular y político opuesto a los derechos de las minorías, podría lograr debilitar dicha protección con impunidad, en un sistema que no tiene mecanismos de contrapesos, para prevenir que la preferencia mayoritaria retenga su influencia. En tal situación, en la que hay una fuerte oposición al cumplimiento de un derecho, no sería de mucha ayuda para la minoría asediada que el juicio acerca de la constitucionalidad de esa decisión se someta a la población que decidió no protegerla en un principio.

Jeremy Waldron niega la fuerza de este argumento por razones relacionadas con su postura acerca de la importancia del "impacto" sobre el titular de derechos. Sostiene que el principio *nemo iudex in causa sua* [nadie puede ser juez en su propia causa] es "[...] inapropiado en una situación en la que la comunidad intenta resolver alguna cuestión relativa a los derechos de todos los miembros de la comunidad, e intenta hacerlo sobre la base de una participación igualitaria" (Waldron, 1999, p. 297).

Pueden sostenerse dos puntos como respuesta a este argumento. En primer lugar, el hecho de que todas las personas tienen el derecho a participar en una decisión política no se sigue que nadie, o ningún grupo, será efectivamente excluido de influir en esa decisión. Las personas que tienen poco poder político o influencia, y que son constantemente derrotados en las votaciones por grupos más poderosos, serán desfavorecidos en la política ordinaria, a pesar de tener el derecho formal a participar. Dadas las disparidades de poder y riqueza en la sociedad, tener el derecho de participación igualitaria no implica que la habilidad para participar de modo efectivo es igual.²⁹ Estas disparidades, así como

²⁸ Esta reserva es expresada por Sager (1990, p. 956).

²⁹ Para consultar la diferencia entre la posesión de un derecho formal y la efectividad de ese derecho, véase Gewirth (1982). Nota: el escándalo alrededor de la elección presidencial de Estados Unidos en el año 2000 nos recuerda que las disparidades de poder, influencia y dinero no son las únicas que pueden debilitar la igual oportunidad de que sean tomados en consideración los votos de las personas. Estas distorsiones también pueden ocasionarse por disparidades en mecanismos para contar el voto en diferentes estados, véase

el peligro de excluir a un grupo en situación minoritaria permanente, demuestran que el derecho formal a participar y el derecho efectivo a participar son disociables. Si la preocupación de Waldron es que nadie sea excluido del proceso político de toma de decisiones, esto no siempre es atendido al darles a las personas un derecho (formal) de participación igualitaria en decisiones mayoritarias.

En segundo lugar, es equívoco señalar que se trata de una decisión sobre los derechos que tienen todos los miembros de la comunidad. Aunque los derechos pueden estar garantizados para todos los ciudadanos, pueden ser invocados o hacerse valer con objeto de proteger un comportamiento particular o el comportamiento de un grupo determinado de individuos. De modo similar, la protección del derecho puede ser denegada a un grupo particular en la sociedad, en lugar de impugnarse en su totalidad. Por tanto, aunque el derecho a la privacidad o libertad pueden no ser discutibles como una afirmación general de aquello que todos los miembros de la comunidad tienen, muchas personas se oponen a la aplicación de este derecho cuando se trata de proteger la vida privada de personas homosexuales. Más que referirnos a esta situación como una que concierne a los derechos de todos los miembros de la comunidad, podría ser más preciso describirla como una situación que comprende los derechos de un grupo en particular. Si desde un inicio un grupo es excluido por no tener suficiente poder o respaldo político para promover sus reclamos, podría resultar en vano preguntar si la decisión fue correcta a través del mismo procedimiento de toma de decisiones que los excluyó. Desde mi perspectiva, precisamente ésta es la situación en que la existencia de un foro para el control judicial puede ser valioso, de modo que tales cuestiones puedan ser decididas de modo independiente de la estructura del poder político que, de otra manera, podría impedir que ciertos grupos obtengan la debida protección de sus derechos.

Sunstein (2002, p. 122). También vale la pena mencionar que Sunstein interpreta el caso *Bush vs. Gore* 121 S Ct 525 (2000) como autoridad para la propuesta de que existe "un derecho constitucional a la igual oportunidad de que nuestro voto sea tenido en cuenta" (2000, p. 121) y que este derecho tiene "grandes posibilidades que han sido poco apreciadas" (2000, p. 135.)

5. Democracia y desconfianza

Waldron no ha demostrado todavía que los procedimientos participativos tienen prioridad cuando se trata de decisiones acerca de derechos. Sin embargo, el control judicial podría seguir siendo vulnerable a algunas objeciones que él hace en su contra. Una de estas objeciones es que la defensa del control judicial está basada en una visión indebidamente pesimista y desconfiada acerca de la capacidad del proceso político-democrático para proteger derechos fundamentales. Para Waldron, el argumento de que el control judicial es necesario para proteger los derechos individuales y los derechos de las minorías "sólo es plausible en tanto uno piense que no se dará una consideración adecuada a los derechos individuales en los procesos democráticos y representativos" (Waldron, 1993b, p. 416). La suposición correcta, de acuerdo con Waldron, es la contraria, a saber, que "los votantes y legisladores son capaces de enfocar sus deliberaciones en el bienestar general y en una percepción del balance apropiado que debería sostenerse entre los intereses individuales en una sociedad" (Waldron, 1999, p. 417).

Una vez que adoptamos esta visión del proceso democrático y de las personas que operan dentro del mismo, la justificación del control judicial se debilita.³⁰

Este argumento está explícitamente basado en derechos. Waldron sostiene que la defensa del control judicial con base en que éste proporciona la mejor manera de proteger derechos guarda una profunda inconsistencia. Esto se debe a que nuestras razones para respaldar el control judicial no concuerdan con los fundamentos por los que protegemos los derechos de las personas, a saber, que las personas son agentes morales responsables y con la capacidad para ser autónomos (Waldron, 1993a, p. 27).³¹ De acuerdo con Waldron, la atribución de derechos está basada en una visión específica sobre los titulares de derechos, a saber, que se trata de personas autónomas con una capacidad para razonar

³⁰ Esta visión es defendida por autores como, por ejemplo, Gauthier (1993, p. 315) y Weale (1999, p. 170).

³¹ Véase también Allan (1996, pp. 337 y ss.).

moralmente y ejercitar sus derechos de una manera responsable y ética. Si proponemos la creación de instituciones con la idea de que las personas actuarán de modo irresponsable, irracional o de modo precipitado, estamos sugiriendo implícitamente entonces la paradójica creencia de que las personas no son dignas de los derechos humanos que deseamos proteger.³² Como Waldron señala: "esta actitud de desconfianza hacia los conciudadanos no encaja particularmente bien con el aura de respeto por la autonomía y responsabilidad que transmite el contenido sustantivo de los derechos que son atrincherados de este modo" (1999, p. 222).

No es parte de mi argumento decir que los representantes públicos o las personas en general carecen de la capacidad de deliberar acerca de derechos o de hacer un esfuerzo para protegerlos. Cuestiones acerca de principios, la preocupación por el bien común y el bienestar de los ciudadanos son la médula de muchos de los argumentos propuestos a la legislatura y dentro de ella.³³ Tampoco dudo que las personas sean capaces de votar moralmente o de manera que vaya más allá de su limitado interés propio, e incorporen consideraciones acerca del bien común. Sin embargo, ello no quiere decir que siempre actuarán de esta manera.³⁴ Incluso si aceptamos la capacidad de las personas para tomar las decisiones correctas cuando actúan políticamente, seguimos enfrentándonos con la posibilidad de que podrían no hacerlo siempre. Podrían tomar la decisión incorrecta, ya sea porque dan preferencia al interés propio por encima del bien común, o bien, porque no consideran los efectos a largo plazo de su decisión o el efecto que ésta pudiera tener sobre los demás. Desde mi perspectiva, no existe ninguna inconsistencia en decir que las personas tienen la capacidad

³² Este punto también es sostenido por Bellamy y Castiglione (1997, p. 2041).

³³ El punto de que los argumentos de principio permean la deliberación y la toma de decisiones en la política ordinaria (es decir, que los tribunales no son las únicas instituciones de principio en el gobierno democrático) es defendido ampliamente como parte de la crítica a la distinción de Dworkin, véanse Finnis, (1985, p. 311); Waldron (1993b, p. 418); Weale (1999, p. 170), y Sunstein (1993, p. 146).

³⁴ Nota: al poner énfasis en el respeto por su capacidad para tomar buenas decisiones, Waldron no desea negar que las personas en ocasiones cometen errores o emiten malos juicios: "La fe en la elección del titular de derechos que es demostrada al atribuirle el derecho, ciertamente no implica la seguridad de que inequívocamente tomará la decisión correcta; no obstante, está sustentada en la convicción de que tendrá los recursos para ponderar responsablemente cualquier cuestión moral que esté involucrada en la elección" (1999, p. 250).

para decidir bien y en ocasiones decidir mal. Deberíamos poner ambos factores en la ecuación al diseñar instituciones.

Tampoco es inconsistente reconocer la posibilidad de que las personas pueden violar los derechos de otras o favorecer sus propios intereses y no el interés común, y al mismo tiempo considerarlos agentes morales responsables. Podemos creer que las personas deben ser tratadas como agentes morales responsables, y aun así proporcionar mecanismos en caso de que las personas cometan un error. Se trata simplemente de reconocer que los agentes morales responsables pueden actuar tanto de manera inmoral como moral. De hecho, en ocasiones nos sentimos consternados por las decisiones que toman las personas, precisamente porque los entendemos como sujetos morales (Fabre, 2000a, p. 91). Por tanto, no es inconsistente atribuir derechos a las personas con base en que son racionales y autónomas, y crear instituciones políticas para revisar decisiones erróneas, motivadas por intereses propios o miopes acerca de los derechos; y poder revertir esta decisión si se encontrara que ésta es deficiente. La capacidad para hacer juicios morales no es inconsistente con la falibilidad moral.

Pero, ¿acaso nuestro respaldo a un procedimiento de revisión no denota una falta de fe o desconfianza en los políticos y ciudadanos ordinarios, es decir, desconfianza en su habilidad para usar su capacidad moral para el bien? Debe señalarse desde un inicio que el problema de la desconfianza se relaciona con la cuestión general acerca de la base sobre la cual deberíamos planear y diseñar nuestras instituciones. Al considerar asuntos de diseño institucional, deberíamos enfrentar seriamente las preguntas acerca de la probabilidad de que las instituciones políticas lleven a cabo sus funciones de conformidad con una buena moral política y, de no ser así, establecer salvaguardias para minimizar el error. Dado que pensamos que los intereses protegidos por los derechos son importantes (un punto con el que Waldron concuerda), prevenir el riesgo debería ser una motivación más importante al momento de crear instituciones que cualquier optimismo que podamos tener acerca de la voluntad de las personas para hacer lo correcto (Hart Ely, 1980, p. 181; Christiano, 2000, p. 536). En otras palabras, deberíamos pecar por exceso de vigilancia y no por complacencia cuando se

trata del diseño de instituciones que defienden derechos. Deberíamos tomar en consideración la posibilidad de que un gobierno malintencionado tome el poder o que un buen gobierno en ocasiones cometa errores.

Esto no significa que desconfiemos de los políticos. Se trata simplemente de adoptar una actitud precavida, en vez de optimista, ante aquellos que están en el poder. Muchas violaciones de derechos constitucionales ocurren sin que medie una falla del legislador o un manejo inadecuado de las cuestiones sobre derechos. Éstas pueden ocurrir simplemente porque la legislatura no tenía la protección de un derecho en el primer plano de sus preocupaciones, al momento de promulgar un texto legislativo en particular. En ocasiones, las violaciones de derechos pueden ocurrir debido a cambios dentro de la sociedad y ello puede volverse aparente después de años de estar en los códigos.³⁵ Que ocurran muchas violaciones de derechos sin que medie algún tipo de hostilidad a la protección de derechos o una toma de decisiones irresponsable no debilita la defensa del control judicial bajo una carta de derechos. De hecho, la fortalece, porque muestra que incluso si asumimos que los legisladores siempre intentarán proteger los derechos en cada caso, y nunca ceden a presiones para actuar de otro modo, la posibilidad de que se violen derechos aún existe. Incluso en el mejor escenario (en el que ningún actor político es persuadido de alejarse de su deber moral de proteger derechos) existe espacio para hacer una defensa del control judicial de constitucionalidad. Tener un mecanismo de revisión que pueda ser activado por la persona cuyo derecho ha sido presuntamente violado puede ser una manera útil de traer a la luz violaciones de derechos humanos, así como ayudar al parlamento a rectificar cualquier deficiencia en la legislación si llega a ocurrir.

También es importante señalar que la efectividad del control judicial depende en gran medida de que los principios fundamentales contenidos en la carta

³⁵ Estos puntos no establecen por sí mismos, porque las cortes, y no el parlamento, deberían remediar las injusticias que emergen a lo largo del tiempo. Simplemente muestran que las violaciones de derechos no siempre son producto de motivos perversos o incluso de legislar con descuido; surgen, inevitablemente, cuando cambian las condiciones a las que la legislación es aplicable. Por tanto, podemos esperar que ocurran sin asumir una actitud de desconfianza hacia miembros del parlamento.

de derechos sean respetados por otros órganos de gobierno y la sociedad en general. Sin la convicción en el valor o importancia general de los derechos humanos en las ramas de gobierno, existen pocas posibilidades de que el control judicial logre protegerlos por su propia cuenta o logre preservarlos frente a una cultura política hostil (Dahl, 1989, p. 173). De hecho, le resultaría imposible funcionar de manera efectiva bajo tal cultura política (Rawls, 1993, p. 263; Bickel, 1962, p. 244). Por tanto, más que denotar desconfianza en las personas y sus representantes, la protección efectiva de los derechos en las cortes descansa sin duda en que esa confianza esté justificada. Si no lo está, entonces ningún tipo de límite constitucional o control judicial podrá compensarlo.

6. La participación como una forma de autoprotección

A pesar de su firme oposición a las justificaciones instrumentalistas de la autoridad política, Waldron termina recurriendo a ese argumento. Sostiene que los ciudadanos tienen una mayor oportunidad de proteger sus derechos al participar en la política mayoritaria de la que tendrían si esta protección se deja a cargo de otros:

Valoramos la participación no sólo como un fin en sí mismo, sino también porque pensamos que ésta es una manera de asegurar que cada persona consiga lo que por derecho le pertenece.

[...]

La participación también es valorada como una forma de autoprotección: cada individuo actúa, hasta cierto punto, como una voz para aquellos que comparten sus intereses y que deben ser tomados en serio en la política [Waldron, 1993a, p. 37].

El argumento de que la participación ofrece una forma de autoprotección para los intereses de un individuo ha sido tradicionalmente una justificación común de la democracia participativa (Parry, 1972, p. 19; Pateman, 1970, p. 19). La idea central es que, en un gobierno popular, la posibilidad de injusticia será reducida porque las personas defenderán sus derechos. El autogobierno protege

a las personas en contra de abusos al darles una oportunidad de defenderse, a manifestarse y, a la larga, proteger sus propios intereses (Nelson, 1980, pp. 113-114).

Este argumento no sobrevive un escrutinio, ya que descansa sobre dos presupuestos dudosos. Uno es que las personas realmente podrán ser capaces de defender sus derechos a través de los canales normales de la política. El segundo presupone que habilitar a las personas para que participen en la vida política es la mejor manera de asegurar la protección de sus derechos. En primer lugar, las personas con preocupaciones de importancia política marginal, que no tienen organización política o aquellas que tienen intereses considerados como cargas excesivas para el Estado, pueden ser efectivamente excluidas del proceso político y ser, sencillamente, incapaces de defender sus derechos en los procesos normales de la política. Aunque tienen un derecho formal al voto, de reunión y de asociación, se encuentran efectivamente privados de estos derechos porque no pueden generar respaldo y reconocimiento para sus reclamos y preocupaciones.³⁶ La política representativa normal, operando como lo hace —en una escala masiva en la que intereses opuestos luchan por protección y apoyo—, crea el riesgo sistémico para aquellos que no logren movilizar apoyo político o cuyos intereses no estén representados por un miembro del parlamento de ser efectivamente excluidos. El control judicial ante un tribunal independiente ofrece una posibilidad mayor de que tales individuos o grupos puedan traer sus reclamos a la atención pública y argumentar que éstos deberían ser protegidos como un derecho. Por tanto, si la preocupación de Waldron es que las personas estén genuinamente facultadas para manifestar sus preocupaciones y tener una voz en la política, no es claro en absoluto que el mayoritarismo participativo sea la mejor manera de alcanzar ese objetivo.

Éste es un mero reflejo de la distinción aludida anteriormente entre la participación formal y efectiva. La participación política depende de la posesión de recursos políticos, financieros y organizacionales. Las diferencias en riqueza,

³⁶ Para la distinción entre participación formal y efectiva, véase Gewirth (1982).

educación y apoyo popular tienen un papel que desempeñar en la creación de disparidades entre el poder político de las personas y sus habilidades para alcanzar o influenciar en sus objetivos políticos. Claramente, estas desigualdades permitirán que aquellos que están mejor situados, ya sea financiera o políticamente, ejerzan una influencia mayor sobre la legislación y tengan una mayor oportunidad de asegurar la protección de sus intereses (Lively, 1975 p. 22; Sandalow, 1981, p. 449). Las habilidades organizacionales, el tiempo, el dinero, el acceso fácil a los agentes del gobierno, los partidos políticos o los medios son todos necesarios para la construcción de una acción política efectiva y todos son atributos que resultan relativamente inaccesibles para muchos. Por tanto, incluso si todos tienen el derecho a votar y participar en la política democrática, esto no significa que todos podrán lograr que su voz sea escuchada o que podrán influir en la política pública en la misma medida.³⁷

A menos de que otras desigualdades sociales que llevan a la desigualdad de influencia política sean eliminadas o mitigadas, la idea de que la participación genuinamente igualitaria pueda ser alcanzada simplemente dándole a todos el derecho a participar no es más que una "aspiración poco probable" (Phillips, 1995, p. 30).³⁸ Si nos preocupa darles a las personas una voz que resuene en nuestros arreglos políticos, deberíamos mirar otros mecanismos para lograr esta meta. Como John Rawls sostiene, debemos estar preparados para dar "pasos compensadores" (1971, p. 225) y poder conservar el justo valor de este derecho para todos. La voluntad de investigar dichas opciones muestra una apreciación de la brecha entre la igualdad formal y sustancial, así como el deseo de reducir esta brecha para impulsar la verdadera inclusión política y social (Phillips, 1995, p. 35). Las opciones son muchas y variadas. Podrían incluir que el tiempo en la televisión o el espacio en periódicos estén disponibles en forma gratuita para personas de escasos recursos o colocar límites en el financiamiento de

³⁷ Charles Beitz se refiere a esto como la diferencia entre la influencia potencial y real (1983, p. 73); véase también Dworkin, (1987, p. 12).

³⁸ Como Alan Gewirth señala, en relación con la democracia americana: "el proceso democrático está en sí mismo caracterizado por las mismas desigualdades que caracterizan a otros aspectos sustantivos de la sociedad americana" (1982, p. 322); véase también Gewirth (1996, p. 340).

los partidos políticos.³⁹ Otro mecanismo es aquel que proporciona el control judicial.

La disociación de la participación formal y efectiva tiene otra importante consecuencia. Siguiendo la condición instrumental del buen gobierno, asegurar la participación efectiva de modo que rinda tributo a la igualdad fundamental de las personas, puede en sí requerir algunas desigualdades en la participación formal. Así, si puede demostrarse que los intereses que subyacen a la participación (a saber, autonomía, dignidad, inclusión, etc.) son protegidos en mayor medida al tener un gobierno democrático en combinación con el control judicial, entonces debería elegirse ésta. Aquí, los límites al derecho de igual participación son establecidos por la meta de alcanzar la participación efectiva máxima para todos.

Finalmente, incluso si aceptamos que la voz de todos podría ser escuchada en la política ordinaria, no se demuestra con ello que la participación popular es la mejor manera de proteger los derechos de las personas. Aún es una pregunta abierta si tener un derecho para participar en el sistema político (por medio del derecho a votar, a asociarse, a reunirse, etc.) es una mejor manera de proteger los derechos, que un sistema que los atrinchera para evitar una abrogación por parte de la legislatura y que permite a las personas presentar sus reclamos ante un tribunal independiente. La dificultad que tienen algunas personas para hacer que sus voces sean escuchadas y tomadas en serio en la política ordinaria hace que sea probable, como consecuencia, que se complique asegurar la protección política o legal para sus intereses en la esfera pública. Desde mi perspectiva, estas personas estarían en una mejor situación si tuvieran la oportunidad de llevar sus reclamos ante un tribunal constitucional que considere su caso individual en una corte imparcial a la luz de los principios constitucionales. Si tienen un buen caso, el demandante tiene un poder significativo para influir directamente en la toma de decisiones políticas. La institución del control

³⁹ Para un bosquejo de estas y otras medidas que podrían ser instituidas para hacer más accesible a los grupos la "habilidad efectiva de presentar sus reclamos en la comunicación pública", véase Gewirth (1996, pp. 324-325).

judicial puede proporcionar un medio a través del cual las personas puedan participar de modo más efectivo en la política, que una situación en la que tienen un voto entre millones en una elección general. Por tanto, existe por lo menos una categoría de casos (es decir, aquellos en los que no es posible llevar sus reclamos a la atención pública en la política normal) en los que tener derechos de participación en la vida política no es la mejor manera de asegurar la protección de sus derechos. La toma participativa de decisiones podría implicar un cierto avance como garantía contra un gobierno arbitrario u opresivo, pero no es, en sí misma, suficiente para asegurar que el gobierno protegerá los derechos constitucionales de modo general.

7. Derechos, participación y respeto

En el transcurso de este ensayo he argumentado contra Waldron que el derecho a participar, aunque es intrínsecamente valioso, no disminuye la importancia central de la condición instrumental del buen gobierno. Aunque reconozco el valor del gobierno democrático, intenté mostrar que los valores democráticos no son, y no deberían ser, la totalidad de nuestra moral política. El valor de la participación es importante entre muchos otros que necesitan ser balanceados cuando diseñamos instituciones. Se trata de un elemento dentro de la teoría de la justicia que debe ser protegido bajo la teoría de autoridad, pero su importancia no es preeminente. Resulta crucial para nuestro propósito, que no excluye el establecimiento de límites a la resolución participativa y mayoritaria de las preguntas políticas, cuando esos límites incrementen la protección general de los intereses de las personas.

En gran parte de la discusión anterior se encuentra implícito el hecho de que hay muchas conexiones favorables entre los derechos constitucionales y la participación popular.⁴⁰ En conclusión, vale la pena subrayar dos de ellas. En primer lugar, una consecuencia importante de atrincherar derechos en una carta de

⁴⁰ Estas dos no son las únicas relaciones favorables entre los derechos atrincherados constitucionalmente y el gobierno democrático. Para una discusión sobre la variedad de estas conexiones véase, en general, Jones (1994, pp. 173-177).

derechos aplicada por los tribunales es que así se empodera a las personas para iniciar un litigio con el objetivo de defender y hacer valer sus derechos frente a un tribunal independiente, y también les da la capacidad de asegurar el pago de una indemnización por su violación. Esto convierte los derechos constitucionales en fuentes de poder para los individuos. Si tienen éxito en sus reclamos, el litigio puede facilitar que las personas hagan los cambios en la legislación que, de otro modo, los legisladores podrían haber sido reacios o estar poco dispuestos a realizar. Sin embargo, sería un error asumir que tener éxito en la corte es la única meta de aquellos que participan en un litigio constitucional. Sin importar si ganan o pierden, los litigantes pueden lograr subir el perfil de un asunto que de otro modo sería marginal, y traerlo a la luz del debate público. Los individuos y grupos que participan en un litigio pueden lograr ganar respaldo popular por su causa, incluso si no logran persuadir a los jueces de la Suprema Corte (Feldman, 1992, pp. 44, 46).⁴¹

De estas maneras, el control judicial comprende una distribución de poder político en la sociedad, de modo que aquellos que de otra forma estarían efectivamente marginados en el sistema político puedan presentar su reclamo en la vida pública de su país. Éste puede proporcionar un canal adicional de participación, lo cual puede beneficiar a aquellos que podrían tener dificultad en hacer que sus voces sean escuchadas a través de los canales ordinarios de la política (Raz, 1995, pp. 42-44; Fredman, 2001). Por tanto, en lugar de disminuir el poder de los ciudadanos ordinarios en cuestiones de alta importancia moral y política, como Waldron sugiere, el control judicial puede ser una manera de empoderar a los ciudadanos para defender, dar publicidad y, finalmente, hacer valer sus derechos en el foro público. Esto no implica sugerir que el acceso a las cortes está completamente libre de obstáculos para aquellos que se encuentran en situación de desventaja en una sociedad. Ninguna creación institucional

⁴¹ Un ejemplo reciente en el derecho constitucional irlandés de este fenómeno es proporcionado por el caso *Sinott vs. AG* [2001] 2 Irish Reports 545. Ahí, la Suprema Corte de Irlanda decidió que el Estado no tenía un deber constitucional de proporcionar educación primaria para un litigante con autismo (el Sr. Sinott). Sin embargo, dada la ola de preocupación pública generada por el caso, el gobierno irlandés se sintió políticamente obligado a responder, y emprendió la tarea de mejorar el cuidado de niños autistas y adultos, a pesar de que no fue ordenado por la Suprema Corte, véase «<http://www.ireland.com/newspaper/front/2001/0713/fro2.htm>».

logrará que cada uno de los reclamos importantes sea escuchado. El caso, simplemente, es que aquellos que tendrían poca o ninguna oportunidad de lograr cualquier nivel de respaldo o reconocimiento, podrían tener mayores oportunidades al plantear un caso ante la Suprema Corte. Es de crucial importancia que, en esta última situación, el éxito no depende de movilizar un amplio apoyo político entre la población en general o de grupos poderosos dentro de la población.

Desde luego, la fuerza de este punto puede ser resistida por aquellos que creen que las cortes se encuentran por encima o por fuera de la política. Ellos sostienen que el control judicial constitucional proporciona un remedio legal para la violación de un derecho. Como tal, se trata de una alternativa a la participación en el proceso político, más que una instancia del mismo (Bellamy y Castiglione, 1997, p. 2039; Bellamy, 1996, p. 435).

Esta visión descansa en una concepción indebidamente reducida de la política (así como en una concepción reducida de la participación) que oscurece el papel central que desempeña el poder judicial en la vida política. El litigio en el marco de una carta de derechos es una forma de participación política porque es una manera de resaltar la importancia de un tema en el debate político y de lograr que nuestros puntos de vista sean escuchados en la vida pública del país. Tener la habilidad de exigir derechos en forma legal implica que, como mínimo, el gobierno tendrá que justificar sus decisiones políticas y defenderlas públicamente en la corte. Si se encuentra que la legislación es deficiente, tal vez ésta tendría que cambiar para ajustarse a los reclamos sobre derechos. Esto da a los individuos un poder político inmenso para inducir un cambio legislativo en un área que les afecta de modo directo. Además, el éxito en la corte constitucional puede tener un impacto considerable en la distribución de poder y recursos en la sociedad, y esto tiene evidentes implicaciones políticas.

Esto lleva al segundo punto de conexión favorable entre la participación y el control judicial. Si bien el control judicial de la Constitución efectivamente puede restringir el ámbito de la toma de decisiones democráticas hasta cierto punto,

lo hace por razones que son congruentes con aquellas por las cuales valoramos la participación en primer lugar. Vimos anteriormente que el punto de tener derechos de participación era asegurar que las personas pudieran hacer que sus voces sean escuchadas en el foro público. Esto es intrínsecamente valioso porque otorga a las personas un sentido de pertenencia e inclusión, así como el sentimiento de ser respetado como un miembro pleno de la comunidad. Lo que deseo puntualizar es que cualquiera que sea la restricción a los procesos de toma de decisiones democráticas que resulte del control judicial, ésta no refleja o emana de un menosprecio o falta de respeto por ninguna sección de la comunidad, o de un rechazo a la membresía de ninguna persona. Por el contrario, está justificado con base en que la protección reforzada de derechos que pretende lograr es una manera de respetar a los individuos, porque protege y respeta sus intereses. Al permitir que las personas –que de otro modo serían excluidas de la vida política– presenten reclamos en la esfera pública, también podría ayudar a resarcir la falta de pertenencia que algunos ciudadanos pudieran sentir si se encuentran efectivamente excluidos o marginados en el proceso político ordinario. Esta restricción es muy diferente en su justificación de una que tiene por objeto diluir la influencia de un grupo en particular o de personas particulares en la sociedad. Justifica una disminución en la participación, a efecto de asegurar una protección óptima para los intereses de las personas en general.

Esto se relaciona con el argumento de Waldron de que el respeto por la autonomía de las personas requiere un mecanismo de toma de decisiones políticas que les permita tener voz en la decisión: hay dignidad en la inclusión, e insulto en la exclusión. Debería haber quedado claro en este punto que mi respuesta deriva de la prioridad de la condición instrumental del buen gobierno. Las personas tienen un interés en la autonomía personal, lo cual genera un deber para otros de respetar ese interés. Respetamos a las personas al tener una debida consideración por sus intereses, y no las respetamos cuando no lo tenemos. De modo similar, tratamos a las personas con dignidad al respetar sus intereses y las insultamos al violar esos intereses o al pasar por alto su bienestar. Sin embargo, es incorrecto equiparar nuestro interés en la autonomía con nuestro interés en la participación democrática. Tener la capacidad de expresarme en el

dominio público, de asociarme con otros y de votar en elecciones es sólo un elemento de mi capacidad para llevar una vida autónoma. Nuestras intuiciones se oponen a la perspectiva de que este elemento tenga importancia exclusiva, o incluso, preeminente. En la concepción aquí presentada, se trata de un elemento entre muchos que deben balancearse de tal manera que proporcione una protección general óptima a los intereses de las personas, incluyendo su interés en la autonomía. La dignidad de la inclusión debería ser entendida de manera que incorpore esta perspectiva más amplia, en lugar de ser vista enteramente en términos procedimentales.

Fuentes

Allan, J. (1996), "Bills of Rights and Judicial Power - a Liberal Quandary", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.16, pp. 337-352.

Beitz, C. (1983), "Procedural Equality in Democratic Theory: A Preliminary Examination", en Pennock, R. y Chapman, J. (eds.), *Democratic: Nomos XXV: Liberal Democracy*, Nueva York: New York University Press.

Bellamy, R. (1996), "The Political Form of the Constitution: The Separation of Powers, Rights and Representative Democracy", *Political Studies*, vol. 44, pp. 436-456.

Bellamy, R. y Castiglione, D. (1997), "Review Article: Constitutionalism and Democracy - Political Theory and the American Constitution", *British Journal of Political Science*, vol. 27, núm. 4, pp. 595-618.

Bickel, A. (1962), *The Least Dangerous Branch*, New Haven: Yale University Press.

Buchanan, J. (1990), *Liberty, Market and State: Political Economy in the 1980's*, Londres: Wheatsheaf.

Campbell, T. (1999), "Human Rights: A Culture of Controversy", *Journal of Law and Society*, vol. 26, núm. 1, pp. 6-26.

Christiano, T. (2000), "Waldron on Law and Disagreement", *Law and Philosophy*, vol. 19, núm. 4, pp. 513-543.

_____ (1996), *The Rule of the Many*, Oxford: Westview Press.

Dahl, R. (1989), *Democracy and Its Critics*, New Haven: Yale University Press.

Dworkin, R. (1996), *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass: Harvard University Press.

_____ (1987), "What Is Equality? Part 4: Political Equality", *University of San Francisco Law Review*, vol. 22, pp. 1-30.

_____ (1985), *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass: Harvard University Press.

Elster, J. (1983), *Sour Grapes: Studies in the Subversion of Rationality*, Cambridge: Cambridge University Press.

Fabre, C. (2000a), "A Philosophical Argument for a Bill of Rights", *British Journal of Political Science*, vol. 30, pp. 77-98.

_____ (2000b), "The Dignity of Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, núm. 2, pp. 271-282.

Feldman, D. (1992), "Public Interest Litigation and Constitutional Theory", *Modern Law Review*, vol. 55, núm. 1, pp. 44-72.

Finnis, J. (1985), "A Bill of Rights for Britain? The Moral of Contemporary Jurisprudence", *Proceedings of the British Academy*, 71, pp. 303-331.

Fredman, S. (2001), "Judging Democracy: The Role of the Judiciary under the HRA 1998", *Current Legal Problems*, vol. 53, núm. 1, pp. 99-129.

Gauthier, D. (1993), "Constituting Democracy", en Copp, D., Hampton, J. y Roemer, J. (eds.), *The Idea of Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.

Gardbaum, S. (2001), "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, núm. 4, pp. 707-760.

Gewirth, A. (1996), *The Community of Rights*, Chicago: Chicago University Press.

_____ (1982), *Human Rights: Essays on the Justification and Applications*, Chicago: University of Chicago Press.

Hart Ely, J. (1980), *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass: Harvard University Press.

Holmes, S. (1988), "Gag Rules or the Politics of Omission", en Elster, J. y Slagstad, R. (eds.), en *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.

Hyland, J. (1995), *Democratic Theory: The Philosophical Foundations*, Manchester: Manchester University Press.

Jones, P. (1994), *Rights*, Hampshire: The Macmillan Press.

Kateb, G. (1983), "Remarks on Robert B. McKay `Judicial Review in a Liberal Democracy'", en Pennock, R. y Chapman, J. (eds.), *Nomos XXV: Liberal Democracy*, Nueva York: New York University Press.

Lively, J. (1975), *Democracy*, Oxford: Basil Blackwell.

Nelson, W. (1980), *On Justifying Democracy*, Londres: Routledge & Kegan.

Parry, G. (1972), "The Idea of Political Participation", en Parry, Geraint (ed.) *Participation in Politics*, Manchester: Manchester University Press.

Pateman, C. (1970), *Participation and Democratic Theory*, Cambridge: Cambridge University Press.

Phillips, A. (1995), *The Politics of Presence*, Oxford: Clarendon Press.

Rawls, J. (1993a), *Political Liberalism*, Nueva York: Columbia University Press.

_____, (1993b), "The Domain of the Political and the Overlapping Consensus", en Copp, D., Hampton, J. y Roemer, J. (eds.), *The Idea of Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.

_____, (1971), *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass: Harvard University Press.

Raz, J. (1998), "Disagreement in Politics", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 43, núm. 1, pp. 25-52.

_____, (1996), *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Oxford University Press.

_____, (1995), "Rights and Politics", *Indiana Law Journal*, vol. 71, pp. 27-44.

_____, (1994), *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford: Clarendon Press.

Sager, L. (1990), "The Incorrigible Constitution", *New York University Law Review*, vol. 65, pp. 893-961.

Sandalow, T. (1981), "The Distrust of Politics", *New York University Law Review*, vol. 56, pp. 446-468.

Scanlon, T.M. (1983), "Due Process", en Pennock, Roland y Chapman, John (eds.), *Nomos XXV: Liberal Democracy*, Nueva York: New York University Press.

Shapiro, I. y Hacker-Cordon, C. (1999), "Promises and Disappointments: Reconsidering Democracy's Value", en Shapiro, I. y Hacker-Cordon, C. (eds.), *Democracy's Value*, Cambridge: Cambridge University Press.

Sunstein, C. (2002), "The Equal Chance to Have One's Vote Count", *Law and Philosophy*, vol. 21, núm. 2, pp. 121-135.

_____ (1993), *The Partial Constitution*, Cambridge, Mass: Harvard University Press.

Waldron, J. (1999), *Law and Disagreement*, Oxford: Clarendon Press.

_____ (1993a), "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, pp. 18-51.

_____ (1993b) "Rights and Majorities: Rousseau Revisited", en Waldron, J., *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Cambridge: Cambridge University Press.

Walzer, M. (1981), "Philosophy and Democracy", *Political Theory*, vol. 9, núm. 3, pp. 379-399.

Weale, A. (1999), *Democracy*, Londres: Macmillan Press.

_____ (1989), "The Limits of Democracy", en Hamlin, A. y Pettit, P. (eds.), *The Good Polity: Normative Analysis of the State*, Oxford: Basil Blackwell.

El papel de los tribunales constitucionales en los Estados democráticos

The Role of Constitutional Courts in Democratic States

JUAN ANTONIO XIOL RÍOS*

Resumen

Partiendo de la aceptación global del principio democrático se trata de demostrar que la labor de los tribunales constitucionales está encaminada, tanto en su origen como en su evolución, a dar efectividad a aquel principio en los Estados, como alternativa a la *judicial review*.

Palabras clave: Democracia, Tribunal Constitucional, Constitución, revisión judicial, Jurisdicción constitucional concentrada.

Abstract

Starting from the global acceptance of the democratic principle, it is about demonstrating that the work of the Constitutional Courts is aimed, both in its origin and its evolution, to give effect to that principle in the states, as an alternative to the judicial review.

* Premio Extraordinario de Licenciatura en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Juez administrativo jubilado. Ex secretario general del Tribunal Constitucional. Ex director general de Justicia. Ex presidente de la Sala Civil del Tribunal Supremo. Ex vocal del Consejo del Poder Judicial. Actualmente, magistrado del Tribunal Constitucional de España. Correo electrónico: «jcbsoles@gmail.com».

Keywords: Democracy, Constitutional Court, Constitution, Judicial review, Constitutional jurisdiction concentrated.

1. El valor del principio democrático en el mundo global

1.1. ¿Tribunales constitucionales en conflicto con la democracia?

El propósito de este trabajo es formular una reflexión acerca de la función que corresponde en el mundo contemporáneo a los tribunales constitucionales en los Estados democráticos.

En la doctrina constitucional se hallan estudios que plantean como premisa fundamental la posible contradicción o necesidad de armonización entre democracia y tribunales constitucionales. Según este planteamiento es necesario determinar en qué medida son compatibles con el principio democrático unos tribunales de ámbito estatal cuyos miembros son designados por el poder político –sin excluir la existencia de posibles afinidades partidistas– y a los cuales corresponde fiscalizar la constitucionalidad de las leyes (López Guerra, 2003). El problema deriva –planteada la cuestión en los términos más elementales– del hecho de que los tribunales constitucionales tienen la facultad de imponerse sobre la soberanía popular anulando leyes promulgadas por los órganos que democráticamente la representan.

La aceptación de una oposición, aun en términos apagógicos, entre tribunales constitucionales y democracia no parece, sin embargo, el punto de partida más adecuado para abordar la cuestión. Es cierto, que, como dice Carlos Nino (1989), dado que la democracia se legitima en la soberanía popular y el órgano de expresión de ésta es el Poder Legislativo, "debería restringirse al máximo la posible interferencia de los jueces, ya que no son órganos directos, sino en todo caso indirectos, de la soberanía en esa expresión de la voluntad popular soberana" (1989). Pues bien, es precisamente la función de los tribunales constitucionales, como se intenta demostrar en este trabajo, la que los enlaza desde su mismo origen con la necesidad sentida en los Estados democráticos modernos

de ajustar la actuación de los poderes públicos, especialmente del Poder Judicial, a la Constitución y, por ende, al principio democrático para evitar interferencias indeseadas.

El enfoque que se entiende aquí procedente surge de la comprobación de que la función de los tribunales constitucionales no es esencialmente diferente de aquella que corresponde a los tribunales supremos en los sistemas de *common law*, pues éstos disponen de la facultad de apreciar la invalidez de las leyes contrarias a la Constitución cuando vulneran los derechos de los ciudadanos (Gargarella, 2011, p. 136).¹ Las críticas dirigidas a los tribunales constitucionales, en relación con las dificultades para acomodar su Constitución y su funcionamiento al principio democrático, tienen su trasunto en la polémica entre los autores anglosajones acerca del carácter contramayoritario del Poder Judicial en su conjunto² y, en consecuencia, en torno a la legitimidad democrática de los tribunales; dado que éstos tienen, en última instancia, en el sistema de *common law*, la facultad de considerar inválidas las leyes que incurren en una vulneración de la Constitución.

Hay que constatar, pues, las analogías que en este como en otros tantos puntos³ se observan entre los sistemas de *common law* y los sistemas de *civil law*. Estos

¹ En el mismo sentido, López Guerra (2003) afirma que "[...] la introducción de reglas generales por la vía de las resoluciones judiciales que han asumido los tribunales constitucionales ha ocurrido en una forma que hubiera resultado impensable para los que aún creen en la radical diferencia entre los sistemas de derecho civil y *common law*" (López Guerra, 2003).

² Bickel (1978, p. 17) utiliza esta expresión reiteradamente y afirma que la *judicial review* representa "[...] el poder de aplicar y dar forma a la Constitución, en cuestiones de la mayor importancia, en contra de los deseos de las mayorías legislativas que son, a su vez, incapaces de torcer la decisión judicial".

³ Me referí a estas semejanzas en Xiol (1986). Decía entonces, refiriéndome al reconocimiento por la jurisprudencia constitucional española del valor del precedente judicial, lo siguiente: "El fenómeno se encuadra, en línea inversa, en un proceso de aproximación del sistema continental al anglosajón. Los meritorios equilibrios efectuados por la doctrina y por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo para justificar el valor vinculante de ésta a partir de la creación de este Tribunal constituyen una consecuencia singular de esta aproximación que responde, por lo demás, a la propia realidad del sistema judicial. Pocos se han atrevido a decir, como Puig Brutau, en el año 1951, que 'la diferencia, muy grande teóricamente, entre la técnica de la decisión judicial en nuestro derecho y en general en el continental, por una parte, y en el anglosajón, por otra, es mucho menor en la realidad [...]'. Es una teoría y una creencia falsa, según este autor, que en el derecho continental 'el centro de gravedad de la creación del derecho privado reside en la formulación de normas generales y no en la decisión de casos particulares'. Hoy no es necesario insistir en acontecimientos tales como la configuración autónoma del gobierno del Poder Judicial en la Constitución, la previsión constitu-

son en los que suelen establecerse procedimientos de justicia constitucional concentrada atribuyendo el monopolio de examen de la constitucionalidad de las leyes a un único tribunal, llamado por ello constitucional.

Estas razones propugnan que el enfoque que debe adoptarse para tratar la relación entre el principio democrático y los tribunales constitucionales sea distinto. Se trata, en definitiva, de plantear como cuestión a la que debe responderse si los tribunales constitucionales, al igual que los tribunales supremos que tienen funciones análogas en otros sistemas, tienen una función específica de protección del principio democrático en las sociedades políticas contemporáneas, cuáles son los procedimientos que ejercitan esta función y si son idóneos para cumplir este cometido.

1.2. Funciones explícitas y latentes

Una vez sentado este criterio como premisa fundamental para el análisis de la cuestión, es necesario advertir que no se pretende aquí abordar su examen desde el punto de vista exclusivamente formal, es decir, analizando simplemente las competencias que específicamente se reconocen a los tribunales constitucionales en los distintos sistemas positivos. Al contrario, para elaborar una conclusión apta sobre esta materia es necesario tener en cuenta las funciones que realmente realizan los tribunales constitucionales, más allá de su función originaria como legislador negativo y de la atribución formal de competencias que puede deducirse de las constituciones y de sus leyes orgánicas. López Guerra (2003) ha distinguido entre las funciones manifiestas de los tribunales constitucionales y aquellas que ostentan de manera latente: ambas nos interesan igualmente cuando se trata de medir la influencia de estos tribunales en la efectividad del principio democrático.

cional de la introducción del jurado, la creación del Tribunal Constitucional y la creciente atención prestada a la jurisprudencia de los tribunales no sólo superiores, sino también de grados intermedios e incluso inferiores, para empezar a comprender la profunda verdad de las palabras de Puig Brutau. El reconocimiento de la fuerza vinculante del precedente por el Tribunal Constitucional es, por tanto, un paso decisivo en un proceso iniciado hace largo tiempo". Posteriormente al trabajo de Puig Brutau puede citarse a Cappelletti (1981, pp. 381-393) citado por López Guerra (2003).

En el proyecto de Kelsen (continuado en Italia por Calamandrei y en Alemania por su discípulo, Hans Nawiaski) el Tribunal Constitucional aparece como un legislador negativo: tiene el poder de derogar las leyes cuando resultan contrarias a la Constitución. Sin embargo, el sistema ha terminado por cristalizarse al ajustarse a un modelo intermedio (Gargarella, 2011, p. 134). Hoy día con frecuencia los tribunales constitucionales ostentan la potestad de declarar la nulidad de las leyes inconstitucionales, no sólo su derogación, y tienen también facultades para proteger los derechos fundamentales de las personas, bien mediante recursos de amparo directos, así como mediante el examen de las cuestiones que pueden plantear los tribunales ordinarios sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de normas o de actos del poder público.

Algunas de las funciones que ciertos tribunales constitucionales desempeñan en el marco de lo que hoy podemos llamar el equilibrio de los poderes del Estado —como el conocimiento de los conflictos entre órganos constitucionales—, no se separan de la tradición de estos tribunales como tribunales de conflictos. En su concepción originaria los tribunales constitucionales se instituyen para resolver el conflicto que puede tener lugar entre el Poder Constituyente y el Poder Legislativo. Baste notar que el antecedente inmediato del Tribunal Constitucional austriaco diseñado por Kelsen en 1920 fue el Tribunal Imperial (*Reichsgericht*) que se configuraba esencialmente como tribunal de conflictos (Cruz Villalón, 1987). En la actualidad se amplían ocasionalmente estas funciones mediante otras que, sin dejar de ser conflictuales, están íntimamente ligadas a la protección de los derechos constitucionales de carácter político, como son las funciones de fiscalización de los partidos políticos o de conocimiento de recursos de carácter electoral (López Guerra, 2003). El conocimiento de recursos de amparo o quejas constitucionales para la protección de derechos fundamentales constituye, sin duda, un capítulo que se separa ya de la tradición originaria.

1.3. La aceptación global del principio democrático

Otra premisa de la que considero que es indispensable partir es la de admitir la constatación de que hoy en día el principio democrático, al menos como una aspiración ideal, constituye una realidad aceptada, prácticamente, en todas las

sociedades políticas.⁴ Apenas pueden citarse algunos ejemplos de Estados o comunidades en los cuales el principio democrático es rechazado en términos de racionalidad política. Por otra parte, cuando esto sucede, el rechazo del principio democrático no se presenta como una disconformidad con los valores que implica la democracia, sino como la posibilidad de su superación.

Es cierto que, como dice Nino (2000, p. 71), la regla básica de reconocimiento de cualquier sistema jurídico –que es tanto como decir la regla mediante la cual se reconoce la legitimidad de la actuación de los tribunales que aplican este sistema– no sólo es el principio democrático y, con ello, el reconocimiento de los derechos humanos, sino también la imposibilidad práctica de alternativas más legítimas (porque es necesario admitir las imperfecciones inevitables en cualquier estructura) y la inexistencia de objeciones graves que puedan formularse.

En suma, lo más que puede aceptarse –en una perspectiva ciertamente constructivista–⁵ es que la legitimidad del sistema jurídico depende, entre otros factores, de la inexistencia de alternativas legítimas más factibles en una sociedad determinada. Por ahora, hay que reconocer que no se han experimentado soluciones organizativas para la comunidad política que claramente comporten mejoras respecto del principio democrático, principalmente, en cuanto al respeto a los derechos de la persona, de los colectivos, de las minorías y de los grupos sociales en desventaja. Puede, en consecuencia, aceptarse el carácter del principio democrático como modelo ideal deseable, al cual, en mayor o menor medida, y con mejores o peores resultados, pretenden ajustarse los Estados en el siglo XXI.

⁴ Como complemento a las ideas que había iniciado en *Sapiens* (2014), en donde presenta a la democracia como producto de la evolución histórica de la humanidad, Yuval Noah Harari sostiene que la democracia liberal es el modelo político de más éxito y versatilidad que han desarrollado los humanos hasta el momento para tratar los desafíos del mundo moderno (2018, p. 143). Francis Fukuyama (2011, p. 10) afirma que la democracia liberal es la forma de gobierno más aceptada ampliamente tras la caída del muro de Berlín y cita la opinión de Amartya Sen, para quien el régimen democrático ha alcanzado el estatus de ser considerado "bueno", con carácter general, en el clima general de la opinión mundial.

⁵ Las posiciones jurídicas constructivistas constituyen un trasunto de la filosofía constructivista, con arreglo a la cual únicamente son aceptables aquellos principios que se justifican en una sociedad determinada. Véase Rorty (2011, p. 196), que cita la opinión de Rawls sobre el constructivismo kantiano.

No es de extrañar entonces que, como parte del principio democrático de la cultura política global, la existencia de tribunales dotados de facultades para velar por el cumplimiento de la Constitución (incluso por encima del Poder Legislativo) sea una práctica con una fuerza expansiva que alcanza a muy diversos Estados, en cuanto se considera íntimamente ligada al concepto de democracia. Sin embargo, al igual que la existencia del Poder Judicial no garantiza la democracia, la existencia de tribunales con poderes de protección de la Constitución tampoco lo hace. Únicamente puede afirmarse que, tanto el reconocimiento en manos de un tribunal independiente (con todas las reservas y valoraciones que deben hacerse en una sociedad política antes de afirmar que existe una independencia judicial efectiva) de las facultades para la revisión de la constitucionalidad de las leyes como la labor orientada de los tribunales ordinarios, en términos fundamentalmente de respeto a los derechos humanos y de mantenimiento del equilibrio que exige el principio democrático entre la mayoría y las minorías, constituyen algo positivo para la implantación o mejora de un sistema democrático.

Con todo, saliendo al paso de lo que a veces aparece como una aceptación preliminar, incondicional y absoluta del carácter democrático de los Estados organizados con arreglo al modelo liberal, y de la bondad absoluta del sistema, conviene hacer algunas reservas:

(i) No existen democracias perfectas, como ya se ha establecido en algunos estudios politológicos. La mayoría de los sistemas democráticos arrancan como consecuencia de una evolución política a partir de sistemas dictatoriales o autocráticos en los que termina imponiéndose, cuando concurren ciertas circunstancias favorables, una transacción que supone el mantenimiento de privilegios relativos, en beneficio de las élites, a cambio de aceptar el gobierno por la mayoría, el sufragio individual y la alternancia del poder. Por su parte, los regímenes autoritarios y dictatoriales por lo común tratan de presentarse como regímenes democráticos.⁶ En estos casos la cuestión que se plantea es la

⁶ Existen estudios que demuestran cómo la introducción de los sistemas democráticos ha sido posible en muchas ocasiones, por no decir que prácticamente en todas, debido a la existencia de situaciones autoritarias y de la transacción con las élites para el mantenimiento de una parte de sus privilegios. En suma, la

de hasta qué punto, desde una perspectiva fenomenológica, esta tendencia puede considerarse una manifestación puramente retórica, como el homenaje que el hipócrita rinde a la sinceridad, o se trata, yendo más allá, de un fenómeno que apunta al establecimiento de una contradicción entre tesis y antítesis y a la evolución inevitable hacia la democracia que comprende hoy el espíritu del mundo, el *Weltgeist* hegeliano.

(ii) La democracia no garantiza necesariamente un buen gobierno. En el orden pragmático, como ponen de manifiesto Achen y Bartels (2016, pp. 304 y ss.), las únicas ventajas perceptibles de la democracia son las que permiten: designar al gobernante en forma que sea aceptado por la mayoría de la sociedad; sustituir periódicamente a los que gobiernan, con efectos neutralizantes de la corrupción originada por la perpetuación en el poder; oponerse a los que gobiernan sin ser encarcelado, torturado o privado de derechos; reconocer la dignidad de los derechos humanos y la igualdad entre todas las personas, así como de quienes los defienden y trabajan por la implantación de éstos, mediante el establecimiento de instituciones adecuadas para ello y la participación de la sociedad civil sin consecuencias negativas para los activistas.⁷

(iii) En el mundo actual el principio democrático, entendido en el sentido liberal con el que es generalmente aceptado, comporta no solamente elecciones periódicas, actuación de partidos políticos, sufragio universal, gobierno por medio de asambleas representativas, respeto a las minorías, distribución territorial del poder y control del poder ejecutivo por los representantes del pueblo, sino también, el respeto a los derechos humanos y la división de poderes. Implica asimismo la constante voluntad de perfeccionamiento del sistema cuando hace valer los principios básicos que la humanidad va consagrando y perfeccionando,

democracia perfecta no existe; en todo sistema se registran mecanismos constitucionales que tienden a mantener el *statu quo* de ciertos estamentos privilegiados, de tal suerte que hoy puede decirse que los sistemas democráticos puros constituyen una pura entelequia (Albertus y Menaldo, 2018).

⁷ Existen interpretaciones más optimistas, como las que defienden que la existencia de una holgura entre la voluntad de los votantes y la acción de sus representantes, así como la llamada ignorancia racional de aquéllos, que se neutraliza estadísticamente y desemboca en la preponderancia de los votos minoritarios de los ilustrados, conducen a que las decisiones de los electores, especialmente en el campo económico, sean acertadas si no se producen especiales desviaciones (Surowiecki, 2004).

permanentemente, mediante procesos de construcción de consensos universales. A ellos, deben sacrificarse los intereses locales o particularizados que resulten incompatibles o los hagan imposibles (Nino, 2000).

Actualmente, la división de poderes se traduce en el reconocimiento de tribunales independientes dotados de la facultad de resolver conflictos pronunciándose con carácter irreversible y definitivo sobre el sentido de la ley en un procedimiento imparcial dotado de garantías, al que no pueden sustraerse los particulares ni los poderes públicos.

Esto nos permite abordar la cuestión acerca de la relación que existe con carácter general entre la existencia de un Poder Judicial en el Estado y el carácter democrático de éste.

2. La función del Poder Judicial en la democracia

Un Poder Judicial independiente es considerado hoy día uno de los elementos integrantes de un sistema democrático, dado que no se concibe la posibilidad de frenar los abusos en el ejercicio del poder y garantizar los derechos individuales y los de las minorías sin un respaldo suficiente por parte de órganos imparciales que garanticen el cumplimiento de la ley como expresión de la voluntad popular. Puede afirmarse, como ya dijera la Constitución Francesa de 1791,⁸ que sin división de poderes no hay Constitución; es decir, no hay democracia si se considera que la Constitución garantiza la soberanía popular. Pero también es necesario advertir que la existencia de tribunales independientes no garantiza la efectividad del principio democrático.

Según las posiciones realistas, los tribunales son, simplemente, un instrumento encaminado a la modificación de la realidad social, como cualquier otro ins-

⁸ El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: "Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, y determinada la separación de los poderes, carece de Constitución".

trumento político, o bien un centro de poder político; y, si son aceptados por la sociedad, se debe a la necesidad de ésta de creer en la existencia de una autoridad imparcial para lograr su cohesión y resolver los conflictos a los que se enfrenta (Atienza, 2006, pp. 47 y ss.).

Aun sin adscribirse a estas tesis escépticas sobre el derecho y la función de los tribunales, debe admitirse que éstos pueden paralizar las iniciativas populares, aun mayoritarias y legítimas;⁹ ser objeto pasivo de presiones políticas que determinen su actuación¹⁰ y verse sometidos a la influencia de principios corporativos tendientes a la defensa de los privilegios propios de quienes los integran por encima del bien común o, más simplemente, sentirse arrastrados por principios políticos, sociales o profesionales ajenos a los deseos de las mayorías democráticas y de las minorías cuyos derechos deben ser respetados.¹¹

El ejemplo paradigmático son las asambleas judiciales que existían en Francia cuando estalló la revolución. Eran tribunales que aplicaban estrictamente los códigos feudales y por ello amparaban de manera irreducible las vinculaciones existentes en torno a la propiedad y los privilegios de la nobleza. Es obvio que los revolucionarios consideraron a estos tribunales incompatibles con el reconocimiento del principio de que la soberanía reside en el pueblo.¹² La manera de superar el carácter contramayoritario de los tribunales no centraba su preocupación en la independencia judicial, es decir, en la existencia de presiones sobre los tribunales, por parte del poder político, que fueran capaces de torcer

⁹ "[...] los tribunales pueden ser usados para frustrar la acción colectiva" (Fukuyama, 2011, p. 251).

¹⁰ Duncan Kennedy (1999, p. 88) afirma que la respuesta a la pregunta de por qué el discurso de ocultación deliberada del poder que ejercen los jueces es aceptado por la comunidad jurídica y por la gente en general, es que "quieren conservar la imagen del juez neutral, en tanto que éste es el símbolo social por excelencia de la imparcialidad".

¹¹ John Ely (1980, pp. 56-60) sostiene que el reinado de los principios a que se refiere Dworkin lleva a que la revisión judicial aparezca sistemáticamente sesgada a favor de los valores de la clase media alta y profesional a la que jueces abogados y filósofos morales suelen pertenecer.

¹² "[...] desde la época de los Luises, predominaban los tribunales superiores o *Parlements*, que se constituyeron con el paso del tiempo en los más férreos defensores del antiguo orden feudal. Su modo de actuar era a todas luces ultraconservador, siendo habitual la invocación de principios no escritos como principal fuente de autoridad" (Gargarella, 2011, p. 113).

su voluntad,¹³ sino en la necesidad de que los tribunales, dentro de la más estricta independencia, se ajustasen a la ley revolucionaria sin capacidad alguna de interpretación o de añadir algo a sus preceptos.¹⁴

La necesidad, pues, de salvaguardar el principio democrático y de garantizar su efectividad, concebida globalmente al menos como una aspiración ideal, exige afrontar la posibilidad de que el Poder Judicial pueda adquirir una orientación política, sociológica o económica propia incompatible con la pulsión soberana derivada del principio democrático. Este problema es común a los distintos sistemas jurídicos. Como hemos visto, en el ámbito del *common law* se discute sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial. Por otra parte, en el ámbito del derecho continental o sistemas de *civil law* se advierte el peligro de que los jueces en conjunto puedan adoptar orientaciones contrarias a las políticas que derivan de la voluntad de la mayoría expresada democráticamente.

Esto nos lleva a considerar un siguiente paso: cuáles son las soluciones que –reconociendo o no su verdadera finalidad– se han propugnado históricamente en el ámbito doctrinal y en el terreno pragmático para tratar de corregir la posible deriva antidemocrática del Poder Judicial, ya nazca ésta de pulsiones corporativas, ya de presiones externas, ya de convicciones inherentes a los miembros de los tribunales derivadas del ambiente intelectual en que viven o de la extracción social de que proceden.

¹³ Que la independencia judicial no era el problema, lo demuestra la leyenda de un molinero de Berlín que en ella confiaba (que no se ajusta exactamente a la realidad). El molinero, a quien Federico II el Grande amenazaba con apoderarse de su molino, arguyó contra éste: "*gewiß, Euer Majestät, das könnten Euer Majestät wohl tun, wenn es –mit Verlaub gesagt– nicht das Kammergericht in Berlin gäbe*" ("ciertamente, Majestad, eso podría hacerlo perfectamente Vuestra Majestad si, dicho sea con permiso, no existiese el Tribunal de Cámara de Berlín"). Una explicación detallada de esta leyenda del molinero de Berlín, aparecida en 1787 en un libro francés sobre la vida de Federico el Grande, puede consultarse en la versión alemana de Wikipedia en «http://de.wikipedia.org/wiki/Historische_Mühle_von_Sanssouci».

¹⁴ El diputado Bergasse presentó un informe a la Asamblea revolucionaria, en 1789, acerca de la "organización del Poder Judicial". En tal documento Bergasse señalaba que "El Poder Judicial estará, por tanto, mal organizado si el juez goza del privilegio peligroso de interpretar la ley o de añadir algo a sus disposiciones" (Gargarella, 2011, p. 117).

3. La "democratización" del Poder Judicial

Admitiendo que la existencia de un Poder Judicial no sólo no garantiza la vigencia del principio democrático, sino que aquél puede sufrir derivas que impliquen un obstáculo para su efectividad, se han propuesto y llevado a término soluciones para tratar de aproximar el funcionamiento de la justicia a la orientación o dirección política que resulta de las pulsiones de la voluntad soberana del pueblo manifestada a través de las instituciones representativas formadas con arreglo al principio democrático.

3.1. El monopolio de rechazo de la constitucionalidad de las leyes

La primera propuesta con esta finalidad es la que ofrece el sistema kelseniano. Para Kelsen es indispensable mantener la coherencia del sistema jurídico preservando la escala de validez entre las normas, en cuyo pináculo figura la Constitución como norma esencialmente política. Dado que los tribunales se encuentran en un plano subsiguiente a la ley (las sentencias son normas jurídicas cuya validez arranca de la ley), la única forma de garantizar la prevalencia de la Constitución como norma fundamental es concentrar en un tribunal con características especiales en régimen de monopolio el poder de derogar las leyes inconstitucionales. En otros términos, otorgar a un tribunal especial un poder legislativo de carácter negativo. Esta solución permite residenciar en un único tribunal funciones de carácter jurisdiccional que se proyectan sobre temas políticos y se desenvuelven, paradójicamente, en un nivel de validez superior al de la ley.

La propuesta inicial de Kelsen parte, pues, de la distinción entre el legislador positivo (el Poder Legislativo) y el legislador negativo con efectos *erga omnes* con capacidad para derogar las leyes contrarias a la Constitución (el Tribunal Constitucional). La evolución en la práctica de los tribunales constitucionales ha llevado, sin embargo, como hemos visto, a atribuirles funciones que se separan de esa configuración esquemática inicial. Así, en muchas ocasiones los tribunales constitucionales tienen actualmente la función de resolver las consultas vinculantes planteadas por los órganos judiciales con carácter prejudicial (cuestiones

de constitucionalidad). En muchos casos tienen también la función de conocer sobre las quejas constitucionales por vulneración de derechos fundamentales o recurso de amparo constitucional. Asimismo, se les atribuyen ordinariamente funciones encaminadas a mantener el equilibrio entre los poderes del Estado mediante la resolución de conflictos entre ellos o el conocimiento de recursos en materia electoral o de fiscalización de los partidos políticos.

3.2. La "politización" de los nombramientos

Otra de las soluciones propuestas para la que he llamado "democratización" del Poder Judicial consiste en reforzar su "politización". Podemos citar algunos ejemplos: Nino ofrece como posible solución la sustitución de un Tribunal Supremo por un Tribunal Constitucional con jueces nombrados por periodos limitados por órganos representativos de la voluntad popular (Gargarella, 2011, p. 135; Nino, 2000, p. 705). Por su parte, Carrió sugiere la posibilidad alternativa de ofrecer una participación en el nombramiento de los jueces a las cámaras representativas o bien facilitar los mecanismos para su remoción (Gargarella, 2011, p. 135). Esas posiciones recuerdan también la de Madison, sostenida en *El Federalista*, según la cual el Senado, como el órgano más selecto, debe intervenir en los nombramientos judiciales, ya que los nombramientos efectuados por la Cámara baja se prestan a intrigas y parcialidades (Gargarella, 2011, p. 129).

En la misma línea de intervención política o democrática en los nombramientos, cabe citar el carácter público en algunos países de las sesiones parlamentarias, en las cuales se examina a los candidatos a ser designados como jueces de grados superiores, en las que es posible interrogarlos y admitir la participación de profesionales y personalidades. Un ejemplo paradigmático es el procedimiento seguido por la Comisión del Senado de los Estados Unidos de América (Gargarella, 2011, p. 130).

3.3. El gobierno autónomo del Poder Judicial

Otro mecanismo que se ha sugerido en la misma línea de politización del Poder Judicial es el de la creación de consejos superiores de la magistratura,

es decir, de órganos de gobierno autónomo del Poder Judicial, a quienes corresponden las altas facultades de inspección, nombramiento y gobierno de los jueces. Estos órganos se componen de personalidades del mundo jurídico y, total o parcialmente, de jueces elegidos entre ellos (aunque no necesariamente "por ellos", como ocurre en España).¹⁵

3.4. La participación de los ciudadanos en la justicia

Otras soluciones van en la línea de permitir la participación del pueblo en la adopción de decisiones judiciales, mediante la instauración del jurado o la participación de jueces legos.

En una línea parecida, existen soluciones que defienden la actuación de la sociedad por medio de grupos de presión para influir en las decisiones de los jueces. Normalmente la actividad de los grupos de presión se concreta en el ejercicio del derecho de asociación para defender a los grupos socialmente desaventajados o para conseguir finalidades que se consideran desatendidas por el poder político. Las formas concretas de actuación de estas asociaciones son múltiples: desde el apoyo financiero y el asesoramiento a los litigantes en la organización de campañas de concienciación, hasta la provocación de procesos testigo y la participación en los procesos judiciales mediante escritos de *amicus curiae* (Gargarella, 2011, pp. 125 y ss.).

3.5. La concepción constructivista del derecho

Algunas propuestas van más allá de la concepción del derecho como un mero conjunto de operaciones lógicas y conceptuales realizadas a partir de la manipulación de un acervo legislativo y jurisprudencial estático. Se trata de entender

¹⁵ La Constitución española de 1978 establece que, cuatro de los 20 miembros del Consejo General del Poder Judicial serán designados por el Congreso, cuatro por el Senado y los 12 restantes "entre" jueces y magistrados. La primera composición del Consejo se hizo con jueces elegidos por los miembros de la carrera judicial. Tras diversas modificaciones, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) vigente atribuye la designación de los miembros judiciales del Consejo General del Poder Judicial al Congreso y al Senado, entre los candidatos propuestos por las asociaciones judiciales o avalados por sus compañeros.

el derecho como una actividad social en permanente transformación, realizada no solamente por los profesionales especializados (jueces, abogados y legisladores principalmente) sino también, en una posición externa pero no menos importante, por todas aquellas personas que, en el ámbito de la sociedad, tienen conocimientos u opiniones que pueden ser relevantes para la resolución de los conflictos que habitualmente se plantean ante los jueces.¹⁶

Esto no significa prescindir de la ley, sino considerar que su aplicación envuelve una actividad dialéctica en la cual se da entrada a contenidos de carácter ideológico, económico y social (Atienza, 2006, pp. 235 y ss.). Para que esta actividad sea admisible en términos jurídicos debe desarrollarse de acuerdo con principios objetivos aceptados por toda la comunidad jurídica, no simplemente impuestos como paradigma a los jueces por la vía de textos legislativos inamovibles y teóricamente agotadores de las cuestiones que pueden plantearse en la sociedad.

El derecho tiene un contenido básicamente argumentativo, de discusión y participación para estas posiciones. Deben existir instrumentos objetivos al alcance de los profesionales del derecho para que éstos avancen en la fijación de principios con arreglo a los cuales deben interpretar y aplicar la legislación en una perspectiva participativa. Ello siempre que esos principios merezcan una aceptación por parte de la comunidad como útiles, desde el punto de vista pragmático, sean susceptibles de ser fijados como instrumentos neutrales y, en consecuencia, desde un punto de vista abstracto, sean percibidos como producto de una técnica apta para ser generalizada y compartida.

Por ello, la Filosofía del Derecho es hoy una disciplina orientada básicamente a estudiar y orientar la actividad del juez para que no se sienta constreñido entre las "cuatro esquinas" de la ley (Gargarella, 2011, p. 80). Sin embargo, esto no es nuevo: Aristóteles consideraba al estilo judicial, frente a los estilos delibe-

¹⁶ Friedman ha llamado cultura jurídica interna a la de quienes desempeñan actividades jurídicas especializadas y cultura jurídica externa las ideas, actitudes, etc., que sobre el derecho tiene la población en general (Atienza, 2006, p. 21).

rativo y epidíctico, como el estilo dialéctico por antonomasia. En efecto, según Aristóteles, el estilo judicial implica el ejercicio de la dialéctica para averiguar objetivamente lo que ha ocurrido como medio para encontrar la solución, mientras que el estilo deliberativo implica discutir objetivos de futuro, siempre opinables, y el estilo epidíctico (panegíricos, encomios, laudemios y hoy *marketing*) se refiere sólo al momento presente, pues comporta la finalidad de mover o conmover al auditorio sin esperar objeciones o respuestas de interlocutor alguno (Atienza, 2006, p. 262).

En el desarrollo histórico del derecho, la distinción entre la legislación se percibe constantemente como producto del poder político, y que el derecho o la justicia emana de otros elementos en los cuales han existido vacilaciones a lo largo del tiempo (la naturaleza, la religión, la costumbre...) (Fukuyama, 2011, p. 246). En realidad, la tendencia a interpretar la labor del juez como una labor que va más allá de lo meramente lexicográfico (Posner, 2013, p. 81) respecto de la ley cuando se fija su correcta aplicación e interpretación tiene sus raíces en el propio nacimiento de la idea de derecho. Se trata, en suma, de conseguir que las decisiones judiciales no se inspiren únicamente en criterios de carácter técnico-formal ajenos a la realidad social, sino de que estas decisiones conlleven un tratamiento jurídico de los datos más relevantes que se desprenden de la vida política, social y económica de la comunidad.

El reconocimiento de que la creación de tribunales constitucionales es uno de los medios que se han propuesto para la llamada "democratización" del Poder Judicial nos permite abordar el siguiente paso: cuáles son las características y modos de actuar de los tribunales constitucionales que conectan su función jurisdiccional, propia del Poder Judicial, con el principio democrático.

4. El Tribunal Constitucional y la democracia

Los pasos que se han propuesto en relación con la llamada "democratización" del Poder Judicial son, en gran medida, y casi en su totalidad, los motivos y principios que han inspirado la creación y el funcionamiento de los tribuna-

les constitucionales en los países en los cuales se ha adoptado el sistema de la jurisdicción concentrada. Realizaremos un examen sucinto siguiendo aquellos apartados.

Esta perspectiva nos llevará a la conclusión de que la introducción de los tribunales constitucionales es una medida que ha perseguido constantemente evitar que el Poder Judicial sufra desviaciones indeseables en términos democráticos respecto de la dirección política del Estado. La creación y la actividad de los tribunales constitucionales guardan una relación cada vez más estrecha con muchos de los procedimientos que antes hemos enumerado, aquellos propuestos por la doctrina para lograr la armonización de la actuación de los tribunales que, en general, integran el Poder Judicial con el principio democrático y por ello, puede decirse que la creación de los tribunales constitucionales está en íntima relación con él.¹⁷

4.1. El monopolio de rechazo hacia la constitucionalidad de las leyes

La primera perspectiva que podemos adoptar para la caracterización de los tribunales constitucionales en el seno de las sociedades democráticas es la contemplación directa de las funciones que, explícita e implícitamente, ostentan como titulares del monopolio de rechazo de la constitucionalidad de las leyes dictadas por los parlamentos, asambleas representativas u órganos equivalentes.

Hoy día puede decirse que las características de la jurisdicción concentrada, es decir, aquellas que determinan que puede reconocerse la existencia de un tribunal constitucional en sentido estricto, son sumariamente las siguientes: monopolio de control de constitucionalidad de las leyes en favor de un único tribunal; reconocimiento de la legitimación para plantear recursos de inconstitucionalidad en favor de órganos políticos, independientemente de que pueda reconocerse legitimación a los particulares para interponer recursos de amparo

¹⁷ Según Nino (2003, p. 258), el poder de los tribunales para prever la constitucionalidad de las normas jurídicas sancionadas por órganos democráticos es una de las características centrales de las democracias constitucionales o liberales.

o quejas constitucionales; efectos *erga omnes* de las sentencias; especial procedimiento con intervención de órganos políticos en la designación de los magistrados del Tribunal Constitucional y carácter temporal de su mandato (Gargarella, 2011, p. 131).

Por su parte, según hemos visto, la democracia comporta la efectividad del principio de representación indirecta (elecciones, partidos políticos, sufragio universal y asambleas representativas), equilibrio entre los poderes, respeto a las minorías, reconocimiento y respeto de los derechos humanos.

Esta primera descripción nos permite afirmar la existencia de un paralelismo entre las funciones asignadas a los tribunales constitucionales y la consecución de los fines de la democracia desde el punto de vista de las funciones ejercidas por aquéllos. Las competencias que, inicial y luego progresivamente, han ido asumiendo los tribunales constitucionales están, en efecto, estrechamente relacionadas con el principio democrático. Inicialmente, por cuanto estos tribunales aparecen como guardianes o intérpretes supremos de la Constitución, en situaciones en las cuales puede verse el orden constitucional amenazado por poderes o movimientos antidemocráticos. Ésta es la historia del nacimiento de los tribunales constitucionales en muchos países.¹⁸ Posteriormente, estos tribunales van asumiendo funciones encaminadas a respaldar el equilibrio entre los poderes del Estado y reforzar la división de poderes. Cosa que, según hemos visto, equivale a encomendarles la resolución de cuestiones políticas inherentes al principio democrático. Asimismo, los tribunales constitucionales van asumiendo funciones de protección a los derechos constitucionales fundamentales, hoy considerados esenciales en los sistemas democráticos, mediante el recurso de amparo o queja constitucional; y, finalmente, terminan desempeñando el papel de orientar a los tribunales ordinarios para que su actuación no se separe de una interpretación de la Constitución adecuada al sentir democrático de la sociedad, incurriendo en desviaciones indeseables en cada momento.

¹⁸ Las posiciones acerca de la función del Tribunal Constitucional como guardián de la Constitución, en tanto órgano político, y aquellas que defienden la doble naturaleza del Tribunal Constitucional, en tanto órgano constitucional y al mismo tiempo tribunal, se fundan en la importancia originaria del Tribunal Constitucional para reforzar el establecimiento del sistema constitucional (véase García Pelayo, 2014, pp. 15-37).

La creación de un tribunal investido del monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes presupone partir de la base de la existencia de una norma con valor superior, la Constitución, la cual tiene determinadas características que le confieren una naturaleza especial respecto de las leyes emanadas del parlamento. Por una parte, sus preceptos son muy genéricos, de tal suerte que su interpretación y aplicación comporta en realidad la añadidura de nuevas soluciones jurídicas (Gargarella, 2011, p. 74). Además, los preceptos constitucionales suelen perdurar en el tiempo, dada la dificultad de formar el poder constituyente para la aprobación o modificación de la Constitución.¹⁹ En consecuencia, los preceptos constitucionales deben irse adaptando a lo largo del tiempo a las nuevas situaciones y –lo tengan o no desde el punto de vista de su redacción concreta– van adquiriendo un carácter de principio o regla general, de mandato omnicompreensivo que va absorbiendo la realidad a medida que avanza (desde el punto de vista histórico).²⁰

En un sistema con *judicial review*, la proclamación del valor superior del texto constitucional la pueden hacer los propios tribunales integrantes del Poder Judicial, particularmente, el Tribunal Supremo. El sistema de *common law* no impide el reconocimiento de una norma de valor superior a la ley ordinaria y permite la facultad de organizar la actividad de los tribunales en torno a un Tribunal Supremo mediante el seguimiento de los precedentes y la aplicación del *stare decisis*.

En los sistemas de *civil law*, un principio capital es la consideración de la ley ordinaria como suprema manifestación de la soberanía popular y, por antonomasia, de la justicia. Los antecedentes históricos del sistema, que tanto pesan en la actual organización de los países del sistema continental, tienen gran relevancia en esta materia.²¹ Por ello, los tribunales difícilmente pueden asumir

¹⁹ Dworkin, en defensa de la *judicial review*, se pregunta qué importancia debe asignarse para la interpretación constitucional a los que no enmendaron la Constitución (Gargarella, 2011, p. 82).

²⁰ El juez Holmes calificó alguno de los preceptos constitucionales como *sweeping command* [opinión disidente en el caso Abrams (citado por Lewis, 2007, p. 656)].

²¹ Sobre los orígenes históricos de la separación entre *civil law* y *common law*, véase Fukuyama (2011, pp. 253 y ss.).

la inaplicación de la ley ordinaria como consecuencia de la existencia de una norma de carácter superior y tienden a considerar la Constitución como una norma de carácter programático, es decir, orientativo en la aplicación de la ley ordinaria; ésta es la que tiende a considerarse como realmente vinculante.

En este panorama, la creación del Tribunal Constitucional equivale a la consagración de la Constitución como una norma efectiva y de valor superior a la ley ordinaria, puesto que existe un tribunal que tiene la facultad de declararla inválida e incluso de anularla cuando sea contraria a la Constitución (García de Enterría, 1979, pp. 291-342). Aunque en el modelo kelseniano la legitimación para la impugnación de las leyes en un inicio se reservaba a órganos de carácter político, la evolución del sistema ha hecho que se deposite también en los tribunales ordinarios la posibilidad de formular consultas al Tribunal Constitucional, para que éste dé una respuesta vinculante en relación con la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de la ley de que se trate.

Como hemos examinado antes, el sistema de jurisdicción concentrada comporta, en definitiva, una aproximación entre el sistema de *common law* y el sistema continental. Teniendo en cuenta la tradición anglosajona, esto constituye un elemento más que nos permite valorar la estrecha relación existente entre los tribunales constitucionales y el principio democrático aplicado a la función judicial.

4.2. La politización de los nombramientos

Es de notar, asimismo, cómo la creación de los tribunales constitucionales, de manera generalizada, ha estado inspirada en el principio que antes he llamado de "politización" del Poder Judicial. En efecto, la creación de tribunales constitucionales en el ámbito del *civil law* implica, respecto de los sistemas de *common law*, que ambos sistemas comparten como principio que la solución a los problemas constitucionales corresponde primordialmente a un tribunal cuyos miembros son elegidos por un procedimiento eminentemente representativo desde el punto de vista democrático. Los sistemas de *judicial review* siguen el método de establecer un procedimiento de elección de los jueces con parti-

cipación de órganos políticos y, en algunas ocasiones en niveles inferiores, el propio cuerpo electoral.

La designación de los miembros de los tribunales constitucionales es muy semejante en cuanto a la intervención de órganos políticos, aunque no en cuanto a la introducción de sistemas electivos, dado el nivel superior de estos tribunales y el hecho de que en ellos rige el principio que ha sido caracterizado como elitismo epistémico o epistemológico.²² Quizá la diferencia más notable que se observa en los sistemas de jurisdicción concentrada es que la designación de los magistrados suele hacerse con carácter temporal, con la finalidad de renovar el órgano constitucional de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes y, de esta forma, garantizar su adaptación subsecuente a la evolución que experimenta la sociedad democrática, sacrificando la mayor seguridad que el carácter vitalicio de los nombramientos ofrece en cuanto a la independencia de los magistrados.

Asimismo, en algunos países se avanza también en prever las comparencias en el Parlamento de los candidatos a ocupar las plazas en el Tribunal Constitucional para poder ser interrogados por los representantes de la soberanía popular, como se prevé en España en virtud de una modificación normativa relativamente reciente.²³

4.3. El gobierno autónomo del Poder Judicial

Los sistemas de jurisdicción constitucional concentrada suelen mostrarse reticentes a incardinar el Tribunal Constitucional en el ámbito de las competencias de los consejos superiores de la magistratura, toda vez que la naturaleza de este tipo de órgano implica ciertamente, por una parte, un grado de politización del Poder Judicial y de reforzamiento de su independencia como poder del Estado;

²² Expresión que llevó a pensar que la ciudadanía común no estaba capacitada para el autogobierno de Morton White, quien ha hecho alusión al "elitismo epistemológico" propio de la clase dirigente norteamericana (Gargarella, 2011, p. 69).

²³ Artículo 184 del Reglamento del Senado; este punto fue modificado por la Reforma del Reglamento de 22 de noviembre de 2007.

por otra parte, también supone la relevante presencia de un factor corporativo totalmente ajeno a la organización y el funcionamiento de los tribunales constitucionales. En los cuales, la presencia de juristas importantes se entiende alejada de las preocupaciones de carácter corporativo, pues está más relacionada con la pertenencia a cuerpos profesionales o de funcionarios; y la preocupación por salvaguardar su independencia se deposita en la confianza respecto a los otros poderes del Estado y no en una actitud reactiva frente a ellos.

4.4. La participación de los ciudadanos en la justicia

Otras formas de participación del pueblo en el ejercicio de la función jurisdiccional no tienen aplicación en el ámbito de los tribunales constitucionales como consecuencia del llamado *elitismo epistémico* que con especial intensidad se impone en ellos y con arreglo al cual deben solucionarse los problemas que se plantean en el ámbito constitucional mediante una labor que exige una dedicación y formación especiales desde el punto de vista intelectual,²⁴ cosa que descarta la participación directa del pueblo, como ocurre en la institución del jurado o en la intervención en los tribunales de jueces legos. Es más común la celebración de vistas con carácter público (aunque, por lo general, las deliberaciones suelen ser secretas, para mantener la libertad de los miembros).

En el Tribunal Constitucional de España raramente tiene lugar la celebración de vistas aun cuando es posible llevarlas a cabo;²⁵ por influencia histórica, el procedimiento es exclusivamente escrito salvo en casos muy excepcionales. Esta misma concepción favorable al carácter escrito del proceso se refleja también en el hecho de que no se recibe el procedimiento a prueba en la generalidad de los procesos, sino que los magistrados deciden exclusivamente en función de los escritos y antecedentes documentales que les son suministrados y con la única ayuda de los equipos técnicos del Tribunal y de los elementos documen-

²⁴ Ésta es la opinión de Alexander Bickel respecto de los jueces encargados de la *judicial review*. (Gargarella, 2011, p. 69).

²⁵ El Tribunal Constitucional español lleva varios años sin celebrar ninguna vista (experiencia personal del autor).

tales que pueden unirse a los escritos de alegaciones o que puede obtener el propio Tribunal durante el proceso.²⁶

Otros mecanismos de participación que se han venido aplicando progresivamente en el Poder Judicial –como la participación de asociaciones de ciudadanos– tienen, en general, un alcance mucho más restringido en el mundo de los tribunales constitucionales de la que ostentan en el ámbito de *common law*, sin duda, por razones de carácter histórico.

De igual manera, en el ámbito de los tribunales constitucionales no se observa como regla general la técnica de la posible presentación de informes escritos a título de *amicus curiae*. Sin embargo, en los procesos de inconstitucionalidad se admite la presencia de las instituciones afectadas para hacer efectivo el principio de contradicción. En el caso español, una modificación a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) autorizó la comparecencia en las cuestiones de inconstitucionalidad, es decir, en aquellos procesos de inconstitucionalidad planteados mediante consulta por parte de los jueces ordinarios al Tribunal Constitucional, la presencia e intervención de quienes han sido partes en el proceso de instancia.²⁷

4.5. La concepción constructivista del derecho

La última de las tendencias consideradas anteriormente que influye en forma decisiva en la actuación de los tribunales constitucionales es la relacionada con la consideración del derecho como un proceso social basado en una técnica constructiva de consenso social, que permite incorporar al razonamiento jurídico factores de tipo político, social y económico latentes en la comunidad (Gargarella, 2011, pp. 132-139). Así ocurre también en los sistemas característicos del *common law* en los que el monopolio jurisdiccional de rechazo –es decir, la facultad de declarar la nulidad de las leyes contrarias a la Constitución– no está monopolizado o centralizado en un único tribunal, puesto que los tribunales

²⁶ Experiencia personal del autor.

²⁷ Artículo 37.2 de la LOTIC, modificada por la Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo.

superiores tienen de hecho la competencia en última instancia para decidir, con carácter orientador de la actividad de los tribunales inferiores, la interpretación de la Constitución y la resolución de los problemas constitucionales.

Manifestaciones de esta tendencia las encontramos por doquier en la actuación de los tribunales constitucionales.

Se advierte, por ejemplo, que la estrecha concepción del Tribunal Constitucional como legislador negativo ha sido ampliamente superada en el funcionamiento de los tribunales constitucionales. Por una parte, se tiende a considerar que el papel del tribunal es el de declarar la nulidad absoluta de la ley contraria a la Constitución y que, en consecuencia, los efectos de esta nulidad pueden proyectarse retroactivamente (*ex tunc*, según la expresión clásica) desde el momento en que la ley se dictó; también pueden ser, como en algunos casos ocurre, modulados o matizados por el propio tribunal en función de las consecuencias que, desde el punto de vista de principios básicos como la igualdad, la equidad y la confianza en los poderes públicos, comporta la declaración de nulidad de una disposición de carácter general.²⁸

Por otra parte, los tribunales constitucionales tienden a buscar en ocasiones soluciones de compromiso o soluciones intermedias entre la nulidad absoluta y la confirmación de la constitucionalidad de la ley, como lo demuestra la proliferación de las sentencias interpretativas; es decir, de aquellas sentencias en las que el tribunal decide que determinada interpretación de la ley es la más adecuada para que ésta pueda ser considerada constitucional o, por el contrario, decide que determinada interpretación de la ley es inconstitucional. Pueden existir, en consecuencia, pronunciamientos interpretativos positivos o negativos. Estos pronunciamientos tienen una intensidad autoritativa diferente según se lleven o no al fallo o parte dispositiva de la sentencia.²⁹

²⁸ El Tribunal Constitucional de España viene habitualmente haciéndolo, aunque en su ley orgánica no existe previsión en este sentido al regular los efectos de las sentencias dictadas en procedimientos de inconstitucionalidad (art. 38 y ss.).

²⁹ López Guerra, 2003. Para el estudio de este tipo de sentencias Díaz Rebollo, 2001.

Otra característica propia de una mentalidad constructivista en la aplicación del derecho es la de considerar que la función de los tribunales constitucionales no es únicamente declarar la inconstitucionalidad de las leyes contrarias a la Constitución, sino también orientar la labor de los tribunales ordinarios pertenecientes al Poder Judicial (al cual no siempre pertenece el Tribunal Superior, como sí ocurre en España)³⁰ no solamente en la interpretación constitucional, sino también en la interpretación de las leyes ordinarias conforme a la Constitución o más adecuada al texto de ésta.³¹ Esta función la desarrollan, con reconocimiento legislativo o sin él, todos los tribunales que asumen el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes.

En España, una modificación legislativa reciente ha establecido que la interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional sólo puede dar lugar a su admisión si el recurrente justifica que la cuestión tiene una especial trascendencia constitucional. Esta trascendencia se valora y mide en términos estrictamente objetivos, en función del hecho de que no exista jurisprudencia constitucional sobre la materia, entre otros. Así, no puede, quedar más clara la función del Tribunal Constitucional español como orientador de la labor de los tribunales ordinarios, pues, como el propio Tribunal Constitucional reconoce, la simple existencia de una vulneración de un derecho fundamental no es suficiente para que éste admita el recurso de amparo, dado que su función no es, ni siquiera en materia de derechos constitucionales, la de ser una última instancia, sino básicamente la de orientar la labor de los tribunales ordinarios.³²

Esta función tuvo una extraordinaria importancia en los primeros momentos del Tribunal Constitucional español, pues se trataba de conseguir que los tribu-

³⁰ El Tribunal Constitucional, de manera independiente, se halla regulado en la Constitución española en el Título VIII, mientras el Poder Judicial está regulado en el Título VI.

³¹ El artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España dispone que "La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el tribunal constitucional en todo tipo de procesos".

³² Así se declara en la sentencia del Tribunal Constitucional español, Pleno, 155/2009, del 25 de junio de 2009.

nales ordinarios se ajustaran a la Constitución como consecuencia del cambio de régimen político,³³ ante el hecho de que los tribunales seguían siendo los mismos aun después de la aprobación de la Constitución de 1978, aunque, como el autor de este trabajo tuvo ocasión de subrayar, ya no fueran lo mismo (Xiol, 2004).

Un último estadio en las sentencias interpretativas son las sentencias llamadas manipulativas, en las cuales el tribunal –entrando claramente en el terreno propio de legislador positivo– ofrece una nueva redacción de la ley, posterga la efectividad de la nulidad declarada a un periodo posterior o hace una advertencia o admonición al legislador instándole a realizar determinada modificación legislativa. Todos estos métodos, de los cuales nos ofrece una panoplia de ejemplos el derecho comparado,³⁴ demuestran que los tribunales constitucionales están hoy orientados en gran manera a encauzar la actuación de los poderes públicos dentro de los límites que impone el respeto a la voluntad del pueblo, ésta entendida con arreglo a un sistema global de representación política democrática y con sujeción, por ende, no sólo al texto positivo de las leyes aprobadas por los parlamentos representativos, sino a unos principios básicos que se concretan en el reconocimiento de los derechos humanos.

Esto nos invita a abordar, aunque sea sucintamente dados los límites de este trabajo, un paso posterior: la relación de los tribunales constitucionales con los tribunales pertenecientes a organizaciones supranacionales.

5. El Tribunal Constitucional y la idiosincrasia constitucional de cada Estado

Por tribunales constitucionales nos referimos a los tribunales que operan con este carácter dentro de cada Estado. Resulta obvio, sin embargo, que tribunales con funciones hasta cierto punto similares de garantía de la prevalencia de normas de orden superior y de protección de los derechos humanos consagrados en

³³ Sobre la "función propedéutica" del Tribunal Constitucional véase Xiol, 1986, 75 y ss.

³⁴ Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional español 151/2017, de 21 de diciembre, fundamento jurídico 8, último párrafo.

los respectivos instrumentos actúan en organizaciones supranacionales como supremos vigilantes de tratados o convenciones de esta naturaleza que se imponen, en virtud de un principio de supremacía, sobre el derecho de los Estados miembros.³⁵

La actuación de estos tribunales supranacionales también está en estrecha relación con el principio democrático. En efecto, este principio no sólo opera en el nivel de los Estados, sino que cada vez con mayor intensidad y frecuencia se plantea la problemática de su aplicación en el ámbito de las organizaciones supranacionales y, especialmente, en el ámbito internacional global.³⁶ La democracia, asentada firmemente en el ámbito de la soberanía estatal, constituye un principio cuya fuerza expansiva, a la que antes me he referido, se proyecta también en los ámbitos de las organizaciones políticas de carácter supranacional y global.

La pervivencia de los tribunales constitucionales nacionales en esta situación de progresiva internacionalización y globalización de la protección de los derechos humanos no sólo responde a la conveniencia de lo que se ha llamado la creación de un sistema multinivel de protección de los derechos, sino también, indudablemente, al hecho de que el mantenimiento del principio democrático está hoy vinculado (¿todavía?) a la conservación o respeto de la identidad nacional de cada país.

En referencia a la realidad europea, es de subrayar lo que dice el artículo 4.2 del vigente Tratado de la Unión:

La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales

³⁵ En el ámbito de América Latina véase Brewer-Carías (2006).

³⁶ Los interrogantes en torno al valor del principio democrático en el ámbito de la globalización plantean la necesidad y, en su caso, la posibilidad de extender este principio al ámbito de la gobernanza regional y global. Véase Archibugi *et al.* (2012). Sin embargo, la globalización es percibida ordinariamente como una amenaza para la democracia. Hans-Peter Martin y Harald Shumann (1998) se preguntan ¿cuánto mercado puede soportar la democracia? En una perspectiva similar, véanse Bray y Slaughter (2015), así como Kriesi y otros (2013).

de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva del Estado miembro.

Este principio, como es obvio, plantea la necesidad de determinar qué alcance tiene la identidad nacional de los Estados frente al ordenamiento supranacional y, sobre todo, a quién corresponde interpretar cuál es la identidad nacional constitucional de cada Estado que puede verse amenazada por la aplicación de las normas supranacionales impuestas en virtud del principio de primacía o por la interpretación que hagan de éstas los titulares competentes para la interpretación de los convenios o tratados aplicables.

En el ámbito de la Unión Europea el Tribunal Constitucional Federal alemán ha afirmado en la sentencia Lisboa que le corresponde comprobar si el contenido esencial inviolable de la identidad constitucional de la Ley Fundamental es respetado por las normas europeas de conformidad con la Ley Fundamental de Bonn. Esto se justifica, según el Tribunal alemán, debido a que "[...] de otro modo las estructuras políticas y constitucionales fundamentales de los Estados miembros soberanos [...] no podían quedar protegidas en el proceso de la progresiva integración" (Quadra-Salcedo Janini, 2015, pp. 34 y ss., esp. n. 18).

Además, el hecho de que el principio de respeto a la identidad nacional se haya introducido en los tratados permite sostener, en sentido contrario, que es al Tribunal Judicial de la Unión Europea (TJUE) a quien corresponde definir el contenido de la identidad nacional de los Estados, la cual no será, en definitiva, sino lo que el propio Tribunal de la Unión decida.

En tanto, el diálogo entre los Tribunales implicados –procedimiento propugnado por una parte de la doctrina, especialmente por aquellos que defienden el llamado pluralismo constitucional– podría ser el adecuado para dar solución a los conflictos, aunque es denostado por otro sector doctrinal, que considera que las apelaciones al diálogo ante tribunales no son sino una manera de eludir la cuestión fundamental de la identidad constitucional nacional: la pervivencia

de la soberanía estatal, dado que las constituciones nacionales enfocan la cesión de facultades a las organizaciones supranacionales haciendo reserva de la soberanía de cada Estado.³⁷ Parece que la única solución que presenta este intrincado problema depende de la evolución de los procesos de integración y la progresiva articulación de las distintas instancias judiciales supranacionales y nacionales.

Fuentes

Achen, C. H., y Bartels, L. M. (2016), *Democracy for Realists: Why Elections Do Not Produce Responsive Government*. Princeton: Princeton University Press.

Albertus, M., y Menaldo, V. (2018), *The Authoritarianism and the Elite Origins of Democracy*, Nueva York: Cambridge University Press.

Archibugi, D., Koenig-Archibugi, M. y Marchetti, R. (2012), *Global Democracy. Normative and Political Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press.

Atienza, M. (2006), *El derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel.

Bickel, A. (1978), *The Least Dangerous Branch*, Indianápolis: Bobs-Merril Educational Publishing.

Bray, D. y Slaughter, S. (2015), *Global Democratic Theory*, Cambridge, UK: Polity Press.

Brewer-Carías, A. R. (2006), Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado Democrático de Derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos. Documento preparado para el *Encuentro de Presidentes de Cortes Supremas y tribunales constitucionales de Centroamérica y República Dominicana*, San José de Costa Rica, febrero de 2006.

³⁷ Sobre el diálogo de los tribunales, véase Xiol (2011 y 2013).

Cappelletti, M. (1981), "The Doctrine of stare decisis an the Civil Law. A Fundamental Difference or no Difference at all?", en Bernstein, H., Drobnig, V. y Kötz, H. (eds.), *Festschrift für Konrad Zweigert* (pp. 381-395). Tübingen: Mohr.

Cruz Villalón, P. (1987), *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Díaz Rebollo, F.J. (2001), *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Valladolid: Lex Nova.

Ely, J. (1980), *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Fukuyama, F. (2011), *The Origins of Political Order*, Londres: Profile Books.

García Pelayo, M. (2014), "El status del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 100: 15-37.

García de Enterría, E. (1979), *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

Gargarella, R. (2011), *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición.

Harari, Y. N. (2018), *21 Lessons for de 21st Century*, Jonathan Cape.

Kennedy, D. (1999), *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Kriesi, H., Lavanex, S., Esser, F., Matthes, J., Bühlmann, M. y Bochsler, D. (eds.) (2013), *Democracy in the Age of Globalization and Mediatization*, Houndsmill Basingstoke: Palgrave Macmillan.

Lewis, A. (2007), *Freedom for the thought that We Hate: A Biography of the First Amendment*, Nueva York: Basic Books.

López Guerra, L. (2003), "Democracia y tribunales constitucionales", *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, 1: 1-11.

Martin, H.-P., y Shumann, H. (1998), *La trampa de la globalización. El ataque contra la democracia y el bienestar*, Madrid: Taurus.

Nino, C. S. (2003), *El control judicial de constitucionalidad en una democracia deliberativa*, Barcelona: Gedisa.

_____, (2000), *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea.

_____, (1989), "La filosofía del control judicial de constitucionalidad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 4: 79-88.

Posner, R. A. (2013), *Reflexions on Judging*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Quadra-Salcedo Janini, T. de la (2015), "El papel del Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 53: 34-59.

Rorty, R. (2011), *Objetivity, Relativism ant Truth*, Cambridge, Massachusetts: Cambridge University Press.

Surowiecki, J. (2004), *The Wisdom of Crowds*, Nueva York: Doubleday.

Xiol Ríos, J. A. (2011), "El diálogo de los tribunales", *Revista del Poder Judicial*, 90: 4-17.

_____, (2013), " El diálogo entre tribunales", en *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales: XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 11-56.

_____, (1986), "El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional", *Revista del Poder Judicial*, 3: 25-40.

_____, (2004), "La posición constitucional del Tribunal Supremo", en Bacigalupo Zapater, E., Murillo de la Cueva, P. L. y Trillo Torres, R. (coords.), *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional. Jornadas en conmemoración del XXV aniversario de la Constitución de 1978*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pp. 71-128.

Dilemas supremos: ¿Qué, cuándo y cuánto decidir?*

*Supreme Dilemmas:
What, When and How much to Decide?*

ROBERTO SABA**

Resumen

Los Tribunales Constitucionales y Cortes Supremas de las democracias constitucionales modernas no suelen decidir todos los casos que llegan a sus estrados. Algunos de estos tribunales deciden un muy reducido número de causas, mientras que otros varios miles. El autor despliega tres argumentos que buscan justificar por qué estas Cortes deben tener un margen amplio de discrecionalidad en la selección de un reducido número de casos. Así, propone una justificación pragmática basada en la imposibilidad práctica de decidir demasiadas causas; una justificación normativa basada en el papel moral o político que estos tribunales tienen en una democracia constitucional; y una justificación estratégica asociada a la necesaria construcción y preservación de la legitimidad y la autoridad del tribunal. Las preguntas sobre qué decidir, cuánto decidir, cuándo decidir y cómo decidir son las que guían los argumentos desarrollados en este trabajo.

* Una versión preliminar de este artículo fue presentada en el III Congreso Internacional de Derecho Constitucional organizado por el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, que tuvo lugar del 22 al 25 de noviembre de 2017 en la Ciudad de México. Agradezco a mi querido amigo y colega, Roberto Lara Chagoyán, quien fuera entonces Director General del CEC, por aquella oportunidad para presentar algunas de estas ideas. También expreso mi gratitud a Grizel Robles Cárdenas, quien con su estupendo trabajo de edición sin duda ha mejorado este artículo.

** Universidad de Palermo, Italia.

Palabras clave: Corte Constitucional, Corte Suprema, Tribunal Constitucional, *certiorari*, *docket*, interpretación constitucional, control de constitucionalidad.

Abstract

Constitutional Tribunals and Supreme Courts in all modern constitutional democracies do not decide all cases that are brought before them. Some courts decide a very small number of cases, while others decide thousands. The author unfolds three arguments seeking to justify why these courts must have broad discretion to select a very small number of cases. Thus, he proposes a pragmatic justification based on the practical impossibility to decide a large number of controversies; a normative justification based on the moral or the political role that these courts perform in constitutional democracies; and a strategic justification related to the necessary construction and preservation of these tribunals' legitimacy and authority. The questions about what to decide, how many cases to adjudicate, when should this be done and how to decide what should be decided guide the arguments developed in this paper.

Keywords: Constitutional Court, Supreme Court, Constitutional Tribunal, *certiorari*, *docket*, constitutional interpretation, constitutional adjudication, judicial review

1. Introducción

El diseño de una institución pública, el alcance de sus facultades y el modo en que se espera que opere, son factores que dependerán de los fundamentos y objetivos buscados con su creación, así como del papel que ella tenga en el sistema político. En el caso de los tribunales constitucionales,¹ por ejemplo, la

¹ Utilizaré el término 'tribunales constitucionales' en un sentido amplio, para abarcar tanto a las cortes constitucionales del modelo europeo de control de constitucionalidad como a las cortes supremas de sistemas como el de los Estados Unidos o Argentina, aunque la mayoría de los ejemplos se referirán a estas últimas. Ambos tipos de tribunales operan en el marco de sistemas diferentes de control de constitucionalidad; sin embargo, me referiré aquí a lo que entiendo son características que les son comunes. Cuando hago referencia a las cortes supremas no me refiero a aquellas instituciones que reciben este nombre en sistemas en los que ellas conviven con cortes constitucionales, pues realizan una tarea diferente a la de sus homónimas en aquellos sistemas como el de los Estados Unidos, México y Argentina. Por otra parte, si bien este trabajo tratará sobre esos tribunales nacionales, muchos de los argumentos que expongo pueden ser extendidos a tribunales internacionales, sobre todo a aquellos que tienen la facultad de interpretar y aplicar tratados internacionales de derechos humanos, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Justicia o la Corte Penal Internacional, aunque sus particularidades requerirían de un trabajo minucioso de aplicación de principios generales que aquí defiendo. Algo similar podría ensayarse a propósito de los tribunales supremos estatales o subnacionales en regímenes federales.

identificación de su fundamento, objetivos y rol será determinante para delinear los arreglos institucionales que se relacionan con diferentes aspectos de su funcionamiento, tales como: el mecanismo adoptado para la designación de sus integrantes, bajo estándares técnicos o políticos; el proceso interno de toma de decisiones, en plenario o con votos sucesivos; la organización burocrática, por ejemplo, si deben o no tener Salas temáticas; la cantidad de miembros que los conforman, el lenguaje utilizado en sus decisiones, estrictamente técnico o accesible a un lector lego; la publicidad y publicación de los fallos y de los votos de cada uno de los jueces, sean ellos parte de la decisión tomada por mayoría o bien que expresen disidencias; la admisión o no de *amici curiae*, o el procedimiento de remoción de los magistrados que los componen; entre otros. Muchas veces, la mayoría de estos elementos del funcionamiento del tribunal se mantienen relativamente invariables por tanto tiempo, que son naturalizados o no son cuestionados en cuanto a su corrección o justificación. Otras veces, sus cambios son tan frecuentes y, quizá, tan caprichosos, que se asume que no hay necesidad de articular una teoría que brinde los fundamentos necesarios para que tomen una u otra fisonomía. Sin embargo, todos o al menos una gran parte de ellos pueden ser altamente consistentes o profundamente contradictorios con los fines buscados al concebir y establecer la institución.

En este trabajo me enfocaré en uno de esos aspectos del funcionamiento de estos tribunales que tienen a su cargo la tarea de ejercer el control de constitucionalidad, que considero central debido a sus implicaciones jurídicas y políticas: la facultad de decidir qué casos van a merecer su pronunciamiento y, por ende, la atribución de rechazar requerimientos para que el tribunal se pronuncie. Si bien encontramos que se han realizado algunos esfuerzos importantes en las últimas décadas desde la ciencia política por estudiar a estas cortes como actores del sistema político y, en particular, sobre lo que se ha dado en llamar 'la fijación de agenda' (*agenda setting*) por parte de estos tribunales (Megar, Magaloni y Sánchez, 2010), son muy pocos los trabajos que han incorporado o relacionado desde el derecho estas cuestiones con aspectos tales como la interpretación constitucional o las exigencias normativas que se derivan de una teoría constitucional.

El alcance y la fisonomía de la atribución de *qué decidir* conlleva otros interrogantes que examinaré en este ensayo y que se entrelazan entre sí, como, por ejemplo: cuántos casos deberían ser decididos por un tribunal constitucional; cuáles deberían ser los criterios que gobiernen la decisión acerca de qué decidir; si deberían o no ser públicos estos criterios o cuánta libertad debería tener un tribunal de este tipo para decidir cuándo se emitirán sus veredictos. En resumen, qué, cuánto y cuándo debe decidir un tribunal constitucional y con base en qué criterios. Cada una de estas preguntas y sus posibles respuestas encierran serias implicaciones para el ejercicio de las funciones del tribunal. ¿Pierde o gana poder si decide más o menos casos? ¿Es conveniente que renuncie a la ventaja política que le otorga la decisión sobre el *timing* de su pronunciamiento con miras a lograr una mejor ejecución de su rol? ¿Los criterios para la toma de estas decisiones deben ser expuestos y transparentes? El modo en que estas cuestiones sean resueltas tendrá un impacto fundamental en el desempeño del tribunal, tanto en la calidad de sus decisiones como en la fidelidad para con la misión para la cual fue creado, o la legitimidad política que como institución debe tener, tanto en términos objetivos como desde la perspectiva de los justiciables.

Las decisiones de los tribunales constitucionales tienen un impacto político tanto en el funcionamiento y los límites de los otros poderes del Estado como en el alcance de los derechos reconocidos en la Constitución. Es por ello que la decisión sobre qué decidir es central, especialmente si asumimos que toda decisión, incluso la de no decidir, no resulta inocua. Lo mismo sucede con la decisión sobre la pertinencia temporal en la que el tribunal decide emitir su veredicto. No resulta indiferente decidir un caso bajo ciertas circunstancias de contexto que en otras. No es equiparable decidir un asunto sorpresivamente, cuando no ha habido tiempo para que la comunidad se prepare considerando diferentes posibilidades, que hacerlo luego de pasado un tiempo más o menos prolongado desde la realización del anuncio de que se tomará una decisión, generando la oportunidad para que la ciudadanía pueda tener un debate público previo al fallo y, así, ejercer control sobre la decisión del tribunal haciéndolo más *accountable* frente a los justiciables. Establecer ciertos criterios para tomar la decisión

de qué decidir, cuántos casos decidir y cuándo decidirlos, no es una cuestión intrascendente, pues hacerlo impone límites y controles al tribunal, constriñe su margen de maniobra y limita su poder. No hacerlo, por el contrario, le otorga una libertad y discreción que, muy probablemente, hará que sus miembros se sientan más cómodos haciendo su trabajo, aunque ello también puede socavar su credibilidad y legitimidad frente a los ojos de la ciudadanía y de los poderes políticos sometidos a su control; los cuales podrían considerar la intervención de los jueces como oportunista y alejada de la debida independencia que deben preservar. La tarea de reglar y, en consecuencia, la de limitar la discrecionalidad de los jueces constitucionales no son tareas sencillas. Tal como surge de la observación del derecho comparado, el mejor modo de responder a este desafío posiblemente no pase por el extremo de regularlo todo *versus* el de no regular nada, sino que quizá el camino deseable sea el de establecer algunas pautas que eviten la absoluta discreción al tiempo que impongan ciertos límites que podrían redundar en una mayor confianza de la ciudadanía en sus jueces, un ejercicio más efectivo de sus facultades y, en definitiva, un apego más estricto del funcionamiento de la institución al rol que justificó su creación.

2. El rol de los tribunales constitucionales

En muchos sistemas jurídicos, como los de México, Brasil, Colombia, Argentina o los Estados Unidos, las cortes constitucionales o cortes supremas tienen una función que les es propia y que las vuelve actores centrales del sistema jurídico-político: el control de constitucionalidad. Este control—con las variantes de cada modelo—consiste en la aplicación en casos concretos (lo que se entiende por "caso" variará según el sistema de que se trate) del límite establecido en la Constitución a las decisiones tomadas por los órganos que expresan la voluntad democrática del pueblo, básicamente, los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Esta atribución es central en las democracias constitucionales y a la vez es el origen de fuertes controversias sobre el alcance de la misma; controversias derivadas de la combinación de dos elementos que se encuentran en tensión inevitable: por un lado, el ideal del autogobierno, realizado a través de la aplicación de la regla de mayoría, y de un régimen de representación política, por medio del cual se articula un sistema de toma de decisiones públicas; y por el

otro, el ideal expresado a través del límite a esa autodeterminación colectiva impuesto por medio del establecimiento de una Constitución, generalmente escrita y de difícil reforma, que fija las cuestiones que no serán sometidas a discusión y decisión democráticas; por ejemplo, la vigencia de derechos requerirá acciones y omisiones estatales (Saba, 2011) y el cumplimiento de reglas procedimentales para la toma de esas decisiones.

La facultad de ejercer el control de constitucionalidad, sin embargo, lleva implícito un segundo rol para esos tribunales: el de llevar a cabo la interpretación del texto constitucional con la autoridad de imponer su criterio interpretativo como una norma. En aquellos sistemas en los que rige un modelo de control judicial difuso —esto es, que cualquier juez del sistema puede ejercerlo—, las cortes ubicadas en el vértice del sistema de justicia, si bien, no son las únicas que realizan esta tarea sí constituyen un tipo de intérprete diferente, a partir del hecho de que sus decisiones no son revisables por tribunales superiores.² De este modo, estas instituciones supremas, como suele decirse, tienen la última palabra del significado que debe atribuírsele a una provisión constitucional específica, al menos provisoriamente (aunque resulte paradójico) hasta que una nueva decisión contradiga esa interpretación o una reforma constitucional modifique esa misma provisión, obligando a una nueva lectura del principio o derecho constitucional. La noción de "tener la última palabra" debe ser relativizada pero no rechazada, pues cada decisión interpretativa de los tribunales supremos en materia constitucional representa una guía relevante en la construcción del significado de la norma fundamental del sistema; y al mismo tiempo es parte de un proceso deliberativo y democrático, que algunos han equiparado a una suerte de conversación constitucional permanente y siem-

² En los sistemas en los que se reconoce la jurisdicción de tribunales internacionales para la aplicación de acuerdos entre Estados, por ejemplo, en materia de derechos humanos, éstos pueden revisar esas decisiones, pero lo harán en virtud de un examen acerca del modo en que esas sentencias implican o no una violación de los compromisos internacionales asumidos y pueden o no basarse de un modo más indirecto en una interpretación de la Constitución nacional de que se trate. Sin embargo, en rigor, no es tarea de los tribunales internacionales interpretar la Constitución del Estado de que se trate. No obstante, hay razones para exigir que esa tarea de controlar la convencionalidad de las decisiones judiciales se comprometa con la labor interpretativa de los textos normativos involucrados en el reconocimiento de un derecho, tanto en el plano nacional como en el internacional, pues ambos sistemas de normas regulan en verdad los mismos derechos y por tanto éstos deben ser "construidos" en forma armónica e integradora. Véase Saba (2017).

pre inacabada, en la que intervienen los jueces, los representantes del pueblo, e incluso el pueblo mismo, en torno al significado de la Constitución.³

Esta labor interpretativa, necesaria y concomitante con la función de controlar la constitucionalidad de las leyes y otras normas decididas por los órganos democráticos del sistema político, tiene complejidades específicas derivadas de las particularidades que poseen los textos constitucionales en comparación con, por ejemplo, las leyes o los contratos. Estas cualidades propias son al menos dos. Por un lado, el texto constitucional no se caracteriza sólo por su vaguedad y ambigüedad, que podrían ser propias también de otras normas (Ferrerres, 2009, p. 24), sino porque expresa conceptos que, en palabras de Jeremy Waldron (1994), son esencialmente controvertidos. Así, debemos afirmar que, por un lado, las constituciones poseen la particularidad de referirse a principios y valores altamente indeterminados, como por ejemplo la igualdad, la libertad, la autonomía, el debido proceso o la dignidad. Además, por otra parte, esos principios y valores que expresan las constituciones se caracterizan por encontrarse frecuentemente en conflicto entre sí, lo cual hará necesario que el intérprete realice a veces enormes esfuerzos para articularlos e integrarlos.

Ambas cuestiones –la indeterminación de los principios y valores expresados en el texto constitucional y sus conflictos mutuos– hacen que la aplicación de la Constitución y su interpretación sean tareas sumamente complejas, que recaen en los jueces en general –si el modelo de control de constitucionalidad es difuso– y en los jueces de los tribunales constitucionales, particular o exclusivamente, en los modelos de control concentrado.⁴ De este modo, uno de los roles centrales de estas cortes ubicadas en el ápice del sistema de justicia es el de resolver causas que requieren la aplicación de cláusulas constitucionales que deben ser interpretadas con un alcance determinado y que, por tanto, transmiten al resto de los actores políticos y a la comunidad en general aquello que el tribunal entiende como el significado del texto constitucional que limita y

³ Sobre la noción de "conversación constitucional", véase Ferreres Comella (2009).

⁴ Para una defensa de la superioridad del sistema concentrado sobre el difuso para la realización de la tarea interpretativa, véase Ferreres Comella (2009).

construye al poder político. Este entendimiento acerca del significado de una provisión constitucional específica, en principio, no será revisado por un tribunal superior, fijando entonces su alcance y aplicación más allá del caso concreto que se decide.

Este aspecto central del rol de tribunal constitucional como intérprete de la norma fundamental supone una concepción determinada de qué es una Constitución, y cómo se la define en cuanto a su relación con el sistema democrático y el ideal de autogobierno popular. Esta concepción se apoya sobre la noción de que la Constitución no es sólo el texto en el que se expresan los valores y principios que dan identidad a una comunidad política. La Constitución es el texto interpretado y, en este sentido, es una práctica social cuyo contenido se construye por medio de la interpretación que le asigna un significado determinado a ese texto que expresa valores y principios, como la libertad, la igualdad o el debido proceso, cuyo significado no es evidente (Fiss, 1979, pp. 1-2). El texto que expresa esos valores tiene un alto grado de indeterminación, pero ello no significa necesariamente que el significado del mismo no sea unívoco. Sin embargo, sí implica que la tarea de asignación de ese significado sea real y profundamente compleja. El principio de "igualdad", expresado en todas las constituciones liberales, puede contener diferentes significados para distintos intérpretes. Puede, por ejemplo, concebirse en forma tal que esté en radical conflicto con el establecimiento de tratos preferentes a grupos en situación de desventaja estructural, o bien, puede justificar la exigencia de que el Estado deba implementar esos mismos tratos si no quiere contradecir el principio. La práctica interpretativa se sustancia en un diálogo o conversación constitucional que se da entre un número amplio de actores –jueces, abogados, ciudadanos, periodistas especializados, académicos, etc.– que contribuyen con posibles propuestas interpretativas del texto constitucional. Ese texto, por ejemplo, puede decir simplemente que "todos los habitantes son iguales ante la ley", como lo expresa el artículo 16 de la Constitución de Argentina, pero el esfuerzo de aquella comunidad de intérpretes –entendida en un sentido limitado que abarque sólo a los jueces o en un sentido más amplio, que incluya jueces, activistas, movimientos sociales, etc.– apunta a desentrañar el significado "correcto" de ese texto.

Durante décadas, en muchos países con constituciones liberales no se percibió tensión alguna entre ese texto que expresa el compromiso de la comunidad política con la igualdad y la prohibición de que dos personas del mismo sexo contrajeran matrimonio, pero el desarrollo de esa conversación constitucional entre los miembros de la comunidad interpretativa –en sentido amplio, que incluyó el debate surgido en los tribunales, la academia y la sociedad civil– llevó a que algunas legislaturas y cortes entendieran que ese principio de igualdad obliga al Estado a legislar a favor de la posibilidad de que esos matrimonios se concreten. Sin los aportes realizados por los movimientos sociales, los artículos de la academia y los fallos de jueces inferiores en ese sentido, muchas naciones estaríamos seguramente asignando todavía a esa cláusula un significado diferente y equivocado. Los tribunales constitucionales tienen un rol central en esa conversación, sus decisiones interpretativas tienen una potencia inigualable dada la autoridad que les asigna la propia Constitución y la práctica constitucional. Lo que dicen los máximos jueces constitucionales que prevé la Constitución no es necesariamente lo que dice la Constitución más allá de toda duda o crítica. La Corte puede cometer errores interpretativos, pero sus interpretaciones ocupan un lugar central en esa conversación, dado que muchas de nuestras discusiones sobre el significado de la norma fundamental girarán en torno a la emisión de juicios críticos referidos a las interpretaciones que realizan esos magistrados.

La visión que propone Owen Fiss acerca del procedimiento que debe seguir un Tribunal Constitucional para determinar el significado de la Constitución nos ayuda a entender esta tesis. Fiss compara el diálogo constitucional en el que, para él, participan los jueces con el diálogo hipotético que propone Rawls entre los actores de la posición original de su teoría de la justicia (Rawls, 1971). El objetivo de esa conversación entre actores que se encuentran detrás del velo de ignorancia es el de alcanzar un acuerdo en torno a los principios de justicia. Para lograr ese objetivo, los participantes de esa conversación moral deben despojarse de sus propios intereses –por ello Rawls los ubica detrás del velo de ignorancia–, disponerse a participar de una conversación basada en razones públicas y aceptar como condición la universalización de los principios sobre los que acuerdan. Fiss entiende que en las reglas de esta conversación moral hay

una equivalencia con las reglas que deben disciplinar al intérprete de la Constitución. Así, continúa este autor, el juez debe ser independiente de los intereses de las partes y de la comunidad política, debe escuchar los planteamientos, aun cuando no desee hacerlo, dada su "jurisdicción no discrecional". También está obligado a escuchar a todos los que serán los afectados directos de su fallo. Debe asumir una responsabilidad de tipo personal por la decisión que toma –de ahí la tradición de firmar debajo de la opinión que emite– y justificar su decisión en términos tales que ésta sea universalizable (Fiss, 1982, p. 754). En este sentido, hay coincidencias entre la tesis de Fiss y otras teorías que entienden que los tribunales deben fundar sus decisiones en razones públicas, como sucede con la noción de las cortes como foros de principios defendida por autores como Ronald Dworkin (1985) o Lawrence Sager (2004).

La función de intérprete autorizado encarnada por los jueces supremos constitucionales, los cuales cuentan con la atribución de decir cuál es el significado correcto que debe asignársele al texto constitucional, define en gran medida la función o el rol de la institución de la que se desprende una serie de implicaciones fundamentales referidas a su funcionamiento. Dos de ellas, centrales desde mi punto de vista. La primera, derivada de la labor interpretativa del tribunal, es una función docente hacia la ciudadanía. Los miembros de la comunidad política sometida a los dictados de la Constitución conocerán su significado a través de los fallos emitidos por el Tribunal Supremo constitucional. Por ello el constitucionalista Alexander M. Bickel (1961-1962, p. 50) veía a los jueces como "educadores de la ciudadanía". En sintonía con este autor, Christopher L. Eisgruber señaló que "la Corte Suprema no puede ser concebida sino como una institución con responsabilidades educativas, responsabilidades que dependen de la excelencia de sus argumentos" (1992, p. 961); y el prominente filósofo y educador Alexander Meiklejohn (1948, p. 32) sostuvo, también en la misma línea, que:

[...] para nosotros que dedicamos nuestros esfuerzos a la tarea de educar a los ciudadanos de los Estados Unidos, se vuelve evidente, año tras año, que la Corte Suprema tiene un rol fundamental en nuestra tarea de educar a la nación. La Corte está encargada de interpretar para nosotros nuestros propósitos y nuestros significados. Debe

mostrarle a la comunidad autogobernada, en la práctica, qué es el autogobierno. Y sus enseñanzas son de una peculiar importancia, porque interpreta los principios y los valores, no sólo en abstracto, sino también frente a problemas concretos inmediatos que son, en un momento dado, desconcertantes y divisivos para nosotros. Pero son éstos los problemas de los que se ocupa cualquier sistema de educación. Y por esa razón, la Corte posee un lugar único en la tarea de cultivar nuestra inteligencia nacional. Otras instituciones pueden ser más directas en cuanto a la influencia de sus enseñanzas. Pero no hay ninguna otra institución que sea más decisiva en su impacto sobre nuestra autocomprensión de nosotros mismos y de nuestro gobierno. [La traducción es mía].

La segunda implicación derivada de la función interpretativa del tribunal constitucional es el modo en que esta institución construye y adquiere su autoridad y legitimidad, que debe preservar y cuidar para poder ejercer su obligación de controlar la constitucionalidad de las leyes. La conservación de su autoridad y el cuidado de su legitimidad están directamente vinculados con la capacidad de sus miembros de fundar convincentemente, cada uno de ellos en forma individual, sus decisiones. Ello se logra, entre otras vías, por medio de la articulación de las razones públicas que respaldan la decisión y la consistencia de su lectura del texto constitucional como un todo. A fin de ser realmente efectivos en su rol de educadores cívicos, los miembros de los tribunales constitucionales supremos deben hacer sus mejores esfuerzos para llegar a acuerdos en torno a una cierta lectura constitucional, por lo que hay también una responsabilidad colectiva –generalmente liderada por el presidente del tribunal– de hablar con una sola voz o al menos intentarlo.⁵ Cuanto más controvertida es una materia interpretativa, mayor será la responsabilidad de los miembros del tribunal de llegar a acuerdos sobre el significado que asignan a una norma constitucional. Excelentes votos individuales que no permiten distinguir el significado que la Corte, como cuerpo, asigna a la Constitución, no contribuyen debidamente a la tarea educativa del tribunal.

En suma, los tribunales constitucionales tienen, por un lado, un rol político dentro del sistema democrático-constitucional que consiste en ejercer el control de la constitucionalidad de las decisiones políticas del gobierno; y, por el otro, un

⁵ Para una exquisita descripción del modo en que William Brennan desarrolló esta tarea en la Corte de los Estados Unidos, véase Fiss (2017, pp. 31-48).

rol de intérpretes que resulta inevitablemente integrado a su rol político. Esa función interpretativa conlleva una responsabilidad pedagógica en un sentido cívico y es uno de los medios fundamentales por el cual el tribunal adquiere su legitimidad y autoridad.

3. Qué y cuánto decidir: cuándo menos, es más

La cuestión referida a la cantidad ideal de casos que debería decidir un tribunal constitucional está directamente relacionada con el rol que se le asigne a la institución. Si el tribunal es concebido como una instancia de revisión de decisiones tomadas por tribunales inferiores, entonces, habrá poco espacio para justificar el rechazo de los planteamientos que se someten a su consideración. Cada caso rechazado sería percibido como un caso en el que no se atendió el reclamo de la parte solicitante, desoyendo su demanda por una solución justa. En cambio, si su rol es definido a partir de su faz interpretativa y pedagógica, por ejemplo, entonces habrá razones para que el tribunal opte por no analizar decisiones que ya pasaron por otras instancias de revisión en cabeza de tribunales inferiores. Mientras la Corte Suprema de Argentina decide un promedio de 7,000 causas al año, de los más o menos 16,000 casos que se someten a su consideración (véase Oteiza, 1998),⁶ su par de los Estados Unidos –su fuente de inspiración a mediados del siglo XIX– recibe alrededor de 10,000 pedidos de pronunciamiento al año (*writs of certiorari*) y termina decidiendo sólo 70 de ellos. La abultada cantidad de casos decididos por el máximo tribunal del país sudamericano no parece inquietar demasiado ni a los jueces, ni a los académicos, ni a la comunidad en general, quizá por mediar razones vinculadas con la creencia de que la intervención del tribunal es necesaria –como, por ejemplo, se alega, la baja calidad de las decisiones tomadas por los poderes judiciales de las provincias o estados subnacionales–. En cambio, el reducido número de casos decididos por su equivalente del hemisferio norte fue el resultado de un proceso consciente dirigido a reducir la cantidad de causas decididas por esa Corte Suprema.

⁶ Véanse los datos oficiales en el Centro de Información Digital (2019). «<http://bit.ly/2Vnojfj>».

Salvo situaciones excepcionales, como el caso argentino mencionado, por lo general los jueces de los tribunales constitucionales han tendido a reclamar para sí, con diferentes fundamentos, la mayor discrecionalidad posible para decidir qué deciden; en consecuencia, han buscado utilizar esa atribución para decidir muchos menos casos de los que llegan a sus estrados con la expectativa de que sean considerados. Generalmente, los jueces supremos demandan tener el mayor control posible sobre la conformación del grupo de casos que decidirá –el denominado *docket*–, pues en su construcción se define la agenda de la Corte y con ello, entre otras cosas, el margen de maniobra político, cuyo dominio es crucial para cumplir con su rol de intérprete constitucional, así como para mantener su legitimidad y efectividad. Como dije más arriba, en la actualidad la Corte Suprema de los Estados Unidos decide sólo 70 casos al año, menos de la mitad de los 150 casos que decidía hasta hace unos pocos años, y este cambio en la cantidad no es producto del azar.⁷

Es un hecho relativamente reciente el que la Corte Suprema de los Estados Unidos haya llegado a decidir sólo una ínfima cantidad de casos al año, sobre todo si se compara su labor con la de su par de Argentina. Hasta la segunda mitad del siglo xix, poco después de terminada la Guerra Civil en el país del norte, la Corte Suprema decidía la totalidad de los casos que se le presentaban. Sin embargo, el Tribunal empezó a pujar con el Congreso para que éste le permitiera usar la mayor discreción posible para decidir qué casos decidir y, por consiguiente, cuántos. En 1925, al sancionarse la *Judiciary Act*, también denominada coloquialmente *Justices Act* por haber sido una ley reclamada por mucho tiempo por los jueces de la Corte Suprema, los magistrados lograron su primera victoria en la larga lucha por controlar su *docket*. Esta norma le permitía al tribunal desentenderse de la jurisdicción por apelación gracias a una amplia libertad para deshacerse de esos casos y así poder decidir, casi sin restricciones, qué casos decidir (Star, 2006, p. 1364). En 1988, finalmente, una nueva ley retiró virtualmente por completo la jurisdicción por apelación de la

⁷ Véase Yablon (2014). Esta reducción en el volumen de causas decididas ha provocado preocupación y debates en torno a la discreción de los jueces para llegar a ese número.

Corte Suprema, asegurando ésta la máxima autonomía para decidir el tamaño y configuración del *docket*, es decir, cuántos y qué casos decidir (Owens y Simon, 2012).

Es cierto que, lo que la Corte ganaba en control de su tiempo y de su maniobrabilidad política, lo perdía en transparencia y responsabilidad pública o *accountability* social. Por ello, a modo de reacción y a partir de estas conquistas legislativas, muchos juristas han cuestionado el proceso mediante el cual se toman las decisiones de rechazo de los *certiorari*. Algunos lo han comparado con una "caja negra", opaca y secreta, que socava la autoridad de los jueces como consecuencia de la sospecha de manipulación de sus atribuciones (Meriwether y Cordray, 2004; Levinson, 2010; Schauer, 2009; Perry, 1991; Thompson y Wachtell, 2009). El poder de rechazar casos discrecionalmente, sin embargo, no es una atribución poco común en el derecho comparado. Lo que resulta poco usual es que no sea utilizada, como en el caso argentino, para lograr una reducción radical en la cantidad de casos decididos por el Tribunal Supremo en los niveles de la Corte Suprema de los Estados Unidos. La Corte Suprema argentina cuenta también con amplios poderes para rechazar demandas, aunque no los utiliza del modo en que lo hace su par del norte. Como vimos más arriba, este tribunal sudamericano decide 7,000 casos al año, pero desestima unos 9,000, lo que es posible gracias a la aplicación de una especie de *certiorari* conocido en la jerga local como "280", el número del artículo del Código Procesal que reconoce al Tribunal una amplia discreción para rechazar recursos de los justiciables. Ese artículo 280, introducido apenas en 1990, les da a los jueces de la Corte prácticamente discreción total para rechazar recursos que llegan para su consideración; sin embargo, el número de casos decididos por los cinco miembros del Tribunal está cerca de las cinco cifras. En el caso de las cortes constitucionales europeas, el abultado y a veces inmanejable número de causas que deben decidir también ha llevado a algunos juristas a recomendar un grado considerable de discreción y flexibilidad en la decisión de qué casos decidir (Ferrerres, 2009, p. 39). Legislaciones como las de Alemania y España reconocen esta atribución a las cortes constitucionales para que se aboquen a decidir sólo aquellos casos que son considerados "de importancia" (Fiss, 1979 y 1982).

Las críticas a la opacidad del proceso de decisión sobre qué debe decidir un tribunal, sumadas a aquellas que consideran que los jueces supremos constitucionales dejan a los justiciables desamparados al rechazar sus planteamientos frente a las injusticias perpetradas por los tribunales inferiores, se combinan con las conocidas objeciones dirigidas hacia el control judicial de constitucionalidad en sí mismo, sobre todo por la denominada dificultad contramayoritaria. En este último sentido, las mayores reservas a la facultad de los jueces de ejercer el control de constitucionalidad provienen de teorías constitucionales que depositan una gran confianza en los procesos democráticos de toma de decisiones. Todas estas críticas tienen aspectos sumamente relevantes que deben ser atendidos. Si creemos que es mejor o deseable que un tribunal constitucional decida pocos casos, es preciso que articulemos las razones que justificarían esa atribución. Desde mi punto de vista, éstas se relacionan con al menos tres enfoques. El primero de ellos es de índole práctica: no es posible, principalmente por razones de tiempo, que un tribunal supremo decida todos los casos que se presentan para su consideración. Resulta inevitable y por ende *necesario* que este cuerpo realice una selección, ya que de no hacerla, no podría hacer su trabajo. Pero esa selección no puede justificarse sólo en un criterio pragmático de necesidad. La selección de casos también es *requerida* en términos normativos, pues la decisión acerca de qué decidir está asociada al rol de la Corte en el sistema jurídico y político, a partir de una teoría de la interpretación constitucional y del control judicial de constitucionalidad, como sostuve más arriba. Finalmente, esa selección es también *estratégicamente conveniente*: realizarla es funcional al proceso de construcción de legitimidad y autoridad de una Corte que requiere de ella para desempeñar los roles referidos.

Ya sea por necesidad práctica, por mandato normativo emanado del rol para el que fue creada la institución o por conveniencia estratégica, la decisión del tribunal acerca de qué casos decidir encuentra justificación. No obstante, incluso cuando esté justificada, esa facultad nos coloca frente a una amplia variedad de dilemas y opciones que demandan resolución por parte de la teoría constitucional: ¿Cuántos casos debería decidir una Corte Constitucional? ¿Qué casos deberían ser decididos y cuáles no? ¿Cómo debería tomarse la decisión de

qué decidir? ¿Quién debería tomarla? ¿Cómo se justifica esa decisión? ¿Es preciso que el tribunal sea transparente acerca de los criterios que sigue para rechazar la gran mayoría de los reclamos y decidir sólo una pequeña porción de ellos?

4. Selección de (pocos) casos: pragmáticamente necesaria, normativamente requerida y estratégicamente conveniente

Es posible, entonces, articular tres justificaciones posibles para que un tribunal constitucional realice una selección de los casos que decidirá para reducir y darle forma al *docket* que presentará a la comunidad como parte de su agenda interpretativa. En primer lugar, podemos desarrollar un argumento estrictamente pragmático para justificar la selección de casos y éste se sustenta en el simple hecho de que las energías, el tiempo y la dedicación de los miembros de estos tribunales no son infinitos, y que, por tanto, hay una cierta cantidad límite de trabajo que pueden realizar con cierto nivel de calidad. En segundo término, podemos articular una justificación asociada al rol reconocido al tribunal constitucional en el sistema político-jurídico y que suponga un cierto mandato que la institución debe llevar a cabo. Si el rol de este tipo de tribunales fuera el de dirimir conflictos o revisar decisiones de jueces inferiores, sería más difícil de sustentar la justificación de descartar una gran cantidad de planteamientos que si, por ejemplo, como presenté más arriba, su función fuera la de definir o identificar el contenido de los principios expresados en la Constitución. Además, si existen tribunales que ya han revisado sentencias de otros jueces, el derecho a una doble instancia no se encontraría afectado si esa revisión no fuera llevada a cabo por el tribunal constitucional. Finalmente, es posible desplegar una justificación vinculada con otro objetivo del tribunal que podemos llamar *estratégico*, y que es una precondition para llevar a cabo su tarea principal de ejercer el control de constitucionalidad: proteger su propia autoridad –evitando, por ejemplo, tomar decisiones que considera que no serán obedecidas– y desarrollar una estrategia necesaria de construcción de su legitimidad institucional, sobre todo con miras a lograr su eficacia como institución que debe

poner límites a ramas del gobierno mucho más poderosas e identificadas con la voluntad popular.

La articulación de estos tres tipos de justificaciones de la selección de (pocos) casos por parte de un tribunal podría operar como límite, y a la vez como permiso, para que éste tenga un cierto nivel de discreción en la selección de casos. En palabras del juez William J. Brennan de la Corte Suprema de los Estados Unidos: "la selección de casos es una función inextricablemente vinculada al cumplimiento de la Corte de sus deberes esenciales y es vital para que la Corte logre realizar la función que le es privativa y que consiste en 'definir los derechos garantizados en la Constitución, asegurar la uniformidad de la ley federal y mantener la distribución constitucional de los poderes del sistema federal'." (1973, p. 484) (La traducción es mía).⁸

Veamos cómo podrían operar estas tres tesis argumentativas para justificar la selección de un reducido número de casos por parte de un tribunal.

Justificación pragmática

Ferreres Comella citando a Bickel (2009, pp. 37-39), nos recuerda que los jueces constitucionales necesitan contar con las condiciones necesarias para reflexionar sobre los valores fundamentales expresados en la Constitución. En su defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad concentrado como superior al modelo de control judicial difuso, Ferreres Comella afirma que una de las ventajas del primero reside justamente en que sus miembros "pueden concentrar toda su energía en controlar la validez de las decisiones parlamentarias. El tribunal está liberado de hacerse cargo de la adjudicación ordinaria" (2009, p. 36). No es necesario demostrar que la cantidad de tiempo de calidad necesaria para la elaboración y redacción de una sentencia judicial es considerable. Tampoco requiere evidencia sostener que las horas disponibles

⁸ Del original: "The screening function is an indispensable and inseparable part of this entire process, and it cannot be curtailed without grave risk of impairing the very core of the extraordinary function of the Supreme Court." Véanse también Meriwether y Cordray (2004).

que posee un ser humano para hacerlo son limitadas. Incluso si un juez o un tribunal decidieran aplicar argumentos esgrimidos en un precedente –lo cual ahorraría el trabajo de redacción de una nueva sentencia–, el tiempo requerido para el estudio del caso en cuestión también es importante y, en consecuencia, un tribunal constitucional no puede decidir más de un cierto número de casos. Resulta evidente que no es humanamente posible que tribunales compuestos por cinco, siete, nueve o una cantidad similar de jueces constitucionales puedan decidir miles de casos al año. Cada caso requiere de un tiempo de comprensión de aquello que está en juego; de las normas aplicables; de los hechos en cuestión; de una necesaria conciliación entre la decisión a ser tomada y los precedentes de la Corte en casos similares; de una correcta articulación de argumentos sofisticados y consistentes; y, en el mejor de los casos, de una profunda deliberación entre los miembros del Tribunal. Si un cuerpo, como la Corte Suprema argentina, decide un promedio de 7,000 casos al año,⁹ significa que, considerando que medien 48 semanas de trabajo, decide 125 casos a la semana, 25 casos por día, requiriendo cada uno de ellos de todas las tareas mencionadas. Si un Tribunal Constitucional decide 125 casos a la semana, es inevitable que los propios jueces de ese tribunal no sean los que, efectivamente, toman esas decisiones, aunque sí deban ser ellos los que deban hacerse responsables de los argumentos y las sentencias. Es correcto decir que la enorme carga de trabajo de consideración de las demandas no es sólo un problema de aquellos tribunales que, como el argentino, emiten miles de sentencias al año. La Corte Suprema de los Estados Unidos, para llegar a decidir 70 casos al año, considera unas 10,000 demandas anuales. Esa selección tampoco pueden realizarla los mismos nueve jueces del Tribunal, sino que la lleva a cabo un ejército de *clerks*, generalmente hombres y mujeres jóvenes recién graduados de las mejores facultades de derecho del país. La mayoría de los casos que decide esta Corte son seleccionados a través del denominado "proceso de *certiorari*", el cual comienza

⁹ Las causas ingresadas a la Corte Suprema de Argentina entre 2013 y 2016 promediaron 16,000 al año. En 2017, registraron una caída, pasando a 14,712, y luego un incremento considerable en 2018, ascendiendo a 27,970, sobre todo como consecuencia de reclamos por reajustes jubilatorios. En 2018 ingresaron 15,534 causas previsionales: un número mayor al de todas las causas de todas las materias ingresadas el año anterior. En total, la cantidad de expedientes en trámite pasó de 16,070 en 2017 a 36,584 en 2018, según datos del Centro de Información Judicial (2019).

cuando la parte que pierde un juicio en una instancia inferior se presenta ante la Corte Suprema para que ésta revise esa decisión. Esa petición de *certiorari* se asigna al azar a un *clerk* del *cert pool*. El *cert pool* comenzó a funcionar en 1972 con el fin de reducir la cantidad de tiempo que demandaba a los jueces de la Corte resolver las peticiones de *certiorari*. En aquel momento se entendió que, si todos los *clerks* de todos los jueces revisaban todas las peticiones, habría un uso ineficiente del tiempo de todos. Era más importante que ese tiempo se invirtiera en producir los proyectos de sentencias referidas al fondo de las controversias. Por ello, aquel año, el juez Lewis F. Powell reunió a un grupo o *pool* de *clerks* compuesto por los suyos y por los de cuatro de sus colegas, con la finalidad de reducir la cantidad de casos que llegaban a la Corte para su consideración. El *clerk* al que se le asigna al azar una petición de *certiorari* debe escribir un memo que resuma lo que se demanda y aquello que se sostiene en el expediente; por ejemplo, por los *amici curiae*. Finalmente, ese *clerk* emite una recomendación acerca de cómo debería proceder la Corte respecto de la petición. Con base en esos memos, el presidente del tribunal circula entre sus colegas la denominada "lista de discusión", la cual contiene las peticiones que considera deben ser materia de decisión por parte de la Corte. Con este procedimiento, que se mantiene hasta el presente con algunas variantes, la Corte deniega las peticiones que no llegan a integrar la lista sin que medie una votación. Luego, de acuerdo con la llamada "Regla de los Cuatro"—la práctica de que cuatro de los nueve jueces estén de acuerdo— el caso pasa a consideración del Pleno para emitir una sentencia (Owens y Simon, 2012, pp. 1226-1228). Este procedimiento descarga una gran responsabilidad de la selección de los casos en los *clerks* de cinco de los nueve jueces, lo cual ha sido objeto de importantes críticas por la doctrina (véanse Meriwether y Cordray, 2004; Perry, 1991).

Aunque no parece ser una tarea sencilla la de identificar el número ideal de casos que pragmáticamente puede decidir un tribunal, seguramente, con base en algún tipo de estudio estadístico sería posible determinar que una Corte conformada por un número n de jueces, cada uno trabajando individualmente ocho horas diarias, sumado al tiempo del debate colectivo sobre cada caso, podría decidir correctamente un máximo de x casos al año. Es importante resaltar que aumentar el número de jueces, al ser un cuerpo que decide colectivamente,

lejos de hacer las cosas más sencillas, las complicaría. Asumiendo que pudiéramos identificar un número ideal aproximado de la cantidad de sentencias que es pragmáticamente posible decidir, quedan muchas cuestiones complejas por determinar, pues las razones de orden práctico que permiten justificar el que una Corte Constitucional decida x casos al año, no permiten justificar en razones morales cuáles deberían ser esos casos. Además, habría otras razones que permitirían justificar el límite en el número de casos a decidir, asociadas justamente al rol que debe desempeñar el tribunal constitucional. En este sentido, por ejemplo, posiblemente podamos llegar a un cierto acuerdo sobre cuál sería un número apropiado de decisiones a tomar a fin de evitar un terreno resbaladizo de contradicciones o que haga imposible que la comunidad las pueda internalizar, debatir o criticar. Por último, aun si resolviéramos las dos cuestiones anteriores —cuántos casos decidir y por qué—, encontrando buenas razones para ejecutar un drástico recorte en el universo de casos a decidir, faltaría determinar si el proceso por medio del cual se rechazan recursos debe mantenerse opaco, si debe ser discrecional y si este último carácter socava la legitimidad de la Corte de modo que ésta debiera ofrecer un mecanismo más transparente y previsible. Me ocuparé de estos temas en las siguientes secciones.

Justificación normativa

Como sostuve al comienzo de este trabajo, la identificación de aquello que esperamos que la Corte haga como consecuencia de la función o el rol que se le asigna, determinará, por un lado, si el tribunal debe decidir todas las cuestiones que se le someten a consideración o si debe hacer una selección de los casos que aceptará decidir. Por otro lado, si llegamos a la conclusión, desde un punto de vista normativo, de que el tribunal debe hacer una selección en virtud de su rol institucional, la cuestión será determinar el tipo de criterios que la Corte debe utilizar para llevar a cabo la selección de los casos (Levinson, 2010). Por ejemplo, si el órgano se concibe como un tribunal de apelación de última instancia de los casos decididos por los jueces inferiores cuando está en debate la constitucionalidad de una norma o acción estatal, como sucede generalmente con los tribunales constitucionales europeos, entonces habrá razones

de peso para que el tribunal decida todos los casos que llegan a sus estrados. En cambio, si –como sostiene Conrado Hübner Mendes– las cortes constitucionales, además de resolver disputas jurídicas particulares, tienen como rol inherente el de "definir, conjuntamente con las otras ramas del gobierno, el modo en que la Constitución debería ser entendida" y si, como este autor señala, "al hablar en nombre de y a todos los miembros de la comunidad política, las cortes constitucionales contribuyen a definir la identidad política de su comunidad" (Mendes, 1910, p. 34); entonces, tendremos razones para justificar el rechazo de pedidos de intervención y la configuración de un *docket* reducido. Si el tribunal se define como el órgano cuya decisión da forma y contenido a los valores e ideales constitucionales –como defienden Bickel y Meiklejohn–, es posible que tengamos razones para que la Corte realice una selección minuciosa de lo que decide decidir con dos fines. Por un lado, hablar poco para llegar con la mayor claridad posible su mensaje a la ciudadanía, reduciendo al mínimo la incursión en contradicciones interpretativas. Por otro lado, tomar demasiadas decisiones –por ejemplo, miles al año– puede producir un nivel de ruido y contradicción en materia interpretativa que conspiraría contra los dos roles referidos de los tribunales constitucionales: controlar al poder político y transmitir a la ciudadanía (en su rol de institución educadora) el alcance y contenido de los valores expresados en la Constitución.

A modo de ejemplo de este rol que se asigna a los tribunales constitucionales, resulta ilustrativo el caso de Argentina al reestablecer las instituciones democráticas luego de la dictadura militar que gobernó el país entre 1976 y 1983. En aquel contexto, la Corte Suprema como colectivo, y en lo particular el Juez Enrique Petracchi, se manifestaron plenamente conscientes de los objetivos buscados por medio de sus decisiones, sobre todo en lo referente a la protección constitucional de las libertades individuales. Esta Corte emitió sentencias fundamentales que conformaron una suerte de nuevo canon protectorio de la autonomía personal. Al debatirse la constitucionalidad de la prohibición de realizar un divorcio vincular contenida en la ley de matrimonio de 1888, luego de señalar que la cuestión constitucional planteada involucraba una norma con casi cien años de vigencia, y citando los argumentos del propio Tribunal

en el caso *Bazterrica*,¹⁰ el Ministro de la Corte sostuvo en el caso *Sejean* que "nuestro país atraviesa una coyuntura histórico-política particular en la cual, desde las distintas instancias de producción e interpretación normativas, se intenta *reconstruir el orden jurídico con el objeto de establecer y afianzar para el futuro en su totalidad las formas democráticas y republicanas de convivencia de los argentinos*, de modo que dicho objetivo debe orientar la hermenéutica constitucional en todos los campos".¹¹

Petracchi expresaba así el sentimiento de la Corte y la autopercepción sobre el rol que debía desempeñar ese órgano como institución en la reconstrucción de una democracia liberal refundada luego de la feroz dictadura militar acaecida entre 1976 y 1983; pero quizá también, en términos más generales, en una etapa posterior a una era caracterizada por el predominio de ideas conservadoras en materia de interpretación constitucional, particularmente en la separación entre Iglesia y Estado. Petracchi manifestaba en esta forma ser consciente de la necesidad de que todos los órganos del Estado, y en particular la Corte Suprema, mediante su capacidad de asignar significado a la norma suprema de la Nación, contribuyeran con su parte a la reconstrucción de un entramado de principios liberales presentes en el texto constitucional original de 1853 y tan necesarios en la segunda mitad de la década de 1980, con miras a la refundación de la democracia liberal en el país. La lectura que ofrece Petracchi del artículo 19 de la Constitución argentina –referido a la protección de la autonomía personal frente a interferencias estatales perfeccionistas– y su aplicación particular al caso de marras, no sólo era una propuesta de solución a un conflicto jurídico individual, sino además, el vehículo por medio del cual la Corte hacía su contribución a la refundación de una concepción liberal de la sociedad, que tiene por centro al principio de autonomía y lo enarbola como barrera frente a imposiciones perfeccionistas del Estado y la sociedad canalizadas a través de decisiones de los órganos mayoritarios. Por ello, más adelante, en esa misma sentencia, sostendrá que la Constitución se levanta como un límite

¹⁰ *Fallos*, 308:1392 (1986).

¹¹ Cons. 6, del voto de Petracchi. El énfasis es mío.

normativo a la voluntad política y democrática de la mayoría. En sus propias palabras: "la primera parte de nuestra Constitución se encuentra destinada a proteger a los ciudadanos, individual[mente] y en grupo, contra las decisiones que podría querer tomar una mayoría, aun cuando ésta actuase siguiendo lo que para ella es el interés general o común".¹² De este modo, Petracchi pone de manifiesto su concepción acerca de la Constitución como límite a la voluntad mayoritaria que, incluso cuando sea expresión de la voluntad democrática del pueblo, no puede derrotar lo impuesto por la voluntad constitucional de ese mismo pueblo.

El rol de intérprete de los valores constitucionales que se les asigna a las Cortes Supremas y a las Cortes Constitucionales requiere, en primer lugar, que tanto sus decisiones como los fundamentos que conducen a ellas sean públicos. También es necesario que sean comprendidos y analizados por la ciudadanía que es en última instancia la destinataria de esas decisiones, pues es la que deberá ajustar sus conductas a los dictados de esos valores. En cada caso que decide un tribunal constitucional y por medio del cual dice cómo debe ser interpretada la Constitución, esta institución no sólo les habla a las partes de la controversia particular que se le ha planteado, sino que también se dirige a toda la comunidad política que conocerá el alcance de sus derechos por medio de esas decisiones. La concepción de la labor de un tribunal constitucional, como la de un educador, le impone la necesidad y el deber de reducir la cantidad de decisiones que toma a un nivel manejable y digerible por el destinatario principal de sus decisiones: la ciudadanía.

En un sentido equivalente al de Meiklejohn, para algunos juristas, como Cass Sunstein, que sigue una tesis de Larry Lessig,¹³ el derecho tiene un rol cultural, una función expresiva y, por ende, también la tienen las decisiones de los tribunales constitucionales al interpretar lo que el derecho constitucional dice.

¹² Cons. 7, del voto de Petracchi.

¹³ Sobre la función expresiva del derecho véase Lessig (1995), quien ofrece un extenso desarrollo de esta idea. Para la aplicación de la misma tesis al trabajo de la Corte Penal Internacional véase Margaret M. deGuzman (2012).

Según Sunstein, a pesar de que las decisiones de este tipo de tribunales sobre el contenido y alcance de los derechos tiene un efecto empírico muy limitado, ellas tienen un enorme valor simbólico. Los efectos de las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos –el establecimiento de la ilegalidad de la segregación racial, la impugnación de las restricciones a las expresiones de odio por considerarlas violatorias a la protección constitucional de la libertad de expresión o el rechazo de la obligación impuesta a los estudiantes de rezar en sus escuelas– tienen, según este autor, un impacto mucho menor de lo que suele pensarse en el mundo real. Sin embargo, la gran atención que la comunidad les presta a las decisiones de la Corte Suprema estadounidense se conecta, en opinión de Sunstein, con el carácter simbólico que tienen esos pronunciamientos. Este autor remata su punto afirmando que "cuando la Corte toma una decisión, a menudo se entiende que habla en nombre de los principios y compromisos básicos de la nación [...] Es importante entonces resaltar el efecto educativo del accionar de la Corte. Quizá, ese efecto expresivo de las decisiones de la Corte, o su función expresiva, es lo que captura mejor aquello que está realmente en juego en su labor" (Sunstein, 1996, p. 2028) (La traducción es mía).

Por ello, la comunicación de las sentencias del tribunal adquiere una relevancia fundamental, pues si la dimensión simbólica de lo que los jueces constitucionales deciden posee tamaño relevancia, entonces, los riesgos que encierra la comunicación se vuelven también sumamente relevantes y deben ser reducidos al máximo posible (Sunstein, 1996, pp. 2050-2051). Los medios de prensa junto a las redes sociales desempeñan una función crucial en el proceso de comunicación de las decisiones y los argumentos de la Corte Suprema. Si bien muchas cortes modernas tienen sus propias oficinas de prensa,¹⁴ éstas no pueden reemplazar la función que cumplen el periodismo, los académicos y las ONG especializadas cuando reportan los casos pendientes de las cortes constitucionales, lo sucedido en las audiencias de argumentos orales, y la explicación o el

¹⁴ Véase, por ejemplo, el caso de la Corte Suprema de Argentina y su Centro de Información Judicial (CIJ), Para el caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que publica en su sitio web los casos pendientes y la agenda de audiencias para argumentos orales, véase «<https://www.supremecourt.gov/>».

análisis de los fallos del tribunal de periodistas expertos en la materia. Esta tarea comunicativa no sería posible si el tribunal no anunciara los casos que va a decidir y el cronograma dentro del cual los decidirá. La publicidad del listado de decisiones que el tribunal considerará y resolverá durante el año, así como sus fechas aproximadas, permite que los medios de comunicación y la comunidad, sobre todo esta última, se preparen y debatan sobre los casos pendientes de decisión. La prensa puede sugerir las probables líneas argumentativas que probablemente seguirá el tribunal, su relación con los precedentes más relevantes y los efectos que tendrían diferentes decisiones en torno a un caso determinado. Una vez decididos estos casos –con sus fundamentos, votos congruentes de la mayoría del tribunal, así como sus disidencias–, la prensa puede guiar a la ciudadanía en la comprensión de los detalles de la decisión, de modo que, desde la sociedad civil, se pueda ejercer control sobre el contenido de las sentencias, exigiendo y forzando su congruencia con los precedentes e iluminar los efectos de esa decisión sobre casos similares futuros o sobre políticas públicas.¹⁵ Todo este trabajo colectivo sería imposible de realizar si el tribunal decidiera miles de casos al año, incluso cientos.

En suma, todas las decisiones de un tribunal constitucional deben exhibir los mejores fundamentos y razones, en tanto que cada sentencia encierra una definición sobre la interpretación y consecuente alcance del texto constitucional, además de una lección de instrucción cívica acerca del contenido de los derechos de las personas que deben sujetar sus conductas a los dictados de la Constitución. Más allá de los mayores o menores efectos que esas decisiones puedan tener en el mundo real, éstas tienen un enorme valor simbólico fundado en que ellas expresan los valores de la comunidad política. En suma, la comunicación de esas decisiones, justamente por su importancia intrínseca como por su valor simbólico, debe ser lo más perfecta posible y debe evitar al máximo los riesgos derivados de los problemas que pudieran surgir de distorsiones o fallas en la transmisión del mensaje.

¹⁵ Sobre el reporte de los casos decididos por la Corte Suprema de los Estados Unidos desde la prensa, véase el canónico artículo de Linda Greenhouse (1996).

La comunicación de las decisiones por parte del tribunal también debería incluir la difusión de la agenda de casos a decidir en el futuro, así como el contenido de las sentencias, con sus fundamentos y disidencias, de modo que tanto la prensa como la comunidad por su intermediación puedan continuar la deliberación en torno al significado del texto constitucional, y hacer responsable a la Corte por las interpretaciones del texto que ella misma ha desarrollado, dando continuidad a la conversación constitucional de la que nos hablaba Ferreres Comellas. Todo esto es imposible de realizar si el tribunal decide más casos de los que permiten cumplir todas estas funciones correctamente. Si el tribunal decide miles de casos al año, es absolutamente imposible que no incurra en severos problemas de comunicación con la ciudadanía, socavando el valor simbólico de sus decisiones y confundiendo a la comunidad tanto respecto del significado de la Constitución como del alcance de sus derechos. En ese mismo supuesto, resultaría igualmente imposible que el cuerpo de la Corte pueda elaborar los fundamentos necesarios para que esas decisiones sean percibidas como juicios procedimentalmente objetivos. Si la Corte decide cientos o miles de casos al año, no sólo corre severos riesgos de incurrir en serias inconsistencias, sino que incumpliría con su rol de intérprete y educador constitucional. Para lograr estos fines expresivos e interpretativos, la Corte no puede decidir un número de casos que, al ser demasiados, impidan que la ciudadanía entienda qué es lo que la Corte Constitucional o la Corte Suprema está diciendo y, en consecuencia, qué dice la Constitución. Si la cacofonía de miles de decisiones no permite saber cuáles son los valores constitucionales y su significado, el Tribunal Supremo no estaría cumpliendo con su rol. Además, cuantos más casos se deciden, mayores son los riesgos de que la interpretación no sea consistente, más aún si por falta de tiempo no son los propios jueces los que toman las decisiones o si, aun siéndolo, lo hacen sin recurrir a procesos deliberativos. Si la ciudadanía, incluyendo a la comunidad de expertos –periodistas especializados y académicos–, no puede identificar cuál es la interpretación que han hecho los jueces del texto de la Constitución por existir un inabarcable universo de decisiones, o si no puede encontrar coherencia entre ellas como consecuencia misma del número de fallos emitidos, la Corte no estaría cumpliendo su rol. He aquí la relación normativa que existe entre la función del tribunal y la cantidad de casos que el cuerpo debería decidir.

Justificación estratégica (autoridad y legitimidad)

Ni la autoridad ni la legitimidad de los tribunales constitucionales derivan del carácter democrático de su *pedigree*. Los jueces constitucionales no son elegidos por voto popular ni sus cargos se renuevan periódicamente por medio de ese procedimiento, como sí sucede, en cambio, con los integrantes de los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Esto no quiere decir que su fuente de autoridad y legitimidad no sea democrática, pues los órganos que generalmente intervienen en su designación sí adquieren su legitimidad y autoridad a partir de la voluntad del pueblo. La autoridad y legitimidad de los tribunales constitucionales dependen de otros factores, fundamentalmente: del prestigio y trayectoria de sus integrantes; del mecanismo participativo y transparente de designación (pero no de un mecanismo de elección popular); de la capacidad de los magistrados para mantener su independencia y la percepción de que son independientes; de la solidez de los argumentos en los cuales fundan sus decisiones; del carácter público y universalizable de las razones en las que fundan sus sentencias; del grado de consenso que se dé entre los miembros del tribunal en torno a su lectura e interpretación de la Constitución, entre otros. Estos elementos se relacionan con el mandato que tiene la institución a partir de los roles de controlar al poder político respecto de la constitucionalidad de sus decisiones y de operar como intérprete de la Constitución, para poder lograr su cometido.

Existe, sin embargo, otro factor que se vincula con la adquisición o pérdida de autoridad y legitimidad (subjética) del tribunal: la necesidad de que sus dictados sean obedecidos por las partes. Un tribunal que toma decisiones que no son obedecidas puede ser un buen testimonio del *debe ser* en materia constitucional, pero si ese testimonio no está acompañado del acatamiento de lo decidido, el tribunal perderá paulatinamente el poder que precisa para imponer límites constitucionales a los poderes que fundan su legitimidad nada menos que en la voluntad popular dentro de un régimen democrático. El punto que deseo establecer aquí es que existen razones estratégicas dirigidas a mantener la autoridad y legitimidad del tribunal que estarán relacionadas con la cantidad de casos que decide, así como el modo en que lo hace, sobre todo en cuanto a los niveles de participación de actores distintos a las partes en algunos procesos y de la transparencia en el accionar del tribunal.

Veamos lo que creo que es un buen ejemplo. En 1948, tras la victoria electoral del Partido Nacional en Sudáfrica se estableció un régimen de segregación racial institucionalizada liderado por la minoría blanca, dirigido a segregar y someter a la mayoría negra, conocido como *apartheid*. Este régimen se mantuvo en pie por más de cuatro décadas. El 27 de abril de 1994, los sudafricanos eligieron democráticamente su gobierno y Nelson Mandela fue ungido como presidente. Albert Albie Sachs, abogado sudafricano blanco, nació en 1935 y desde los 17 años ha dedicado su vida a defender los derechos humanos. Ello le costó la persecución de las fuerzas de seguridad de su país, allanamientos en su domicilio, restricciones para viajar al exterior, detenciones y confinamientos. En 1966 se exilió en Inglaterra, donde estudió y enseñó derecho. En 1988, mientras vivía en Mozambique, una bomba puesta por agentes sudafricanos explotó en su auto, provocándole la pérdida de un brazo y la vista de su ojo izquierdo. Su "venganza blanda" contra el régimen, como él la llama, consistió en redactar nada menos que la nueva Constitución para la Sudáfrica democrática, la cual incluye una generosa Carta de derechos humanos. De 1994 a 2009 fue juez de la Corte Constitucional de Sudáfrica.

En 2004, cuando tuve el honor de ser anfitrión del juez Sachs en una conferencia que ofreció en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, le pregunté acerca del dilema que trato aquí: ¿cómo deberían ser las decisiones del tribunal constitucional cuando ellas podrían entrar en conflicto con los poderes políticos, al punto de implicar su posible desobediencia, ya sea por razones relacionadas con la falta de recursos o la oportunidad política? ¿Cómo resolvía la prestigiosa Corte sudafricana designada luego del restablecimiento de la democracia, la tensión permanente entre un poder político que administra recursos escasos y un tribunal constitucional que vela por el respeto de los derechos constitucionales, en particular de aquellos que requieren esos recursos para ser ejercidos, como por ejemplo el derecho a la salud? Sachs me respondió que todos los jueces de su tribunal –conformado, como señalé más arriba, después de más de medio siglo de *apartheid*– tenían clara su misión: lograr, por medio de cada una de sus decisiones, que los sudafricanos que habían sido privados de sus derechos por tanto tiempo volvieran a creer en la

Constitución. Los jueces supremos debían hacer todo lo que estuviera a su alcance para convertir ese pedazo de papel en una Constitución viva, relevante para la gente. Para ello, los magistrados, continuó Sachs, eran conscientes de transitar siempre, en cada decisión, un estrecho desfiladero. De un lado, debían evitar que, por desoír los reclamos de las personas que exigían el respeto de sus derechos, incluidos los derechos sociales, éstas se sintieran frustradas y pensarán que su reconocimiento constitucional no era "real". Por el otro, sin embargo, tenían que evitar aquellas decisiones que, al reconocer la validez de esos reclamos, impusieran sobre el gobierno una carga imposible de cumplir y, en consecuencia, éste no pudiera obedecer el mandato de los jueces. Esto último no sólo sería profundamente negativo para la confianza de la gente en su Constitución, sino que terminaría socavando la propia autoridad de la Corte, su garante último.

Sachs, ya retirado, recientemente reflexionó sobre el legado de su paso por el tribunal y sostuvo que "incluso los juristas más conservadores consideran que el equilibrio que alcanzamos en la Corte entre reconocerles dientes a los derechos, por un lado, y no convertirnos en jueces demasiado intrusivos respecto del gobierno, por el otro, fue el correcto" (Sachs, 2014). Dilemas como éste son los que deben enfrentar más frecuentemente las "primeras Cortes" establecidas por un nuevo régimen democrático, como fueron los casos de Sudáfrica en 1994, Argentina en 1983 o las democracias constitucionales de Europa del Este luego de la caída del Muro de Berlín. El mismo desafío enfrentan Cortes no fundacionales, como la de Argentina en el presente, que aspiran a convertir la Constitución en algo más que una mera promesa incumplida para la gente. Por ello, la resolución de cada caso es importante no sólo por lo que se decida o por su impacto político coyuntural, sino por la efectivización de esa promesa. El barco de la justicia se construye mientras navega, de modo que la manera en que los jueces sorteen todos los días el desfiladero del que hablaba Albie Sachs, se juega la suerte de la democracia constitucional.

Un compatriota de Sachs, el profesor Heinz Klug, ha afirmado que "para una Corte [encargada de llevar a cabo el control de constitucionalidad], la mayor de las amenazas es la de ser ignorada" (Mendes, 2010, p. 35), refiriéndose a que

sus decisiones puedan no ser obedecidas por los más relevantes actores políticos. Según Klug, la Corte Constitucional de Sudáfrica ha logrado un deseable equilibrio con "la interacción de los argumentos basados en principios y el pragmatismo institucional", sumada al manejo de "la tensión existente entre las dimensiones interna y externa de su rol". Conrado Hübner Mendes, al analizar y criticar la posición defendida por Klug, afirma que "a pesar de estar siempre en el filo de esta navaja, la Corte ha sobrevivido" (Mendes, 2010). Señala que ésta debe actuar tácticamente, seguir sus instintos para anticipar reacciones y controlarlas, para lo cual debe tomar decisiones que no son de índole jurídica. "Hay un espacio para consideraciones pragmáticas y consecuencialistas", sostiene, para luego rematar señalando que el tribunal "debe evitar movimientos no políticos que puedan horadar su autoridad y su legitimidad. Ciertamente, el intento de ser antipolítica puede socavar su propia viabilidad política". Mendes agrega que la supervivencia política debe ser una de sus preocupaciones pragmáticas y que las dimensiones política y jurídica de su rol "no deben ser tomadas como mutuamente excluyentes, ni debe colonizar por la fuerza una a la otra. Esta tensión debe ser administrada de manera permanente por la Corte" (*ibidem*, pp. 38-39). Bickel señalaba, en una línea similar, que los jueces constitucionales deben enfrentar aquello que él denominaba la "tensión de Lincoln", la cual surge del conflicto latente entre los principios y la conveniencia (*expediency*), e implica combinar razones públicas con razones prudenciales que consideren las consecuencias de las decisiones tomadas (Bickel, 1962, pp. 66-69).¹⁶ La visión de Sachs y Klug sobre el rol del tribunal, y de las necesarias opciones estratégicas que deben guiar inevitablemente su accionar, es incompatible con la consideración de miles de casos al año. En el accionar de los tribunales constitucionales, como en muchos otros órdenes, rige la máxima de "más es menos". Que tomen más decisiones, miles de ellas, puede conducirlos –aunque parezca paradójico– a tener menos poder, menos efectividad, menos impacto, y consecuentemente, menos autoridad y menos legitimidad para cumplir con sus dos roles principales: el control de la constitucionalidad del poder político y

¹⁶ Mendes (2010, p. 42) aclara que este cálculo consecuencialista no equivale a adoptar un enfoque consecuencialista hacia el derecho.

el señalamiento de los valores constitucionales que definen a una comunidad política.¹⁷

Mendes, cuando estudia la relación entre justicia y política, afirma que una Corte puede ser percibida como política porque debe actuar condicionada por las circunstancias de esa especie que rodean cada una de sus decisiones, debiendo calcular en cada fallo su impacto y anticipando potenciales reacciones de diferentes actores que podrían poner en riesgo su efectividad, obligándole a actuar en forma estratégica (en DeGuzman, 2012, p. 35). Un tribunal constitucional puede ver severamente socavada su autoridad política si sus sentencias no son obedecidas, sobre todo por los órganos del Estado surgidos de la voluntad popular. Por otro lado, el cálculo estratégico de los jueces constitucionales con miras a preservar su autoridad puede poner en riesgo su credibilidad y capital moral, que es lo único que tienen para respaldar esa autoridad. El dilema entre el logro de la efectividad de sus decisiones y la preservación de su capital moral no tiene por qué resolverse mediante la anulación de uno de los extremos. Por un lado, no es conveniente que el tribunal se desentienda del riesgo de incumplimiento de sus sentencias ignorándolo y decidiendo exclusivamente con base en principios. Asimismo, el tribunal tampoco debe decidir ignorando los principios y su rol político-moral en una democracia constitucional, con miras exclusivamente a preservar su autoridad evitando tomar decisiones correctas sólo porque ellas podrían ser desobedecidas. De algún modo, su actividad se parece mucho a un arte complejo, un *craft*, en el que debe manejarse con destreza entre los costados de un estrecho desfiladero. En este sentido, son muchas las vías de acción que un tribunal constitucional puede adoptar para conciliar ambos extremos de este dilema. En primer lugar, el riesgo de desobediencia de sus decisiones podría evitarse, o al menos disminuir las probabilidades de que ocurra, mediante la emisión de decisiones unánimes o que cuenten con el respaldo de fuertes mayorías y de argumentos coincidentes entre los miembros del tribunal. En este sentido, las decisiones tomadas por la Corte Suprema de los Estados

¹⁷ La selección de casos, tanto como fenómeno como su relación en la construcción de legitimidad, no es privativa de los tribunales constitucionales. Las cortes internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Penal Internacional, también se enfrentan a las consecuencias de esa relación. Véase DeGuzman (2012).

Unidos en los famosos y controvertidos casos de *Brown vs. Board of Education* (desegregación de escuelas) y *Roe vs. Wade* (inconstitucionalidad de la penalización del aborto en los primeros meses de embarazo) son paradigmáticas. Los periodistas Bob Woodward y Scott Armstrong (1979) han relatado en detalle las complejas negociaciones de los jueces de la Corte Warren para tomar decisiones políticamente muy sensibles con el fin de hacerlas menos vulnerables a los embates políticos tanto del gobierno como de la opinión pública. Otra vía alternativa es la de diseñar sentencias que dejen un margen considerable de decisión a los poderes políticos para ejecutarlas, sin desconocer las obligaciones de los jueces constitucionales de aplicar la Constitución a casos concretos. Este tipo de decisiones han sido estudiadas por la literatura reciente sobre control judicial de constitucionalidad y afectaciones estructurales de derechos (véase Fiss, 1989; Rodríguez-Garavito, 2011).

En su canónico artículo titulado "Virtudes pasivas" (1961), Alexander Bickel hace referencia a la necesidad de que la Corte Suprema estadounidense se comporte en forma estratégica y, sobre todo, con enorme prudencia, eligiendo los temas en los que interviene y el momento en que lo hace.¹⁸ Por supuesto, este tipo de postura no está exenta de críticas, como la de Gerald Gunther (1964) cuando señala que Bickel quiere que la Corte guíe sus decisiones con base en principios en un cien por ciento de los casos, pero que sólo intervenga en un veinte por ciento de aquellos casos en los que se le solicita que lo haga. Para Gunther, ello implica que la Corte en verdad siempre decide políticamente (véase Deutsch, 1968). Ferreres Comella, quien también se refiere al trabajo central de Bickel en la materia (2009, pp. 75-77), compara el accionar de la Corte Suprema de los Estados Unidos con el de las cortes constitucionales europeas. Para Ferreres Comella, los tribunales constitucionales europeos tienen que protegerse evitando involucrarse en discusiones constitucionales cuando el contexto no está políticamente "maduro". Sin embargo, sostiene este autor, la Corte de Estados Unidos puede hacerlo porque tiene la facultad de *decidir no decidir*, y porque el modelo de control difuso posibilita que los tribunales infe-

¹⁸ El argumento reaparece en Bickel (1962).

riores tomen la mayor parte de las decisiones constitucionales. No obstante, continúa, cuando el control es concentrado, como sucede en el modelo europeo de control de constitucionalidad, el tribunal constitucional no puede eludir la decisión, aunque sí puede recurrir a algunas estrategias que dilaten el tiempo y la oportunidad en que lo hace (Ferrerres Comella, 2009).

La decisión acerca de qué casos decide resolver un tribunal constitucional y cuándo hacerlo tiene enormes implicaciones tanto en la construcción de legitimidad del propio tribunal como en la autoridad futura de la propia Constitución.

5. El proceso de selección de casos

Si aceptamos que un tribunal constitucional debe decidir una cantidad de casos que sea compatible con su rol, debemos inferir que la selección de *cuáles* serán esos relativamente pocos casos que decidirá también debe seguir ciertas reglas y estándares. Para llevarla a cabo no es posible, desde un punto de vista práctico, establecer reglas de hierro. Sin embargo, pueden defenderse algunos parámetros. Por un lado, y por las razones expuestas en la sección anterior sobre las justificaciones de la selección de casos por el tribunal, éste debe contar con las herramientas necesarias para establecer su propia agenda de temas –por medio de la admisión y rechazo de casos– que considera se corresponden con cuestiones sobre las que es imprescindible que se pronuncie. En este sentido, algunos autores han defendido la idea de recurrir a una justificada discreción por parte de los jueces constitucionales en la decisión sobre qué casos rechazarán (Ferrerres Comella, 2009, p. 39). Algunos criterios para respaldar la decisión de aceptar sólo algunos pocos pedidos de pronunciamiento pueden ser, por ejemplo: que se trate de temas que arrastren una larga controversia interpretativa que precise resolución;¹⁹ cuestiones sobre las que los tribunales inferiores no están tomando decisiones consistentes; que existan claros errores interpretativos reflejados en precedentes que requieran un cambio drástico de interpretación

¹⁹ Por ejemplo, el caso *F., A. L.*, decidido por la Corte Suprema de Argentina el 13 de marzo de 2012, referido a una interpretación del Código Penal que expande las situaciones en las que el aborto no es punible.

de una cláusula constitucional;²⁰ o casos referidos al alcance de un derecho sobre el que el tribunal no se ha pronunciado aún.²¹ Por otro lado, un tribunal constitucional puede priorizar expedirse en casos que estén motivando un profundo debate público y sobre los que la sociedad civil, a través de sus movimientos sociales, esté madurando una interpretación constitucional con la que el tribunal coincide. En contraste, este cuerpo puede evitar pronunciarse sobre cuestiones constitucionales acerca de las cuales no haya claridad o existan profundas discrepancias en la sociedad, la academia o incluso, dentro del propio Poder Judicial, en sus tribunales inferiores. Algunas de estas reglas fueron articuladas por Alexander Bickel en su famoso artículo ya mencionado (1962 y 1962).

Un criterio habitual utilizado para justificar la selección por parte de un tribunal constitucional de sólo un puñado de casos, de entre aquellos que conforman el universo de miles de causas que le son presentadas por los litigantes, es el de "importancia". Según algunos autores, un tribunal de este tipo sólo debería decidir casos importantes, pero, por supuesto, ese estándar requiere responder a una pregunta clave: ¿qué es un caso importante? Es cierto que, si uno analiza las decisiones tomadas por tribunales muy selectivos, como la Corte Suprema de los Estados Unidos, podría llegar a la conclusión de que todos los casos decididos son importantes. Sin embargo, asumiendo que todo lo que una Corte como ésta decide es importante, de ello no se sigue que todo lo importante es decidido por ella (Schauer, 2009). Si el criterio idóneo para escoger los casos que serán decididos fuera el de la importancia, se hace necesario identificar un punto de vista externo que permita atribuir a un caso el carácter de importante. Algunos juristas de los Estados Unidos han ensayado teorías acerca de qué debe ser considerado importante para juzgar críticamente el modo en que la Corte Suprema de ese país realiza la selección de los casos. Por ejemplo, podría argumentarse que la importancia es definida por lo que la sociedad civil o la comunidad entienden por importante. De este modo, uno podría entender que

²⁰ Por ejemplo, el caso *Brown vs. Board of Education* decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1954 (47 U.S. 483).

²¹ Por ejemplo, el caso *Sejean* decidido por la Corte Suprema de Argentina el 27 de noviembre de 1986 (Fallos 308:2268).

la corrección de la selección de casos por parte de la Corte Suprema se detecta estableciendo cuál es la distancia que separa aquello que es importante para la opinión pública de lo que es importante para la Corte. Según autores como Barry Friedman, la Corte selecciona los casos, en cierto modo, como reflejo de la voluntad de la mayoría de la gente (Friedman, 2009, pp. 367-385). Otra tesis define lo importante desde el punto de vista jurídico, es decir, juzgar el trabajo de la Corte en la selección de casos que realiza a partir del contraste que exista entre lo que es "jurídicamente" importante y lo que la Corte considera importante (Schauer, 2009). Este enfoque traslada la mirada que la tesis anterior depositaba sobre la voluntad mayoritaria de la ciudadanía, a las prioridades de la "comunidad de expertos" formada por la academia o los abogados litigantes, sean profesionales que ejercen la abogacía al servicio de sus clientes privados o al servicio de la satisfacción del interés público, como es el caso de las ONG de derechos humanos –aunque en este último caso, quizá exista alguna superposición con la noción de importancia asociada con la voluntad dominante en la opinión pública, o al menos de la sociedad civil organizada en torno a causas específicas–.

Una tesis que identifica el criterio de importancia para seleccionar los casos a decidir debería establecer un punto de vista externo que permita emitir un juicio crítico sobre el trabajo de la Corte y, así, juzgar si está procediendo correctamente. La respuesta sería negativa cuando los jueces se alejen de aquello que la opinión pública o la comunidad jurídica consideran importante, o positiva si se da la situación opuesta. Por otra parte, algunos críticos han sostenido que estas tesis que asignan tanta relevancia a lo que la opinión pública, los abogados o las ONG especializadas consideran importante para definir la agenda y la conformación del *docket* de la Corte, podrían abrir la puerta a la aceptación de situaciones de captura del tribunal por parte de los actores dominantes del sistema. Este tipo de situaciones de captura podría ser empíricamente verificable, pues es posible que las decisiones de la Corte acerca de qué decidir se solapen con los casos que llevan a sus estrados jugadores repetidos del sistema, como un grupo reducido de ONG que practican el litigio de interés público o abogados que por su prestigio o éxito profesional son más escuchados que otros en los tribunales. Esto se agudiza en contextos como los latinoamericanos en

los que la debilidad de una academia jurídica independiente coloca a un reducido grupo de juristas importantes que también litigan con una enorme influencia en el establecimiento de la agenda de la Corte. De este modo, al problema de cuántos casos se deciden, se suma el de determinar cuáles son esos casos y –más allá de los jueces– quiénes los deciden (Lazarus, 2009).

Para evitar los peligros de captura, limitar la discrecionalidad de los jueces y reducir potenciales daños a su legitimidad, un tribunal constitucional debe actuar con base en algún tipo de justificación que le permita tomar la decisión de qué casos decide, independientemente de lo que la opinión pública o la comunidad jurídica consideran como casos importantes (Levinson, 2010). Esto no implica necesariamente que la Corte no preste algún grado de atención a qué es lo que esos actores clave del sistema y de la comunidad consideran como temas relevantes que deberían ser tratados por el tribunal.

Una cuestión recurrente del proceso de selección de casos a decidir es la transparencia tanto en los criterios que utiliza el tribunal para realizar esa tarea como en la aplicación de los mismos a un caso en particular. Sin embargo, es preciso adelantar que no hay consenso en el derecho o en la práctica jurídica comparados al respecto, así como tampoco en la doctrina ni en las prácticas de los tribunales. En cierta ocasión, cuando se le cuestionó al juez William Rehnquist sobre la ausencia de una explicación por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos del rechazo de los planteamientos del *certiorari*, éste respondió que ello era inevitable pues era simplemente imposible que nueve jueces cuenten con el tiempo necesario para fundamentar el rechazo de 4,000 casos al año. Esta respuesta que nos remite a la justificación pragmática de la selección que mencioné más arriba y a su consecuencia sobre la transparencia y exteriorización de razones tratadas en esta sección. Esta tesis, sin embargo, no está exenta de severas críticas. Robert Yablon, por ejemplo, considera al proceso de rechazo y admisión de causas por medio del *certiorari* en la Corte Suprema de los Estados Unidos una verdadera "caja negra". Si bien la decisión de conceder el *certiorari* se rige por lo establecido en la Regla Nro. 10 de las "Reglas de la Corte Suprema de los Estados Unidos", la aplicación práctica de esta norma por los jueces es realmente opaca, ya que comienza dictando que "La aceptación del

writ of certiorari no es una cuestión de derechos, sino de discreción judicial. Una petición de *writ of certiorari* será concedida solo por razones contundentes (*compelling reasons*)", para dar luego algunas líneas no taxativas dirigidas al modo en que debe interpretarse este principio (Corte Suprema de los Estados Unidos, 2019) (la traducción es mía). En este proceso, como ya dije, la Corte analiza alrededor de 10,000 peticiones y selecciona, en la actualidad, unas 70 al año. Sin embargo, dice Yablon, en algunos casos excepcionales, los observadores externos podemos tener algo de información sobre el modo y los criterios que guían al tribunal en la decisión sobre qué decidir. Estas pocas luces sobre el proceso surgen cuando, en el marco de la denegatoria de un *certiorari*, un juez o jueza emite su opinión disidente o concurrente con la decisión (Yablon, 2014, pp. 52-53). Esas opiniones generalmente proceden de los jueces que tienen menos tiempo como miembros del tribunal (*Junior*), pues a aquellos con más experiencia (*Senior*) se les asigna generalmente la redacción de las opiniones de cuestiones de fondo. En este sentido, es interesante detenerse en el trabajo de la jueza Sonia Sotomayor, cuyos votos, según Yablon, "muestran a una magistrada profundamente comprometida con la fijación de la agenda de la Corte y deseosa de compartir sus perspectivas con sus colegas, los profesionales del derecho y el público. También dan cuenta de sus pasiones sustantivas y sus visiones sobre el rol institucional de la Suprema Corte en cuanto al control que ejerce de los tribunales inferiores y de la profesión de los abogados" (2014, p. 553) (traducción propia). Antes de Sotomayor, John Paul Stevens había sido el juez que más opiniones había emitido sobre el proceso del *certiorari* (*ibidem*).

Uno de los criterios más evidentes explicitados por Sotomayor para decidir qué casos deben ser aceptados por la Corte se asocian, una vez más y como vengo sosteniendo en este trabajo, a su visión acerca del rol institucional del tribunal. Así, la magistrada considera que la Corte Suprema de la que forma parte tiene la obligación de intervenir cuando el sistema de justicia ha fallado en la promesa de proveer justicia imparcial, por defectos estructurales o transgresiones individuales, especialmente en casos referidos a la aplicación del derecho penal. Opinión que se encuentra en línea con la de su antecesor en la Corte, el juez Stevens, y en contra de las opiniones de sus colegas más conservadores con criterios divergentes, como su ya fallecido colega Antonin Scalia y Samuel Alito.

(Yablon, 2014, p. 556) (Véanse, también, Baer 2014; Barkow, 2014; y Bennett, 2014). Un ejemplo de la posición de Sotomayor surge en su disidencia frente al rechazo del *certiorari* en el caso *Woodward vs. Alabama*. La demanda de Mario Dion Woodward atacaba el marco de aplicación de la pena de muerte de Alabama por ser inconstitucional. Alabama es uno de los pocos estados en los que los jueces han aplicado esa pena incluso cuando el jurado ha recomendado lo opuesto. En esa opinión, Sotomayor ha expresado su "profunda preocupación acerca de que esa práctica resulta incompatible con las Enmiendas Sexta y Octava" y aludió a la existencia de "evidencia empírica" de que "los jueces de Alabama, elegidos por medio de procedimientos partidarios" han "sucumbido a las presiones electorales" al aplicar la pena de muerte. Esta decisión, agregó, "extiende una nube de ilegitimidad sobre el sistema de justicia penal" y levanta el fantasma de "resultados potencialmente arbitrarios". Los jueces a menudo fallan en dar "una explicación aceptable de la decisión de desestimar el veredicto del jurado". (Yablon, 2014, pp. 57-58) (La traducción es mía). Otras opiniones disidentes de la jueza Sotomayor aluden al sesgo racista de la persecución penal o discriminaciones de otro tipo en su país, estableciendo criterios que se agregarían al mandato de la Regla Nro. 10 o proveerían un estándar para interpretarlo. Este ejemplo acerca de la exteriorización de las razones de la jueza para conceder el *certiorari*, dan cuenta de la falta de transparencia, e incluso de previsibilidad, en las decisiones de la Corte Suprema que integra sobre qué casos decidir. Esta opacidad se relaciona con algunas de las consideraciones que presenté más arriba, en la justificación pragmática del rechazo de planteamientos y la justificación estratégica de la selección de pocas causas para ser decididas por la Corte que ejerce el control de constitucionalidad en última instancia. En este sentido, Mendes ha encontrado argumentos para mantener un cierto grado de opacidad y ha sostenido que "las razones en las que se basan algunas decisiones políticas no pueden ser dadas a publicidad porque su secreto es la propia fuente de su éxito potencial. Una Corte no puede decir: 'No vamos a ir tan lejos como lo requiere la Constitución porque no tenemos suficiente capital político para hacer que nuestra decisión se cumpla'. Confesar su debilidad política no es un modo inteligente de construir y manejar su reputación pública" (Mendes, 2010, p. 40). Sin embargo, incluso cuando pueda aceptarse este amplio

margen de discreción en cabeza de los jueces y la poca transparencia acerca del modo en que ella se ejerce, eso no implica que no puedan tomarse otras medidas que contrarresten las desconfianzas propias del uso de ese enorme poder. Me refiero, por ejemplo, a algunas obligaciones que deberían regir no sólo al interior del funcionamiento del tribunal, sino además en su relación con la comunidad. En el primer caso, aunque resulte obvio, la prudencia en el ejercicio de la selección de casos es una exigencia para los magistrados, como propone Alexander Bickel (1962, pp. 66-69). También es recomendable la consistencia y, en la medida de lo posible, la búsqueda de consensos amplios dentro del tribunal para rechazar o aceptar planteamientos, para luego decidir los casos que sí se acepten. Por otra parte, deberían instrumentarse mecanismos de transparencia hacia la comunidad y previsibilidad en todos los otros aspectos del proceso de decisión —que no sea solamente la selección de casos a decidir— como, por ejemplo, la publicidad de la lista de casos seleccionados al comienzo del periodo de sesiones y el establecimiento de un cronograma aproximado de fechas para cada decisión. Ello contrarrestaría aquellas suspicacias que pudieran existir sobre el uso político y estratégico del *timing* de las decisiones, brindando a la ciudadanía una herramienta de control de los jueces. Por supuesto, esto redundaría en la pérdida de una de las palancas del ejercicio del poder del tribunal, pero el costo sería menor comparado con la concesión de la amplia discreción que poseería para decidir qué decidir. Otras medidas de transparencia, prácticamente innegables, podrían estar relacionadas con la publicidad de los abogados involucrados en las causas que han sido admitidas por el tribunal, a fin de arrojar luz sobre posibles situaciones de captura por parte de jugadores repetidos del sistema; además, por supuesto, la publicación de todas las decisiones del tribunal y las opiniones en disidencia de sus miembros, con los fundamentos completos publicados en el mismo momento en el que se emiten los fallos y no después.

6. Coda

No hay instituciones perfectas, pero ello no justifica que no realicemos nuestros mejores esfuerzos para perfeccionarlas. No hay modo de perfeccionar una institución sin volver nuestra mirada sobre los fundamentos que justificaron

su creación y su funcionamiento actual. Tampoco es buen consejero el auto-engaño. Creer que los déficits del sistema de justicia respecto de las decisiones que toman tribunales inferiores pueden solucionarse descargando la tarea de revisarlo todo sobre los tribunales constitucionales, no es el modo en que lograremos satisfacer las expectativas de justicia de la ciudadanía. Como traté de demostrar en este trabajo, este proyecto resulta además contradictorio con la función de los tribunales constitucionales que, entiendo, no es otra que la de realizar una contribución fundamental a la construcción de nuestra práctica constitucional. Lograr compatibilizar el rol de estos tribunales constitucionales supremos con el modo en que realizan su tarea no es sencillo. Como sucede siempre en materia de diseño institucional, no podemos lograrlo todo. Sin duda perderemos algo y ganaremos en otros frentes. Reconocerles a los jueces constitucionales un grado relativamente amplio de discreción en la selección de casos a decidir puede redundar en sospechas, desconfianzas y frustraciones. Pero negarles esa discreción sólo genera la ilusión de que se han disipado los obstáculos que surgen para que cumplan con su rol. Es lógico y entendible que nos quejemos porque un tribunal decide muy pocos casos y que los selecciona de un modo casi misterioso, en todo caso también debería preocuparnos que un tribunal constitucional encargado de co-liderar la compleja conversación constitucional lo haga por medio de una multiplicación infinita de pronunciamientos plagados inevitablemente de contradicciones que producirán confusión e incertidumbre, estancando o desviando el foco de esa conversación. El rol central que desempeñan estos tribunales en las democracias constitucionales requiere que estos cuerpos se comuniquen con claridad y, en consecuencia, sean más responsables frente a la ciudadanía. Un tribunal que decide miles de causas constitucionales al año elude su misión y es más irresponsable, desde el punto de vista político, que uno que decide muy poco; además de que socava la autoridad y legitimidad que le son propias, exponiéndose a riesgos innecesarios. Al decidir qué decidir, como en otros campos, *menos es más*. Quizá, podamos atemperar nuestros temores cuando enfoquemos el diseño institucional de nuestros tribunales constitucionales sobre otros aspectos como el mecanismo de designación de sus miembros, su funcionamiento interno, o las prácticas sociales que ejercen el control y el juicio crítico sobre sus decisiones.

Fuentes

Baer, M. H. (2014), "Secrecy, Intimacy, and Workable Rules: Justice Sotomayor Stakes Out the Middle Ground in *United States v. Jones*", *The Yale Law Journal* (123): 393-408. «<http://bit.ly/2PvZydn>».

Barkow, Rachel E. (2014), "Justice Sotomayor and Criminal Justice in the Real World", *Yale Law Journal* (123): 409-426. «<http://bit.ly/381bSsJ>».

Bickel, A. M. (1961), "The Supreme Court, 1960 Term. Foreword: The Passive Virtues", *Harvard Law Review* (75): 40-79.

_____ (1962), *The Least Dangerous Branch*, New Haven: Yale University Press.

Brennan, W. J. (1973), "The National Court of Appeals: Another Dissent", *The University of Chicago Law Review* (40) 3: 473-485.

Capers, I. B. (2014), "Reading *Michigan v. Bryant*, 'Reading' Justice Sotomayor", *Yale Law Journal* (123).

Deutsch, J. G. (1968), "Neutrality, Legitimacy, and the Supreme Court: Some Intersections Between Law and Political Science", *Stanford Law Review* (20): 169-261. «<http://bit.ly/3ac70m0>».

DeGuzman, M. (2012), "Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Court", *Michigan Journal of International Law* (33): 265 y ss. «<http://repository.law.umich.edu/mjil/vol33/iss2/2>».

Dworkin, R. (1985), *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Eisgruber, C. L. (1992), "Is the Supreme Court an Educative Institution?", *New York University Law Review* (67): 961-977.

Ferrerres Comella, V. (2009), *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, New Haven: Yale University Press.

Fiss, O. (1979), "The Forms of Justice", *Faculty Scholarship Series*. Paper 1220. «<http://bit.ly/2T4eW2P>».

_____ (1989), "The Awkwardness of Criminal Law", *Human Rights Quarterly* (11) 1: 1-13.

_____ (1982), "Objectivity and Interpretation", *Stanford Law Review* (34) 4: 739-763.

_____ (2017), *Pillars of Justice: Lawyers and the Liberal Tradition*, Cambridge: Harvard University Press.

Friedman, B. (2009), *The Will of The People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, Nueva York: D&M Publishers.

Greenhouse, L. (1996), "Telling the Court's Story: Justice and Journalism at the Supreme Court", *Yale Law Journal* (105): 1537-1561.

Gunther, G. (1964), "The Subtle Vices of the 'Passive Virtues'. A Comment on Principle and Expediency in Judicial Review", *Columbia Law Review* (64) 1: 1-25.

Lazarus, R. (2010), "Docket Capture at the High Court", *The Yale Law Journal* (119): 89-97. «<http://bit.ly/2uF3O3c>».

Lessig, L. (1995), "The Regulation of Social Meaning", *University of Chicago Law Review* (62): 943-1047. «<http://bit.ly/2I7jQFT>».

Levinson, S. (2010), "Assessing the Supreme Court's Current Caseload: A Question of Law or Politics?", *The Yale Law Journal Online* (119): 99-111. «<http://bit.ly/2VsCe4c>».

Meiklejohn, A. (1948), *Free Speech and Its Relationship to Self-Government*, Nueva York: Harper Brothers Publishers.

Megar, E., Magaloni, B. y Sánchez, A. (2010), "No Self-Control: Decentralized Agenda Power and the Dimensional Structure of the Mexican Supreme Court", *APSA 2010 Annual Meeting Paper*.

Mendes, C. H. (2010), "Fighting for Their Place: Constitutional Courts as Political Actors. A Reply to Heinz Klug", *Constitutional Court Review* (3) 1: 33-43.

Meriwether, M. y Cordray, R. (2004), "The Philosophy of Certiorari: Jurisprudential Considerations in Supreme Court Case Selection", *Washington University Law Review* (82) 2: 389-452. «<http://bit.ly/2wO50lm>».

Owens, R. y Simon, D. (2012), "Explaining the Supreme Court's Shrinking Docket", *William & Mary Law Review* (53) 4: 1219-1285.

Oteiza, E. (1998), "El *certiorari* o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin un rumbo preciso", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* (3): 71-85.

Perry, H. W. (1991), *Deciding to Decide: Agenda Setting in the United States Supreme Court*, Cambridge: Harvard University Press.

Rodríguez-Garavito, C. (2011), "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin", *Texas Law Review* (89) 7.

Saba, R. (2011), "La Constitución como Límite (Positivo y Negativo): El Caso de la Igualdad ante la Ley", en Gargarella, R. (comp.), *La Constitución 2020*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

_____ (2017), "No huir de los tratados", *Revista Pensar en Derecho* (10): 111-161. «<http://bit.ly/38bOMzK>».

Sager, L. (2004), *Justice in Plainclothes: A Theory of American Constitutional Practice*, New Haven: Yale University Press.

Schauer, F. (2009), "Is It Important to be Important? Evaluating the Supreme Court's Case-Selection Process", *Yale Law Journal Online* (119): 77-86. «<http://bit.ly/2vma1Bn>».

Star, K. (2006), "The Supreme Court and Its Shrinking Docket: The Ghost of William Howard Taft", *Minnesota Law Review* (90): 1363-1385.

Sunstein, C. R. (1996), "On the Expressive Function of Law", *University of Pennsylvania Law Review* (144): 2021-2053. «<http://bit.ly/32w1FWs>».

The Journal.ie (2014), "'We were fighting with all our passion to create a boring society'-South African Freedom Fighter", *The Journal.ie*, 5 de abril de 2014. «<http://bit.ly/32xVHSj>».

Waldron, J. (1994), "Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues", *California Law Review* (82) 3: 509-540.

Woodward, B. y Armstrong, S. (1979), *The Brethren*, Nueva York: Simon & Schuster.

Yablon R. M., (2014), "Justice Sotomayor and the Supreme Court's Certiorari Process", *The Yale Law Journal* (123): 551-564. «<http://bit.ly/3a5rYCS>».

Otros

Centro de Información Judicial (2019), Datos Estadísticos, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 12 de marzo de 2019. «<http://bit.ly/2T2TsmW>».

Corte Suprema de los Estados Unidos (2019), "Rules of the Supreme Court of the United States", Washington. «<http://bit.ly/2PyRMj>».

La corrupción como una violación de derechos humanos*

Corruption as a Violation of International Human Rights

ANNE PETERS**

Resumen

Los Estados que se perciben como altamente corruptos son, al mismo tiempo, aquellos que tienen deficiencias en materia de derechos humanos. Por ello, ciertas instituciones internacionales han asumido la existencia de un círculo de retroalimentación negativa entre ambos perjuicios sociales. Éstas alegan que la corrupción menoscaba el disfrute de los derechos humanos y, al mismo tiempo, utilizan los derechos humanos como un marco normativo para denunciar y combatir la corrupción. Sin embargo, este enfoque basado en los derechos humanos ha sido criticado por ser poco preciso y por extralimitarse en su alcance. Para abordar dicha controversia, este artículo tiene por objeto examinar con mayor detalle la calidad jurídica de la supuesta "conexión" entre la corrupción y los derechos humanos. Específicamente, el artículo hace la pregunta dual de si, y en qué condiciones, los actos u omisiones corruptos pueden ser calificados

* Texto publicado originalmente como Peters, A. (2019), "Corruption as a Violation of International Human Rights", *European Journal of International Law* (29) 4, pp. 1251-1287. Traducción al español por Lucas Sánchez y Henry Jiménez. Se reproduce con autorización de la autora.

** Directora del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, en Heidelberg (Alemania), profesora en las universidades de Heidelberg, *Freie Universität* en Berlín, y Basilea (Suiza).

técnicamente como violaciones del derecho internacional de derechos humanos (análisis doctrinal del derecho positivo) y si la corrupción debería ser conceptualizada como una violación de derechos humanos (evaluación normativa). La respuesta es que tal reconceptualización es jurídicamente razonable desde el análisis positivo, aunque ello hace que surjan problemas doctrinales muy complejos. La evaluación normativa es ambigua, pero los beneficios prácticos de dicha conceptualización parece que superan al riesgo de afianzar el escepticismo antioccidental hacia la lucha contra la corrupción y la ampliación desmedida de los derechos humanos. Enfocar la corrupción no sólo como un problema de derechos humanos, sino incluso como una potencial violación a estos derechos, puede contribuir a cerrar la brecha en la implementación de los instrumentos internacionales anticorrupción y puede complementar de manera útil el enfoque predominante basado en el derecho penal.

Palabras clave: Derechos humanos, derecho penal, derecho internacional, violaciones a los derechos humanos.

Abstract

States perceived to be highly corrupt are at the same time those with a poor human rights record. International institutions have therefore assumed a negative feedback loop between both social harms. They deplore that corruption undermines the enjoyment of human rights and, concomitantly, employ human rights as a normative framework to denounce and combat corruption. But the human rights-based approach has been criticized as vague and over-reaching. Addressing this controversy, this article seeks to examine the legal quality of the assumed 'link' between corruption and human rights more closely. It specifically asks the dual question whether and under what conditions corrupt acts or omissions can technically be qualified as an actual violation of international human rights (doctrinal analysis of the positive law) and whether corruption should be conceptualized as a human rights violation (normative assessment). The answer is that such a reconceptualization is legally sound as a matter of positive analysis, although very difficult doctrinal problems arise. The normative assessment is ambivalent, but the practical benefits of the conceptualization seem to outweigh the risks of reinforcing the anti-Western scepticism towards the fight against corruption and of overblowing human rights. The framing of corruption not only as a human rights issue but even as a potential human rights violation can contribute to closing the implementation gap of the international anti-corruption instruments and can usefully complement the predominant criminal law-based approach.

Keywords: Human rights, criminal law, international law, human rights violations.

1. Planteamiento del problema

La corrupción ocupa un lugar importante en la agenda de los derechos humanos y el desarrollo. La Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, adoptada en 2015 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), solicita a los Estados "reducir sustancialmente la corrupción y el soborno en todas sus formas" y devolver todos los activos robados para el año 2030 (A/RES/70/1, esp. 16.4 y 16.5). En sus contribuciones oficiales para esta Agenda, los organismos de derechos humanos de la ONU han identificado "la mala administración de recursos y la corrupción como obstáculos para la distribución de recursos destinados a promover derechos de igualdad" (ONU-Sustainable Development Goals, 2016, p. 7).¹ De hecho, los países con altos índices de corrupción son los mismos que tienen deficiencias en materia de derechos humanos.² Por ejemplo, los Estados que ocupan los puestos más bajos en el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional de 2017 son Siria, Sudán del Sur y Somalia, todos los cuales tienen graves problemas de derechos humanos.³

Ante esta situación, tanto académicos como profesionales han adoptado un enfoque hacia la corrupción basado en los derechos humanos (Pearson, 2001, p. 30).⁴ Los documentos clave de la ONU fundamentan este enfoque en la afirmación de que la corrupción tiene un "impacto negativo" en el disfrute de los derechos humanos;⁵ que la corrupción menoscaba los derechos humanos;⁶

¹ [N. T.] Traducción no oficial.

² Para un análisis estadístico, véase Landman y Schudel (2007), comprobando otras variables explicativas (nivel de democracia, prosperidad, tamaño de la población y proporción de gasto público). Por supuesto existen numerosas violaciones de derechos humanos que tienen poco o nada que ver con la corrupción, como la discriminación contra la mujer. A la inversa, también existen formas de corrupción que apenas tienen un vínculo con violaciones de derechos humanos, como el financiamiento ilegal de partidos políticos.

³ Sobre la situación de derechos humanos, véase el Informe 2016/17 de Amnistía Internacional (2017).

⁴ Véase, especialmente, ICHRP (2009); Boersma y Nelen (2010); Boersma (2012); y Olaniyan (2014).

⁵ Véase el preámbulo de AGNU (2015, Doc. A/RES/69/199); Consejo de Derechos Humanos (2016, UN Doc. A/HRC/32/22); Consejo de Derechos Humanos (2015, A/HRC/Res. 29/11); ONU (2015, UN Doc. A/HRC/28/73, esp. párr. 21); y Navi Pillay (2013, pp. 8-10).

⁶ En el segundo párrafo preambular de Comisión de Derechos Humanos de la ONU (2005, E/CN.4/Sub.2/2005/L.24/Rev.1) se lee: "Profundamente preocupada por el hecho de que el fenómeno de la corrupción *perjudica gravemente* al disfrute de los derechos humanos, ya sean económicos, sociales y culturales o civiles y políticos" (énfasis añadido).

que "tiene un grave y devastador efecto" sobre el disfrute de los derechos humanos;⁷ que "la corrupción en el gobierno, en las instituciones y en la sociedad en general constituye un obstáculo importante para el disfrute de los derechos humanos";⁸ y que las violaciones de los pactos de derechos humanos "son facilitadas cuando existen medidas de protección insuficientes para abordar la corrupción de funcionarios públicos o la corrupción entre agentes privados".⁹ A su vez, se afirma que el enfoque de derechos humanos "es un marco normativo de gran utilidad" para abordar la corrupción (ONU, UN Doc. GA 72/137, párr. 4). Esta afirmación de las instituciones de derechos humanos de la ONU ha sido cuestionada y el enfoque basado en los derechos humanos ha sido criticado por su "falta de claridad conceptual" (Rose, 2016, p. 417).

Para abordar tal controversia, este artículo tiene como objeto examinar la calidad jurídica de la supuesta 'conexión' entre la corrupción y los derechos humanos, así como las consecuencias jurídicas concretas de un enfoque basado en los derechos humanos, su valor agregado y sus debilidades. Resulta importante distinguir la idea imprecisa de una "conexión" entre la corrupción y los derechos humanos de la aguda pretensión jurídica más rigurosa de que, en ciertas condiciones, un acto corrupto (o la tolerancia a la corrupción) puede constituir una violación efectiva de los derechos humanos (sobre esta distinción, véase *infra* parte 2.D). Esta última pretensión será examinada a partir de un análisis positivo y normativo.¹⁰ La pregunta doctrinal del derecho positivo es: ¿Puede una conducta

⁷ Véase Comisión de Derechos Humanos de la ONU (2005, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/18, párr. 41).

⁸ Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (en adelante Informe sobre Salud), UN Doc. GA 72/137, 14 de julio de 2017, párr. 2 y sumario.

⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales (UN Doc. E/C.12/GC/24, 23 de junio de 2017, párr. 18).

¹⁰ Hay dos vínculos adicionales entre la corrupción y los derechos humanos que no son abordados en este artículo. Primero, la protección efectiva de (algunos) derechos humanos (en particular, la libertad de acceso a la información y la libertad de prensa) es necesaria para la lucha contra la corrupción. Muchas denuncias en materia de derechos humanos tienen que ver con el asesinato, la desaparición forzada o la falta de protección gubernamental a periodistas que han investigado y denunciado públicamente la corrupción. Véase, por ejemplo, CIDH, Caso *Irma Flaquer vs. Guatemala*, Acuerdo de Solución Amistosa, Petición 11.766, Informe no. 67/03, 10 de octubre de 2003; véase asimismo Relator Especial Michel Forst, Informe sobre la Situación

corrupta ser conceptualizada adecuadamente como una violación de la normativa internacional sobre derechos humanos (parte 2)? La pregunta normativa es: ¿Deberían ser conceptualizados los actos corruptos como violaciones de derechos humanos? Mi respuesta es que tal reconceptualización es jurídicamente razonable desde un análisis positivo, aunque surgen problemas doctrinales muy complicados. La evaluación normativa es ambigua, pero, con la debida prudencia, diría que los beneficios prácticos de dicha conceptualización superan al riesgo de reforzar el escepticismo antioccidental hacia la lucha contra la corrupción (parte 3). La parte 4 examina las medidas para subsanar violaciones de derechos humanos con origen en la corrupción, en forma de monitoreo e implementación. La parte 5 concluye que la reconceptualización de la corrupción no sólo como un problema de derechos humanos, sino también como una potencial violación de los mismos, puede contribuir a cerrar la brecha de implementación de los instrumentos internacionales anticorrupción, aunque las expectativas al respecto no deberían sacarse de proporción.

La propuesta de inculcar a la corrupción aspectos de derechos humanos responde al modesto éxito de los instrumentos internacionales existentes para la lucha contra la corrupción –por lo menos 10 tratados internacionales y regionales con varios protocolos adicionales, además del *soft law* (Terracino, 2012; Wouters, Ryngaert y Cloots, 2013, 209; Rose, 2015). Su aparición en la década de 1990 fue, a su vez, una reacción a la globalización de la propia corrupción, desde el conocimiento de que la práctica de la corrupción mayor había adquirido inevitablemente elementos transfronterizos. Estados Unidos abogó por un tratado para criminalizar el soborno extranjero y logró persuadir a un gran número de Estados en la Organización para la Cooperación y el

de los Defensores de los Derechos Humanos, Doc. A/70/217, 30 de julio de 2015, párrs. 69-70 (sobre ‘Defensores que luchan contra la corrupción y la impunidad’); Relator Especial Mr. David Kaye, Informe sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Doc. A/70/361, 8 de septiembre de 2015, s. A (sobre la protección jurídica de los denunciantes de irregularidades). Otro vínculo se relaciona con que las medidas contra la corrupción pueden violar por sí mismas derechos humanos, concretamente la violación de la presunción de inocencia, en especial durante la implementación del artículo 20 de la CNUCC; la violación al derecho a la vida privada mediante el uso de medidas de vigilancia, el daño a la reputación a través de publicaciones en los medios de comunicación y las violaciones a derechos de propiedad mediante la incautación y recuperación de bienes. Véase Ivory (2014).

Desarrollo Económico (OCDE) para adoptar una Convención Anti-Cohecho en 1997.¹¹ En ese momento, la meta principal era eliminar las ventajas competitivas no equitativas de compañías que pagaban sobornos en los nuevos mercados, particularmente en Europa del Este. En 2003 fue adoptada la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC, 2349 UNTS 41. No. 42146), en septiembre de 2003 ya contaba con 186 Estados parte.

Una de las autoridades principales en el tema de la corrupción menciona los siguientes objetivos de la política internacional anticorrupción: primero, mejorar el funcionamiento de los mercados globales; segundo, promover el crecimiento económico; tercero, reducir la pobreza; y cuarto, salvaguardar la legitimidad del Estado (Rose-Ackerman, 2013, 3-5).¹² La lucha contra la corrupción ha sido ampliamente integrada en la agenda de la buena gobernanza¹³ y en el discurso del desarrollo. Por consiguiente, ya que tanto la buena gobernanza como el desarrollo hoy en día son frecuentemente analizados a partir de la perspectiva de los derechos humanos, este tipo de análisis también parece ser adecuado para la lucha contra la corrupción.

2. ¿Puede conceptualizarse la corrupción como una violación de derechos humanos?

A. Definir la corrupción

El término *corrupción* no es de índole técnico; no se considera un delito en la mayoría de los códigos penales alrededor del mundo, y no tiene tampoco una

¹¹ OCDE (1997), Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, 1997, 2802 UNTS 225 (entró en vigor el 15 de febrero de 1999; en septiembre de 2003 contaba con 44 Estados parte).

¹² Véase también el preámbulo de la CNUCC, 2003, 2349 UNTS 41. No. 42146, primer párrafo preambular.

¹³ Véase por ejemplo el documento de Consejo de Derechos Humanos (2008), "La función del buen gobierno en la promoción de los derechos humanos", UN Doc. A/HRC/RES/7/11, párr. 4: "Decide continuar el examen de la cuestión de la función del buen gobierno, incluido el tema de la lucha contra la corrupción en la promoción y protección de los derechos humanos". Véase asimismo el Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas, Centro de Gobernabilidad de Oslo, *The Impact of Corruption on the Human Rights Based Approach to Development* (2004).

definición jurídica en la mayoría de los tratados internacionales. La definición más común es la utilizada por la organización no gubernamental (ONG) Transparencia Internacional, según la cual, *corrupción* es el abuso del poder encomendado para beneficio particular. Tal abuso puede ocurrir en el nivel de la Administración y los servicios públicos cotidianos ("corrupción menor") o en los cargos políticos de alto nivel ("gran corrupción"). Estos términos no marcan una distinción jurídica, sino que tan sólo describen variaciones del mismo tema. Con frecuencia, un esquema particular de corrupción permea en los distintos niveles de la Administración Pública y, por ende, vincula ambas formas de corrupción. Debido al creciente poder de las grandes corporaciones y otros actores no estatales como la Fédération Internationale de Football Association (FIFA), el abuso de las obligaciones que emanan del derecho privado también se califica cada vez más a menudo como corrupción, en una relación entre principal y agente basada en el derecho privado. Los delitos penales respectivos son el soborno activo y pasivo, el abuso de confianza, el peculado, el enriquecimiento ilícito y así sucesivamente. En el sector privado, los delitos son llamados "soborno entre particulares" o "soborno comercial", y pueden incluir prácticas anticompetitivas y delitos regulatorios.

B. ¿Los derechos humanos de quién?

Tradicionalmente, el soborno –expresión prototípica de la corrupción– ha sido considerado un "crimen sin víctimas" (Korte, 2014, párr. 12). De acuerdo con la doctrina jurídica, la parte agraviada es principalmente el ciudadano. ¿Puede considerarse también al sobornador una víctima? Esto no parece ser el caso cuando la víctima toma la iniciativa de sobornar o cuando extorsiona al receptor. Sin embargo, el sobornador puede ser victimizado en muchos escenarios de corrupción. Si una estudiante de una escuela pública tiene que pagarle un soborno a la secretaria para recibir su diploma, o si tiene que pagar por clases privadas adicionales a un profesor que le indica que no pasará el examen de otra forma, entonces, la estudiante es una víctima, no una perpetradora, al menos en términos de derechos humanos. Su consentimiento al *quid pro quo* ilegal es el resultado de una situación desesperada: el consentimiento de la estudiante (o de sus padres) no es "libre", sino coaccionado.

En las licitaciones públicas, los competidores sin éxito son las víctimas potenciales si no se les adjudica el contrato por criterios ajenos, si es que al menos tenían una expectativa concreta respecto del contrato y no una mera prospectiva abstracta. A menudo, los clientes y los usuarios finales también se ven afectados por la corrupción en las licitaciones públicas, cuando tienen que pagar precios más altos o si reciben un producto que no vale lo que cuesta porque se han desviado fondos durante el proceso de producción. Desde la perspectiva de los derechos humanos sociales, cuyo disfrute adecuado incluye el elemento de "asequibilidad" (tal como lo es la asequibilidad de medicamentos esenciales como componente del derecho humano a la salud), el hecho de que el soborno en el proceso de licitación pueda elevar el costo de las medicinas puede ser visto como una violación de derechos humanos (UN Doc. GA 72/137, párr. 33). Cuestiones relacionadas con esto tratan sobre cómo la corrupción puede afectar a los derechos de propiedad e inversión de los adjudicatarios. La evaluación variará dependiendo de si el adjudicatario ha ganado la licitación mediante la corrupción o si su inversión ha sido alterada por actos corruptos posteriores por parte del Estado. Estas cuestiones serán abordadas en la sección 3.C.

En el proceso político, los votantes se ven afectados de manera adversa por la dependencia financiera de los candidatos a los grandes contribuyentes, si los candidatos están políticamente en deuda con tales contribuyentes después de la elección y si los votantes desconocen de tales intereses personales. En general, estos ejemplos demuestran que los derechos humanos de diversos tipos de personas, en múltiples entornos sociales, pueden verse afectados por la corrupción. La pregunta crucial entonces es si las personas afectadas directa o indirectamente por la corrupción pueden ser suficientemente individualizadas para calificarlas como "víctimas". Esta pregunta no puede responderse en abstracto, sino que debe ser examinada en cada escenario concreto.

C. ¿Cuáles derechos humanos?

La siguiente pregunta es ¿cuáles derechos humanos están implicados? Esta pregunta es importante, ya que la idea no es propagar un (nuevo) derecho humano a una sociedad libre de corrupción (véanse Kofele-Kale, 2000; Spalding, 2014).

Un derecho de este tipo no está reconocido por la práctica jurídica ni existe necesidad de ello. Más bien, la corrupción afecta los derechos humanos ya reconocidos internacionalmente tal y como están codificados en los Pactos de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). En la práctica, los derechos sociales son los que resultan más afectados, especialmente por la corrupción menor. Por ejemplo, la corrupción en el sector de la salud afecta el derecho de cada persona a recibir el más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o PIDESC); en el sector educativo, el derecho a la educación (artículo 13 del PIDESC, 1966, 993 UNTS 3) está en juego.

Sin embargo, los derechos humanos liberales también pueden ser socavados por la corrupción; si un preso tiene que darle algo al guardia a cambio de una manta o mejor comida, entonces el derecho básico del prisionero a tener condiciones humanas de detención (artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en adelante PIDCP) se ve afectado.¹⁴ Si –como tienden a pensar la mayoría de los observadores– el actual aumento del tráfico de personas se hace posible y se ve facilitado principalmente por la corrupción que induce a la policía y a los guardias fronterizos a mirar hacia otro lado, esto afecta al derecho humano a la protección contra la esclavitud y la servidumbre (artículo 8 del PIDCP).¹⁵ Obviamente, la corrupción en la administración de justicia hace peligrar los derechos básicos a la protección judicial, incluido el derecho a un juicio justo sin demoras indebidas (artículo 14 del PIDCP).¹⁶ También pueden

¹⁴ Para una recomendación sobre la corrupción en prisiones que afecta los derechos de los presos, véase ONU, Doc. CCPR/C/KHM/CO/2, párr. 14. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 1966, 999 UNTS 171.

¹⁵ Véase TEDH, caso *Rantsev vs. Cyprus and Russia*, 25965/04, sentencia del 7 de enero de 2010: La hija del demandante se había mudado de Rusia a Chipre para trabajar en un cabaret como "artista", y falleció allí en circunstancias misteriosas. El Tribunal consideró que hubo una violación al derecho a la vida (art. 2 CEDH) en su vertiente procedimental. El Tribunal explícitamente afirmó que "las autoridades se encontraban en la obligación de investigar si se encontraba algún indicio de corrupción en el seno de las fuerzas policiales con relación a los hechos que llevaron a la señorita Rantseva a la muerte" (párr. 238, énfasis añadido).

¹⁶ Sobre la corrupción en el Poder Judicial, véase el Informe sobre la Rendición de Cuentas de G. Knaul, Relator Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados (UN Doc. A/HRC/26/32, 28 de abril de 2014); y Comisión Internacional de Juristas (2016). Para observaciones finales sobre el tema recientes, véase Comité de Derechos Humanos, Benin, Doc. CCPR/C/BEN/CO/2, 23 de noviembre de 2015, párrs 28-29; Comité de Derechos Humanos, Costa de Marfil, Doc. CCPR/C/CIV/CO/1, 28 de abril de 2015, párr. 20;

verse afectados el derecho humano a asociarse y el derecho (laboral) a organizarse (artículo 22 del PIDCP y las Convenciones relevantes de la Organización Internacional del Trabajo [OIT]) por los sobornos ofrecidos por parte de la industria a los funcionarios de un ministerio de trabajo a fin de facilitar la renuncia de un líder sindical, como se señaló en una demanda laboral en Indonesia.¹⁷ No obstante, en otros casos de gran corrupción y de soborno de funcionarios públicos extranjeros, las implicaciones para los derechos humanos –como el efecto del nepotismo sobre el derecho al acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad (artículo 25.c del PIDCP)– son menos claras.

D. ¿Violaciones?

La siguiente interrogante es si tiene sentido hablar de violaciones de derechos humanos. Sólo un par de informes y declaraciones gubernamentales lo hacen.¹⁸ En la práctica predominante de las Naciones Unidas sólo se utiliza un vocabulario más débil para hacer la conexión, tanto en los documentos estratégicos –los nuevos informes del Consejo de Derechos Humanos– como en la práctica específica de supervisión por parte de los cuerpos creados en virtud de tratados

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Italia, Doc. E/C.12/ITA/CO/5, 28 de octubre de 2015, párrs. 10-11; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Liberia, Doc. CEDAW/C/CO/17-8, 24 de noviembre de 2015, párrs. 15-16; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Madagascar, Doc. CEDAW/C/MDG/CO/6-7, 24 de noviembre de 2015, párrs. 8-10.

¹⁷ El Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) solicitó tanto al querellante como al gobierno la presentación de mayores clarificaciones sobre el alegato de soborno. Comité de Libertad Sindical de la OIT, Caso núm. 2116, *La Unión Internacional de Trabajadores de la Alimentación, Agrícolas, Hoteles, Restaurantes, Tabaco y Afines (UITA) vs. Indonesia*, Informe Provisional del 23 de febrero de 2001, párrs. 359 y 362 lit. d).

¹⁸ Para una determinación de "violaciones", véase la declaración de Kofi Annan, Secretario General de las Naciones Unidas: "La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el Estado de derecho, *da pie a violaciones* de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana" (ONU, CNUCC, 2004) (énfasis añadido). En los Informes de la Relatora Especial, Christy Mbonu: "la corrupción, ya sea sistémica, endémica o leve, *impide* a los ciudadanos disfrutar de todos los derechos recogidos en los instrumentos internacionales." (UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2004/23, párr. 57) (énfasis añadido); "Se *viola* un derecho fundamental si, aprovechando la pobreza, los partidos políticos compran votos e impiden con ello al electorado votar por los mejores candidatos." (UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/18, párr. 24) (énfasis añadido). Consejo de Derechos Humanos, Mejores Prácticas, declaración de Bahréin, párr. 15; declaración de Estonia, párr. 25; declaración de Georgia, párr. 31; declaración de Mauritius, párr. 50; y declaración de Rumania, párr. 66.

y el Consejo de Derechos Humanos derivado de la Carta de la ONU, ya sea por países, por temas o casos individuales.¹⁹

Típica del enfoque predominante es una sentencia de 2010 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (CEDEAO o ECOWAS por sus siglas en inglés), en un procedimiento instituido por una ONG respecto de la corrupción en el sector educativo de Nigeria. El Tribunal señaló que la corrupción en el sector educativo tiene un "impacto negativo" sobre el derecho humano a una educación de calidad, tal como se garantiza en el artículo 17 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, pero no constituye *per se* una violación de ese derecho.²⁰ El Tribunal consideró que la corrupción es, en primer lugar, un asunto de derecho penal y civil doméstico, pero no del derecho internacional de los derechos humanos, por tanto compete a los tribunales domésticos lidiar con ello. La Corte estimó que (al menos a primera vista) la corrupción no entra en la jurisdicción del tribunal regional de derechos humanos de la CEDEAO (SERAP, párrs. 20-21, 24).

En cambio, los tribunales nacionales que le han dado forma de manera significativa a los contornos legales de los derechos humanos sociales –concretamente, las cortes constitucionales de la India y Sudáfrica– tienden a afirmar, y no tanto a explicar debidamente, qué y cómo la corrupción viola los derechos humanos. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Sudáfrica sostuvo que la "[c]orrupción y la mala administración son inconsistentes con el imperio de la ley y los valores fundamentales de nuestra Constitución. Éstos menoscaban el compromiso constitucional hacia la dignidad humana, el logro de la igualdad y el avance de los derechos humanos y las libertades".²¹ En una sentencia de

¹⁹ Véase más arriba las notas 5-10 junto al texto que las acompaña [en el original del 6 al 11].

²⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad CEDEAO, *The Registered Trustees of the Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) vs. the Federal Republic of Nigeria and Universal Basic Education Commission*, 30 de noviembre de 2010 (ECW/CCJ/JUD/07/10), párrs. 19, 28. Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos 1981, 1520 UNTS 217.

²¹ Corte Constitucional de Sudáfrica, *South African Association of Personal Injury Lawyers vs. Health and Others*, 28 de noviembre de 2000 (CCT 27/00) [2000] ZACC 22, párr. 4. Véase también Corte Constitucional de Sudáfrica, *Caso Hugh Glenister vs. President of the Republic of South Africa and others*, 17 de marzo de 2011 (CCT 48/10) [2011] ZACC 6, párr. 176: "La corrupción endémica amenaza el mandato de que el gobierno

2012, la Corte Suprema de la India sostuvo que la "[c]orrupción [...] menoscaba los derechos humanos, violándolos indirectamente", y que "la corrupción sistemática es una violación de los derechos humanos en sí misma" (No. 1648, 602, párr. 14). Desde un punto de vista jurídico, es crucial si una situación es calificada como algo que meramente 'menoscaba' los derechos humanos –por ejemplo, en un informe general de supervisión– o bien, si ello constituye una verdadera violación de los derechos que pudiera ser declarada ilegal en procesos individualizados de ejecución (véase más adelante la sección 4).

E. ¿Qué obligaciones estatales?

A fin de determinar si hay o no una violación de derechos humanos mediante acciones de corrupción estatal, debemos examinar tres clases de obligaciones –a saber, las obligaciones de respetar, proteger y cumplir con los derechos humanos. La obligación de respetar es esencialmente una obligación negativa de abstenerse de incumplir. La obligación de proteger se refiere principalmente a la protección contra peligros que surgen de terceros. La obligación de cumplir requiere una acción positiva por parte del Estado. A su vez, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) divide esta obligación en las tres subcategorías de facilitar, otorgar y promover.²²

A continuación, debemos precisar exactamente a qué actor están dirigidas las obligaciones. Debemos distinguir dos puntos de contacto en este sentido: primero, la conducta corrupta específica de un funcionario individual que se le atribuye al Estado debido al estatus del funcionario; y segundo, la política anticorrupción general del Estado en su conjunto, en calidad de persona jurídica internacional.

debe ser responsable, receptivo y abierto" y "Es indiscutible que la corrupción socava los derechos de la Carta de Derechos y pone en peligro la democracia" (párr. 177) [traducción no oficial].

²² Esta triple división fue introducida por el CDESC en la Observación General No. 14: "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12)" (2000), párr. 37. [N. T.] En la versión en inglés de la Observación General No. 14 del CDESC existen tres subcategorías de la obligación de cumplir (*fulfil [facilitate], fulfil [provide], fulfil [promote]*); sin embargo, en su traducción oficial al español, sólo se observan dos de esas subcategorías (*cumplir [facilitar] [...]cumplir [promover]*). Para efectos de este artículo, se decidió traducir *fulfil [provide]* por *cumplir [otorgar]*, con lo que se mantiene la distinción original de tres subcategorías.

Un acto corrupto por parte de un funcionario individual puede potencialmente violar, dependiendo del contexto y del derecho humano en cuestión, cada una de las dimensiones mencionadas de la obligación. Si, por ejemplo, en el contexto de la implementación de un plan de uso de la tierra, un funcionario evacua a la fuerza a la gente que no pague un soborno, entonces esto puede violar el derecho a la vivienda (artículo 11 del PIDESC) en la dimensión negativa de la obligación de respetar. En ese mismo tenor, si el empleado de una oficina de registro se niega a entregar un pasaporte sin el soborno adicional, entonces el derecho a dejar el país (artículo 12.2 del PIDCP) puede ser violado en la dimensión positiva de la obligación estatal de facilitar.

1. *Obligaciones estatales de proteger*

En la siguiente discusión me centraré en el nivel macro (en el Estado en general, no en funcionarios individuales). ¿Cómo debería calificarse la ausencia de medidas anticorrupción efectivas? La deficiente implementación, aplicación y ejecución de medidas anticorrupción efectivas constituye esencialmente una omisión por parte del Estado. Dado que los derechos humanos dan lugar a las referidas obligaciones de actuar, las omisiones pueden constituir una violación de derechos humanos.²³ Al mismo tiempo, las medidas anticorrupción efectivas pueden considerarse una vía para cumplir con una de las tres facetas de la obligación positiva de cumplir (facilitar, otorgar y promover).

Empero, las obligaciones de *proteger* los derechos humanos parecen ser más relevantes que las obligaciones de cumplir. En principio, tales obligaciones de proteger están dirigidas a las tres ramas de gobierno. Obligan al Poder Legisla-

²³ Para los derechos humanos sociales, véase Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Directrices de Maastricht, 1997), reimpresas en *Human Rights Quarterly* 20 (1998), 691-704, párr. 11. Sobre el derecho a la educación véase, por ejemplo CDESC, Observación General No. 13, El Derecho a la Educación (art. 13) (1999), párr. 58. Véase también la primera comunicación bajo el rubro del procedimiento de denuncias individuales: CDESC, *I.D.G. v. España*, Comunicación 2/2014, 17 de junio de 2015, párr. 12.4 (la notificación inadecuada por parte del Estado de la ejecución inminente de una demanda por hipoteca (por tanto, una omisión) implica una violación del derecho a la vivienda, tal y como se garantiza en el artículo 11.1 del PIDESC).

tivo a promulgar leyes efectivas; al Poder Ejecutivo a asumir medidas administrativas efectivas; y al Poder Judicial a involucrarse con procesamientos jurídicos efectivos. La jurisprudencia de los órganos internacionales no responde claramente a la interrogante de si las obligaciones de proteger –especialmente las obligaciones de reformar leyes internas para cerrar brechas jurídicas o de llevar a cabo procedimientos judiciales– se reflejan en derechos individuales de las víctimas (Peters, 2016, pp. 267-269).²⁴ La obligación de proteger fue desarrollada con relación a los peligros que surgen de terceros, tales como los operadores económicos. La obligación de proteger es, por tanto, adecuada para otorgar apoyo adicional, basado en los derechos humanos, a la criminalización del cohecho, exigida por la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE.²⁵ Las obligaciones del Estado de proteger respecto de las actividades las corporaciones transnacionales, con base en los derechos humanos, se exponen en el *soft law* de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU del 2011.²⁶

La obligación de proteger en virtud de las normas de derechos humanos no sólo exige que el Estado proteja a los individuos frente a los actos de otras personas privadas, sino que también reduce los riesgos estructurales para los derechos humanos en los que están involucrados los propios funcionarios del Estado. Por ejemplo, en el caso de violencia policial contraria a los derechos humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) exige que el Estado investigue y procese a los responsables luego de tales incidentes.²⁷ La corrupción galopante

²⁴ En el área de derechos sociales no ha sido necesario distinguir entre los deberes "objetivos" del estado y los derechos "subjetivos" a la acción estatal, hasta la entrada en vigor del Protocolo Facultativo del PIDESC, que prevé comunicaciones individuales, ya que los derechos sociales hasta ese momento no eran (cuasi-) justiciables (en casos individuales).

²⁵ El cohecho de un servidor público extranjero es el soborno de funcionarios públicos extranjeros por parte de una empresa sujeta a la jurisdicción de un Estado parte de la Convención para Combatir el Cohecho, en los arts. 1 y 4.

²⁶ Principios Rectores de la ONU sobre los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales, UN Doc. A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011; adoptados por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU el 6 de julio de 2011, UN Doc. A/HRC/RES/17/4.

²⁷ TEDH, *Caso McCann y otros vs. Reino Unido*, sentencia del 27 de septiembre de 1995, App. No. 18984/91, párrs. 157 y ss.; TEDH, *Caso Silih vs. Slovenia*, sentencia del 9 de abril de 2009, App. No. 71463/01,

constituye un peligro estructural permanente para muchos derechos humanos de las personas sometidas al poder de los funcionarios. Por ello, en casos que involucran la inacción plena del Estado o medidas anticorrupción evidentemente deficientes, el Estado es responsable, de acuerdo con el derecho internacional, por la omisión de cumplir con sus obligaciones de prevenir y proteger.²⁸

El reconocimiento de las obligaciones derivadas de los derechos humanos fortalecería significativamente las obligaciones preventivas específicas en virtud de la normativa anticorrupción. El Capítulo II de la CNUCC exige que los Estados parte adopten una serie de medidas preventivas, que van desde el establecimiento de un cuerpo anticorrupción y la reorganización del servicio público, hasta la promulgación de códigos de conducta para funcionarios públicos, la reorganización de las adquisiciones públicas y la prevención del lavado de dinero. Desde la perspectiva del derecho internacional general, éstas son obligaciones de prevención. Dado que la formulación de las obligaciones de la CNUCC es más bien indicativa, es casi imposible atribuir responsabilidad internacional a un Estado parte si omite el cumplimiento de sus obligaciones o lo hace de manera insuficiente. Sin embargo, si interpretamos las obligaciones de la CNUCC de acuerdo con el derecho relativo a los derechos humanos (artículo 31.3.c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [CVDT] 1969, 1155 UNTS 331), resulta evidente que las medidas aquí mencionadas deben, de hecho, tomarse de una manera efectiva para cumplir con las obligaciones de proteger y cumplir (incluida la prevención) sobre la base jurídica de los derechos humanos.²⁹

párrs. 192 y ss.; sobre la obligación de instaurar procesos penales: TEDH, Caso *Maiorano y otros vs. Italia*, Sentencia del 15 de diciembre de 2009, App. No. 28634/06, párr. 128.

²⁸ Corte Constitucional de Sudáfrica CCT 48/10 [2011] ZACC 6, párr. 177: "Por tanto, la obligación del Estado de "respetar, proteger, promover y cumplir" los derechos de la Carta de Derechos, inevitablemente, en el Estado moderno, crea el deber de crear mecanismos eficientes contra la corrupción." [traducción no oficial]. En la literatura, véase Sepúlveda y Bacio Terracino (en Boersma y Nelen, 2010, p. 27).

²⁹ En el caso de la Corte CEDEAO de *Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) vs. Federal Republic of Nigeria* (sentencia del 14 de diciembre de 2012, párr. 32): "La obligación que se exige al Estado para satisfacer esos derechos es el ejercicio de su autoridad para *impedir* que entidades poderosas impidan que los más vulnerables disfruten del derecho que se les ha concedido" (énfasis añadido); el tema en cuestión era la violación de los derechos humanos sociales por parte de compañías de prospección petrolífera.

2. Obligaciones procedimentales e independientes del resultado

Al atravesar las tres dimensiones de las obligaciones de derechos humanos, las obligaciones procedimentales surgen de todos los tipos de derechos humanos. En la jurisprudencia del TEDH, éstas constituyen la "rama procedimental" de los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Dentro del ámbito de los derechos humanos sociales, se hace referencia a las mismas como "requerimientos procesales".³⁰ Aquí, una de sus funciones es operar como indicador para el cumplimiento de la obligación progresiva de implementación, la cual es muy difícil de medir. Los elementos procedimentales también son centrales para combatir la corrupción. Los requerimientos procesales más relevantes de los derechos humanos muy probablemente incluyen obligaciones de planificación³¹ y de supervisión.³² Las obligaciones de transparencia son especialmente importantes. No es coincidencia que la ONG anticorrupción más conocida en el mundo se denomine "Transparencia Internacional". La transparencia es además un principio fundamental de la CNUCC.³³ Por consiguiente, las obligaciones procesales derivadas de la CNUCC, especialmente los requerimientos de divulgación y publicación que pueden ser un medio efectivo para reducir la corrupción, se basan igualmente en los derechos humanos.³⁴ En esa perspectiva, la no satisfacción de estas obligaciones constituye al mismo tiempo una violación de los derechos humanos respectivos. Una pregunta complementaria es si un Estado corrupto viola sus obligaciones de protección y sus

³⁰ Respecto de la determinación sobre si se utilizó "el máximo de los recursos disponibles", véase Alston y Quinn (1987, p. 180).

³¹ Véase CDESC, Observación General No. 1, Informes de los Estados Partes (1989), párr. 4; Corte Constitucional de Sudáfrica, Caso *Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others* (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169 (4 de octubre de 2000), párrs. 39 y ss. sobre un "programa estatal de vivienda coordinado".

³² Véase CDESC, Observación General No. 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (art. 2, párr. 1) (1990), párr. 11; Directrices de Maastricht (1990, párr. 15.f).

³³ Véase, por ejemplo, los artículos 5, 7, 9, 10, 12, 13 del CNUCC. Véase también *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales* (2011), sección VII: Lucha contra la corrupción, las peticiones de soborno y otras formas de extorsión, párr. 5: "mejorar la transparencia en sus actividades de lucha contra la corrupción, el soborno y otras formas de extorsión".

³⁴ Véase, por ejemplo, CDESC, Observación General No. 12, *El Derecho a una alimentación adecuada* (art. 11) (1999), párr. 23 (sobre la transparencia como principio rector para la formulación de estrategias nacionales respecto del derecho a la alimentación).

obligaciones procesales sólo cuando y si, de hecho, se cometen (o se continúan cometiendo) actos individuales de corrupción. En el contexto de las obligaciones internacionales de prevención, la obligación primaria específica determina en principio si "prevenir" significa que el Estado debe en realidad evitar el resultado indeseable, o bien, si el Estado está meramente obligado a emplear todos los medios razonables y apropiados, en el sentido de una obligación de diligencia debida que es independiente del resultado (Crawford, 2013, p. 227).

Conforme a los derechos humanos anteriormente mencionados, las obligaciones anticorrupción se entienden como obligaciones de diligencia debida independientes del resultado. Esto se corresponde con el derecho general de los derechos humanos³⁵ y establece un paralelismo con el derecho penal. El cohecho y otros delitos que resumimos bajo el paraguas de la corrupción son, en términos generales, "delitos de peligro". Esto significa que se criminaliza la conducta que pone en peligro los intereses jurídicamente protegidos, incluso si dicha conducta no produce una consecuencia perjudicial específica. Esto es apropiado para el bien jurídico que tradicionalmente era el único que resultaba protegido por la criminalización de la corrupción, concretamente la integridad del servicio público, ya que es generalmente imposible determinar si realmente ha ocurrido un daño tangible. Si el cohecho de un servidor público no implica que al sobornador se le dé una cita médica con mayor rapidez que si se hiciera sin el soborno, o si el sobornador no recibiese un permiso de construcción que exceda la discrecionalidad normal del funcionario, entonces los sobornos serían, en un sentido no técnico, "infructuosos". No obstante, la confianza en el servicio público ha sido socavada y, por ello, el acuerdo ilegal debería sancionarse como cohecho. En los tribunales se hace referencia a este fundamento como sigue: "No sólo debe hacerse justicia, sino que debe parecer que se hace de manera manifiesta e indudable".³⁶ Esta situación es diferente al caso de la obligación de

³⁵ Véase, fundamentalmente, sobre las obligaciones de debida diligencia estatal como parte de la obligación general del Estado de proteger los derechos humanos, Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia del 4 de julio de 1988, Series C No. 4, párr. 172.

³⁶ El caso *The King vs. Sussex Justices, ex parte McCarthy*, 1 KB 256-260, p. 259 (9 de noviembre de 1923); citado sin fuente en TEDH, *Caso Delcourt vs. Bélgica*, App. No. 2689/65, 17 de enero de 1970, párr. 31.

prevenir el genocidio, por ejemplo. En ese caso, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sostuvo que "se puede responsabilizar a un Estado por violar la obligación de prevenir el genocidio sólo si éste realmente fue cometido".³⁷ Esta diferencia en la evaluación se justifica porque, a diferencia de los delitos de peligro, el genocidio es un delito de resultado en términos del derecho penal.

Por el contrario, la obligación (también de acuerdo con los derechos humanos) de combatir la corrupción, como se señala por ejemplo en la CNUCC, no requiere que los Estados detengan la corrupción en su totalidad. La satisfacción de tal obligación "negativa" de resultado (y la medición de dicho resultado) sería imposible, dado que el logro de un bajo nivel de corrupción sistemática no constituye un éxito que ocurre de una sola vez. En cambio, es fácil determinar, por ejemplo, que no se ha cometido un genocidio. Por consiguiente, esto significa que un Estado ya viola sus obligaciones preventivas y otras obligaciones procesales impuestas tanto por el derecho anticorrupción como por el de los derechos humanos cuando no actúa, aun si el nivel general de corrupción es bajo, a pesar de la falta de rigor del Estado. Por el contrario, se libera de responsabilidad internacional al Estado si toma medidas de protección razonables, aun cuando el Estado no esté completamente "limpio".

F La corrupción como una violación de las obligaciones fundamentales expresadas en el artículo 2.1 del PIDESC

En ciertas circunstancias, la corrupción (tanto la menor como la gran corrupción) debe considerarse particularmente una violación del PIDESC. Como se mencionó anteriormente, la corrupción –por ejemplo, en las fuerzas policiales y el Poder Judicial– también afecta a los derechos humanos consagrados en el PIDCP. Sin embargo, esta sección se concentra en el PIDESC porque la determinación jurídica de la violación de este Pacto es particularmente desafiante. El artículo 2.1 del PIDESC, el cual establece las obligaciones fundamentales

³⁷ CIJ, *Caso Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, sentencia del 26 de febrero de 2007, ICJ Reports (2007) 43, párr. 431.

de los Estados partes, contiene cuatro componentes que están sujetos a supervisión por el órgano del tratado, el CDESC. Cada componente es un punto de partida para las obligaciones específicas del Estado, incluidas las del campo de la anticorrupción. Cada una de estas obligaciones puede tornarse difícil o imposible de cumplir en las circunstancias de la gran corrupción o la corrupción menor.

El primer elemento –la obligación central– es "adoptar medidas". Tales medidas, según el CDESC, deben ser "deliberadas, concretas y orientadas" (Observación General No. 3, párr. 2). Es fácil ver que los pasos a tomar deben incluir la eliminación de obstáculos a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Dado que la corrupción constituye uno de estos obstáculos, el PIDESC requiere en principio que los Estados adopten medidas anticorrupción (véase Boersma, 2012, pp. 229-230). En sus lineamientos para el informe nacional, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA/Ser.L/V/II.132, Doc. 14, 19 de julio de 2008, 24) considera que la ratificación de la Convención Interamericana contra la Corrupción y la existencia, facultades y presupuesto de una autoridad anticorrupción nacional, son indicadores estructurales para los informes nacionales sobre el progreso (1996, 35 ILM 724 (1996)).

El segundo componente de la obligación de implementación establecido en el artículo 2 del PIDESC es que el Estado parte debe adoptar estas medidas "para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos". Este componente obliga a las partes a otorgar cierta prioridad a la asignación de recursos para la realización de los derechos humanos.³⁸ La malversación de fondos públicos en el más alto nivel viola esta obligación porque, en tales casos, se le da prioridad al financiamiento del estándar de vida de funcionarios públicos de alto nivel por encima de la realización de los derechos humanos sociales (Boersma, 2012, p. 233).

³⁸ Véanse los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1986), reimprimos en 9 *HRQ* (1987) 122, párr. 28; CDESC, Observación General No. 12, párr. 17; CDESC, Observación General No. 14, párr. 47. En la literatura, véase Sepúlveda, (2003, pp. 332-335).

El tercer elemento consiste en agotar todas las posibilidades que tiene el Estado a su disposición ("hasta el máximo de sus recursos disponibles"). Primeramente, el propio Estado parte define cuáles recursos están disponibles y cuál es el máximo de éstos. Sin embargo, de acuerdo con los Principios de Limburgo (párr. 27), el CDESC puede considerar el "uso equitativo y efectivo de [...] los recursos disponibles" cuando determine si el Estado parte ha adoptado las medidas apropiadas. Asimismo, el componente da lugar a una prohibición contra el desvío de recursos asignados originalmente para propósitos sociales (Sepúlveda, 2003, p. 315). En efecto, mediante la malversación de fondos y las medidas insuficientes contra la misma, se desvían fondos de los presupuestos sociales y, por tanto, constituyen un incumplimiento de esta obligación estatal.³⁹ La corrupción, además, reduce la capacidad de los gobiernos de generar un máximo de recursos, incluyendo aquellos generados a partir de la cooperación internacional, al hacer a los países menos atractivos para los donantes y para la inversión (ONU, UN Doc. GA 72/137, párr. 25). En sus observaciones finales sobre los Estados individuales, los distintos órganos de derechos humanos se refieren regularmente al círculo de retroalimentación entre luchar contra la corrupción y dedicar suficientes recursos a la protección de los derechos humanos.⁴⁰

De hecho, la gran corrupción priva al Estado de recursos de una manera "inequitativa". Esto resulta evidente cuando los fondos son malversados directamente del presupuesto del gobierno. También ocurre en el caso de proyectos de infraestructura excesivos o "elefantes blancos" y en la compra exagerada de equipamiento militar. Cuando se desarrollan edificios, carreteras, aeropuertos, etc., de una calidad inferior, los fondos presupuestados para los materiales de construcción pueden ser desviados fácilmente por empleados de alto nivel de los adjudicatarios del gobierno. Del mismo modo, la corrupción menor priva indirectamente al Estado de recursos, en tanto tiende a desalentar el cumplimiento

³⁹ ONU, UN Doc. GA 72/137, párr. 25; CDESC, Observación General no. 24, párr. 20.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero a quinto combinados en Nepal, Doc. CRC/C/NPL/CO/3-5, 8 de julio de 2016, párrs. 12 y 13(b); ONU, Comité de Derechos Humanos, Concluding Observations on the Second Periodic Report of Benin, Doc. CCPR/C/BEN/CO/2, 23 de noviembre de 2015, párr. 29: "Por último, debe proporcionar los medios suficientes para que el Poder Judicial funcione a un nivel óptimo, y al mismo tiempo combatir firmemente la corrupción".

de los pagos de impuestos (UN Doc. GA 72/137, párr. 25). Las personas afectadas no ven por qué deben pagar al gobierno dos veces –una vez a través de impuestos y otra vez directamente a funcionarios gubernamentales corruptos–. Incluso, la sola apropiación de un presupuesto inflado para el trabajo de relaciones públicas del gobierno puede ser inequitativo si los miembros del Parlamento que lo aprueban saben que el renglón del presupuesto se está utilizando para desviar fondos, típicamente por medio de la aceptación de facturas infladas de compañías consultoras pagadas por agencias del gobierno, mientras los consultores transfieren el dinero nuevamente a las cuentas privadas de funcionarios del ministerio (comisiones ilegales, *kickbacks*). Debe decidirse, caso por caso, cuándo ha sido violada la obligación de utilizar todos los recursos disponibles, conforme a lo establecido en el artículo 2.1 del PIDESC.

El cuarto componente de la obligación fundamental establecida en el PIDESC es emplear "todos los medios apropiados", a la cual regresaré más adelante en la sección 2.J. Cuando el Estado parte no cumple con ninguna de estas obligaciones,⁴¹ no está cumpliendo con el Pacto. En el análisis final, el CDESC podría, *lege artis* y como una forma de continuar su propia práctica y aquella de los Estados partes, utilizar los procedimientos de supervisión existentes para determinar con plena autoridad que, un Estado que adopta una política anticorrupción evidentemente deficiente frente a la corrupción galopante viola su obligación fundamental establecida en el PIDESC.

G. La corrupción como discriminación bajo el artículo 29(2) del PIDESC y el artículo 2(1) del PIDCP

Algunos tipos de corrupción pueden considerarse discriminación.⁴² La discriminación en el sentido estricto de la palabra es distinta al trato desigual en

⁴¹ La difícil interrogante sobre el grado de precisión con el que el CDESC llega a esta determinación no puede ser abordada aquí en detalle.

⁴² CDESC, E/C.12/GC/24, párr. 20: "La corrupción [...] provoca *discriminación en el acceso* a los servicios públicos en favor de quienes pueden influir en las autoridades, por ejemplo, mediante sobornos o recurriendo a la presión política." (énfasis añadido). Asimismo, el Consejo de Derechos Humanos resumió las declaraciones de los Estados participantes destacando que "la corrupción podía conducir a la discriminación

el sentido del artículo 26 del PIDCP. Este último básicamente prohíbe sólo la arbitrariedad, y sus efectos se ven obstaculizados por varias reservas de los Estados partes. En general, la garantía autónoma de trato igualitario del artículo 26 no parece ofrecer un arma jurídica contra la corrupción. Las prohibiciones de discriminación (por ejemplo, en virtud del artículo 2(2) del PIDESC y el artículo 2(1) del PIDCP y en virtud de varias normas europeas) determinan "que aquellas personas que se encuentran en condiciones similares deberían recibir un trato similar y no ser tratadas de manera menos favorable simplemente por una característica particular 'protegida' que posean (discriminación 'directa')". Segundo, en algunas situaciones, el trato basado en una regla aparentemente neutral también puede equivaler a una discriminación si pone en desventaja a una persona o grupo de personas como resultado de sus características particulares (discriminación 'indirecta')" (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, 2018, p. 42). En el contexto de la corrupción, la discriminación indirecta es particularmente relevante, y este tipo de discriminación está prohibida por los instrumentos universales de derechos humanos.⁴³ Por último, la discriminación también puede surgir a raíz de una omisión,⁴⁴ lo cual en ocasiones se denomina "discriminación pasiva". Este tipo de discriminación también parece ser especialmente relevante en el contexto de la corrupción.

Es importante notar que, las prohibiciones adicionales de discriminación contenidas en los Pactos de la ONU resultan aplicables sólo en conexión con el ejercicio o disfrute de un derecho consagrado en dichos Pactos (artículo 2(1) del PIDESC y artículo 2(1) del PIDCP). Por este motivo, la corrupción que afecta a los derechos sociales y la corrupción relacionada con los derechos de los competidores en el ámbito de la contratación pública nunca podrán ser capturadas

y violaba el principio de igualdad". Consejo de Derechos Humanos, Mejores Prácticas, párr. 129. Para pronunciamientos gubernamentales explícitos en este sentido, véase OIE, Declaración de Bahrein, párr. 15; ONU, CCPR/C/TKM/Q/1/Add.1, párr. 88. En la literatura, Kumar (2011, pp. 36, 46-47).

⁴³ Véase para el PIDESC, Observación General No. 20, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 8; véase asimismo CDESC, Observación General No. 13, párr. 59; CDESC, Observación General No. 14, párr. 50.

⁴⁴ Sobre la prohibición de discriminación establecida en el PIDESC, véase CDESC, Observación General No. 20, E/C.12/GC/20, párr. 14.

bajo las cláusulas adicionales de no discriminación del PIDCP, ya que estos derechos no están consagrados en el propio PIDCP, por lo que la garantía adicional de no discriminación de este pacto (artículo 2(2)) no es aplicable en estos contextos.⁴⁵

La discriminación bajo el artículo 2(2) del PIDESC y el artículo 2(1) del PIDCP entra en juego sólo si ésta implica un trato desigual sobre la base de una característica "protegida" en particular. Ambos pactos de derechos humanos prohíben la discriminación basada en "otra condición social". La imposibilidad o falta de voluntad para pagar un soborno puede ser considerada como "otra condición social". Aunque tradicionalmente la pobreza no ha sido considerada una categoría tan sospechosa como el género o la raza. El CDESC sostuvo en su Comentario General No. 20 sobre no discriminación que las personas no deben ser "tratadas arbitrariamente con base en su pertenencia a cierto grupo social o económico" (CDESC, E/C.12/GC/20, párr. 35). En consecuencia, dicho comité ha reconocido la imposibilidad de pagar como un criterio que merece especial protección, aunque el escrutinio que se justifica en este contexto debería ser menos exigente que en los casos de discriminación racial o por razones de género. Las distinciones basadas en la falta de voluntad o imposibilidad de pagar, o los impactos negativos sobre las personas económicamente desfavorecidas no constituyen automáticamente una discriminación directa o indirecta, sino únicamente cuando la política estatal correspondiente carece de un objetivo legítimo o es desproporcionada para alcanzar dicho objetivo.

Por ejemplo, en las campañas electorales para elecciones democráticas, la prosperidad económica de los candidatos puede desempeñar un papel indebido si la legislación del Estado no regula las campañas electorales de manera adecuada. En Tanzania, una ley electoral permitía la *takrima* o reparto de ciertos refrigerios y regalos a los votantes por parte de los candidatos a cargos públicos. El Tribunal Superior de Tanzania determinó que las disposiciones legales que per-

⁴⁵ Además, la garantía general de trato igualitario tampoco protege de la corrupción a los competidores, como se mencionó.

mitían la *takrima* eran "discriminatorias entre los candidatos con altos ingresos y los candidatos con bajos ingresos".⁴⁶ La Corte Superior estableció que la ley violaba los derechos al trato igualitario y a la no discriminación respecto a la participación política (artículos 7 y 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), incorporados en la Constitución de Tanzania.⁴⁷

La solicitud o aceptación de sobornos menores también puede ser discriminatoria. Un potencial aceptante de sobornos en el sector público probablemente evaluaría la capacidad y la voluntad de la víctima para pagar el soborno y ajustaría su solicitud y la cantidad solicitada en consonancia. La distinción que opera en este caso –la capacidad y voluntad de pagar de su objetivo– es en sí misma ilícita y arbitraria. Además, la evaluación del funcionario a menudo se basa en la situación patrimonial de la víctima o en su pertenencia a un grupo social. Las personas que pertenecen a ciertos grupos pueden ser consideradas por el aceptante de sobornos como personas mejor capacitadas para satisfacer una solicitud (más alta) de soborno. Por tanto, las personas son tratadas en forma distinta sin una justificación razonable. En consecuencia, si una persona no tiene la capacidad o la voluntad de pagar un soborno –por ejemplo, para pasar un control policial o para recibir su pasaporte– y se le impide por ello continuar con su viaje o salir del país, y si el Estado no toma medidas para combatir la corrupción de los funcionarios implicados, entonces tanto la acción del aceptante de sobornos como la pasividad del Estado tienen un impacto negativo desproporcionado en las personas que no cuentan con medios económicos. En estos casos, no sólo son restringidas las libertades civiles de las personas. Debido a la ausencia de una base jurídica y de un objetivo legítimo en la solicitud de un pago, estas personas también están siendo discriminadas en relación con su derecho a circular libremente o salir del país. Considero que esta evaluación jurídica captura el sentido social de la corrupción, tal y como lo expresó el entonces secretario general de la ONU, Kofi Annan, en el prefacio

⁴⁶ Tribunal Superior de Tanzania, Caso Civil núm. 77, *Legal and Human Rights Centre and Others vs. Attorney General*, [2006] TZHC 1 (24 de abril de 2006), pp. 28, 29.

⁴⁷ Tribunal Superior de Tanzania, Caso Civil núm. 77, p. 39. Declaración Universal de los Derechos Humanos, AG Res. 217, 10 de diciembre de 1948.

de la CNUCC, cuando afirmó que "la corrupción afecta infinitamente más a los pobres" y promueve "la desigualdad" (ONU, CNUCC, 2004).

H. Causalidad

Un problema clave para poder determinar la violación de derechos humanos a partir de una conducta corrupta es la causalidad (Schefer, 2010). Esto es cierto para las omisiones del Estado en su conjunto, así como para los actos corruptos de funcionarios públicos individuales que ocurren de manera concomitante. Hasta ahora, los órganos internacionales y regionales de derechos humanos que han abordado casos concretos de corrupción no trataron la cuestión de la causalidad en forma sistemática. Por ejemplo, el Tribunal de la CEDEAO requirió sólo un "vínculo claro entre los actos de corrupción y una denegación del derecho" (en este caso el derecho a la educación) sin describir ese "vínculo" de manera detallada (SERAP, párr. 19).

1. Principios jurídicos internacionales sobre causalidad

En el contexto de la corrupción estatal, la determinación de la causalidad jurídica debe basarse en los principios del derecho de la responsabilidad del Estado (véanse Castellanos-Jankiewicz, 2012; Crawford, 2013, pp. 492-503). Salvo que existan reglas especiales, estos principios se aplican a la responsabilidad del Estado que surge de violaciones a los derechos humanos.⁴⁸ Sin embargo, no existen reglas de causalidad completamente asentadas en el derecho internacional.⁴⁹ El Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, Proyecto de Artículos de la CDI) es omiso respecto del vínculo causal

⁴⁸ Véase CDI, Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos (ARSIWA), UN Doc. A/56/83, 3 de agosto de 2001, arts. 33(2), 55.

⁴⁹ Véase Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía (EECC, por sus siglas en inglés), Decisión No. 7: *Guidance Regarding Jus ad Bellum Liability*, 27 de julio de 2007, párrs. 8-9; Corte Penal Internacional, *Situación de la República Democrática del Congo en el caso del Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06), Trial Chamber I, 7 de agosto de 2012, párr. 248.

entre la conducta y la transgresión jurídica ("causa de hecho").⁵⁰ No obstante, el artículo 31 del Proyecto de Artículos de la CDI rige el vínculo causal entre la transgresión legal y el daño (el "ámbito de responsabilidad").⁵¹ En el área de derechos humanos, el daño reside en la violación del derecho en sí misma, y por ende es principalmente inmaterial. Cualquier daño material adicional (como una pérdida de ingresos, costos de tratamiento médico, etc.) es más bien la excepción.

Existe también la práctica estatal respecto del vínculo causal entre la transgresión jurídica y el daño (ámbito de responsabilidad) en el área de las violaciones de derechos humanos y por daños de guerra.⁵² En este sentido, se reconoce que la causalidad (en el sentido de una *conditio sine qua non* o "necesidad" en términos de un *but-for test*) debe complementarse con un elemento evaluativo que "en la consideración jurídica" corta las cadenas de la causalidad que son excesivamente largas.⁵³ Debe existir "inmediación" entre la transgresión jurídica y el daño.⁵⁴ Sólo en los casos de daños/pérdidas que "no son muy distantes", se amerita una reparación.⁵⁵ La "inmediación" se determina sobre la base de los

⁵⁰ En la terminología jurídica internacional, esto se refiere a la "violación de una obligación internacional del Estado"; artículo 2.b) del Proyecto de Artículos de la CDI.

⁵¹ Illias Plakokefalos (2015, p. 475) destaca la frecuente falta de distinción entre los dos aspectos de la causalidad en la jurisprudencia internacional.

⁵² Respecto del vínculo causal entre la transgresión jurídica y el daño (ámbito de responsabilidad) en relación con la obtención de una "justa satisfacción" en virtud del artículo 41 del CEDH, véase TEDH, Caso *Chevron vs. Francia*, App. No. 49636/99, sentencia del 13 de febrero de 2003, párrs. 86-89; TEDH, Caso *Sylvester vs. Austria*, App. No. 36812/97 y 40104/98, sentencia del 24 de abril de 2003, párrs. 79-92 (especialmente, párrs. 81-84, 91); TEDH, Caso *Nowicka vs. Polonia*, App. No. 30218/96, sentencia del 3 de diciembre de 2002, párrs. 79-83, especialmente, 82. En estos casos, el TEDH negó un vínculo causal suficiente entre las violaciones de los derechos humanos identificadas y la pérdida pecuniaria reclamada, por ejemplo, la pérdida de ingresos debido al no reconocimiento de un diploma (*Chevron*), la pérdida del empleo debido a un viaje emprendido para visitar a un niño que había sido secuestrado en violación del derecho a la vida en familia (*Sylvester*), o la compensación por un encarcelamiento excesivamente largo en violación del artículo 4 de la CEDH (*Nowicka*). Sin embargo, los requisitos para tal causalidad no fueron examinados en detalle.

⁵³ Comisión Mixta de Reclamaciones *Estados Unidos vs. Alemania*, Decisión Administrativa No. II, 1 de noviembre de 1923, reimpresa en (1956) 7 UNRIAA 23, pp. 29-30. Véase también ONU, Tribunal Arbitral, *Provident Mutual Life Insurance Company and others (United States) vs. Germany*, 18 de septiembre de 1924, reimpreso en (1956) 7 UNRIAA 91, pp. 112-113.

⁵⁴ EECC, Decisión No. 7, párr. 13; ICC-01/04-01/06 párr. 250 ('proximate cause'). 'Responsabilidad del Estado. Comentario General' (Comentario ARSIWA) 2(2) *ILC Yearbook* (2001), Art. 31, párr. 10, parte E (Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos), p. 93.

⁵⁵ Véase Tribunal Arbitral, Caso *Trail Smelter Case, United States vs. Canada*, reimpreso en (1931-1941) 3 UNRIAA 1905, p. 1931: "El daño que es demasiado indirecto, remoto e impreciso no está sujeto a compensación" [traducción no oficial].

criterios objetivos de "consecuencia natural y normal"⁵⁶ y el criterio subjetivo de "previsibilidad".⁵⁷

Estos términos, al ser aplicados a nuestro esfuerzo por determinar el vínculo causal entre el acto estatal corrupto y la transgresión jurídica (causa de hecho), transmiten la idea de que los actos (u omisiones) corruptos ocasionan violaciones de derechos humanos en el sentido jurídico sólo si las violaciones –a derechos como el de alimentación, vivienda o educación– son previsibles y no muy distantes de los funcionarios públicos corruptos (o el aparato pasivo del Estado). En algunos casos, el cumplimiento de estos requisitos es posible. Por ejemplo, el arreglo para que un funcionario judicial reciba una pequeña suma de dinero para citar a un testigo está causalmente relacionado con la violación del derecho a un juicio justo. Del mismo modo, los sobornos pagados a un empleado de una autoridad ambiental supervisora, cuya intención es inducir al empleado a "hacer la vista gorda" ante la creación de un basurero ilegal de desechos tóxicos, deben –de acuerdo con estos principios– ser calificados como una causa de los efectos adversos resultantes en la salud de los residentes locales. En tales casos, la aprobación del basurero ilegal de desechos tóxicos y el daño a la salud eran previsibles para el funcionario público, se encontraban dentro del curso regular de las cosas. Por tanto, la tolerancia corrupta de la creación del basurero de desechos tóxicos es, a los ojos de la ley, una causa de la violación de los derechos humanos de los residentes locales en términos del respeto a su vida privada e integridad física.⁵⁸

Por el contrario, no debería afirmarse la existencia de un vínculo causal jurídico cuando una violación de derechos humanos no ocurre en el curso regular de las

⁵⁶ ONU, Tribunal Arbitral, *Provident Mutual Life Insurance Company*, 113.

⁵⁷ EECC, Decisión No. 7 (2007), párr. 13. Véase ONU, Caso *Naulilaa: Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique (sentence sur le principe de la responsabilité) (Portugal vs. Germany)*, 31 de julio de 1928, reimpresso en (1949) 2 UNRIAA 1011, p.1031. Corte Permanente de Arbitraje, Decisión 24, *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire Ottoman (Grèce v. France)*, 27 de julio de 1955, reimpresso en (1963) 12 UNRIAA 155, p. 218: "prévisible". El párrafo 14 de la Decisión No. 7 (2007) de la EECC señala que la selección de una fórmula verbal para describir el grado necesario de conexión no deriva necesariamente en resultados distintos.

⁵⁸ El Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos y el Consejo de Europa (2018, p. 27) se refieren a esta constelación como un "vínculo indirecto" entre la corrupción y las violaciones de derechos humanos.

cosas y no es previsible. Por ejemplo, asumamos que el cohecho electoral deriva en disturbios después del anuncio de los resultados electorales –protestas que a su vez son aplacadas mediante la fuerza excesiva de la policía–. Entonces, la violación de la libertad de asociación e integridad física de los manifestantes no ha sido –en términos jurídicos– ocasionada por la corrupción electoral (Sepúlveda, Carmona y Bacio Terracino, en Boersma y Nelen, 2010, p. 30).

2. Problemas especiales de la causalidad

Además de la situación en la que la "distancia" entre la causa y la violación de derechos humanos es demasiado grande –lo cual es especialmente frecuente en el contexto de la gran corrupción–, surgen otros problemas especiales de causalidad. Una situación común ocurre cuando la violación de derechos humanos tiene varias causas, siendo la corrupción sólo una de entre ellas, mientras que ambas causas en combinación traen consigo la violación de derechos humanos ("causalidad acumulativa"). Por ejemplo, asumamos que varios estudiantes mueren como consecuencia de los escombros que caen en una escuela que colapsa a causa de un terremoto. Con posterioridad al incidente, se determina que la escuela fue construida de manera deficiente porque los materiales de construcción fueron desviados por funcionarios municipales para su propio uso y el inspector de la construcción había sido sobornado. Aunque la corrupción sólo fue una condición necesaria pero no suficiente (porque hacía falta el terremoto) para que la escuela colapsara y ocasionara la muerte de los estudiantes, la corrupción era aun así una *conditio sine qua non* y, por tanto, una causa de la violación de derechos humanos en el sentido jurídico.

Un escenario diferente y generalizado se denomina causalidad "concurrente", "dual", "rival" o "alternativa". Ésta es la situación en la que ambos factores, por sí mismos, habrían sido suficientes para ocasionar el efecto. Por ejemplo, las violaciones de derechos humanos sociales frecuentemente derivan de una distribución de recursos sin la debida priorización de dichos derechos. Si encima de ello emerge la corrupción, ambos factores sólo son concurrentes. O, en nuestro ejemplo, el material de construcción utilizado debido a la corrupción podría haber sido tan deficiente que la escuela habría colapsado sin un terremoto. Y, de

manera concurrente, el terremoto podría haber sido tan severo que podría haber derrumbado la escuela aun si hubiese sido construida con materiales y técnica impecables. En este escenario, ninguno de los factores fue una "condición necesaria" –*conditio sine qua non*– porque el resultado adverso habría ocurrido de todas formas. Sin embargo, esto podría conducir a la conclusión absurda de que no existe causa en absoluto. Por eso, debería sostenerse la causalidad en el sentido jurídico; de hecho, esto es precisamente lo que se hace en la práctica jurídica internacional.⁵⁹ Volviendo al ejemplo anterior, la existencia de otras causas "concurrentes/rivales" (además de la corrupción) no implica que el soborno no pueda ser considerado la causa jurídica de una violación de derechos humanos.

Una variante, cuando se observa la situación durante un lapso de tiempo, se denomina causalidad "anticipada", "primordial" o "dominante". Por ejemplo, asumamos que un juez es sobornado por una de las partes de un juicio civil con el fin de prolongar el proceso. Sin embargo, como los tribunales no cuentan con suficientes recursos humanos y económicos, el juicio se hubiera retrasado en forma sustancial, aunque este acto de corrupción haya existido, y este retraso hubiese violado en sí mismo el derecho de una de las partes a una audiencia en un tiempo razonable. Típicamente, ya no se puede determinar *a posteriori* si los factores fueron: *i*) acumulativos (ambos necesarios), *ii*) concurrentes ("duales", "rivales" o "alternativos", es decir, cada uno suficiente por sí mismo); o *iii*) "dominantes". La situación más frecuente parece ser que la disfuncionalidad de un determinado sector gubernamental tiene múltiples causas, de las cuales sólo

⁵⁹ Sin embargo, existe sólo jurisprudencia en relación con el segundo vínculo causal que se requiere para identificar un daño ("ámbito de responsabilidad"), y no en relación con el primer vínculo causal entre la conducta y la violación jurídica ("causa de hecho"). Véase EECC, *Final Award: Ethiopia's Damages Claims*, 17 de agosto de 2009, reimpresso en (2009) 26 UNRIIA 631, p. 733, párr. 330. La gente abandonó sus lugares de residencia en parte por la sequía y en parte por la guerra, aunque la guerra fue el motivo principal. La Comisión de Reclamaciones ignoró por completo la potencial causa adicional (la sequía) para determinar el número de personas internamente desplazadas, lo cual a su vez fue utilizado para calcular la compensación. Véase, asimismo, el caso *Tehran Hostage*, una situación modelo en la que no se pudo determinar qué factor originó, cuándo y cómo, la violación del derecho internacional. Se produjo un ataque privado contra la embajada, pero, al mismo tiempo, Irán fracasó a la hora de proteger la embajada. La Corte Internacional de Justicia (CIJ) responsabilizó completamente a Irán y no redujo la responsabilidad del Estado en virtud de alguna contribución no atribuibles al Estado para la violación del derecho internacional por parte de los estudiantes particulares. ICJ, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, sentencia del 24 de mayo de 1980, *ICJ Reports* (1980) 3, párrs. 76-77, 90.

una de ellas es la corrupción, y que es imposible determinar con certeza si la corrupción fue un factor necesario en sentido estricto. Al usar nuestro ejemplo, típicamente sigue siendo indeterminado si la escuela habría colapsado en el terremoto, aun si hubiese sido construida en forma apropiada (sin corrupción). El punto importante es que, en este tipo de casos, la corrupción todavía podría ser calificada como una causa jurídica. Esto es lo que prevén los principios jurídicos generales, como los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil.⁶⁰ Con todo, persiste la ulterior pregunta de si el vínculo causal es lo suficientemente inmediato como para atribuirle las muertes al supervisor corrupto de la construcción. Esta pregunta debe ser examinada en detalle y, en algunos casos, puede negarse la causalidad.

Un asunto que se decidió con base en una posible causalidad "dominante", lo cual sucedió en un contexto de indeterminación factual, lidió con el trabajo infantil en Portugal durante la década de 1990. Una ONG que presentó una queja ante el Comité Europeo de Derechos Sociales había afirmado, *inter alia*, que la Oficina de Inspección Laboral era corrupta. Sin embargo, el Comité opinó que la Oficina de Inspección (de todas formas) no trabajaba de manera suficientemente eficiente para monitorear y remediar la situación (su mal funcionamiento era por tanto una *conditio sine qua non*), estuviese inducida por la corrupción o no. Sobre esta base, el Comité determinó que, en efecto, la situación en Portugal respecto del trabajo infantil no era conforme con el artículo 7.1 de la Carta Social Europea (que determina la edad mínima de 15 años para los empleos), debido a que varios miles de niños con una edad menor a 15 años de hecho trabajaban, pero no basó su conclusión en la corrupción.⁶¹ Este ejemplo demuestra cómo en la práctica, los órganos encargados de la toma de decisiones, cuando tienen otras razones suficientes para determinar una violación, tienden a dejar abierta la pregunta sobre cuán importante y cuán "causal" es la corrupción para una violación de derechos humanos. Sin embargo, es importante

⁶⁰ Véase Grupo Europeo sobre la Responsabilidad Civil, Texto y Comentarios, Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (2005), art. 3:103 (causas alternativas), art. 3:101-106 (causalidad).

⁶¹ ONU, Comité Europeo de Derechos Sociales, *International Commission of Jurists vs. Portugal*, Queja No. 1/1998, 9 de septiembre de 1999, especialmente párr. 42, disponible en: «https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/CC1Merits_en.pdf»; Carta Social Europea 1961, 529 UNTS 89.

insistir en los principios sobre causalidad ya establecidos para no perder de vista aquellas constelaciones en las que otros factores (aparte de la corrupción) están ausentes o no pueden demostrarse.

3. Causalidad en el caso de omisión

Las respectivas violaciones de derechos humanos vinculadas a la corrupción consisten frecuentemente en el incumplimiento de las obligaciones de protección y procedimentales. Esto hace que surja la interrogante de la causalidad en caso de omisión. Normalmente, la causalidad jurídica en caso de omisión se afirma si la acción positiva legalmente requerida pudiera, con cierto grado de certeza, haber eliminado el resultado (indeseado). Es una prueba más flexibilizada del *but-for test*. Cuando se trata de omitir meras obligaciones de conducta, no obstante, esta prueba del *but-for* no tiene ningún sentido y no puede aplicarse, ya que estas obligaciones no requieren que el Estado logre un resultado particular (véase la sección 2.E.2 *supra*).

En el caso del genocidio en Bosnia, la Corte Internacional de Justicia determinó que existe una obligación de prevenir el genocidio aun cuando el Estado no pueda estar seguro de si las medidas preventivas serán exitosas o no.⁶² Esto significa que el Estado no puede evadir la responsabilidad simplemente al demostrar que el genocidio (o, en nuestro caso, la corrupción) habría ocurrido a pesar de todos sus esfuerzos para prevenirlo. De tal manera que, aunque la acción preventiva apropiada no hubiese eliminado el problema, la omisión de actuar adecuadamente todavía cuenta como una causa jurídica. Si la causalidad se negara aquí, el Estado sería capaz de evitar la responsabilidad muy fácilmente. Aun cuando en un sentido científico la omisión de actuar no causó, por tanto, el resultado indeseado (porque el resultado habría ocurrido de todos modos), la causalidad se afirma, no obstante, en un sentido jurídico.⁶³ De acuerdo con este análisis

⁶² En ese caso, el éxito habría sido la prevención del genocidio. Véase CIJ, *Bosnian Genocide*, párr. 461.

⁶³ En el CIJ, *Bosnian Genocide*; sin embargo, la CIJ consideró respecto del nexo causal entre la violación y el contenido de la responsabilidad del Estado ("ámbito de responsabilidad", es decir, para determinar si Serbia debía pagar reparaciones), si el genocidio habría ocurrido incluso *a pesar de* los esfuerzos para evitarlo (párr. 462). Dado que esto no se pudo demostrar, la CIJ no consideró apropiada una compensación financiera por parte de Serbia.

—común en el derecho de la responsabilidad civil y en el derecho penal—, se puede considerar responsable a un Estado por un alto nivel de corrupción en el ámbito de su administración, aunque las víctimas no puedan demostrar que un escándalo específico de corrupción no hubiese ocurrido si el Estado hubiese llevado a cabo políticas particulares (por ejemplo, el establecimiento de una autoridad anticorrupción con facultades amplias y recursos financieros considerables). Otra cuestión es si una mera correlación estadística de los indicadores de corrupción y los indicadores de incumplimiento de los derechos humanos puede ser suficiente para afirmar una violación de estos derechos humanos "por" la omisión de esfuerzos anticorrupción por parte del Estado —de manera análoga a la evidencia estadística que es comúnmente utilizada para mostrar una discriminación indirecta—. Tal evidencia estadística parece difícil de obtener mientras la medición de la corrupción en la mayoría de los Estados esté basada únicamente en percepciones y no en hechos jurídicos como procesamientos judiciales.

I. Atribución

El siguiente problema doctrinal consiste en cómo atribuirle al Estado una conducta corrupta. De acuerdo con el artículo 4 del Proyecto de Artículos de la CDI, la conducta de cualquier órgano del Estado es atribuible al propio Estado. Esto no ha sido problemático respecto de las omisiones discutidas arriba, las cuales violan obligaciones de prevención y protección previstas por los derechos humanos. Tales omisiones conciernen a los órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial del Estado que incumplan las obligaciones que les fueron encargadas directamente a ellos.

1. *Actos ultra vires*

El análisis es diferente en el caso de actos individuales y particulares de funcionarios públicos, especialmente en el área de la corrupción menor. ¿Pueden estos atribuírsele al Estado en su conjunto de manera que generen responsabilidad estatal por las violaciones de derechos humanos resultantes? Los funcionarios públicos corruptos obviamente exceden su autoridad formal. Según las normas de la responsabilidad del Estado, no obstante, los actos *ultra vires* también

son, en principio, atribuibles al Estado. La condición previa es que un órgano del Estado o una persona autorizada para ejercer autoridad gubernamental actúe "con ese carácter" (artículo 7 del Proyecto de Artículos de la CDI). Dicha conducta de carácter oficial debe distinguirse de la conducta privada (Crawford, 2013, pp. 136-140). De hecho, los casos emblemáticos en el derecho internacional que examinan esta distinción tratan sobre actos corruptos de funcionarios públicos. De acuerdo con esta jurisprudencia, es importante saber si el funcionario actuó "amparado" por su cargo público y también si empleó las facultades especiales (coercitivas) de su cargo (tal como la facultad de registrar o arrestar individuos).⁶⁴ Según el Comentario de la CDI, la pregunta clave es si las personas corruptas estaban "supuestamente llevando a cabo sus funciones oficiales" y si "actuaban con autoridad aparente" (ARSIWA, UN Doc. A/56/83, art. 7, p. 46, párr. 8). Al aplicar estos principios a nuestra interrogante, vemos que, como norma, el funcionario corrupto actúa con autoridad pública aparente y amparándose en la misma. El funcionario utiliza su posición para llevar a cabo u omitir una medida que el funcionario no podría realizar como una persona privada, como otorgar una autorización o licencia, evitar procesos judiciales o imponer una multa.

⁶⁴ El *locus classicus* de la Comisión de Reclamaciones Francia-México, es el caso *Estate of Jean-Baptiste Caire (France) vs. United Mexican States*, 7 de junio de 1929, reimpresso en (1952) 5 UNRIAA 516. Caire, ciudadano francés, administraba una casa-pensión en México. Un comandante mexicano de las tropas allí apostadas y dos soldados intentaron extorsionar a Caire para quitarle dinero bajo amenaza del uso de la fuerza. Cuando Caire rehusó, el comandante y un capitán de la misma brigada arrestaron a Caire, lo registraron, lo llevaron a otro pueblo y lo mataron. El tribunal arbitral consideró esta conducta como un acto oficial atribuible al Estado. La responsabilidad fue justificada "cuando esos órganos actúen fuera de su competencia, utilizando su condición de órganos del Estado y los medios puestos a su disposición para ese fin" [*lorsque ces organes agissent en dehors de leur compétence, en se couvrant de leur qualité d'organes de l'État, et en se servant des moyens mis, à ce titre, à leur disposition*] (p. 530). Véase también Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos. Caso *Yeager vs. Irán*, Caso No. 10199, Sentencia No. 324-10199-1, 2 de noviembre de 1987, reimpresso en (1987) 17 *Claims Tribunal Reports*, 92-113. El asunto en cuestión aquí fue una reclamación contra Irán, alegando un acto corrupto por parte de un empleado de la aerolínea estatal "Iran Air". El demandante fue forzado de manera ilegal por la línea aérea a hacer un "pago extra" por un boleto aéreo. El tribunal no atribuyó este acto corrupto del funcionario estatal a Irán: "Los actos que un órgano comete en una capacidad puramente privada, aunque haya utilizado los medios puestos a su disposición por el Estado para el ejercicio de sus funciones, no son atribuibles al Estado. [...] No hay indicios en este caso de que el agente de Iran Air actuara por otra razón que no fuera el beneficio personal, o que hubiera pasado el pago a Iran Air. Evidentemente no actuó en nombre o en interés de Iran Air. El tribunal considera, por tanto, que este agente actuó a título privado y no en su calidad oficial de órgano de Iran Air" (p. 111, párr. 65). Esta conclusión es defendible, pero el razonamiento no es persuasivo. Más bien, era significativo que el empleado no pretendió estar exigiendo el pago extra en nombre del Estado (véase también Crawford, 2013, p. 138).

Ciertamente, surgen otras preguntas específicas. La "corrupción libremente consumada" podría merecer ser considerada como algo que cae fuera tanto de la autoridad real como aparente del servidor público, de tal manera que no podría considerarse que actúa "en su función [gubernamental]" (Llamzon, 2014, p. 261). Otra cuestión es si, en el caso del cohecho, la característica calificativa del delito, particularmente la existencia de un acuerdo ilegal (*quid pro quo*) entre el que soborna y el servidor público (dinero en efectivo a cambio de algún tipo de acción o inacción gubernamental) tendría que ser tomado en cuenta para determinar la atribución de la acción o inacción del servidor público al Estado. Cabría preguntarse si el conocimiento del que soborna sobre la ilegalidad de la conducta del servidor público, o su participación en ella, debería excluir cualquier atribución de esa conducta al Estado. Pero tal falta de atribución sería justa sólo si el funcionario hubiera sido principalmente pasivo, y atraído a la corrupción por el "mal" sobornador —una situación que es imposible de reconstruir y que también podría ser poco realista (Llamzon, 2014, p. 262). De cualquier manera, la atribución al Estado no puede ser descartada en la relación entre el Estado y otros actores que buscan invocar la responsabilidad estatal, y que no han participado por sí mismos en la corrupción (*ibidem*, 264; UN Doc. A/56/83). Para concluir, el hecho de que la conducta de un funcionario sea realizada como un *quid pro quo* en el cohecho normalmente no excluye la atribución de esa conducta al Estado.⁶⁵ Más aun, otros tipos de conducta corrupta por parte de servidores públicos pueden y deberían ser atribuidos al Estado de acuerdo con los principios de responsabilidad estatal.

2. El razonamiento de ilegalizar la corrupción

Sin embargo, desde una perspectiva normativa, ¿no debería limitarse aún más la atribución como consecuencia del razonamiento detrás de la proscripción de la corrupción? ¿Se relaciona en algo la proscripción contra los actos de funcionarios corruptos (o la obligación jurídica de mejorar las medidas anticorrup-

⁶⁵ Pero, véase CIADI, Caso *World Duty Free Company Limited vs. The Republic of Kenya*, Caso ICSID, Caso No. ARB/00/7, 4 de octubre de 2006, párr. 185. El tribunal no atribuyó la extorsión y aceptación del soborno del inversionista por parte del presidente de Kenia a dicho Estado, sino que consideró al Estado como "el principal por lo demás inocente" del presidente, que actuó como su agente en el soborno. Pero este razonamiento fue en aplicación del derecho inglés y keniano, no en virtud del derecho internacional.

ción) con el objeto y propósito de los derechos humanos? Sólo entonces sería jurídicamente apropiado clasificar la conducta corrupta del Estado no sólo como un déficit de gestión pública y, en ciertas circunstancias, como un delito penal de acuerdo con el derecho nacional, sino también, de manera simultánea y adicional, como una violación de derechos humanos.

A primera vista, el derecho penal sobre la corrupción y el de los derechos humanos persiguen objetivos distintos. El objetivo de la criminalización del cohecho en el derecho penal alemán, por ejemplo, es "proteger el funcionamiento de la administración pública y la confianza pública en la objetividad e independencia de la conducta administrativa" (Korte en Joecks y Miebach, 2014, p. 331, párr. 8). El objetivo es, por tanto, "proteger la institución del servicio público y, por ende, un bien público fundamentalmente importante" (*ibidem*, párr. 12). En este sentido, ¿puede considerarse la corrupción como un ataque contra los derechos humanos, el bien individual jurídicamente protegido por excelencia? Mi respuesta es que sí, porque, por supuesto, los intereses del individuo son los que sustentan al Estado y al servicio público protegidos por la criminalización del cohecho. El derecho penal sobre la corrupción tiene que ver con "proteger la confianza en el interés del ciudadano individual" (Heine y Eisele, 2014, § 331, párr. 9). La protección "del público" y la protección de los derechos humanos de todas las personas en un Estado dado no son, por ende, categorías opuestas o diferentes. A pesar de que los intereses individuales del ciudadano y el bien común pueden entrar en conflicto (razón por la cual los derechos humanos exigen una ponderación con el interés público), el Estado liberal moderno se justifica, en gran parte, sólo en eso y en la medida en que protege los derechos humanos.

La diferencia restante es que la corrupción es un delito de conducta, mientras que las violaciones de derechos humanos pueden establecerse sólo si se produce realmente un daño concreto.⁶⁶ Sin embargo, esta importante diferencia

⁶⁶ Esta diferencia se reduce en cuanto que, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, una futura violación concreta de derechos humanos puede desde ese momento, en ciertas circunstancias, establecer un carácter de víctima y ocasionar que una demanda individual sea admisible; véase, por ejemplo, TEDH, Caso *Open Door and Dublin Well Woman vs. Irlanda*, App. No. 14234/88, sentencia del 29 de octubre de 1992, párr. 44 (sobre las mujeres en edad de tener hijos como "víctimas" de la prohibición de abortar).

estructural no impide la atribución *a priori*; sólo significa que no todo acto corrupto constituye una violación de derechos humanos. Si, por ejemplo, los obsequios de una compañía farmacéutica entregados a un ministro de salud no tienen éxito, al final, modificando los patrones de compras del ministerio y la distribución de vacunas en barrios urbanos, ello bien podría ser considerado cohecho, pero los derechos de los residentes del barrio a la integridad física y al cuidado de la salud no han sido violados puesto que el cohecho no tuvo un impacto en su estándar de atención. En el análisis final, la proscripción contra la corrupción se adecua al propósito de protección de los derechos humanos; sobre la base de tales consideraciones, la relación atributiva entre los actos u omisiones corruptas y las violaciones de derechos humanos no tiene por qué ser negada.

J. Margen de apreciación

Aun cuando consideremos un acto corrupto particular o el incumplimiento general a la hora de implementar medidas anticorrupción como una causa de interferencia con derechos humanos particulares y se lo atribuyamos al Estado, esto no significa en modo alguno que todo cuanto afecte a los derechos humanos también constituya una violación de los mismos. Los derechos civiles/políticos pueden ser legalmente restringidos. Pero el concepto de una restricción lícita no encaja con los derechos humanos sociales. ¿Tiene sentido considerar como una "restricción" de estos derechos la ausencia del progreso o cumplimiento débil de la obligación de implementar estos derechos progresivamente? Para responder a esta pregunta necesitamos mirar un componente de la obligación fundamental del pacto establecida en el artículo 2.1 del PIDESC (véase el apartado 2.F, *supra*), concretamente el uso de "todos los medios apropiados". La obligación de utilizar todos los medios apropiados es aún más específica en el Protocolo Facultativo del PIDESC en términos de "razonabilidad" (artículo 8.4 del Protocolo Facultativo).⁶⁷

⁶⁷ Artículo 8(4) del Protocolo Facultativo del PIDESC (Protocolo Facultativo), 1966, 999 UNTS 302: "Cuando se examinan las comunicaciones del presente Protocolo, el Comité considerará la *razonabilidad de los pasos adoptados por el Estado parte de acuerdo con la parte II del Pacto*. Al hacerlo, el Comité tendrá en

Por una parte, estas calificaciones constituyen una limitación incorporada a las obligaciones del Estado. Deben cumplirse sólo de manera "razonable". Los derechos sociales no imponen ninguna obligación "absoluta o incondicional" al Estado, según la Corte Constitucional de Sudáfrica en el caso emblemático *Grootboom*.⁶⁸ De acuerdo con la formulación de la Corte Constitucional Federal de Alemania respecto de los derechos sociales de participación, *a priori* éstos sólo están "sujetos a lo que es posible".⁶⁹ Por otra parte, los términos "apropiado" y "razonable" también representan una rendija para definir el mínimo fundamental de la acción positiva del Estado (lo cual se denomina en la doctrina de los derechos constitucionales de Alemania como *Untermaßverbot*). No está permitido que las medidas del Estado disten de un nivel mínimo para ser consideradas "apropiadas" o "razonables". Podría entonces argumentarse que, en ciertas situaciones, en el caso de corrupción empíricamente demostrada en un Estado parte, la prohibición de acciones insuficientes requiere que el Estado no sólo ratifique los instrumentos internacionales anticorrupción, sino también que lance una campaña anticorrupción y formule una política preventiva (Boersman, 2012, p. 233). Los conceptos de "idoneidad" y "razonabilidad" cumplen, por ende, una función dual: no sirven sólo como tope, sino también como suelo.⁷⁰ Los Estados deben tomar medidas "apropiadas", ni más ni menos.

Los interrogantes entonces son: ¿cuándo incumple un Estado con el nivel mínimo?, y ¿qué institución tiene la facultad para adoptar una determinación de autoridad sobre ello? Una vez más, la responsabilidad primaria para evaluar cuáles son los medios apropiados y razonables para satisfacer los derechos sociales yace en los propios Estados parte del PIDESC. Un Estado debe, como

cuenta que el Estado parte puede adoptar una gama de posibles medidas de las políticas para la implementación de los derechos establecidos en el Pacto" (énfasis añadido).

⁶⁸ Corte Constitucional de Sudáfrica, *Caso Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others* (CCT11/00) [2000] ZACC 19, párr. 38 (sobre el derecho a tener acceso a una vivienda adecuada en virtud del artículo 26 de la Constitución de Sudáfrica).

⁶⁹ BVerfGE 33, 303-358, sentencia del 18 de julio de 1972-1 BvL 32/70 y 25/71-Numerus clausus (sobre el derecho a la educación universitaria), párr. 63 (traducción propia).

⁷⁰ Cf. Nota preparada por la Secretaría del Consejo de Derechos Humanos, "El uso de la prueba de 'razonabilidad' para evaluar el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos", A/HRC/8/WG.4/CRP.1, 1 de febrero de 2008.

una primera aproximación, decidir qué estrategia anticorrupción desea formular, qué medidas legislativas desea tomar, qué autoridades desea establecer y qué facultades y recursos financieros desea otorgar a dichas autoridades. En su jurisprudencia consolidada, el CDESC enfatiza que los Estados parte poseen un "margen de apreciación" sustancial en relación con esto.⁷¹ El Protocolo Facultativo expresamente establece que un Estado parte "puede adoptar toda una serie de posibles medidas de política para hacer efectivos los derechos enunciados en el Pacto." (artículo 8.4 del Protocolo Facultativo). En última instancia, sin embargo, el CDESC se reserva el derecho a examinar con ejercicio de autoridad la "idoneidad" de los medios y, por ende, de los recursos financieros⁷² –aunque sin la facultad para hacer cumplir su determinación–.

En resumen, tanto los actos corruptos particulares de funcionarios públicos individuales como una política anticorrupción completamente insuficiente o la carencia de ella en un Estado en su conjunto pueden, en ciertas constelaciones, conceptualizarse como una violación de derechos humanos concretos; por ejemplo, el derecho de un cliente en particular al disfrute del estándar más alto posible de salud, o el derecho de un competidor empresarial al trato igualitario. El mayor obstáculo doctrinal en este sentido no es la causalidad o la atribución, sino, especialmente en el campo de los derechos sociales, el "margen de apreciación" o la "razonabilidad".

3. ¿Debería conceptualizarse la corrupción como una violación de derechos humanos?

Una cuestión distinta es si el cambio de perspectiva –que se aleja de combatir la corrupción con los medios del derecho penal y va hacia un enfoque complementario basado en los derechos humanos– tiene un valor agregado en términos de práctica y de políticas.

⁷¹ CDESC, Una Evaluación de la Obligación de Adoptar Medidas hasta el "Máximo de los Recursos Disponibles" conforme a un Protocolo Facultativo del Pacto. Declaración, UN Doc. E/C.12/2007/1, 10 de mayo de 2007, párrs. 11-12.

⁷² Véase CDESC, Observación General No. 3, párr. 4; CDESC, Declaración de 2007, párrs. 8 y 12.

A. La oportunidad para el fortalecimiento de la lucha contra la corrupción

Los que proponen que se dote a los instrumentos anticorrupción de un enfoque de derechos humanos creen que esto mejorará tales instrumentos en términos políticos y morales y, por tanto, garantizará una mejor implementación de las medidas anticorrupción.⁷³ El argumento clásico es el "empoderamiento". El enfoque de los derechos humanos puede dilucidar los derechos de las personas afectadas por la corrupción, como el derecho a tener acceso al agua potable y a la educación primaria gratuita, y mostrarles cómo, por ejemplo, la malversación de fondos públicos en esas áreas interfiere con el disfrute de los bienes a los cuales tienen derecho. De esta forma, las personas afectadas estarían empoderadas para denunciar la corrupción, a la que, de otro modo, estarían expuestas sin poder hacer nada (Sepúlveda Carmona y Bacio Terracino, 2010, p. 48). El Consejo de Derechos Humanos de la ONU considera que las mayores ventajas consisten, primero, en alejar el foco del objeto habitual del derecho penal –es decir, los perpetradores individuales– hacia los deberes sistémicos del Estado y, segundo, en la mejora del estatus de las víctimas.⁷⁴ Esa expectativa del Consejo de Derechos Humanos debe ser calificada en el sentido de que la perspectiva basada en los derechos humanos no excluye el uso de instrumentos de derecho penal por parte del Estado. El aspecto crucial es que la entidad responsable por los derechos humanos es el Estado en su conjunto, el cual no puede eludir sus responsabilidades simplemente deshaciéndose de los culpables individuales.

Una debilidad del enfoque estrictamente de derecho penal hacia la corrupción se ha vuelto evidente especialmente en los Estados represivos, donde se puede

⁷³ "Se propone aquí que, al examinar el costo de la corrupción en materia de derechos humanos, se dé mayor peso a los esfuerzos de lucha contra la corrupción, así como a la protección de los derechos humanos." Pearson (en Larmour y Wolanin, 2001, p. 46); "Los enfoques basados en los derechos humanos ayudan a exponer las violaciones y a empoderar a las víctimas [...] en el momento en que se reconoce que la corrupción es una violación de los derechos humanos, crea un tipo de respuesta social, política y moral que no es generada por el crimen [...]" (Kumar, 2011, p. 43) [traducción no oficial].

⁷⁴ En estos términos, véase Consejo de Derechos Humanos, UN Doc. A/HRC/32/22, párr. 130; Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos, Informe Final sobre el asunto del impacto negativo de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos (UN Doc. A/HRC/28/73), 5 de enero de 2015, párrs. 25 y 28.

abusar fácilmente de las amplias e indeterminadas conductas penales para eliminar o, al menos, desacreditar a los opositores políticos.⁷⁵ La perspectiva de los derechos humanos desplaza la atención de la represión hacia la prevención⁷⁶ y, por tanto, está más lejos de la posibilidad de iniciar procesos penales abusivos. Por último, la transición del derecho penal a los derechos humanos cambia la intensidad y carga de la demostración y la prueba. Mientras un servidor público acusado de soborno o de abuso criminal de la confianza goza de la presunción de inocencia, el enfoque basado en los derechos humanos requiere que los Estados se exoneren a sí mismos ante los organismos de los tratados cuando se les acuse de medidas anticorrupción deficientes. La jurisprudencia en el área de los derechos humanos sociales requiere que los Estados demuestren que, aunque estén dispuestos a asignar suficientes medios a una autoridad que se encuentre a cargo de asegurar los derechos sociales, no tienen la capacidad para hacerlo debido a la falta de recursos.⁷⁷ Esta regla general debe ser aplicada a las medidas anticorrupción. Por ende, mientras que "alegaciones creíbles de corrupción estén vinculadas con violaciones de derechos humanos, el Estado tendría el deber de demostrar que ha adoptado todas las medidas apropiadas para garantizar la realización del derecho en cuestión. [...] La ausencia de medidas o las medidas manifestamente inadecuadas para investigar o hacer frente a los presuntos actos de corrupción constituirían *prima facie* un caso de violación de derechos humanos" (Lapper, 2013, p. 18).

La pregunta complementaria sería si la evidencia estadística o la mera observación del lujoso estilo de vida de los políticos de alto rango son suficientes para corroborar el reproche de una malversación de fondos públicos. El artículo 20 de la CNUCC insta a los Estados parte a "considerar" configurar el "enriquecimiento

⁷⁵ La campaña anticorrupción china fue adoptada formalmente por la III Sesión Plenaria del XVIII Congreso Nacional del Partido Comunista en noviembre de 2013. (Guo, 2014). En Corea del Norte, el general Ri Yong Gil, jefe del Estado Mayor y en el tercer puesto de la jerarquía militar, fue ejecutado en febrero de 2016 bajo los cargos de "faccionario, abuso de poder y corrupción". (*The New York Times*, 11 de febrero de 2016, A10); En Rusia, Nikita Belych, el gobernador liberal y reformista de Kirow que había criticado al gobierno, fue arrestado por corrupción en junio de 2016. *Neue Zürcher Zeitung* (29 de junio de 2016).

⁷⁶ La prevención es también –independientemente de las consideraciones de derechos humanos– uno de los cuatro pilares de la CNUCC, *op. cit.*, cap. II.

⁷⁷ Véase CDESC, Observación General No. 3, párr. 10; CDESC, Declaración de 2007, párr. 9. En relación con la protección de la salud, véase CDESC, Observación General No. 14, párr. 47.

ilícito" como un delito penal. De acuerdo con esta disposición de derecho penal, se podría sancionar el incremento significativo de los activos de un funcionario público que no pueda explicar razonablemente dicha circunstancia en relación con sus ingresos legales. Sin embargo, la presunción implícita de culpabilidad es problemática respecto al Estado de derecho. La debilidad estructural anteriormente mencionada del enfoque de derecho penal está acompañada por el hecho de que el número de condenas penales por soborno nacional e internacional es particularmente bajo en el plano mundial. Sólo siete de los actuales 44 Estados parte de la Convención Anti-Cohecho de la OCDE participan de manera "activa" en la implementación de ésta.⁷⁸ Tanto los problemas sistémicos como la experiencia histórica nos advierten de no esperar demasiado de un enfoque penal más "robusto".⁷⁹ En su lugar, los argumentos e instrumentos de derechos humanos pueden ser útiles para complementar el derecho penal.

En general, el novedoso, pero cada vez más practicado, enfoque de la corrupción basado en los derechos humanos ejemplifica una tendencia general reciente: la inyección de varios subcampos del derecho internacional con consideraciones de derechos humanos. El enfoque basado en los derechos humanos ha sido adoptado, entre otros, en el derecho del desarrollo, el derecho ambiental, el derecho de los desastres naturales, el derecho internacional del trabajo y el derecho relativo a los refugiados. Este enfoque abarca, primero, un principio de interpretación; las reglas específicas del régimen deben ser interpretadas a la luz de los derechos humanos. Segundo, las consecuencias procesales permiten, o incluso requieren, la información y participación de los grupos afectados, así como encargar una planificación y evaluación de impacto. Ambas consecuencias legales (la interpretación armonizada y la "procedimentalización") también contribuyen a la lucha contra la corrupción y en última instancia perfeccionan el régimen internacional anticorrupción.⁸⁰ Por último, la perspectiva de los

⁷⁸ Transparency International (2018, p. 6); véase, asimismo, la tabla disponible en «www.transparency.org/whatwedo/publication/exporting_corruption_2018» (p. 10). Los siete Estados "activos" son los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Italia, Suiza, Noruega e Israel.

⁷⁹ A favor del enfoque penal, véase Rose (2016, p. 438).

⁸⁰ En ámbitos como el derecho de las inversiones y del comercio, los derechos humanos sirven de contrapesos a la orientación general de los regímenes que deben tenerse en cuenta siempre que haya espacio para la ponderación. Esta consecuencia jurídica es menos pertinente para la lucha anticorrupción.

derechos humanos podría también influir en la aplicación del derecho interno, el cual debe ser interpretado a la luz de los derechos humanos internacionales en muchos Estados. En general, la infusión del derecho internacional de los derechos humanos en los esfuerzos para combatir la corrupción parece ser apta para complementar o reforzar la criminalización de la corrupción, y en esa medida tiene efectos favorables.

B. El riesgo de debilitar la lucha contra la corrupción

La fuerza del enfoque basado en los derechos humanos de los instrumentos anticorrupción es, al mismo tiempo, su debilidad. Esto se debe a la actitud ambivalente del Sur Global hacia los derechos humanos. La crítica a los derechos humanos se solapa con objeciones fundamentales a la agenda internacional anticorrupción (véanse Kennedy, 1999, p. 455; Rajagopal, 1999, p. 5; Kulamadayil, 2018, p. 1). Este solapamiento resulta del escepticismo hacia dos instituciones particularmente modernas y europeas, a saber, el Estado y los derechos "liberales" basados en el Estado de derecho.

1. *¿Un modelo occidental de Estado y de derechos?*

De acuerdo con la crítica, la lucha mundial contra la corrupción, en la que la corrupción es denunciada como un "cáncer" (usando el término del antiguo presidente del Banco Mundial, James D. Wolfensohn (1996)), está ligada a una imposición ilegítima de un modelo de Estado en particular. Este modelo no sólo es occidental, sino también relativamente reciente. Hasta bien entrado el siglo XIX, el patrocinio y la compra de cargos públicos eran considerados componentes legales y legítimos de la gobernanza en cualquier parte del mundo, incluida Europa.⁸¹ La consideración de estas formas de ejercer e influir en el poder político y la administración como ilegítimas sólo pudo emerger con el desarrollo del Estado moderno en Europa, un Estado en el que una burocracia imparcial

⁸¹ Véase Bridenthal (2013, p. 4); van Klaveren en Heidenheimer y Johnston (2002, p. 83). La situación es distinta para el soborno que para el patrocinio político y la compra de cargos públicos. Proscripciones de soborno ya pueden encontrarse en culturas jurídicas antiguas.

está llamada a aplicar la ley de manera igualitaria y en el que se requiere que todos los funcionarios públicos actúen en el interés público, no en interés de su familia o su grupo étnico. Dicho de otra manera, la lucha contra la corrupción está basada en la imagen de un Estado que cumple sus deberes públicos por medio de funcionarios que son contratados con base en el mérito y que actúan de conformidad con normas jurídicas que se aplican formalmente para todos.

En un Estado patrimonial, en el que las posiciones políticas y administrativas están principalmente destinadas a generar ingresos (búsqueda de rentas), la idea de la corrupción no tiene cabida, porque los sobornos son rentas. En este sentido, el concepto contemporáneo de corrupción está estrechamente vinculado al Estado moderno regido por el Estado de derecho. Esto explica por qué la lucha contra la corrupción es difícil en algunas regiones del mundo, en donde esta comprensión del Estado no está establecida con firmeza o es contemplada como algo ajeno. La crítica es que el ideal del Estado meritocrático basado en el Estado de derecho descalifica a comunidades basadas en relaciones de familia o de clan, que se sostienen mediante el intercambio de regalos y el nombramiento de miembros del grupo en cargos públicos. Los valores de reciprocidad y lealtad que fundamentan estas comunidades no son tenidos en cuenta, sino que son reemplazados por el pensamiento meritocrático occidental y el trato igualitario formal.

Asimismo, los críticos revelan las consecuencias económicas de este modelo afirmando que el Estado liberal gobernado por el Estado de derecho es principalmente utilizado como marco regulatorio para el libre mercado. Esto significaría que, a fin de cuentas, la lucha contra la corrupción es indisoluble de la agenda neoliberal que rechaza un modelo de Estado intervencionista y profundamente burocrático. La crítica, por tanto, acusa al "Estado de derecho" de servir principalmente a los intereses económicos de propietarios de bienes y de capital, además de ser hegemónico en términos culturales. El punto es que la alegación de imperialismo jurídico y cultural, y de la imposición del capital occidental que he resumido, se nutre aún más del enfoque de derechos humanos en las estrategias de lucha contra la corrupción. Desde la perspectiva de los críticos, ambos

conjuntos de instrumentos internacionales son simplemente dos variantes de imperialismo.

Efectivamente, el enfoque basado en los derechos contiene una discreta parcialidad occidental que debe ser abordada con precaución. Hemos observado que la comprobación de una violación concreta de derechos humanos mediante la corrupción es más sencilla de determinar en el área de la corrupción menor. Hoy en día las democracias occidentales no sufren tanto de corrupción menor como de la gran corrupción. La gran corrupción incluye notablemente lo que de forma provocadora se conoce como "corrupción legal": la falta de transparencia en el financiamiento electoral y los intereses resultantes adquiridos de la política, así como la tolerancia de la transición fluida de funcionarios públicos a trabajos lucrativos en el sector privado, en los que la información privilegiada obtenida en el cargo público puede ser utilizada en la nueva empresa (el fenómeno de la "puerta giratoria" [Kaufmann y Vicente, 2011, 195]). La conexión entre la conducta corrupta y las violaciones a los derechos humanos de víctimas concretas e individualizadas es mucho más difícil de hacer. Significa que, como la perspectiva de los derechos humanos funciona mejor para la corrupción menor, dicha perspectiva sitúa el foco sobre el Sur Global. Por ejemplo, la medición de corrupción en Kenia por organizaciones como Transparencia Internacional parece tener menos credibilidad porque se considera que no toma en consideración la gran corrupción sistémica entre las élites, sino que se centra en los sobornos por parte de la población en el día a día.⁸² En conclusión, la acumulación de dos vertientes de ideas percibidas como "occidentales" pueden generar más resistencia que cumplimiento.

2. *Universabilidad*

La crítica dual de la lucha contra la corrupción y de los derechos humanos debe ser puesta en perspectiva. Observemos un ejemplo. ¿Es cierto que, como sugiere la crítica, desde la perspectiva de un automovilista, se llega a la misma conclusión

⁸² En referencia a un caso de estudio, véanse Davis y Merry (2015, p. 16).

si la suma de dinero que debe pagar en un puesto de control para continuar su camino representa un soborno a un oficial de policía, como en muchos Estados africanos, o un peaje de autopista, como en Francia? ¿Es cierto que, por tanto, ambos modos de gobernanza –el estereotípico "occidental" y el estereotípico "africano"– deberían ser aceptados en vez de tildar a este último como "corrupto"? En ambos casos, la libertad de movimiento del automovilista se ve limitada por la obligación a pagar una suma de dinero. Incluso, con benevolencia, un soborno puede ser comparado con una propina de un empleado en un contexto social en el que los clientes saben que la propina puede reforzar el salario bajo de dicho empleado. Esta perspectiva expresaría una lógica basada en el mercado de que el precio de los servicios surge como resultado del encuentro de la oferta y la demanda.

Este ejemplo ilustra cómo la noción de corrupción está ligada a la concepción de un Estado. Un peaje oficial es una institución basada en el derecho público diseñada para servir al interés público, concretamente, al mantenimiento de la red de autopistas. Sigue una estructura tarifaria definida mediante un procedimiento político o administrativo, por tanto, es transparente y predecible. Se aplica de forma igual para todos (haciendo distinciones razonables basadas en el tipo de vehículo, el número de pasajeros u otros criterios relevantes). Estas características de legalidad están ausentes en el caso de un soborno o de una propina. Todo depende de si uno acepta la legalidad y la legitimidad de las instituciones y de los procedimientos mediante los cuales el peaje (o cualquier otra tarifa) es definido, recolectado y gastado; en resumen, depende de si uno acepta la idea de un Estado moderno basado en el Estado de derecho. Considero que el enfoque de la corrupción basado en los derechos humanos –centrado en la afirmación de que la corrupción interfiere con los derechos de cada ciudadano– contribuye, más que debilita, a la aceptación global de un modelo de Estado no patrimonial y no criminal gobernado por el Estado de derecho, porque hace que este modelo sea más concreto y lo acerca más a las necesidades de las personas.

Además, las afirmaciones de que tanto la lucha contra la corrupción como los derechos humanos son estrategias hegemónicas o dominadas por los Estados

Unidos o las estrategias impulsadas por el capital global, a menudo son un pretexto de las élites cuyo poder y prebendas se ven amenazados por la lucha contra la corrupción y por la exigencia de respeto a los derechos humanos. Especialmente, el hecho de acogerse a prácticas tradicionales –por ejemplo, el intercambio de regalos y la hospitalidad en sociedades africanas– puede prestarse al abuso, y así está ocurriendo, por parte de los sectores ricos y poderosos para encubrir la corrupción, particularmente, cuando los sobornos exceden ampliamente toda proporción. Por ejemplo, en Tanzania existía una ley que permitía a los candidatos políticos ofrecer regalos a sus votantes, y llamaba a dichos regalos por su nombre tradicional, *takrima*, presumiblemente para recabar legitimidad y aceptación. La Corte Superior de Tanzania determinó que las disposiciones de esta ley violaban los derechos humanos de los candidatos⁸³ y de los votantes: "[S]u derecho a votar por el candidato de su preferencia no puede ser libremente ejercido porque perderán esa libertad por ser influidos por la 'takrima'. Su derecho al voto quedará sometido a la 'takrima'".⁸⁴ La Corte Superior no observó "ningún objetivo lícito que pretendan alcanzar las disposiciones de la 'takrima' aparte de legalizar la corrupción en las campañas electorales" (en [2006] TZHC 1 (24 de abril de 2006)). Otro ejemplo es el sistema keniano tradicional de *harambees*, que exige a las personas que contribuyan al financiamiento de proyectos comunitarios. Sin embargo, de acuerdo con un informe keniano presentado ante su Ministerio de Justicia, "el espíritu del *harambee* ha sufrido una metamorfosis que ha generado graves abusos. Ha sido vinculado a la aparición de prácticas opresivas y extorsionistas, así como al afianzamiento de la corrupción y el abuso de poder".⁸⁵ Ante esta situación, con tales formas de corrupción que de hecho pervierten las costumbres tradicionales, es comprensible que las personas afectadas en distintas regiones y culturas del mundo se hayan manifestado, ya sea en la Plaza Tahrir en El Cairo o en el Maidan en Kiev, en Caracas o en la Ciudad de México, no sólo por la libertad y precios justos, sino también en contra de la corrupción de las élites.

⁸³ Véanse más arriba las notas a pie 51 y 52 y el texto que las acompaña.

⁸⁴ Tribunal Superior de Tanzania, Caso Civil núm. 77, *Legal and Human Rights Centre and Others vs. Attorney General*, [2006] TZHC 1 (24 de abril de 2006), p. 37 [traducción no oficial].

⁸⁵ Informe presentado por el Grupo de Trabajo sobre Cobros Públicos o 'Harambees' al Ministro de Justicia de Kenia en diciembre de 2003, citado en ICSID, *Caso No.Arb/00/7*, párr. 134 [traducción no oficial].

C. El caso especial del derecho a la propiedad

La corrupción que afecta al derecho a la propiedad privada merece una evaluación separada. Cuando los funcionarios públicos se enriquecen despojando a grandes empresas, sus actos constituyen varios crímenes que podríamos reunir bajo el paraguas de la corrupción. Desde la perspectiva de los derechos, sus acciones, si son imputables al Estado, pueden equivaler a violaciones del derecho a la propiedad (expropiaciones de facto u otro tipo de transgresiones). El derecho a la propiedad está protegido, por ejemplo, en virtud del artículo 1o. del Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), a tratados regionales o bilaterales de protección de las inversiones, y del artículo 13 del Tratado sobre la Carta de Energía (TCE) (ONU, 1994, 2080 UNTS 95). Existen dos conocidos procedimientos de arbitraje inversor-Estado que tratan el tema de la corrupción. En *World Duty Free* se efectuó un pago en efectivo de 2 millones de dólares al presidente Daniel Moi, como una donación personal de un inversionista extranjero, a cambio del permiso para establecer y operar tiendas *duty free* en aeropuertos kenianos.⁸⁶ Más tarde, *World Duty Free* alegó que había sido expropiado ilícitamente en Kenia. El tribunal de arbitraje calificó la donación como un soborno contrario a la "política pública transnacionalizada". Por ello, el contrato no podía ser respetado (ICSID, Caso No. ARB/00/7, párr. 157) y la demanda de *World Duty Free* fue rechazada.

Por el contrario, la demanda de la firma Yukos contra Rusia sí fue aceptada. El laudo arbitral Yukos de 2014,⁸⁷ emitido por un tribunal constituido en virtud del TCE, ha sido elogiado por demostrar el potencial del "arbitraje de inversión para exponer la corrupción y actuar como control externo de los Estados corruptos" (Jouravleva, 2014). En *Yukos*, un tribunal arbitral consideró a Rusia

⁸⁶ ICSID, Caso No. ARB/00/7, párr. 133. El inversionista actuó primero bajo el nombre de "House Perfume" (ubicado en Dubái), y después bajo el nombre de "Duty Free Ltd" (incorporado bajo las leyes de la Isla de Man).

⁸⁷ Corte Permanente de Arbitraje, Caso núm. AA 227, *In the Matter of an Arbitration before a Tribunal Constituted in Accordance with Art. 26 of the ECT and the 1976 UNCITRAL Arbitration Rules between Yukos Universal Limited (Isle of Man) and the Russian Federation*, Laudo Final, 18 de julio de 2014, «<https://pcacases.com/web/view/61>». El laudo fue anulado por el Tribunal de Apelaciones de La Haya, decisión del 20 de abril de 2016, pero la decisión relativa a la anulación no es definitiva, recurso presentado ante el Tribunal de Apelaciones de La Haya el 28 de julio de 2016, pendiente de resolución a fecha de septiembre de 2018.

responsable por violar su obligación bajo el artículo 13 del TCE por tomar una medida "equivalente a una nacionalización o expropiación".⁸⁸ Esta expropiación de facto fue realizada por la Federación Rusa a través de la bancarrota deliberada y liquidación de *Yukos* por motivos políticos y económicos para apropiarse de sus activos valiosos.⁸⁹ El tribunal arbitral describió en detalle las acciones corruptas tomadas por el gobierno en contra de *Yukos*, incluyendo "acoso, intimidación y arrestos".⁹⁰ La consecuencia jurídica de la violación de Rusia del TCE consiste en la atribución de responsabilidad internacional a Rusia, lo cual incluye la obligación de otorgar reparaciones por el daño en forma de compensación económica (de acuerdo con los principios de los artículos 31 y 36 del Proyecto de Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, especificados en el artículo 13 del TCE). En aplicación de estos principios, el tribunal ordenó a la Federación Rusa pagar 50,000 millones de dólares por los daños a *Yukos*.

En tales casos de gran corrupción, el enfoque basado en los derechos humanos no parece tener ningún valor agregado, debido a las características específicas de esta constelación. Primero, en los procedimientos transnacionales o internacionales, la mayoría de los titulares de este derecho –inversores extranjeros– son personas morales, no personas físicas y, por tanto, no son seres humanos con intereses y necesidades humanas. Junto a ello, la propiedad privada en ocasiones se califica de no ser un derecho humano "esencial" o "fundamental" (Van Boven, en Vasak y Alston, 1982, p. 43).⁹¹ Por último, a diferencia de la protección internacional de los derechos humanos habitualmente afectados por la corrupción

⁸⁸ Véase Corte Permanente de Arbitraje, *Caso núm. AA 227*, resumen del tribunal, párrs. 1580-1585.

⁸⁹ *Ibidem*, párrs. 756, 1579. En paralelo a los procedimientos arbitrales, el TEDH determinó una violación de los derechos a un proceso equitativo y a la propiedad, y concedió un importe de 1,900 millones de euros a *Yukos* en concepto de satisfacción equitativa. TEDH, *Caso OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos vs. Russia*, App. No. 14902/04, sentencia sobre el fondo del 8 de marzo de 2012; sentencia sobre la satisfacción equitativa del 15 de diciembre de 2014.

⁹⁰ Corte Permanente de Arbitraje, *Caso núm. AA 227*, párrs 761-812. El tribunal consideró creíble al testigo del demandante que describió en detalle como una unidad especial de 50 personas fue establecida dentro de la Oficina del Fiscal General para "trabajar exclusivamente en la fabricación de pruebas contra el Sr. Khodorkovsky y Yukos" (párrs. 767, 798-799) (traducción propia).

⁹¹ Véase, asimismo G. Arangio-Ruiz, *Fourth Report on State Responsibility*, Doc. A/CN.4/Ser. A/1992/Add.1 (Part 1) 2(1) *ILC Yearbook* (1992), 32, párr. 83 ("[L]os derechos humanos que deben ser considerados inviolables por las contramedidas, los derechos humanos 'más esenciales', no se entienden como los derechos de propiedad").

(especialmente, los derechos sociales), la protección transnacional del derecho a la propiedad, al menos en los dos importantes casos sobre corrupción decididos hasta el momento por tribunales internacionales, ha beneficiado indirectamente a unas pocas personas muy ricas que se encuentran detrás de la inversión, como a Mikhail Khodorkovsky (el fundador de *Yukos*). Segundo, en el arbitraje de inversiones, la compensación económica es una reparación principal (en lugar de la restitución en especie). Por tanto, el establecimiento de una obligación estatal de pagar compensaciones que ascienden a miles de millones de dólares o euros, terminará afectando al conjunto de la población del Estado condenado, cuyo presupuesto se verá afectado. Por el contrario, un enfoque basado estrictamente en el derecho penal pondría el foco sobre la responsabilidad personal de los funcionarios corruptos y no terminaría afectando a los contribuyentes en la misma medida. Por tanto, las violaciones del derecho a la propiedad privada mediante la corrupción son una constelación específica para la cual el enfoque de derechos humanos no encaja tanto como en relación con los derechos humanos políticos y sociales.

4. Reparaciones

Complementar los esfuerzos tradicionales anticorrupción basados en el derecho penal con estrategias basadas en los derechos humanos entraña riesgos, tiene sus costos, pero también abre paso a la posibilidad de nuevas reparaciones internacionales. El vínculo entre la corrupción y los derechos humanos, como se reconoce actualmente en la práctica, permite que la corrupción se convierta en un tema a tratar en los esquemas generales de supervisión (el Examen Periódico Universal y los informes estatales basados en tratados). Particularmente, el reconocimiento de esta conexión protege efectivamente a las instituciones de derechos humanos de reproches por actuaciones *ultra vires* (véase Rose, 2016, p. 418). Se afirma que las prácticas actuales podrían y deberían ser reforzadas en dirección de una transversalización mutua.⁹² La incorporación de los dere-

⁹² Véase, especialmente, Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos y Transparencia Internacional (preparado por Magdalena Sepúlveda Carmona), *La Integración de los Derechos Humanos en la Agenda de Combate a la Corrupción: Retos, Posibilidades y Oportunidades* (2011).

chos humanos dentro de los esfuerzos anticorrupción significaría que el respeto a éstos sería una de las metas de la lucha anticorrupción desde el principio. En la práctica jurídica esto implicaría una interpretación de todos los delitos penales relacionados con la corrupción, de manera que se tomen en consideración los derechos humanos de las víctimas.

De manera complementaria, los procedimientos internacionales de derechos humanos podrían y deberían prestar atención a la corrupción de la siguiente manera (Boersma, 2012, pp. 376-379). En el trabajo de los organismos derivados de tratados de derechos humanos, los lineamientos para todos los informes de país y todas las observaciones finales relativas a un país deberían incluir la corrupción como un punto que debe abordarse. La práctica reciente de órganos de tratado,⁹³ principalmente del CDESC,⁹⁴ de profundizar en la necesidad de la lucha contra la corrupción con mayor detalle es bien recibida y debería extenderse. De la misma manera, los mandatos de los relatores especiales y expertos independientes sobre derechos humanos deberían incluir el tema de la corrupción. La práctica emergente en este sentido también debería ser reforzada.⁹⁵

⁹³ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales sobre Madagascar, Doc. CCPR/C/MDG/CO/4, 22 de agosto de 2017, párrs. 11-12; Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales sobre Camerún, Doc. CCPR/C/CMR/CO/5, 30 de noviembre de 2017, párrs. 9-10, 37-38; Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales sobre Rumanía, Doc. CCPR/C/ROU/CO/5, 11 de diciembre de 2017, párrs. 7-8. Véanse ejemplos adicionales más arriba en las notas 24 y 26.

⁹⁴ Véanse entre las observaciones finales CDESC, Observaciones Finales sobre Pakistán, Doc. E/C.12/PAK/CO/1, 20 de julio de 2017, párrs. 17-18; CDESC, Observaciones Finales sobre la Federación Rusa, Doc. E/C.12/RUS/CO/6, 16 de octubre de 2017, párrs. 18-19; CDESC, Observaciones Finales sobre Colombia, Doc. E/C.12/COL/CO/6, 19 de octubre de 2017, párrs. 21-22; CDESC, Observaciones Finales sobre Moldavia, Doc. E/C.12/MDA/CO/3, 19 de octubre de 2017, párrs. 16-17; CDESC, Observaciones Finales sobre la República de Corea, Doc. E/C.12/KOR/CO/4, 19 de octubre de 2017, párrs. 13-14.

⁹⁵ Véase especialmente el informe de 2017 del Relator especial sobre el derecho a la salud, Dainius Puras; Informe sobre Salud, UN Doc. GA 72/137. Relator Especial Léo Heller, Informe sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, Asequibilidad de los Servicios de Agua y Saneamiento, Doc. A/HRC/30/39, 5 de agosto de 2015, párrs. 19-20, 55 (sobre "los costos de la corrupción"); Relator Especial Urmila Bhoola, Informe sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Informe temático sobre la erradicación de las formas contemporáneas de la esclavitud en las cadenas de suministro, Doc. A/HRC/30/35, 8 de julio 2015, párrs. 23, 43, 46, 62; Relator Especial Kishore Singh, Informe sobre el derecho a la educación: Protección del derecho a la educación contra la comercialización, Doc. A/HRC/29/30, 10 de junio de 2015, párrs. 93, 119, 121; Estudio final sobre las corrientes financieras ilícitas, los derechos humanos y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, Doc. A/HRC/31/61, 15 de enero de 2016, párrs. 5, 75.

La ampliación de estos mandatos implicaría costos muy bajos en términos de recursos humanos y financieros.

Debería permitirse que, en la Revisión Periódica Universal, así como en la supervisión de tratados específicos, participen no sólo las ONG de derechos humanos, sino también las ONG especializadas en la lucha contra la corrupción. Las ONG especializadas podrían aportar la información y los conocimientos sobre la corrupción, de los cuales carecen por el momento las instituciones de derechos humanos. Se podría concebir también una nueva observación general sobre la corrupción y los derechos humanos que se aplicase a todos los tratados. Finalmente, se podría incluir un mandato anticorrupción en los estándares internacionales que regulasen las competencias de las instituciones nacionales de derechos humanos.⁹⁶ La posibilidad de determinar violaciones de derechos humanos, tal y como se ha examinado en este artículo, permitiría la creación y el uso de estrategias jurídicas más específicas e individualizadas que las que se acaban de mencionar. Para fundamentar una denuncia o comunicación individual a los comités de derechos humanos, a los tribunales regionales de derechos humanos y a los procedimientos arbitrales, la víctima debe formular el argumento de que el comportamiento corrupto ha violado de hecho derechos humanos específicos en casos concretos. Hemos visto que esta determinación más rigurosa de una violación se enfrenta a numerosos problemas doctrinales. Al final, los tribunales y comités de derechos humanos existentes pueden, y de hecho ya lo hacen, incorporar la corrupción en sus procesos, y pueden reconocer la corrupción como factor agravante de las violaciones de derechos humanos, sin la necesidad de conceptualizar la corrupción como una violación de derechos humanos *tout court*.

Sin embargo, tal reflexión parece importante para dilucidar la estructura de los derechos sociales, el conjunto de derechos más afectado por la corrupción. Hasta ahora la pregunta de en qué momento se viola realmente un derecho

⁹⁶ Varias instituciones nacionales de derechos humanos ya tienen encomendado dicho mandato. Véase Consejo de Derechos Humanos, *Mejores prácticas*; Declaración de Azerbaiyán, párr. 99; Declaración de Perú, párr. 104.

social en un caso en particular, en el sentido de que constituya un incumplimiento del derecho internacional que desencadene responsabilidad estatal, no ha sido resuelta del todo. Por ejemplo, hasta el momento, no queda claro qué hechos pueden ser apropiadamente calificados como una "restricción de" o como una "interferencia con" un derecho social, como sí queda claro con los derechos civiles y políticos. Debido a la escasez de mecanismos internacionales de denuncia individual en el ámbito de los derechos sociales, los órganos de supervisión que examinan los informes de país y realizan evaluaciones generales no se han visto obligados a emitir afirmaciones explícitas sobre estos asuntos. Esto ha cambiado con la entrada en vigor del Protocolo Facultativo del PIDESC, el cual permite las comunicaciones individuales. El CDESC se enfrentará a los problemas del umbral de la violación, de la causalidad y de la atribución. El estudio de estos elementos en el área de la corrupción ha puesto en relieve lo excesivamente complicado que es aplicarlos en el área de derechos humanos sociales.

En general, los beneficios de la perspectiva de derechos humanos se ven disminuidos en el sentido de que los mecanismos internacionales son en sí mismos débiles cuando se trata de implementar los derechos humanos. Ciertamente, las instituciones nacionales son las ejecutoras principales de los derechos humanos internacionales.⁹⁷ Si un tribunal nacional condenara a los órganos del Estado por una violación de derechos humanos a causa de la corrupción, sería una fuerte sanción. En muchos Estados, sin embargo, no se puede esperar esto debido a la corrupción del sistema judicial.⁹⁸ Esto significa que la perspec-

⁹⁷ Por ejemplo, una organización no gubernamental de España presentó una comunicación ante la Comisión Africana para los Derechos Humanos y de los Pueblos (ACHPR, por sus siglas en inglés), alegando que la familia del presidente de Guinea Ecuatorial (la familia Obiang) había desviado los recursos naturales de los ecuatoguineanos para su beneficio propio, estableciendo y manteniendo un sistema corrupto dentro del Estado, con lo que violó una serie de derechos garantizados en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: el derecho a los recursos naturales (art. 21), el derecho al desarrollo (art. 22), el derecho a la salud (art. 16), el derecho a la educación (art. 17.1), y el derecho a adquirir propiedad privada en forma legal (art. 14). La ACHPR declaró la comunicación inadmisibles por la falta de agotamiento de los recursos internos. ACHPR, *Caso Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDHE) vs. Equatorial Guinea*, Comunicación 347/07, Decisión sobre Inadmisibilidad, 12-16 de diciembre de 2011. Probablemente, el requisito de agotar los recursos internos debería ser abordado en forma flexible. En constelaciones de corrupción extrema *prima facie* de la judicatura, el recurso a los tribunales nacionales no debería ser requerido por los organismos internacionales de supervisión.

⁹⁸ Véase más nota 20 *supra*. CNUCC, art. 11(1) (sobre la independencia e integridad de la judicatura como elemento crucial para combatir la corrupción).

tiva de derechos humanos no necesariamente empodera a las víctimas individuales de la corrupción en el sentido práctico de abrirles nuevos canales de acceso a la justicia. Sin embargo, en los sistemas regionales de derechos humanos, las denuncias individuales podrían estar basadas en alegaciones de corrupción, y las conclusiones relacionadas con dicha alegación podrían conllevar pronunciamientos judiciales sobre reparaciones sistémicas, a poder obtener mayores sumas en concepto de justa satisfacción, y a una supervisión de cumplimiento más robusta. Por el contrario, a nivel universal, el efecto de potenciación del enfoque basado en los derechos humanos es, principalmente, simbólico.

5. Conclusión

En términos de teoría comunicacional, el 'marco' de los derechos humanos para la corrupción está asociado con una nueva prerrogativa de interpretación. De manera importante, la prerrogativa también cambia en términos institucionales, se aleja del Banco Mundial y se acerca al Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Potencialmente, este nuevo poder discursivo implica un nuevo poder de acción. En términos de teoría jurídica, la conexión entre el derecho anticorrupción y la protección de los derechos humanos es un ejemplo de la integración sistémica de dos subáreas del derecho internacional. También se puede contemplar el enfoque de derechos humanos sobre los instrumentos anticorrupción como la constitucionalización de estos últimos. Al elevar la corrupción a un asunto constitucional, el nuevo marco hace que la lucha contra la corrupción sea una preocupación todavía más legítima de la comunidad internacional. Algunos internacionalistas pueden quejarse de que esto conduce a un "derecho-humanismo" (*human rightism*) (Pellet, 2000, p. 3) o a una "soberbia" de los derechos humanos (Posner, 2014, p. 148). De hecho, existe un riesgo en el uso excesivo del lenguaje de los derechos humanos. En consecuencia, el enfoque de la corrupción basado en los derechos humanos no debería ser utilizado como una panacea.

El lenguaje del derecho en general (y el de los derechos, en particular) es limitado, tal y como destaca la crítica del enfoque de la corrupción basado en los

derechos humanos (Rose, 2016, p. 430).⁹⁹ En particular, un análisis jurídico no puede responder el "porqué" y el "cómo", la corrupción persiste obstinadamente. Pero éste no es su propósito. Un enfoque jurídico (a diferencia, por ejemplo, de la economía del desarrollo) no pretende identificar los patrones o causas políticas, económicas o psicológicas de la corrupción o cualquier otro daño social. Más bien, la función de una investigación jurídica, y especialmente una basada en los derechos, tiene tres aspectos principales: el análisis basado en los derechos pretende establecer una distinción entre el comportamiento lícito e ilícito; permite articular las demandas de justicia; y, puede posibilitar el uso del sistema jurídico para rectificar y eliminar situaciones de ilegalidad. Por supuesto, la ley y la institución de los derechos son sólo un modo de gobernanza entre otros, con efectos tal vez modestos. Como en todos los modos de gobernanza, los costos de su uso deben evaluarse adecuadamente, especialmente en comparación con las alternativas. Con respecto a la corrupción, el enfoque basado exclusivamente en el derecho penal no ha funcionado muy bien hasta el momento, lo cual sugiere la posibilidad de probar estrategias complementarias.

A efectos prácticos, el esfuerzo mundial contra la corrupción no necesita nuevas reglas sino más bien una mejor implementación. El enfoque de derechos humanos puede contribuir a cerrar tal brecha de implementación. El pleno reconocimiento de que la corrupción menoscaba el disfrute de los derechos humanos permite a órganos de supervisión de derechos humanos universales y no contenciosos abordar legítimamente la corrupción en detalle, sin excederse en su mandato. No obstante, si la corrupción en sí misma puede constituir una violación de derechos humanos que pueda ser alegada en un procedimiento individual de denuncia es una cuestión diferente. Demostrar una violación en términos tanto del argumento jurídico como de la prueba es difícil pero no imposible, como este artículo ha intentado mostrar. Al contribuir al cambio del marco de referencia, y al abrir nuevas opciones para la supervisión y el litigio, la pers-

⁹⁹ Esta crítica se solapa con las objeciones contra una "sobrelegalización" (*over-legalization*) de las sociedades y las dudas sobre el enfoque basado en los derechos humanos para otros asuntos relacionados con la gobernanza (que van desde el desarrollo, pasando por la democracia, hasta la protección ambiental).

pectiva de derechos humanos puede complementar de manera útil el enfoque de la corrupción basado en el derecho penal, y así contribuir al cumplimiento de los objetivos de desarrollo de la Agenda 2030.

Fuentes

Alston, P. y Quinn, G. (1987), "The Nature and Scope of State Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *Human Rights Quarterly* (9) 2: 156-229.

Boersma, M. y Nelen H. (eds.) (2010), *Corruption and Human Rights: Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge: Intersentia.

Boersma, M. (2012), *Corruption: A Violation of Human Rights and a Crime under International Law?*, Cambridge: Intersentia.

Bridenthal, R. (2013), "Introduction", en Bridenthal, R. (ed.), *The Hidden History of Crime, Corruption, and States*, Nueva York-Oxford: Berrghahn.

Castellanos-Jankiewicz, L. (2012), "Causation and International State Responsibility", *Amsterdam Law School. Research Paper No. 2012*. «<https://ssrn.com/abstract=2039268>».

Crawford, J. (2013), *State Responsibility: The General Part*, Cambridge: Cambridge University Press.

Comisión Internacional de Juristas (2016), *Judicial Accountability: International Standards on Accountability Mechanisms for Judicial Corruption and Judicial Involvement in Human Rights Violations*, Practitioners Guide No. 13. Suiza: International Commission of Jurist.

Guo, X. (2014), "Controlling Corruption in the Party: China's Central Discipline Inspection Commission", *The China Quarterly* (219): 597-624.

Ivory, R. (2014), *Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law*, Cambridge: Cambridge University Press.

Jouravleva, A. (2014), "Investment Arbitration as a Check on Corruption: The Yukos Award", Global Anticorruption Blog. 12 de noviembre de 2014, WordPress.

Kaufmann, D. y Vicente, P. (2011), "Legal Corruption", *Economics and Politics* (23) 2: 195-219.

Kennedy, D. W. (1999), "The International Anti-Corruption Campaign", *Connecticut Journal of International Law* (14): 455-465.

Kingsbury, D. y Engle Merry, E. (2015), "Introduction: The Local-Global Life of Indicators: Law Power, and Resistance", en Engle Merry, S., Davis K. E., y Kingsbury. B., (eds.), *The Quiet Power of Indicators: Measuring Governance, Corruption and Rule of Law*, Nueva York, Cambridge University Press.

Kofele-Kale, N. (2000), "The Right to a Corruption-Free Society as an Individual and Collective Human Right: Elevating Official Corruption to a Crime under International Law", *International Lawyer* (34) 1: 149-178.

Korte, M. (2014), "Commentary on § 331", en Joecks, W. y Miebach K. (eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, 2a. ed.

Kumar, C.R. (2011), *Corruption and Human Rights in India Comparative Perspectives on Transparency and Good Governance*, Oxford: Oxford University Press.

Kulamadayil, L. (2018), "When International Law Distracts: Reconsidering Anti-Corruption Law", *ESIL Reflections* (7) 3.

Landman, T. y Schudel, C. J. W. (2007), "Corruption and Human Rights, Empirical Relationships and Policy Advice". Documento de trabajo.

Lapper, R. (2013), "Understanding Corruption in Education as a Human Rights Issue", en *Transparencia Internacional et al. (eds.), Global Corruption Report: Education* (16-20). Abdington: Routledge.

Llamzon, A. (2014), *Corruption in International Investment Arbitration*, Oxford: Oxford University Press.

Olaniyan, K. (2014), *Corruption and Human Rights Law in Africa*, Oxford-Portland: Hart Publishing.

Pearson, Z. (2001), "An International Human Rights Approach to Corruption", en Larmour, Py Wolanin, N. (eds.), *Corruption and Anti-Corruption* (30-61), ANU Press.

Pellet, A. (2000), "'Human Rightism' and International Law", *Italian Yearbook of International Law* (10): xvii-16.

Peters, A. (2016), *Beyond Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press.

Plakokefalos, I. (2015), "Causation in the Law of State Responsibility and the Problem of Overdetermination: In Search of Clarity", *European Journal of International Law* (26) 2: 471-492.

Posner, E. (2014), *The Twilight of Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press.

Rajagopal, B. (1999), "Corruption, Legitimacy and Human Rights: The Dialectics of a Relationship", *Connecticut Journal of International Law* (14) 2.

Rose, C. (2015) *International Anti-corruption Norms: Their Creation and Influence on Domestic Legal Systems*, Oxford, Oxford University Press.

_____ (2016), "The Limitations of a Human Rights Approach to Corruption", *International and Comparative Law Quarterly* (65) 2: 405-438.

Rose-Ackerman, S. (2013), "Introduction: The Role of International Actors in Fighting Corruption", en Rose-Ackerman, S. y Carrington, P. (eds), *Anti-Corruption Policy: Can International Actors Play a Constructive Role?*, Durham, North Carolina: Carolina Academic Press.

Schefer, K. N. (2010), "Causation in the Corruption-Human Rights Relationship", *Rechtswissenschaft* (1): 397-425.

Sepúlveda-Carmona, M. (2003), *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerp: Intersentia.

Sepúlveda-Carmona, M. y Terracino, J. (2010), "Corruption and Human Rights: Making the Connection", en Boersma, M. y Nelen, H. (eds.), *Corruption and Human Rights: Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge: Intersentia.

Spalding, A. B. (2014), "Corruption, Corporations and the New Human Right", *Washington University Law Review* (91) 6: 1365-1428.

Terracino, J. B. (2012), *The International Legal Framework against Corruption: States' Obligations to Prevent and Repress Corruption*, Cambridge: Intersentia.

Van Boven (1982), "Distinguishing Criteria of Human Rights", en Vasak, K. y Alston, P. (eds.), *The International Dimension of Human Rights* (43-60), Connecticut: UNESCO.

Van Klaveren (2002), "Corruption as a Historical Phenomenon", en Heidenheimer, A. J. y Johnston, M. (eds), *Political Corruption: Concepts and Contexts*. Londres: Routledge.

Wouters, J., Ryngaert, C. y Cloots, A. S. (2013), "The International Legal Framework against Corruption: Achievements and Challenges", 14 *Melbourne Journal of International Law* (14): 205-280.

ONU

Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa (2018), *Handbook on European Non-Discrimination Law*, Luxemburgo: Publicaciones oficiales de la Unión Europea.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Discurso de apertura del Panel sobre las consecuencias negativas de la corrupción en los derechos humanos, 13 de marzo de 2013, 8-10.

Asamblea General (2017). Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. UN Doc. GA 72/137, 14 de julio de 2017.

CDESC, Observación General No. 1, Informes de los Estados Partes (1989).

_____, Observación General No. 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (art. 2, párr. 1) (1990).

_____, Observación General No. 12, *El Derecho a una alimentación adecuada* (art. 11) (1999).

CDI, Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos (ARSIWA), UN Doc. A/56/83, 3 de agosto de 2001.

CEDH, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, *Handbook on European Non-Discrimination Law* (2018), p. 42.

CIDH, Caso *Irma Flaquer vs. Guatemala*, Acuerdo de Solución Amistosa, Petición 11.766, Informe No. 67/03, 10 de octubre de 2003.

CIJ, Caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, sentencia del 26 de febrero de 2007, ICJ Reports (2007) 43, párr. 431.

Comisión de Derechos Humanos (2005). Informe provisional presentado por la Relatora Especial, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/18, 22 de junio de 2005.

_____ (2005). Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Resolución E/CN.4/Sub.2/2005/L.24/Rev.1, 5 de agosto de 2005.

Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Informe provisional presentado por la Relatora Especial, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/18, 22 de junio de 2005, párr. 24.

_____, La corrupción y sus repercusiones en el pleno disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales, Informe preliminar de la Relatora Especial, Sra. Christy Mbonu, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2004/23, 7 de julio de 2004, párrs. 5 y 57.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Lineamientos para la Preparación de los Indicadores de Progreso en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OEA/Ser.L/V/II.132, Doc. 14, 19 de julio de 2008, p. 24; Convención Interamericana contra la Corrupción 1996, 35 ILM 724 (1996).

Comité de Derechos Humanos, Benin, Doc. CCPR/C/BEN/CO/2, 23 de noviembre de 2015, párrs. 28-29.

_____, Concluding Observations on the Second Periodic Report of Benin, Doc. CCPR/C/BEN/CO/2, 23 de noviembre de 2015, párr. 29.

_____, Costa de Marfil, Doc. CCPR/C/CIV/CO/1, 28 de abril de 2015, párr. 20.

_____, Observaciones Finales al Segundo Informe Periódico de Camboya, Doc. CCPR/C/KHM/CO/2, 27 de abril de 2015, párr. 14. Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 1966, 999 UNTS 171.

Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero a quinto combinados en Nepal, Doc. CRC/C/NPL/CO/3-5, 8 de julio de 2016.

Consejo de Derechos Humanos (2008), La función del buen gobierno en la promoción de los derechos humanos, UN Doc. A/HRC/RES/7/11.

_____ (2015), Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, UN Doc. A/HRC/28/73, 5 de enero de 2015.

_____ (2015), Las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, A_HRC_Res. 29/11, 2 de julio de 2015.

_____ (2016), Mejores prácticas para luchar contra las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de todos los derechos humanos, A/HRC/32/22. «<https://www.refworld.org/es/docid/576b84c74.html>».

Consejo Económico y Social. Observación General núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales. E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), 1969, 1155 UNTS 331.

Convención Interamericana contra la Corrupción, 1996, 35 ILM 724 (1996).

Corte Constitucional de Sudáfrica, *South African Association of Personal Injury Lawyers v. Health and Others*, 28 de noviembre de 2000, (CCT 27/00) [2000] ZACC 22, párr. 4.

Corte de Justicia de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (Corte CEDEAO), *Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) v. Federal Republic of Nigeria*, sentencia del 14 de diciembre de 2012, párr. 32.

Corte IDH, Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 4 de julio de 1988, Series C No. 4, párr. 172.

Corte Penal Internacional, *Situación de la República Democrática del Congo en el caso del Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06), Trial Chamber I, 7 de agosto de 2012, párr. 248.

Corte Suprema de la India, Apelación penal No. 1648, *State of Maharashtra through CBI, Anti Corruption Branch, Mumbai v. Balakrishna Dattatrya Kumbhar*, 15 de octubre de 2012, [2012] 9 S.C.R. 601, p. 602, párr. 14.

Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Directrices de Maastricht, 1997), reimprimadas en *Human Rights Quarterly* 20 (1998), 691-704, párr. 11.

EECC, *Final Award: Ethiopia's Damages Claims*, 17 de agosto de 2009, reimpresso en (2009) 26 UNRIAA 631, p. 733, párr. 330.

Knaul, G., Relator Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados, Informe sobre la Rendición de Cuentas, UN Doc. A/HRC/26/32, 28 de abril de 2014.

Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (2011).

OECD Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, 1997, 2802 UNTS 225.

ONU Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), 2003, 2349 UNTS 41. CNUCC, 2349 UNTS 41. No. 42146.

_____, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), 2004. Disponible en: «<https://bit.ly/2RHTa3P>».

_____, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), 1966, 993 UNTS 3.

_____, Tratado sobre la Carta de la Energía, 1994, 2080 UNTS 95.

Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1986), reimpresos en 9 *HRQ* (1987) 122.

Presidente del Banco Mundial James D. Wolfensohn, Discurso sobre los pueblos y el desarrollo, 1 de octubre de 1996.

Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas, Centro de Gobernabilidad de Oslo, *The Impact of Corruption on the Human Rights Based Approach to Development* (2004).

TEDH, Caso *Delcourt vs. Bélgica*, App. No. 2689/65, 17 de enero de 1970, párr. 31.

Transparency International (2018), *Exporting Corruption: Progress Report 2018: Assessing Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention*.

TRAYECTORIAS CONSTITUCIONALES

¿Cómo reparar las violaciones a los derechos económicos y sociales? Un análisis crítico de la jurisprudencia constitucional colombiana

*How to Redress Economic and Social Rights Violations?
A Critical Analysis of the Colombian Constitutional Jurisprudence*

CARLOS BERNAL PULIDO*

Resumen

Este artículo presenta un análisis crítico sobre la manera mediante la cual la Corte Constitucional colombiana ha abordado la reparación de violaciones de derechos económicos y sociales. Para lograr esta tarea conecta este asunto con las preguntas sobre cómo la Corte determina el alcance de estos derechos y las acciones específicas que los titulares de los deberes deben realizar para satisfacerlos. El artículo muestra que la Corte Constitucional colombiana se ha percibido a sí misma como una Corte transformadora. Esta autopercepción ha llevado a la Corte a emitir dos tipos de remedios: remedios fuertes en casos individuales y remedios estructurales; ambas estrategias son evaluadas a partir del fallo relacionado con un caso sobre la protección de los derechos económicos y sociales de personas desplazadas internamente. El autor destaca las virtudes y deficiencias de los remedios y sugiere maneras para fortalecer los del primer tipo.

* Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia.

Agradezco a Sandra Liebenberg por sus valiosos comentarios y sugerencias. La traducción al español estuvo a cargo de Sebastián Valencia.

Palabras clave: Derechos económicos y sociales; derechos positivos; remedios, órdenes estructurales; remedios dialógicos.

Abstract

This paper presents a critical analysis of the way in which the Colombian Constitutional Court has addressed the redress of economic and social rights violation. It accomplishes this task by connecting this issue with the questions on how the Court determines the scope of those rights and the specific actions that the duty-bearers ought to perform for satisfying them. The paper shows that the Colombian Constitutional Court has perceived itself as a transformative court. This self-perception has led the Court to issuing two singular kinds of remedies: strong remedies in individual cases and structural remedies. With the help of a case analysis of a judgment concerning the protection of economic and social rights of internally displaced persons, the paper assesses both strategies. It highlights their virtues and shortcomings, and suggests ways for strengthening the former, while, at the same time, minimizing the latter.

Keywords: Economic and Social Rights; Positive Rights; Remedies; Structural Orders; Dialogical Remedies.

1. Introducción

El afianzamiento de los derechos económicos y sociales en una Constitución, junto con la asignación del poder y el deber de hacerlos cumplir a un tribunal constitucional, da lugar al menos a cinco preguntas. Primero, si la corte constitucional debe determinar el alcance de los derechos, por ejemplo, el conjunto de derechos específicos y otras posiciones legales –negativas y positivas– de los individuos que las provisiones de derechos constitucionales protegen.¹ Segundo, si es así, ¿cómo debe lograr la corte esta tarea?² Tercero, ¿cómo determinar quiénes son los titulares de los deberes que están correlacionados con los derechos

¹ En contraste con la tendencia de la jurisprudencia constitucional sudafricana, estoy de acuerdo con la afirmación de David Bilchitz (2017, p. 187) sobre que ésta es una de las principales tareas que una corte constitucional debe llevar a cabo, en relación con la adjudicación y efectivización de los derechos económicos y sociales (Bernal Pulido, 2017a, pp. 99-160).

² Hay varios criterios en juego; entre ellos se encuentran: la razonabilidad, el contenido mínimo y el análisis de proporcionalidad. Véanse Liebenberg (2013, p. 145) y Bernal Pulido (2017b).

económicos y sociales?³ Cuarto, ¿cómo determinar el contenido de estos deberes, a saber, las acciones que los titulares de los deberes deben realizar? Quinto, en los casos en que los portadores de deberes no cumplan con sus obligaciones, ¿cuáles son los remedios apropiados?

Este artículo presenta un análisis crítico de la manera en la cual la Corte Constitucional colombiana ha abordado los dos últimos asuntos en conexión con los dos primeros. Mientras la sección 2 introduce un análisis de la estructura de los derechos económicos y sociales, la sección 3 explora qué es una violación de un derecho económico y social. Este análisis muestra por qué, en contraste con el ámbito de las libertades, en la adjudicación de los derechos económicos y sociales positivos los jueces disfrutaban de un mayor nivel de discrecionalidad para cumplir tres tareas: (1) Determinar el nivel de satisfacción constitucionalmente requerido del derecho en cuestión; (2) Determinar el modo de satisfacción; (3) Seleccionar los remedios efectivos. La sección 4 afirma que, la manera en que la Corte Constitucional concibe su propio rol influye en el cómo lleva a cabo estas funciones. La Corte Constitucional colombiana se ha percibido a sí misma como transformadora. Esta autopercepción la ha llevado a establecer dos tipos de remedios: remedios fuertes en casos individuales y remedios estructurales. Estos remedios han retado a la concepción tradicional de separación de poderes estricta y a la opinión de que los remedios no pueden trascender a las partes del caso. Con la ayuda del análisis de caso de una decisión judicial relacionada con la protección de los derechos económicos y sociales de personas desplazadas internamente, la sección 5 explica cómo en ciertos casos la Corte ha usado una estrategia que combina cuatro elementos: la declaración de un estado de cosas inconstitucional, la construcción de un caso estructural, la elección de remedios estructurales y la retención de su competencia para supervisar el cumplimiento de los remedios. La misma sección ilustra el uso de remedios fuertes en casos individuales. Finalmente, la sección 6 evalúa ambas estrategias;

³ Hay otros titulares de deberes además del Estado (véase Bilchitz y Ausserladscheider, 2016, pp. 828-854).

destaca sus virtudes y defectos, y sugiere algunas formas para fortalecer las primeras, mientras que, al mismo tiempo, minimiza las últimas. La sección 7 establece las conclusiones.

Este análisis tiene significado teórico y práctico. La literatura sobre derechos económicos y sociales positivos en Colombia se ha enfocado, principalmente, en el primero de los temas mencionados arriba; esto es, cómo determinar el alcance de estos derechos. Autores como David Landau han elogiado las ventajas de la identificación de un contenido mínimo que debe aplicarse en todas las circunstancias (véase Landau, 2015). Desde el punto de vista teórico, el presente análisis contribuirá al campo mediante la evaluación de reflexiones sobre las opciones de reparación y sobre las relaciones entre esas opciones y la determinación del alcance de los derechos.

Desde el punto de vista práctico, y poniendo énfasis en la comparación de la experiencia constitucional colombiana con la jurisprudencia sudafricana, este artículo contribuirá a la reflexión sobre cuál sería la "mejor práctica normativamente preferible"⁴ para reparar violaciones a los derechos económicos y sociales.

2. La estructura de los derechos económicos y sociales

Los derechos económicos y sociales constituyen uno de los mayores desarrollos del constitucionalismo contemporáneo. Numerosos instrumentos internacionales y constituciones nacionales han establecido derechos humanos y constitucionales con contenido económico y social. Esto se ha convertido en una estrategia generalizada para abordar los temas de la pobreza, necesidades básicas insatisfechas, carencia de recursos para asegurar una vida digna y la distribución desigual de oportunidades y riquezas.

⁴ Sobre la relevancia del análisis comparativo con el propósito de determinar cuáles son las mejores prácticas normativas preferibles, véase Jackson (2012, p. 70).

Hay diversas maneras en que las constituciones protegen derechos económicos y sociales. Las constituciones pertenecientes al primer constitucionalismo liberal incluyeron disposiciones que instituían lo que Mark Tushnet denomina "derechos no justiciables" o "meramente declaratorios", esto es, derechos que las cortes no harían cumplir (2008, p. 238). Actualmente algunas constituciones siguen estableciendo derechos económicos y sociales de esta manera.⁵ A pesar de su falta de fuerza vinculante, los derechos económicos y sociales meramente declarativos poseen valor político como ideales a ser alcanzados a través del ejercicio de los poderes políticos. Adicionalmente, los jueces pueden usarlos como criterios para interpretar normas ambiguas. La rama legislativa también puede hacer referencia a ellos para justificar limitaciones a las libertades. Además, en un contexto de gobernabilidad, no solamente para los estados sino también para las corporaciones y otros actores, los derechos económicos y sociales no exigibles pueden guiar la elaboración de políticas ejecutivas y corporativas; y pueden dirigir otro tipo de acciones relevantes por parte de agencias, comisiones independientes, organizaciones no gubernamentales y movimientos sociales. Si los legisladores y los diseñadores de políticas públicas y corporativas pasan por alto tales derechos, la opinión pública puede reprocharlos o censurarlos legítimamente (Young, 2012, p. 74).

Las constituciones también pueden consagrar derechos económicos y sociales justiciables o exigibles. Por ejemplo, los artículos 42 a 77 de la Constitución de Colombia garantizan, entre otros, los derechos fundamentales justiciables de los niños, mujeres embarazadas, adolescentes, personas mayores, personas con discapacidad de cualquier tipo, también como los derechos de cada ciudadano a recibir una pensión, salud, vivienda, recreación, condiciones justas en el trabajo y educación.

Las disposiciones que instituyen derechos económicos y sociales constitucionales justiciables fundamentan diferentes tipos de posiciones jurídicas.⁶ Como

⁵ Por ejemplo, el artículo 53.3 de la Constitución española indica que las provisiones constitucionales sobre derechos económicos y sociales "informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos". Estas provisiones pertenecen al Título I, Capítulo 3 de la Constitución de España, titulada: "De los principios rectores de la política social y económica".

⁶ Sobre el concepto de posición jurídica, véase Alexy (1993).

Michelman explica (2008, p. 667), las constituciones y cartas sobre derechos humanos que garantizan derechos económicos y sociales buscan alcanzar un "conjunto deseado de resultados sociales": que los "titulares de los derechos en ningún momento carezcan de los niveles considerados como adecuados de subsistencia, vivienda, salud, educación y seguridad o a los medios para obtener lo mismo (por ejemplo, a través de trabajo remunerado) para ellos mismos y sus dependientes". Con el propósito de alcanzar estos resultados, estas provisiones establecen al menos tres tipos de reclamos por parte de los titulares de los derechos. En primer lugar, reclamos de no interferencia por parte del Estado y otros individuos respecto al acceso y el disfrute de los niveles adecuados de beneficios que los titulares de los derechos ya tienen (derechos negativos). En segundo lugar, reclamos en relación con el acceso igualitario y disfrute de los titulares de los derechos a estos niveles adecuados de beneficios, en comparación con otros beneficios (derechos de igualdad). Finalmente, reclamos para habilitar, promover, proteger o garantizar el acceso de los titulares de los derechos a los niveles adecuados de beneficios reconocidos por los derechos económicos y sociales y el disfrute de ellos (derechos positivos). Un tipo especial de derecho positivo en una economía neoliberal es el derecho de los individuos a obtener protección estatal ante infracciones de actores privados.

El foco de este artículo son los derechos positivos. Estos derechos tienen la estructura triádica de una posición jurídica en la cual el titular del derecho tiene una pretensión contra el portador del deber quien, correlativamente, tiene un deber. El objeto del derecho, y al mismo tiempo del deber, es una acción que el destinatario debe realizar a favor del titular del derecho o en favor de una tercera persona (Alexy, 2009). Que la acción se realice, en cierto modo, producirá la satisfacción del derecho en cierto nivel (Bernal Pulido, 2017b, p. 500).

Como sucede con todo tipo de derechos, los casos constitucionales que comprenden la adjudicación de provisiones constitucionales que consagran derechos económicos y sociales positivos son, en algunas ocasiones, "casos difíciles" en el sentido expresado por Dworkin (1975, p. 1057). Son casos en que la Constitución no determina la acción a la que se obliga el portador del deber. Esto se debe a las circunstancias lingüísticas e institucionales en las cuales la adju-

dicación toma lugar. Estas circunstancias incluyen el hecho de que las provisiones constitucionales que consagran los derechos económicos y sociales son vagas, ambiguas y de textura abierta; que las reivindicaciones que ellas fundamentan pueden chocar con las reivindicaciones basadas en otros derechos constitucionales y principios (Dixon y Ginsburg, 2011); que puede haber desacuerdos sobre la manera apropiada de resolver tales (colisiones); y que la exigibilidad de los derechos constitucionales económicos y sociales puede implicar que los jueces revisen políticas y acciones de las autoridades políticas (Gerstenberg, 2012, p. 906).

Con respecto a la indeterminación, las constituciones consagran derechos económicos y sociales abstractos e indeterminados más que listas específicas de acciones concretas a ser realizadas por un destinatario identificable. Además, algunas provisiones constitucionales protegen los derechos económicos y sociales de una manera flexible. Ellas garantizan el acceso a beneficios más que ciertos beneficios *per se*. Por ejemplo, los artículos 26 y 27 de la Constitución de Sudáfrica otorgan "acceso" a vivienda adecuada, servicios de salud, alimentación y agua adecuadas, y seguridad social. Otras provisiones confieren derechos a ciertos bienes. Por ejemplo, el artículo 30 de la Constitución de Ecuador otorga a cada persona un derecho a "vivienda adecuada". Sin embargo, aun las provisiones más específicas, como la última citada, describen los bienes garantizados de una manera genérica. Está abierto lo que debe significar "apropiado" en el contexto del artículo 30 de la Constitución del Ecuador. Otras provisiones requieren la creación de políticas, como una "política de salud" (artículo 32 de la Constitución de Ecuador) o un "plan de vivienda" (artículo 51 de la Constitución de Colombia). A pesar de su utilidad potencial, éstas no describen los detalles de las políticas ni cuándo deben ser promulgadas. Finalmente, estas provisiones constitucionales usualmente no especifican cómo lidiar con las restricciones financieras y la escasez de recursos al momento de distribuir los beneficios a un amplio rango de titulares de derechos.

Además, la mayoría de las disposiciones sobre derechos económicos y sociales carecen de determinación con respecto al nivel y modo de satisfacción de los derechos requeridos constitucionalmente. Mientras el nivel de satisfacción se

refiere a las metas específicas que las autoridades políticas y privadas responsables deberían cumplir, el modo de satisfacción se relaciona con los medios apropiados que deben ser implementados para alcanzar dicho nivel. Por consiguiente, es difícil identificar lo que puede denominarse: el opuesto jurídico.⁷ Para establecer si un derecho ha sido violado y cómo reparar dicha violación, los jueces necesitan saber cuál es la conducta lícita que el destinatario debe realizar.

3. ¿Qué es una violación de un derecho económico y social?

La tarea de determinar el opuesto jurídico definitivo es más fácil en relación con las posiciones jurídicas de libertad. Naturalmente, los jueces aún deben determinar si una posición legal es atribuible interpretativamente al alcance semántico de una disposición constitucional que consagra una libertad. Por ejemplo, los jueces deben establecer si una libertad para hacer ciertas declaraciones –por ejemplo, declaraciones de odio– debe ser adscrita dentro del alcance de una disposición constitucional que consagra la libertad de expresión. Sin embargo, una vez que ellos ejecutan esta tarea, determinar el opuesto jurídico definitivo es una tarea sencilla. Las acciones son ilegales si interfieren con las posiciones jurídicas de libertad adscritas a las disposiciones constitucionales. El opuesto jurídico definitivo de estas acciones positivas ilegales es la omisión por parte del agente de las acciones ilegales en juego. Por tanto, el remedio judicial ante una violación de una posición jurídica de libertad puede ser una orden que ordena al agente cesar la ejecución de la acción constitucionalmente ilegal, una prohibición de repetición de la acción y una orden para recrear el estado de cosas en el cual se encontraba el titular del derecho antes de la violación.

En contraste, en relación con los derechos positivos, las omisiones son ilegales si no protegen adecuadamente el derecho en juego. Sin embargo, debido a la indeterminación del nivel y el modo de satisfacción, una omisión ilegal no tiene

⁷ Sobre este concepto, véase Lübbe-Wolff (1998).

un opuesto definitivo. Más bien, puede haber tantos opuestos como niveles posibles y modos alternativos de satisfacción.

En estas circunstancias, la adjudicación de derechos positivos implica cuatro pasos: (1) determinar el nivel de satisfacción del derecho; (2) determinar el modo de satisfacción; (3) determinar qué acciones debe realizar el titular del deber para alcanzar el nivel requerido y el modo de satisfacción del derecho; (4) Finalmente, si el destinatario del deber no ejecuta las acciones requeridas, el juez debe determinar cuál sería el remedio apropiado. Este último paso es la elección de los remedios.

Por ejemplo, respecto al derecho a la educación, la determinación de los niveles constitucionalmente requeridos de satisfacción implica establecer si todas las personas deben tener acceso a la educación secundaria, sin tener en cuenta su capacidad financiera. Si se requiere este nivel, la determinación del modo de satisfacción implica establecer, por ejemplo, en un caso en el que los solicitantes vivan en una ciudad que carece de una escuela secundaria pública, la pregunta es si se debería construir una escuela secundaria pública o si los estudiantes pueden ser inscritos en una escuela de una ciudad cercana. Supongamos que se permite la segunda opción. Por tanto, si el gobierno local es responsable de inscribir a los estudiantes en la escuela, la siguiente pregunta es: ¿qué acciones debe desarrollar el gobierno local para alcanzar la meta? Si el gobierno falla en cumplir con estas acciones, el asunto final es: ¿cuáles son los remedios apropiados que el juez debe ordenar?

Hay una relación teórica y práctica entre estos cuatro pasos, por un lado, y la determinación del alcance de los derechos económicos y sociales, por el otro. En muchos casos, la determinación de las acciones, niveles y modos de satisfacción apropiados pueden tener un papel importante en el desarrollo del contenido sustantivo de los derechos económicos y sociales sin que las cortes necesariamente se involucren en un análisis normativo fuerte y abstracto de los derechos (Ray, 2010). Esto es verdad, por ejemplo, en casos individuales en los cuales los solicitantes exigen acceso a un beneficio social específico. Si el juez ordena, como un remedio, la concesión de esos beneficios, entonces, recibir

esos beneficios se convierte en un derecho que debe estar adscrito a un derecho constitucional abstracto; sin embargo, como en el ejemplo del derecho a la educación, en otros casos los jueces determinan en primer lugar el alcance del derecho, incluidos el nivel y el modo de satisfacción. Después de esa primera etapa de análisis de los derechos, determinan las acciones concretas que debe realizar el titular de los deberes, y si éste no las ejecuta, un remedio apropiado.

4. La Corte Constitucional colombiana como una Corte transformadora

Defenderé aquí la propuesta de que la determinación del nivel y los modos de satisfacción, y la elección de los remedios dependen de cómo las cortes entienden y justifican su papel en la aplicación de los derechos económicos y sociales frente a las instituciones políticas. Estas elecciones implican para los jueces tomar posición al menos frente a dos asuntos: deferencia y prioridad. Los diferentes enfoques para la determinación de los niveles, modos de satisfacción y los remedios permiten a las cortes ser más o menos deferentes frente a otros poderes estatales –en particular, las ramas legislativa y ejecutiva–, y otorgar un nivel de prioridad en mayor o menor grado a los derechos por encima de otros intereses en competencia o consideraciones de política.

En este punto es posible introducir una distinción entre enfoques judiciales fuertes y débiles para determinar los niveles y modos de satisfacción, y la elección de los remedios. En un enfoque fuerte, las cortes tienen la última palabra frente a la determinación de estos elementos.⁸ Además, implican la emisión de órdenes judiciales que instan una "forma coercitiva de alivio".⁹ En un enfoque débil, las cortes reconocen la prioridad y autoridad epistémica de los parlamentos y gobiernos para concretar estos elementos. Este enfoque generalmente implica un diálogo entre cortes y autoridades políticas para llevar a cabo estas tareas.

⁸ Este concepto está influido por la idea de Mark Tushnet de revisión judicial en "forma fuerte": "Los tribunales ejercen una fuerte revisión judicial cuando sus juicios interpretativos son definitivos y no revisables" (Tushnet, 2008, p. 21).

⁹ De acuerdo con Rosalind Dixon (2014, pp. 51-103), esto es propiedad de los "remedios fuertes".

Como David Landau ha reconocido, los defensores del enfoque fuerte argumentan que éste "produce resultados" (2014, p. 244). Ellos afirman que este enfoque generará más satisfacción de los derechos relevantes. Además, Roach y Budlender han argumentado que "los remedios fuertes que implican un alivio obligatorio [...] serían necesarios en algunos casos y, particularmente, cuando los gobiernos son incompetentes o intransigentes respecto a la implementación de los derechos" (2005, p. 327). Sin embargo, algunos académicos, provistos de evidencia empírica, han puesto en tela de juicio este punto de vista y han argumentado que un enfoque débil puede ser no sólo más efectivo sino, que al mismo tiempo, más respetuoso de las competencias de los Poderes Legislativo y Ejecutivo (véase Rodríguez-Garavito, 2011, p. 1669 y ss).

La Corte Constitucional colombiana se ha percibido a sí misma como transformadora. Algunos fallos de la Corte colombiana revelan que ésta comparte la idea expresada en el caso *Soobramoney vs. Minister of Health*, en el cual, el juez Arthur Chaskalson, hablando en nombre de la mayoría de la Corte Constitucional de Sudáfrica, afirmó que la Constitución de 1996 tuvo el compromiso de transformar ciertos rasgos de la sociedad, tales como: "las grandes disparidades en la riqueza", el hecho de que "millones de personas estén viviendo en condiciones deplorables y en gran pobreza", "un alto nivel de desempleo, seguridad social inadecuada" y la falta de "acceso universal a agua limpia o servicio de salud adecuado". Varias generaciones de académicos y jueces de la Corte comparten que la Constitución de Colombia de 1991 busca reducir la inequidad y aliviar la pobreza, en particular, mediante el cumplimiento de los derechos económicos y sociales.

Como una Corte transformadora, la Corte Constitucional colombiana ha retado concepciones tradicionales en casos clave sobre la revisión constitucional concreta que limita los remedios a las partes del caso y proclama un respeto estricto de la separación de poderes. En contraste, en casos relevantes la Corte ha adoptado un enfoque fuerte en la adjudicación de los derechos económicos y sociales, dando prioridad a un alivio obligatorio de los derechos por encima de la deferencia y la separación de poderes. Desde esta perspectiva, la Corte misma ha determinado los modos y niveles de satisfacción y ha escogido los remedios.

En muchos casos, ha concluido que las autoridades políticas han fallado en el diseño e implementación de políticas apropiadas para satisfacer los derechos económicos y sociales, o que existen bloqueos institucionales o distribución de recursos inadecuados que llevan a políticas ineficaces o insuficientes. En esas circunstancias, a veces la Corte Constitucional se ha concebido a sí misma como la institución clave para satisfacer esos derechos, ordenando a las autoridades políticas la toma de acciones específicas.

La Corte ha tenido ese papel en casos individuales y estructurales. Un ejemplo de un caso individual relevante es la forma en la que las constituciones de Sudáfrica y Colombia abordaron el asunto de la cantidad de agua gratuita que los ciudadanos deben recibir sin importar su capacidad económica. Una comparación entre la jurisprudencia de ambos países puede poner de relieve el punto. En el caso *Mazibuko vs. Ciudad de Johannesburgo*, la Corte Constitucional sudafricana sostuvo que la política de distribución que otorgaba una cuota mensual de seis kilolitros de agua gratuita por hogar, en el sobrepoblado suburbio de Phiri, no violó la sección 27 de la Constitución. El juez O'Reagan sostuvo que era "institucionalmente inapropiado para una corte determinar con precisión lo que implica el logro de cualquier derecho económico y social en particular".¹⁰ La Corte se rehusó a escoger entre las diferentes respuestas a la pregunta sobre qué cantidad de agua era suficiente; sólo se remitió a la respuesta entregada a las autoridades políticas.¹¹

La Corte Constitucional colombiana tomó una posición diferente en la sentencia T-740/2011. En este caso se solicitó un mandamiento judicial en el que el demandante, que carecía de capacidad financiera para pagar la factura del agua, afirmaba que la suspensión del servicio por parte del proveedor, una empresa privada, violaba su derecho fundamental al agua. El demandante solicitó una

¹⁰ Caso *Mazibuko vs. City of Johannesburg*, 2009 (39) BCLR 239 (CC) (S. Afr), párr. 61.

¹¹ O'Regan J. notó que, de acuerdo con los datos del censo de 2001, 3.2 personas en promedio viven en una casa. Sobre la base de este estimado, seis kilolitros mensuales por casa equivale a 60 litros por persona al día aproximadamente. Caso *Mazibuko vs. City of Johannesburg* 2009 (39) BCLR 239 (CC) (S. Afr), párr. 88. Sin embargo, como Murray Wesson destaca (2011, p. 390), "de acuerdo con los datos del censo del 2001 había un promedio de 8.8 personas por puesto en Phiri. Bajo estas circunstancias, la cantidad básica gratuita de agua proporcionada a cada persona es de 23 litros por día."

exención del pago de las facturas por razones de pobreza. La Corte, basada en el reporte de la Organización Mundial de la Salud del año 2003, sostuvo que el contenido mínimo del derecho fundamental al agua daba el derecho a cada persona de recibir diariamente 50 litros (OMS, 2003). Cada persona es titular de este derecho sin importar su capacidad financiera o los arreglos institucionales para ofrecer el servicio de agua. La Corte ordenó al demandado proveer al demandante y a cada miembro de su familia esta cantidad de agua libre de costo por un periodo ilimitado de tiempo y sostuvo que la compañía tiene el derecho a pedir el reembolso de 50% del precio de servicio del agua al Estado.¹²

Ésta es una interpretación fuerte del alcance de los derechos, en la cual la Corte determinó por sí misma el nivel y modo requerido de satisfacción del derecho al agua. Este tipo de interpretación fuerte también dio lugar a un remedio fuerte que terminó provocando una transformación institucional. Por ejemplo, en la sentencia T-740/2011, la Corte Constitucional se consideró competente para ordenar a una compañía privada la satisfacción de un derecho. También alteró los esquemas institucional y económico de los servicios públicos, debido al impacto financiero sistémico de su decisión para las compañías, públicas y privadas, prestadoras del servicio de agua. Esta decisión se ha convertido en un precedente cuyo cumplimiento puede ser reclamado por cada ciudadano en circunstancias idénticas o análogas. Por tanto, cada ciudadano en circunstancias de vulnerabilidad tiene el derecho constitucional de reclamar 50 litros de agua gratis al día. En consecuencia, las compañías públicas y privadas de agua ahora son responsables de financiar la mitad del agua gratuita que los ciudadanos en circunstancias de vulnerabilidad tienen derecho a recibir.

5. Remedios estructurales fuertes en los macro casos y la competencia de supervisión

Hay diferentes tipos de remedios para reparar violaciones de derechos económicos y sociales positivos. Entre ellos hay remedios débiles (como la fijación de objetivos para los hacedores de las políticas públicas, recomendaciones,

¹² Como una justificación, la Corte llevó a cabo una interpretación extensiva de la ley asignándole al Estado el deber de subsidiar la mitad de las facturas del agua a los ciudadanos pobres.

exhortos u órdenes declaratorias); remedios procedimentales (como medidas que promuevan el compromiso, el diálogo y la colaboración de las partes interesadas); remedios sustantivos fuertes (que incluyen órdenes concretas o el establecimiento de resultados razonables para que el Estado los cumpla); y una combinación de remedios fuertes con la estrategia de mantener y ejercer la jurisdicción de supervisión sobre el cumplimiento de los remedios.

La Corte Constitucional colombiana ha adoptado esta última estrategia en algunos casos estructurales relevantes.¹³ Se trata de procedimientos judiciales en los cuales muchos demandantes alegan la violación de un mismo derecho, cuya satisfacción requiere la acción coordinada de varias agencias estatales en el diseño e implementación de políticas. En estos casos las cortes ordenan remedios judiciales estructurales que benefician a una población entera que va más allá de los demandantes.¹⁴

La Corte Constitucional colombiana ha resuelto notables casos estructurales, entre otros, en fallos relacionados con la falta de cumplimiento del deber del Estado de afiliar funcionarios públicos al sistema de seguridad social (sentencias SU-559/97, T-068/98, T-535/99, y SU-090/2000), con sobrepoblación carcelaria (sentencia T-153/98), y la protección deficiente otorgada a defensores de derechos humanos (sentencia T-590/98), a los derechos constitucionales de población en situación de desplazamiento interno (sentencia T-025/2004), y el derecho a la salud (sentencia T-760/2008).

En algunos de estos casos (como los relacionados con los derechos de los presos, los derechos de las personas desplazadas internamente y el derecho a la salud) la Corte Constitucional de Colombia ha declarado la existencia de un estado de cosas inconstitucional. Esta norma se refiere a una violación masiva de derechos constitucionales causada por un bloqueo institucional, el cual debe ser superado con el compromiso de varias agencias estatales. En estos

¹³ David Landau (2019) ha singularizado este modelo como el "Modelo colombiano de remedios estructurales de derechos socioeconómicos".

¹⁴ Sobre este tipo de casos, véase Rodríguez-Garavito (2011, p. 1671).

casos, la Corte ha combinado múltiples acciones judiciales constitucionales (denominadas acciones de tutela) en un caso de reforma estructural.

Finalmente, en adición a la declaración de un estado de cosas inconstitucional, la Corte Constitucional colombiana envió órdenes a los Poderes Legislativo y Ejecutivo relacionadas con el diseño y la ejecución de políticas y programas específicos en tres casos estructurales: uno relacionado con la protección de los derechos económicos y sociales de personas en situación de desplazamiento (T-025/2004); otro concerniente con la garantía del derecho a la salud, en particular, de los más vulnerables (T-760/2008); y, el último, sobre los derechos de los presos (T-388/2013 y T-762/2015). La Corte también se ha facultado con la competencia de supervisar el cumplimiento de estas órdenes en audiencias públicas anuales.

Un análisis de la sentencia T-025/2004 puede ayudar a explicar la manera en la cual la Corte colombiana ha combinado el uso de remedios estructurales y el ejercicio de la competencia de supervisión. Uno de los resultados más indignantes del conflicto armado interno colombiano es la existencia de más de 8 millones de personas desplazadas internamente —de una población de 50 millones de personas—. Desde la década de 1990 y comienzos del año 2000, grupos de personas desplazadas internamente presentaron acciones de tutela para la protección de diversos derechos constitucionales que fueron vulnerados en el marco del conflicto armado interno.

La sentencia T-025/2004 de la Corte Constitucional colombiana es un caso emblemático en relación con este asunto. Esta decisión surgió como una respuesta a 108 demandas constitucionales de tutela que presentaron 1150 familias compuestas por personas en situación de desplazamiento. Dadas las características, peticiones y argumentos en común de las demandas, la Corte Constitucional acumuló los expedientes. Los querellantes alegaron que la falta de una política pública uniforme para la protección de los desplazados internos permitió una violación masiva de varios de sus derechos constitucionales. Algunos de ellos sólo habían recibido ayuda humanitaria incompleta e intermitente. Otros no habían recibido ningún tipo de ayuda, a pesar de haber solicitado

repetidamente protección con respecto a la vivienda, el acceso al trabajo o la participación en proyectos productivos, atención médica, educación y alimentación. Las agencias estatales argumentaron falta de competencia, presupuesto insuficiente o que la ayuda humanitaria de emergencia sólo se podía otorgar por tres meses.

Los demandantes presentaron acciones constitucionales solicitando al Poder Judicial que protegiera los derechos constitucionales establecidos. La mayoría de los jueces negaron la protección de derechos solicitada principalmente por razones de procedimiento; en particular, debido a limitaciones en su competencia para emitir órdenes de política pública a las agencias estatales. Como parte de los procedimientos de queja constitucional, todas las decisiones judiciales fueron enviadas al Tribunal Constitucional para su revisión.

En su decisión, la Corte Constitucional formuló dos cuestiones jurídicas fundamentales: una procesal y otra sustantiva. La cuestión procesal es la siguiente: ¿están los jueces constitucionales facultados, en el marco de una acción constitucional, para evaluar el papel de las autoridades públicas y resolver los problemas de diseño e implementación de políticas públicas relacionadas con la asistencia a las personas en situación de desplazamiento? La cuestión sustantiva se refiere a la pregunta: ¿qué contenido constitucional y alcance de los derechos constitucionales, en particular los derechos económicos y sociales, deben tenerse necesariamente en cuenta en el diseño e implementación de políticas públicas de asistencia a las personas en situación de desplazamiento?

En cuanto a la cuestión procesal, la Corte Constitucional concluyó que las personas desplazadas internamente están en condiciones de extrema vulnerabilidad. Por tanto, los requisitos formales no deben impedir que los jueces constitucionales protejan los derechos constitucionales. Esta conclusión tuvo un fuerte impacto sobre la separación de poderes y los límites entre la justicia constitucional y la ordinaria. De acuerdo con la sentencia, el argumento de la extrema vulnerabilidad liberó a la Corte Constitucional de acatar una interpretación estricta de los límites de sus competencias; y, correlativamente, facultó

a la Corte para catalizar el diseño, la implementación y aplicación de políticas sociales que aborden la violación de derechos constitucionales.

Con respecto a la cuestión sustantiva, la Corte Constitucional reconoció que los derechos de las personas internamente desplazadas –a una vida digna, integridad personal, igualdad, trabajo, salud, seguridad social, educación, ingreso mínimo y la protección especial para las personas de edad avanzada, mujeres cabeza de hogar y niños– fueron violados masiva y repetidamente debido a las omisiones imputables a las autoridades nacionales y regionales. En efecto, la Corte declaró que las omisiones de estas autoridades condujeron a un estado de cosas inconstitucional. Este es un concepto nuevo, elaborado por el Tribunal Constitucional para describir una situación en la que se cumplen cuatro condiciones, todas ellas necesarias y suficientes: a) hay una violación masiva de varios derechos constitucionales de un gran número de personas; b) la violación ha sido causada por una omisión generalizada de las autoridades para cumplir con sus obligaciones; c) no se emitieron suficientes medidas legislativas, administrativas y presupuestales para evitar la violación de esos derechos; y d) el problema exigía una serie de acciones complejas y coordinadas por parte de varias entidades.

De acuerdo con la Corte Constitucional, para superar el estado de cosas inconstitucional, las autoridades estatales deben asignar recursos y ajustar sus actividades para asegurar efectivamente un nivel mínimo de satisfacción de los derechos fundamentales de las personas en situación de desplazamiento interno, incluidos los derechos económicos y sociales.

Sobre la base de estos motivos, la Corte emitió dos tipos de recursos: órdenes de ejecución compleja y órdenes simples. Las órdenes de ejecución compleja apuntan a superar el estado de cosas inconstitucional. Estas órdenes requerían que las agencias estatales coordinaran acciones para asignar un presupuesto apropiado y diseñar e implementar políticas para garantizar los derechos de toda la población en situación de desplazamiento interno. Las órdenes simples respondieron a solicitudes concretas hechas por los demandantes sobre la protección urgente de sus derechos.

Además, la Corte retuvo su competencia para supervisar la implementación de las órdenes. El Decreto 2591/91, que regula los procedimientos de las acciones constitucionales, faculta a los jueces constitucionales para supervisar el cumplimiento de sus órdenes hasta que el derecho constitucional sea reparado adecuadamente. La Corte Constitucional rara vez ejerce la competencia de supervisión por sí misma; normalmente, deja las supervisiones en manos de jueces de bajo rango. Sin embargo, debido a la naturaleza del tema en juego en el caso relativo a las personas desplazadas internamente, la Corte Constitucional se reservó la supervisión de las autoridades estatales para cumplir con las órdenes emitidas en la sentencia T-25/2004. En 2009, ésta creó una Sala Especial para supervisar ese cumplimiento (la sala está integrada por tres magistrados y siete auxiliares judiciales).

6. Una evaluación de las estrategias de reparación de la Corte Constitucional de Colombia

En esta sección me gustaría evaluar las estrategias correctivas de la Corte Constitucional colombiana con respecto al uso de remedios fuertes en casos micro y remedios estructurales, además de la competencia de supervisión en casos macro.

Con respecto a esto último, es útil evaluar la estrategia correctiva de la sentencia T-025/2004. Ésta es una de las decisiones más importantes jamás tomada por la Corte Constitucional. Ella está empíricamente bien fundamentada. Abarca un desarrollo rico de los hechos y un soporte riguroso en la evidencia relacionada tanto con la violación de los derechos constitucionales de los desplazados internos, como con la falta de políticas y bloqueos institucionales para repararlos. También es precursora en comprender el problema del desplazamiento no sólo como un problema social, económico y político, sino como una violación de los derechos humanos y constitucionales. De esta manera, la sentencia reconoce asimismo a las personas desplazadas internamente como titulares de derechos humanos y constitucionales. En aras de fortalecer este enfoque, la decisión atribuye una relevancia extraordinaria al derecho internacional, en

particular, a los instrumentos internacionales y a la jurisprudencia sobre la protección de los derechos de los migrantes y las personas internamente desplazadas. Por un lado, la sentencia incluye un desarrollo completo del contenido de los derechos constitucionales de las personas desplazadas internamente. Por otro lado, destaca los objetivos de las políticas públicas con respecto a la satisfacción de esos derechos, no los medios para lograrlos. Esta estrategia es relativamente respetuosa con el margen de discreción de las autoridades políticas para elegir los remedios concretos apropiados que conduzcan a reparar las violaciones de los derechos. En cualquier caso, la Corte Constitucional retuvo la competencia de supervisión para garantizar el logro de los objetivos vinculados con la protección de los derechos constitucionales.

Desde la sentencia T-025/04, jueces de toda Colombia han emitido más de 400 decisiones judiciales de seguimiento. Algunas han ordenado remedios fuertes relacionados con personas desplazadas específicas. Además, en un destacado ejercicio de colaboración constitucional, la Corte ha sostenido alrededor de 30 audiencias públicas y sesiones técnicas con actores relevantes, como demandantes, las ONG, agencias estatales y delegados de organizaciones internacionales de derechos humanos. En ciertos aspectos de estas audiencias, la Corte Constitucional colombiana ha desplegado una estrategia semejante al "remedio de compromisos sustantivos" de Sudáfrica (Liebenberg, 2012), ordenando a las partes y a otros actores interesados que se comprometían entre sí para diseñar un plan de reparación de las violaciones constitucionales e informar a la Corte y a otras agencias supervisoras estatales.¹⁵

La propia Corte Constitucional también ha emitido decisiones de seguimiento, en las cuales, entre otros asuntos, ha adoptado remedios fuertes¹⁶ y ha implementado medidas diferenciales para mujeres, indígenas, niños, ancianos y personas con discapacidades. El Tribunal también ha desarrollado una metodología para medir el cumplimiento de los remedios estructurales y específicos.

¹⁵ Sobre esta estrategia, véase Bernal Pulido, González, Barraza, Esguerra, García Jaramillo y Benítez (2019).

¹⁶ La Corte pasó de una estrategia en la que sólo fijó objetivos políticos (en la sentencia T-025/2004) a la elección de medios específicos (en las decisiones de seguimiento).

Esta metodología, que ha suscitado severas críticas, evalúa el cumplimiento y la efectividad de los remedios en los niveles alto, medio y bajo; además, utiliza los niveles de cumplimiento para justificar la continuación o detención de la supervisión de cumplimiento.

La sentencia T-025/04 también ha catalizado la promulgación de legislación. El logro más notable ha sido la Ley de Víctimas, Ley 1448/2011, que crea un programa para la protección y satisfacción de las personas desplazadas internamente y otras víctimas del conflicto armado interno.

La jurisprudencia de la Corte sobre personas internamente desplazadas tiene virtudes y vicios. Por un lado, ha reconocido el desplazamiento forzado interno como una situación en la cual hay una violación de derechos humanos y constitucionales, en lugar de un asunto meramente social, político o moral (esta consideración se aplica también a la migración internacional forzada). Por tanto, los jueces están facultados para evaluar si la política pública relacionada con personas desplazadas protege sus derechos en un nivel adecuado. Esta manera de abordar el problema ha llevado indirectamente a espacios de diálogo constitucional entre agencias del Estado y la comunidad. En este diálogo, la Corte ha involucrado a legisladores y diseñadores de política, quienes son los competentes para tomar decisiones políticas sobre los recursos financieros y medidas técnicas para proteger los derechos de las personas desplazadas. Estas personas y los activistas de derechos humanos han tenido la posibilidad de evaluar y controvertir a las estrategias políticas que el gobierno ha implementado. Un resultado de la intervención de la Corte ha sido visibilizar el problema y priorizarlo en la agenda política con consecuencias notables como el incremento del presupuesto y la creación y ejecución de políticas. Finalmente, como pasa con todos los casos estructurales, esta decisión ha beneficiado a personas vulnerables que, quizá, nunca habrían estado en posición de presentar un caso bien argumentado.¹⁷

¹⁷ Sobre la ventaja de los casos estructurales, véase Landau (2019).

Por el otro lado, sin embargo, la información confiable muestra que el enfoque de remedios fuertes adoptado en las decisiones de seguimientos de la Corte resultó ineficiente.¹⁸ De acuerdo con algunas evaluaciones, éste es un caso claro de generación de políticas públicas ineficientes, que no debe ser imitado.¹⁹ Esto no sorprende debido a la falta de conocimiento técnico sobre asuntos financieros y de bienestar por parte de la judicatura. Algunos de estos remedios fuertes incrementaron el litigio y llevaron al gobierno a asignar una inmensa cantidad de recursos para los costos de transacción de los litigios. Quince años después, el estado de cosas inconstitucional aún no ha sido superado. Los datos muestran un aumento en el número de desplazados internos de 3.6 millones en 2004 a 7.7 millones en 2017. El 66.2% de ellos no ha recibido ninguna ayuda del gobierno. Sólo el 0.5% ha recibido todos los servicios ofrecidos por las autoridades. El 97.6% de los desplazados internos aún viven en la pobreza; mientras que el 78.8% vive en condiciones de necesidad desesperada (Gutiérrez, 2018). Por eso, aparte de los efectos simbólicos (Rodríguez-Garavito y Rodríguez-Franco, 2015), hay que resistirse en esta etapa a afirmar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha transformado el desplazamiento interno en Colombia.²⁰ El problema es demasiado grande para una herramienta modesta como el constitucionalismo. Sin embargo, los modestos resultados de la jurisprudencia constitucional han impactado positivamente la vida de varios cientos de miles de desplazados internos. Por tanto, ésta no se puede subestimar.

La información relacionada con los casos estructurales de los reclusos también lleva a algunas conclusiones desalentadoras. Decisiones recientes de la Sala de revisión de las sentencias T-388/2013 y T-762/2015 establecieron un nivel muy bajo de cumplimiento de las órdenes de la Corte (véanse Autos A-548/2017, A-121/2018 y A-110/2019). En el marco de este caso estructural y los otros dos (personas desplazadas internamente y salud), las ONG y otros

¹⁸ La Corte Constitucional reconoció los principales problemas en el auto A-373/2016.

¹⁹ Una evaluación notable de los datos se encuentra en Gutiérrez (2018).

²⁰ Naturalmente, esto plantea una pregunta más amplia sobre cuál sería el marco de tiempo apropiado para evaluar la efectividad de los remedios. No puedo abordar este asunto aquí.

actores sociales continúan solicitándole a la Corte que mantenga su competencia de supervisión hasta que haya completo cumplimiento de las órdenes de la Corte. Por tanto, un tema actual es cuándo la Corte debe dejar de desempeñar su papel de supervisión. Una respuesta a esta pregunta envuelve un trilema. Primero, la Corte no puede desempeñar este papel –no previsto en sus competencias constitucionales– para siempre. Sin embargo, los programas adoptados por las autoridades públicas no protegen los derechos económicos y sociales violados en el ámbito constitucionalmente requerido y no es probable que alcancen ese nivel en el futuro cercano. Los jueces de instancia de rango inferior han emitido incidentes de desacato y han ordenado condenas debido al incumplimiento de las órdenes judiciales por parte de funcionarios del gobierno de alto nivel (como el director de la Agencia a cargo de la Protección y Reparación de Víctimas). La mayoría de las condenas y multas terminaron siendo suspendidas porque los funcionarios condenados han demostrado que han hecho todo lo posible para cumplir, y la insuficiencia de recursos públicos es la causa principal del incumplimiento de las órdenes judiciales. Algunos de ellos han argumentado con éxito que algunas órdenes judiciales son imposibles de cumplir. En estas circunstancias, si la Corte deja de desempeñar su función de supervisión, debe aceptar la falta de cumplimiento de sus sentencias o admitir que este cumplimiento es imposible en las circunstancias políticas y económicas actuales. En cualquier caso, la pregunta permanecerá abierta, si la Corte puede admitir más quejas constitucionales con respecto a los mismos resultados económicos y sociales no alcanzados.

De ahí que varias razones motiven dudas sobre la capacidad de la Corte para transformar la sociedad mediante la emisión de remedios fuertes que determinen por sí mismos los modos y el nivel de cumplimiento de los derechos económicos y sociales en los casos estructurales. Primero, las políticas económicas y sociales son la forma habitual de generar transformaciones sociales. En un entorno de separación de poderes, las cortes sólo tienen competencias limitadas para diseñar e implementar dichas políticas. Una mejor estrategia sería que la Corte definiera objetivos más amplios mientras deja la elección de los medios o da libertad política al Ejecutivo y al Legislativo. Segundo, los tribunales activistas pueden tomar decisiones poco realistas o inadecuadas. Las

decisiones poco realistas, imposibles de cumplir, pueden generar desconfianza en las instituciones estatales, incluso en la justicia constitucional. También pueden generar efectos simbólicos que maquillen problemas económicos y sociales sin resolver profundamente enraizados. Además, las decisiones inadecuadas pueden generar distorsiones distributivas, costos de transacción injustificados y pueden conducir a un desperdicio de oportunidades y recursos para las transformaciones. Un tercer problema es la burocratización de la justicia. Por ejemplo, las órdenes de la Corte en el caso estructural de salud que ordena a las instituciones pertenecientes al sistema de salud proveer medicamentos esenciales o procedimientos médicos o a las agencias encargadas reconocer pensiones, sin duda han elevado el estándar de protección de los correspondientes derechos constitucionales a la salud y la seguridad social. Algunas de esas decisiones han transformado las políticas de salud y pensiones. Sin embargo, ese no siempre ha sido el caso. En muchos aspectos, la intervención de un juez constitucional se ha convertido en un paso adicional en el proceso burocrático para obtener servicios de salud o pensiones, reduciendo los niveles de satisfacción de esos derechos.

Con respecto a casos individuales, el Tribunal continúa emitiendo fuertes remedios en un número impresionante de casos en los que las autoridades fallaron en proporcionar atención médica, medicamentos u otros servicios o bienes específicos, a los cuales tiene derecho constitucional el demandante. Además, en casos recientes, la Corte ha comenzado a experimentar con remedios deliberativos en los que cataliza el compromiso entre los demandantes y las autoridades políticas. La base de estos experimentos es el intento de maximizar la eficacia en la realización de los derechos económicos y sociales, mientras que, al mismo tiempo, minimiza la interferencia con el principio de separación de poderes.

La sentencia T-91/2018 de la Corte Constitucional colombiana ofrece un ejemplo del rol catalizador de los jueces. Diez estudiantes de secundaria solicitaron a las autoridades educativas del pequeño y pobre pueblo de Curillo, en Caquetá, una región devastada por el conflicto armado interno colombiano, que abrieran una escuela secundaria. Debido a restricciones financieras, un decreto establece

que sólo si hay un mínimo de 22 estudiantes se puede abrir una clase de secundaria. Basada en esta disposición, la agencia de educación rechazó la solicitud. Los estudiantes presentaron entonces una acción constitucional de tutela solicitando la protección de su derecho a la educación.

La Corte Constitucional consideró el caso. El Tribunal tenía al menos tres posibilidades derivadas de su competencia. Primero, podría haber diferido la decisión a las autoridades políticas. En segundo lugar, podría haber emitido un remedio fuerte y podría haber ordenado a las autoridades que abrieran la escuela secundaria. Mientras que lo primero no habría protegido eficazmente el derecho, lo segundo habría resultado en una fuerte interferencia a las políticas educativas y las distribuciones presupuestales. En cambio, la Corte siguió una estrategia catalizadora. Durante el proceso, inició un diálogo con las autoridades educativas, preguntó qué posibilidades estaban disponibles para ofrecer a los estudiantes en clases de secundaria en pueblos vecinos. La Secretaría de Educación identificó dos escuelas secundarias a 20 kilómetros de distancia, donde los estudiantes podían continuar su educación. En la sentencia, la Corte ordenó a las autoridades iniciar un diálogo significativo con los demandantes y acordar dos asuntos: en qué escuela secundaria continuarían los estudiantes su educación y cómo financiarían el transporte las autoridades educativas. El compromiso entre los demandantes y las autoridades fue muy fructífero. Después de unos días, lograron un acuerdo. Los estudiantes ahora están matriculados en una escuela secundaria y el gobierno municipal está financiando el transporte (casos similares, en las sentencias T-122/2018 y T-209/2019).

7. Conclusión

De acuerdo con su autopercepción transformadora, la Corte Constitucional colombiana ha adoptado un enfoque fuerte para determinar el nivel y el modo de satisfacción de los derechos económicos y sociales, así como para emitir remedios para lograrlos. En casos estructurales, esta tarea ha abarcado la declaración inconstitucional de un estado de cosas y la retención de la competencia de supervisión para verificar el cumplimiento de los remedios. Con la ayuda de

un análisis de caso de la sentencia sobre la protección de los derechos económicos y sociales de las personas desplazadas internamente, este documento ha resaltado las fortalezas y debilidades de este enfoque. Dar visibilidad a los problemas sistémicos de los derechos económicos y sociales y un notable efecto simbólico contrasta con la baja efectividad para lograr resultados tangibles. La jurisprudencia experimental ha comenzado a adoptar un enfoque más débil en casos individuales con excelentes resultados. Este enfoque permite a la Corte deliberar con las autoridades políticas para determinar el nivel y el modo de satisfacción de los derechos, y elegir remedios. Una pregunta para el futuro es si este modelo también es adecuado para problemas estructurales y sistémicos. Si este fuera el caso, ésta será una estrategia clave del constitucionalismo transformador.

Fuentes

Alexy, R. (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

_____ (2009), "On Constitutional Rights to Protection", *Legisprudence* (3) 1: 1-17.

Bernal Pulido, C. (2017a), "Derechos socioeconómicos, crisis económica y doctrina jurídica", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (12) 3: 99-160.

_____ (2017b), "The Constitutional Adjudication of Positive Social and Economic Rights by Means of the Proportionality Analysis", en Borowski, M., Paulson, S. L., y Sieckmann, J.R. (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie: Robert Alexys System* (pp. 497-152). Tübingen: Mohr Siebeck.

_____ González, D., Barraza, M. F., Esguerra, N., García Jaramillo, S. y Vicente Benítez, V. (2019), "2018 Global Review of Constitutional Law: Colombia", *International Journal of Constitutional Law* (17) 2: 671-680.

Bilchitz, D. (2017), *Pobreza y derechos fundamentales: la justificación y efectivización de los derechos socioeconómicos*, Madrid: Marcial Pons.

_____ y Ausserladscheider, L. (2016), "Proportionality, Fundamental Rights and the Duties of Directors", *Oxford Journal of Legal Studies* (36) 4: 828-854.

Dixon, R. (2014), "Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos. Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones fuertes y débiles", en Gargarella, R. (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática* (pp. 51-103), Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

_____ y Ginsburg, T. (2011), "The South African Constitutional Court and Socio-Economic Rights as 'Insurance Swaps'", *Constitutional Court Review* (4) 1: 1-29.

Dworkin, R. (1975), "Hard Cases", *Harvard Law Review* (88) 6: 1057-1109.

Gerstenberg, O. (2012), "Negative/Positive Constitutionalism, 'Fair Balance,' and the Problem of Justiciability", *International Journal of Constitutional Law* (10) 4: 904-925.

Gutiérrez, A. (2018), *El amparo estructural de los derechos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Jackson, V. (2012), "Comparative Constitutional Law: Methodologies", en Rosenfeld, M. y András, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press.

Landau, D. (2014), "Aggressive Weak-Form Remedies", 5 *Constitutional Court Review* (5): 244.

_____ (2015), "La realidad de la aplicación de los derechos sociales", en D. Landau (ed.), *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional. La influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana en el derecho comparado* (pp. 299-434), Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

_____ (2019), "The Colombian Model of Structural Socioeconomic Rights Remedies: Lessons from and for Comparative Experience", *Annual Meeting of the International Association of Public Law (ICON-S)*, Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile.

Liebenberg, S. (2012), "Engaging the Paradoxes of the Universal and Particular in Human Rights Adjudication: The Possibilities and Pitfalls of 'Meaningful Engagement'", *African Human Rights Law Journal* (12) 1: 1-29.

_____ (2013), "El reconocimiento judicial de los derechos sociales en el contexto de una Constitución transformadora", en Langford M. (ed.), *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado* (pp.145 y ss.), Bogotá: Siglo del Hombre Editores/ Universidad de los Andes.

Lübbe-Wolff, G. (1998), *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*, Baden-Baden: Nomos.

Michelman, F. (2008), "Socioeconomic Rights in Constitutional Law: Explaining America Away", *6 International Journal of Constitutional Law* (6) 3-4: 663-686.

OMS (2003), "La cantidad de agua domiciliaria, el nivel del servicio y la salud", Ginebra: OMS. «<http://bit.ly/3791wqf>».

Ray, B. (2010), "Engagement's Possibilities and Limits as a Socioeconomic Rights Remedy", *Washington University Global Studies Law Review* (9) 3: 399-425.

Roach, K. y Budlender, G. (2005), "Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: When is it Appropriate, Just and Equitable?", *The South African Law Journal* (15) 1: 325-351.

Rodríguez-Garavito, C. (2011), "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America", *Texas Law Review* (89): 1669-1698.

_____ y Rodríguez-Franco, D. (2015), *Radical Deprivation on Trial: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in the Global South*, Cambridge: Cambridge University Press.

Tushnet, M. (2008), *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton: Princeton University Press.

Wesson, M. (2011), "Reasonableness in Retreat? The Judgment of the South African Constitutional Court in *Mazibuko v City of Johannesburg*", *Human Rights Law Review* (11) 2: 390-405.

Young, K. (2012), *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford: Oxford University Press.

El papel de los tribunales constitucionales en la interpretación de los derechos humanos

The role of constitutional courts in the interpretation of human rights

JOSÉ LUIS CABALLERO OCHOA* Y DANIEL ANTONIO GARCÍA HUERTA**

Resumen

Las condiciones actuales en las que se desenvuelven los derechos humanos han modificado la función judicial del Estado. Hoy por hoy, los tribunales constitucionales desempeñan un papel protagónico en la protección de dichos derechos a través de la interpretación que ellos hacen. El presente texto tiene como principal objetivo trazar una ruta que explique la evolución que han seguido los tribunales constitucionales en el marco de una interpretación progresista de los derechos humanos, al considerar que pueden contribuir de manera importante con el proceso de la misma expansión de los derechos y, por ende, con los procesos de emancipación de los sectores más vulnerables de la sociedad.

Palabras clave: Derechos humanos, tribunales constitucionales, interpretación constitucional, Constitución, activismo judicial.

* Profesor-investigador y actual director del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México.

** Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, y estudiante del Doctorado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Abstract

Current conditions in which human rights operate have changed the judicial role of the State. Nowadays, constitutional courts play a leading role in protecting these rights through interpretation. This paper aims to explain the evolution that constitutional courts have followed in the context of a progressive interpretation of human rights. It considers that constitutional courts can make an important contribution to the process of expansion of rights and, therefore, with the processes of emancipation of the most vulnerable sectors of society.

Keywords: Human rights, constitutional courts, constitutional interpretation, Constitution, judicial activism.

1. Introducción

Los derechos humanos se han colocado como un paradigma en el marco de los estudios y los debates contemporáneos sobre el derecho. Su preeminencia se ha extendido al ámbito del diseño constitucional y, quizás de manera más importante, al de la interpretación judicial, justamente porque esta dimensión corresponde a su naturaleza normativa: conformarse como principios de mínimos que requieren elevar su ámbito de protección. La dimensión interpretativa es ínsita al principio de progresividad de los derechos humanos y es, justamente, el nexo primario entre los derechos y la lógica del mandato contenido en el segundo párrafo del artículo 1o. de nuestra Constitución.¹

En este contexto, los tribunales constitucionales han cobrado una atención protagónica, en tanto que ejercen una función particularmente sensible en el marco de la determinación sobre la vigencia, alcance y contenido de los derechos humanos.

Si bien la función de los tribunales constitucionales respecto a la interpretación de los derechos humanos no ha escapado de acertadas críticas (Gargarella, 2001;

¹ "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia" (CPEUM).

Waldron, 2012; García Huerta, 2017), lo cierto es que su labor continúa siendo un aspecto fundamental para la consolidación de modelos democráticos y constitucionales de muchos países, particularmente de América Latina. En el caso de esta región, las cortes constitucionales han desarrollado una labor fundamental que ha promovido la ampliación de las condiciones democráticas de muchas sociedades. El caso de Colombia es, quizás, el más conocido, aunque también deben mencionarse otros casos como los de Argentina y Chile, respecto a los procesos de justicia en el marco de las antiguas dictaduras militares, o los de Ecuador y Bolivia, en torno al aseguramiento de ciertos derechos económicos, sociales y culturales. La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) merecen una mención especial. Su desarrollo jurisprudencial ha sido motor y pieza clave para promover el mejoramiento de condiciones democráticas en la región latinoamericana (Daly, 2017), así como la consolidación de las instituciones judiciales en el ámbito interno de los Estados (Kosař y Lixinski, 2015, p. 713).

En este sentido, el presente texto tiene como principal objetivo trazar una ruta que explique, en cierta medida, la evolución que han seguido los tribunales constitucionales en el marco de una interpretación progresista de los derechos humanos, al considerar que pueden contribuir de manera importante con el proceso de la misma expansión de los derechos, y, por ende, con los procesos de emancipación de los sectores más vulnerables de la sociedad.

Este estudio adopta la siguiente estructura. La primera sección aborda, desde una perspectiva teórico-histórica, el trasfondo que asegura la posibilidad de que los tribunales constitucionales ejerzan una función de interpretación progresista de los derechos humanos. El texto reconoce que esta labor no constituye exclusivamente un aspecto jurídico, sino que en ella intervienen consideraciones de orden político. Por ello, la segunda sección ofrece una aproximación de naturaleza política al impulso que la interpretación judicial de los derechos puede dar a otros procesos sociopolíticos relevantes como los de transformación social. Por último, el tercer apartado expone algunas de las características que consideramos deben ser tomadas en consideración actualmente por los tribunales constitucionales, para que la función de interpretación constitucional de los derechos resulte acorde con este tipo de procesos.

2. Dos encuentros afortunados: de la expansión normativa a la garantía institucional

Mucho se ha debatido sobre el origen y la fundamentación de los derechos humanos. Existen teorías que sostienen su conceptualización universal (Griffin, 2008; Tasioulas, 2009 y 2010), otras que reconocen su existencia a partir de su inclusión constitucional (Ferrajoli, 2004) mientras que algunas otras consideran que su existencia deriva de prácticas sociales (Baxi, 2008; Beitz, 2012 y 2014) o que resultan ser únicamente un elemento retórico de la política internacional (Mutua, 2016; Brown, 2004). Como sea, un elemento común a todas estas visiones es que los derechos humanos constituyen un conjunto de atribuciones personales, cuya institucionalización cobró un auge importante a partir de la segunda mitad del siglo xx. Con ello, dos encuentros afortunados surgieron en el ámbito de su protección. Por un lado, su caracterización como principios jurídicos y, por el otro, el surgimiento de los tribunales constitucionales como instituciones encargadas de su principal aseguramiento.

2.1. La expansión normativa de los derechos

La época de la posguerra resultó ser un periodo trascendental para los derechos. Aunque hay quienes sostienen que su relevancia internacional no surgió sino hasta los años sesenta (Moyn, 2010), lo cierto es que la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos marcó un hito en el desenvolvimiento internacional y constitucional de tales derechos. No es sólo que los derechos recogidos por esta declaración adoptaran un protagonismo en el escenario internacional, especialmente a partir de la creación y operación de la Organización de las Naciones Unidas (Del Toro Huerta, 2012, p. 12; Spector, 2001, p. 8), sino que las estructuras constitucionales de los Estados también comenzaron a experimentar importantes cambios (Bobbio, 1992).

En este último supuesto, las constituciones nacionales comenzaron a incorporar en su estructura aquellos principios internacionalmente reconocidos que tenían como base el respeto por la igual consideración de la dignidad de todos los seres humanos. Con ello, las secciones dogmáticas de las constituciones,

también llamadas *Bill of Rights*, se convirtieron en la piedra de toque del constitucionalismo contemporáneo (Aguilar Carvallo, 2016; Alston, 1999).

Más allá del impacto en el diseño constitucional, el reconocimiento de los derechos humanos también produjo importantes consecuencias para el entendimiento de tales prerrogativas desde el punto de vista de la dogmática jurídica. Así, en tanto son considerados elementos de protección para todos aquellos valores e intereses fundamentalmente relevantes, los derechos humanos no podían ser entendidos sólo como normas taxativas² y, tampoco, como meras metas programáticas. Ello abrió camino a su conceptualización como principios jurídicos, que unieron a su base axiológica una importante veta de lucha social, necesaria para el empoderamiento de cara a su consagración normativa.

El carácter de principios jurídicos, que suele asignarse a los derechos humanos, tiene su base en el desarrollo teórico propuesto por autores adscritos a la tradición anglosajona del derecho, como Hart (1994) y Dworkin (1978). Sin embargo, la evolución doctrinal contemporánea de la teoría constitucional es la que ha terminado por conceptualizar a tales derechos como principios jurídicos. Desde esta lógica, los derechos humanos representan solamente derechos *prima facie*, nunca, razones definitivas ni concluyentes (Alexy, 1993, p. 103). En palabras de Miguel Carbonell (2014), son normas abiertas cuyo contenido y campo de aplicación no puede conocerse con total certeza.

Esta significación de los derechos humanos trajo consecuencias importantes en el ámbito de su interpretación y, por tanto, de su garantía. En tanto principios jurídicos, los derechos humanos adquirieron el carácter de elementos potenciales de interpretación; es decir, su adecuada protección, en el marco del auge de una época caracterizada por un creciente reconocimiento, requería del despliegue de esfuerzos importantes a cargo de las autoridades estatales para diseñar e implementar estrategias jurídicas efectivas. En este punto, la labor de la judicatura resultó fundamental, en tanto que es ésta la encargada de llevar a cabo

² Sobre este punto véanse las consideraciones que realiza Luigi Ferrajoli en el marco de la defensa de una postura positivista en torno a la necesidad de considerar a los derechos humanos a partir de una naturaleza dual entre principios y normas jurídicas. (Ferrajoli, 2011, pp. 15-53).

la interpretación de los aspectos jurídicos más relevantes de una sociedad, y determina el contenido de los derechos a partir de su remisión a pisos más altos de protección, precisamente, a partir de la tarea hermenéutica.

En este modelo, el reconocimiento constitucional de los derechos humanos, situado como parte de una herencia en el contexto de la posguerra, marcó una pauta de reconfiguración del escenario jurídico y de las funciones que en él debían desarrollarse. El surgimiento de los tribunales constitucionales fue un segundo encuentro afortunado para el desenvolvimiento de la protección jurisdiccional de los derechos humanos en sede constitucional.

2.2. La garantía institucional de los derechos humanos en sede constitucional

Pese a que ya existían tribunales nacionales de considerable relevancia antes del fin de la Segunda Guerra Mundial –principalmente, la Corte Suprema de Estados Unidos–, no fue sino hasta la creación del Tribunal Constitucional Federal Alemán cuando el modelo de protección y adjudicación constitucional de los derechos humanos encontró un giro sin precedentes. Dicho Tribunal no sólo marcó la pauta para generar un modelo alternativo de impartición de justicia, sino que abrió camino para la construcción de sociedades más democráticas en el plano internacional a partir de su estudio y la consideración de los derechos humanos como elementos objetivos de protección (Daly, 2017; Collings, 2015; Steinberger, 1986).

El escenario de la justicia internacional también fue parte de esta expansión judicial de los derechos humanos. De hecho, después de la Segunda Guerra Mundial, la proliferación de tribunales *ad hoc*, encargados de analizar situaciones de especial envergadura como las suscitadas en Ruanda o Yugoslavia, fue una constante en la escena global que derivó en la conformación de tribunales internacionales representantes, hoy en día, de las instituciones encargadas de velar por el respeto y aseguramiento de los derechos humanos en distintas regiones del mundo (CDI, 2006). Las cortes Europea, Interamericana y Africana sobre Derechos Humanos, así como la Corte Penal Internacional, son parte de esta ampliación de la justicia internacional.

La jurisdicción constitucional adquirió una posición particular precisamente en este contexto. La característica principal de este modelo se centra en la transición entre un modelo de protección férrea y estática de la Constitución, hacia un esquema flexible y sustantivo de defensa de los principios fundamentales contenidos en ella. Lo anterior supuso que la función principal de este tipo de instituciones comenzara a centrarse no sólo en una aplicación estricta de la ley, sino también en una labor interpretativa de amplio alcance que, a manera de contrapeso, limitara el poder político de las autoridades, en beneficio de los derechos constitucionalmente reconocidos (Nogueira, 2003, p. 45; Fix-Zamudio, 1982).

Así, el control constitucional o *judicial review* comenzó a emerger como una auténtica garantía constitucional. De la mano del principio de supremacía constitucional y sustentado en la clásica teoría de la división de poderes, el papel de los tribunales constitucionales como garantes de los derechos humanos inició su consolidación como una característica esencial de cualquier Estado democrático y constitucional de derecho (Garrote Campillay, 2017).

Con ello, puede decirse que la labor de la jurisdicción en un Estado constitucional es, entonces, la *clave de cierre* que permite salvaguardar la vigencia de los otros dos factores que sostienen al Estado constitucional de derecho y, por consecuencia directa, la que hace efectiva la garantía integral de los derechos humanos de todas las personas. Son las y los jueces quienes al resolver un caso materializan la protección constitucional de los derechos y resguardan la validez de las normas por medio de un contraste armónico y sustantivo con los valores consagrados en la Constitución (Caballero, 2017; Peña, 1997).

3. Tribunales constitucionales e interpretación: el derecho y otros horizontes

En el ámbito de la literatura especializada existen importantes debates en torno a la funcionalidad y la eficacia de la labor de las cortes como protectoras de derechos humanos. Para algunos autores, los tribunales constitucionales no

constituyen instancias adecuadas para el aseguramiento efectivo de los derechos humanos y, mucho menos, para promover escenarios de transformación social. Dicha incapacidad se debe, entre otros factores, a la ausencia de condiciones de imparcialidad; al debilitamiento de condiciones democráticas; a la imposibilidad de ejecutar sus propias decisiones; o a la falta de conocimientos y experiencia técnica sobre temas particulares (Rosenberg, 2008; Chilton y Versteeg, 2018; Welikala, 2017).

En contraposición, algunos otros académicos refieren que si bien las cortes no son capaces de modificar estructuralmente situaciones sociales desiguales, su funcionamiento representa un elemento esencial e indispensable en el marco de la protección de los derechos humanos. Para este tipo de posturas, el ejercicio de acciones de litigio, así como la intervención en el marco de políticas públicas no sólo no constituye un elemento capaz de atentar contra la naturaleza democrática de una sociedad, sino que, por el contrario, puede resultar incluso un aspecto que fomente la ampliación de dichas condiciones (McCann, 1994; McCann, 2008; Rodríguez-Garavito y Rodríguez, 2010); posición con la que coincidimos.

Como sea, una determinación concreta sobre la funcionalidad de dichos tribunales no puede resultar de una generalidad, sino más bien de un análisis de condiciones contingentes. Ello, no obstante, requerirá del desarrollo de estudios empíricos a profundidad, los cuales exceden de la intención y las posibilidades de este comentario. Por el contrario, el objetivo de esta sección es colocar en el foco el impacto que ha tenido, en general, la intervención de los tribunales constitucionales en el desarrollo y ampliación de los derechos humanos.

Como primer punto debe decirse que el aseguramiento judicial de los derechos humanos no es únicamente una cuestión de naturaleza jurídica. Los tribunales constitucionales son instituciones políticas que interactúan en el marco de una comunidad que persigue intereses distintos. De igual forma, los derechos humanos, en tanto principios jurídicos susceptibles de potencial interpretación, no poseen un contenido particular, sino que su desenvolvimiento y aplicación dependen, en gran medida, de las visiones y consideraciones que

tengan al respecto de su aplicación en casos concretos tanto la grupos que conforman a la sociedad, así como las y los jueces, de ellos.

Si esto es así, cabe preguntarse, entonces, ¿por qué los tribunales constitucionales se han colocado como referentes en la protección de los derechos humanos? Una primera respuesta puede articularse desde la lógica tradicional de las cortes como límites al poder público. Desde este enfoque, los tribunales constitucionales intervienen como mediadores en el marco de conflictos políticos y legales caracterizados por la desigualdad de relaciones de poder. Así, por ejemplo, aquellos grupos sociales y personas que experimentan situaciones de desventaja suelen encontrar en las cortes constitucionales un espacio propicio para incorporar e impulsar sus demandas, frente a la ausencia de oportunidades de diálogo y deliberación en el contexto de otros poderes estatales.

Esta posición si bien, ha sido defendida por quienes consideran la práctica judicial como un vehículo de cambio y a los derechos humanos como conquistas a favor de los más débiles (Dworkin, 1977; Ferrajoli, 1994), también ha generado dos importantes cuestionamientos. Quienes desconfían de esta posición consideran que la intervención de las cortes en la protección de derechos humanos genera un problema democrático, en tanto que un grupo de actores no elegidos por mayoría puede anular una decisión adoptada por aquellas instituciones encargadas de representar a la sociedad (Waldron, 1993). Algunas otras voces sostienen que el aseguramiento judicial de los derechos humanos limita de manera considerable las posibilidades de deliberación pública respecto al contenido y alcance que los derechos humanos deberían poseer socialmente (Gargarella, 2013; García Huerta, 2016). Otros consideran que una estrategia de aseguramiento de los derechos humanos vía el litigio constituye una fantasía, dadas las condiciones de desigualdad existentes en los sistemas de justicia (Galanter, 2011) y en tanto que las sentencias son incapaces de generar verdaderos cambios estructurales (Scheingold , 2004).

Ambas posiciones adoptan puntos de vista defendibles. Sin embargo, desde un enfoque que podríamos considerar pragmático, la intervención de los tribunales mediante lo que se conoce como la judicialización de la política (Hirschl,

2008), en ciertos aspectos, ha resultado una contribución fundamental. Ello puede apreciarse, por ejemplo, en el caso del creciente aseguramiento y expansión de ciertos derechos en América Latina (Sieder, Schjolden y Angell, 2005). El matrimonio igualitario (Wilson, 2009; Corrales, 2015) y el reconocimiento de la interrupción legal del embarazo (Ruibal, 2015) son dos ejemplos clave del papel activo que las cortes constitucionales han tenido en la región, en donde los cambios a favor de ciertos grupos históricamente discriminados se han dado, esencialmente, por vía jurisprudencial.

Al menos estos dos ejemplos muestran la influencia que las cortes constitucionales han tenido en el proceso expansivo de protección de los derechos humanos. Los casos del movimiento LGBTTTI y la despenalización del aborto en ciertas circunstancias o en periodos incipientes de la gestación pueden ser considerados 'casos de éxito', en los que la intervención de las cortes nacionales ha permitido rebalancear las relaciones desiguales de poder características de los esquemas de discriminación y desigualdad que históricamente han marcado a mujeres y grupos de la diversidad sexual. Con ello se aprecia que, en ciertos casos, las cortes son instituciones capaces de implementar procesos de defensa contramayoritarios, que irrumpen con las lógicas hegemónicas que tratan de establecer distribuciones unívocas de los roles y de las características socialmente atribuidas a ciertos grupos y personas.

Lo anterior, no obstante, no debe ser asumido como una generalidad. Las cortes son actores institucionales inmersos en un entramado sociopolítico complejo que no permite asegurar un curso de acción definido y constante. Por ello, las respuestas judiciales ofrecidas ante las exigencias planteadas por distintos grupos y personas no siempre adoptarán las mismas posiciones, sino que dependerán de muchos otros factores como: el encuadre que los movimientos y actores sociales realicen de sus demandas; la independencia de las cortes respecto de otros actores sociales relevantes; la influencia de posiciones opuestas a dichas exigencias, entre otros aspectos.

Por otro lado, una segunda respuesta a la pregunta planteada al inicio de esta sección se asocia con el posicionamiento político que las cortes nacionales han asumido respecto a la necesaria expansión de los derechos y, por tanto, a su

posición como impulsores de una evolución en el derecho. Es decir, durante los últimos años los tribunales nacionales han dejado de ser actores pasivos, encargados de la resolución concreta e individualizada de casos sometidos a su conocimiento, para convertirse en instituciones activas dispuestas a promover y asumir debates fundamentales que anteriormente se consideraban fuera de su alcance y competencia.

El impulso al desarrollo de la justiciabilidad y exigibilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) es un botón de muestra de esta situación. El esfuerzo que los tribunales nacionales latinoamericanos han emprendido por fomentar un mayor acceso y garantía a este tipo de derechos es, quizás, uno de los avances más importantes en la región, que se ve plasmado en decisiones destacadas a favor del medio ambiente,³ del derecho a la educación,⁴ del derecho a la salud,⁵ entre otros.

Los tribunales constitucionales nacionales han generado rupturas importantes en el pensamiento jurídico tradicional con el desarrollo jurisprudencial en la materia. Por un lado, han superado la anquilosada perspectiva respecto a la existencia de generaciones que clasifican a los derechos a partir de su reconocimiento histórico y, con ello, han visibilizado a los DESCAs como derechos que demandan una plena y auténtica justiciabilidad. Todo ello ha permitido cerrar la brecha que solía distinguir a los derechos civiles y políticos de los derechos económicos, sociales y culturales y hacer de los principios de interdependencia e indivisibilidad una creciente realidad en la región. Una realidad palpable antes revestida del paradigma que los reducía a "normas programáticas".

³ Corte Suprema de Justicia, STC 4360-2018, Colombia, 5 de abril de 2018. Corte Constitucional, T-622/16, Colombia, 10 de noviembre de 2016. Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo en revisión 307/2016, México, 14 de noviembre de 2018. Corte Constitucional de Ecuador, sentencia 230-18-SEP-CC, Ecuador, 27 de junio de 2018. Tribunal Superior de Justicia, recurso especial núm. 1.198.727, Brasil, 14 de agosto de 2012. Corte Suprema de Justicia, Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros, Argentina, 8 de julio de 2008.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-376/10, Colombia, 19 de mayo de 2010. Acuerdo entre la Asociación Civil por la Igualdad la Justicia y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, referente al expediente 23360/0 de 2008, Argentina, 9 de febrero de 2011.

⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo en revisión 378/2014, México, 15 de octubre de 2014. Corte Constitucional, sentencia C-154/13, Colombia, 21 de marzo de 2013.

Asimismo, además de un desarrollo teórico y práctico, el ejercicio de los DESCAs por la vía judicial ha generado también un escenario de ampliación para el posicionamiento político de los tribunales. Ello puede apreciarse de los debates suscitados a partir de la emisión de sentencias que ordenan el cumplimiento de los DESCAs, y que cuestionan la legitimidad y el beneficio de que las cortes se inmiscuyan en el diseño, la implementación y evaluación de políticas públicas (López Sterup, 2018; Uprimny, 2006) o en los procesos relacionados con la determinación de reparaciones en casos de violaciones a derechos humanos (Nava, 2018; Epstein, 2004; Ansolabehere, 2016; Jeffries, 1999).

Estos dos casos permiten comprender de manera más sencilla el escenario político en el que interactúan las cortes y los derechos. Pero también ofrecen la posibilidad de ubicar el potencial que las decisiones judiciales tienen en el marco de los procesos de reivindicación, subjetivización y reconocimiento para diversos grupos y personas. Si bien, las decisiones adoptadas por este tipo de tribunales no constituyen un medio único ni absoluto para el cambio social ni para el aseguramiento pleno de los derechos, sí pueden convertirse en parte importante de un repertorio más amplio que posibilita la acción y la discusión por parte de diversos actores sociales.

Con ello, la interpretación que realizan del derecho los tribunales constitucionales ha dejado de ser una cuestión estrictamente jurídica para convertirse en una auténtica función política (Goldford, 1990; Grimm, 2011). Quizás, lo anterior resulte más patente en el marco de la resolución e interpretación de casos en los que se involucran derechos humanos, así como en el desenvolvimiento de lo que se ha llamado 'activismo judicial',⁶ es decir, la creciente intervención de los poderes judiciales en acciones tradicionalmente consideradas exclusivas de otros poderes y actores gubernamentales (Kmiec, 2004).

⁶ No debe pasar desapercibido que, como bien señalan María Paula Saffon y Mauricio García Villegas (2011, pp. 75-107), "no debe confundirse activismo con progresismo, pues el activismo no necesariamente es progresista". Esto quiere decir que la intervención de los tribunales en temas vinculados con los derechos humanos no siempre siguen una dirección de beneficio, sino que el retroceso social y la preservación del *statu quo* también pueden producirse por vía judicial.

Pese a las críticas que recaen sobre estas posiciones, lo cierto es que la efectividad de los derechos humanos no se produce exclusivamente por vía normativa, sino que requiere la intervención activa y comprometida de distintos actores sociales, entre ellos, las instituciones judiciales. Sostener un argumento en defensa de una pretendida certeza o seguridad jurídica (que durante décadas correspondió a la práctica mexicana), supondría asumir que las cortes constitucionales son entes pasivos que responden a la inercia del derecho y a la voluntad de otros poderes estatales. Con ello no se afirma que las y los jueces incumplan con el derecho o que sustituyan a otros Poderes como el Legislativo. Por el contrario, se trata de que las cortes asuman una posición flexible del derecho que asegure la posibilidad de cambios positivos, mediante el ejercicio de una interpretación judicial progresista.

A fin de contribuir con esta tarea, la siguiente sección ofrece algunas pautas que consideramos esenciales en el marco de la labor que los tribunales constitucionales deben desarrollar en beneficio de los derechos humanos.

4. Tribunales constitucionales, interpretación y derechos humanos: ¿qué elementos entran en juego?

La labor interpretativa que los tribunales constitucionales realizan sobre los derechos humanos constituye un elemento central de la dinámica jurídica de cualquier Estado. Por ello, la manera en que las cortes ejercen esta función debe ser un tema de análisis y profundo escrutinio no sólo por parte de la academia, sino de la sociedad en general. Si bien existe una cantidad considerable de literatura que ha abordado el papel de los tribunales constitucionales en la interpretación de los derechos humanos, esta sección intenta ofrecer una aproximación sobre el tema aplicada al caso mexicano, máxime que en los últimos lustros nuestro país ha tenido una marcada apuesta por su fortalecimiento.

Así, el presente estudio propone la consideración de seis aspectos principales que, en conjunto, podrían coadyuvar al desarrollo de una interpretación constitucional comprometida con la vigencia y el ejercicio de los derechos humanos

en nuestro país. Vale aclarar que los elementos que se presentan no constituyen un listado taxativo, sino únicamente una serie de postulados que, consideramos, resultan esenciales en el marco de la interpretación constitucional de los derechos humanos.

- a) ***Adecuado entendimiento e implementación del bloque de constitucionalidad y del proceso de interpretación conforme.*** El artículo 1o. constitucional integra un conjunto de herramientas que promueven el ejercicio de una interpretación orientada en la vigencia de los derechos humanos. Sin embargo, dichas herramientas no pueden entenderse de manera fragmentada, pues el diseño constitucional de referencia requiere una articulación funcional para asegurar que la interpretación de los derechos humanos cumpla con el cometido constitucional (Caballero y García, 2016).

Pese a que han pasado más de ocho años de la promulgación de la reforma constitucional –en conjunto con las herramientas que la conforman–, ésta no ha logrado permear de manera uniforme a las prácticas judiciales sobre interpretación. Persisten especialmente confusiones y desacuerdos importantes sobre qué debe significar la interpretación conforme para nuestro sistema jurídico y, más aún, sobre la manera en que debe ser ejercida por las y los jueces nacionales. Lo anterior se ve reforzado por la ausencia de una doctrina uniforme sobre dicho principio en sede constitucional, ya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha logrado establecer pautas claras y pertinentes sobre su significación y materialización en los procesos judiciales (Caballero y García, 2019).

Ante ello, resulta fundamental que las y los jueces, y especialmente quienes integran la Suprema Corte, asuman un compromiso con la operación funcional de ambos elementos. En el primer caso, resulta sumamente importante que la articulación del bloque de constitucionalidad permita hacer real la premisa de que los derechos humanos constituyen la columna vertebral de nuestro sistema jurídico (resolución de la contradicción de tesis 293/2011), y tomarnos en serio que funcionamos

bajo ese parámetro de control de la regularidad constitucional, en la que los tratados resultan verdadera Constitución y no sólo estándares internacionales.

Ello, sin embargo, solo podrá encontrar una verdadera materialización cuando se asuma que los derechos humanos constituyen elementos con un alto potencial de interpretación, lo que significa que su existencia y funcionalidad no se agotan en su reconocimiento normativo –aun cuando éste se dé en sede constitucional–, sino que necesariamente comprende la exigencia de una interpretación progresiva que amplíe sus posibilidades de protección (Caballero Ochoa, 2016).

Es importante insistir, además, que el modelo de interpretación que se generó en nuestro país resulta altamente complejo porque no sólo comprende los tratados internacionales, como ocurre en el derecho comparado, sino a la Constitución como un referente normativo, a todas las normas y todos los operadores jurídicos nacionales. Lo que complejiza la posibilidad de resultados ante el contraste normativo, dependiendo de las competencias del intérprete de los derechos.

- b) ***Operativización del principio pro persona.*** Junto con el bloque de constitucionalidad y la interpretación conforme, el principio pro persona termina por conformar la tríada de la hermenéutica constitucional. Dicha herramienta también ha generado ciertas confusiones, pues la práctica judicial y la doctrina latinoamericanas han llevado a que se asuma y convierta en un criterio decisionista y no, precisamente, en un andamiaje para la interpretación de los derechos. En esta medida, es importante considerar que el principio pro persona no constituye un elemento que garantice adoptar una decisión sobre un criterio de "todo o nada".

Como es bien sabido, en la interpretación de los derechos existen zonas de intermediación y regulación respecto a los criterios vinculados con su progresividad, ampliación y resolución de tensiones o conflictos. En tal

medida, el principio pro persona permite a las y los jueces transitar sobre dicha escala y brindar una protección más efectiva a favor de las personas. Con ello, no debe asumirse que la aplicación del principio pro persona constituye una lógica de apuesta subjetiva ante el ejercicio de un derecho, sino que, por el contrario, su materialización parte de la base de que la efectiva protección a las personas requiere, necesariamente, una adecuada articulación de las normas constitucionales de fuente nacional e internacional (Medellín, 2019), así como de su debida interpretación. En esencia, resulta poco útil presumir la aplicación del principio pro persona sin antes haber transitado por las otras dos herramientas constitucionales: la integración del bloque de constitucionalidad y la interpretación. De igual manera es indispensable considerar su aplicación como una salida interpretativa ante las distintas herramientas para la solución de casos que incluyan normas sobre derechos humanos.

- c) ***Consideración de enfoques y perspectivas diferenciadas.*** La tesis de que la imparcialidad en la justicia presupone el desconocimiento de las condiciones particulares de grupos y personas ha quedado rebasada en la dinámica de un Estado constitucional. La justicia constitucional requiere un proceso de "desformalización" legal, en la que prime la consecución material de la protección de las personas y sus derechos, no sólo la defensa y prevalencia del orden normativo.

Un adecuado proceso de impartición de justicia requiere el examen detallado de las características y los contextos sociales en los que se ubican los sujetos que reclaman la garantía de sus derechos. Ello, como quedó señalado en la sección anterior, implica cierto grado de politización de los tribunales constitucionales, los cuales deben responder frente a las condiciones socioeconómicas y políticas que pueden afectar a los actores sociales y que, en cierta medida, pueden ser aminoradas por la implementación, resignificación e interpretación progresiva de los derechos humanos.

La consideración de los enfoques y perspectivas diferenciadas de protección –como la perspectiva de género, el enfoque de infancia o el desarrollo de ejercicios de escrutinio estricto sobre la base de las categorías sospechosas– aumenta las posibilidades del derecho de brindar mayores esquemas de protección; también implica la posibilidad de reestructurar aquellas relaciones desiguales de poder en el ámbito socio-político y legal que terminan por marginar e invisibilizar a grupos en mayores situaciones de desigualdad (Albarracín, 2011; Smith, 2005).

- d) ***Visión amplia de legitimación procesal.*** La interpretación constitucional de los derechos humanos no se agota en las normas sustantivas. En realidad, el desarrollo de los procesos judiciales suele relacionarse de manera estrecha con el aseguramiento de tales derechos. Así, figuras como la suplencia de la deficiencia de la queja o los procesos de ofrecimiento, admisión y valoración de pruebas, que tradicionalmente se han considerado meras cuestiones procesales, resultan aspectos cruciales para la reivindicación jurídica de los derechos humanos (Bravo *et al.*, 2014).

Por ello, la interpretación constitucional sustentada en los derechos humanos también debe atravesar el umbral de las normas procesales, en tanto que muchas de ellas no sólo representan mecanismos para acceder a las instituciones estatales, sino que también integran el derecho al debido proceso legal y el acceso a la justicia, los cuales representan en sí mismos derechos humanos protegidos por la Constitución. Así, si bien las normas procesales constituyen una base para salvaguardar la certeza que debe regir a los actos estatales, lo cierto es que, desde una perspectiva de derechos humanos, debe existir un adecuado equilibrio entre el aseguramiento de los derechos humanos y la prevalencia de los aspectos formales que rigen al sistema (CorteIDH, Caso *Cayara vs. Perú*).

El interés legítimo constituye un ejemplo interesante, porque muchos de los juicios que se emprenden bajo esta modalidad de accionar la justicia constitucional en el amparo persiguen un cambio estructural o alguna cuestión de interés público –como la inaplicación o invalidez

de una norma contraria al bloque de constitucionalidad—, al no requerirse una afectación directa de un acto de autoridad en la esfera de derecho de los justiciables.

- e) ***Implementación de medidas amplias de reparación.*** Un criterio ampliamente desarrollado es que la salvaguarda de los derechos humanos se extiende desde las primeras etapas de cualquier procedimiento hasta la culminación de éste, con el cumplimiento de las reparaciones o medidas ordenadas por las autoridades competentes. De ello se sigue que la interpretación constitucional también se encuentra vinculada con la provisión de reparaciones a cargo de los tribunales, incluso los constitucionales.

De hecho, han existido casos relevantes en los que los tribunales constitucionales han dictado importantes medidas de reparación a favor de grupos y actores sociales que enfrentan graves situaciones de violación a sus derechos humanos. La Corte Constitucional de Colombia ha llegado a decretar un "estado de cosas inconstitucional" y dictar ambiciosas medidas de reparación en materia de víctimas de desplazamiento, derecho a la salud, entre otros temas. Lo que ha devenido en una serie de medidas de reparación con un marcado acento estructural, como ha ocurrido de igual forma en diversas cortes constitucionales (Bonilla, 2014).

En México, sin embargo, esta posición no ha sido bien acogida del todo. Los tribunales nacionales y, en especial, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se han rehusado a considerar al juicio de amparo como una vía suficientemente adecuada para el establecimiento de medidas amplias de reparación. Dicho criterio se relaciona de manera estrecha con la necesidad de repensar las vías procesales existentes, en clave progresista y desde un enfoque de derechos humanos, que aseguren la posibilidad de acercarnos a mayores escenarios de justicia.

La adopción de una postura sobre el alcance de las reparaciones derivadas de violaciones a derechos humanos no sólo garantiza la posibilidad

de asegurar mayores condiciones de acceso a la justicia; por el contrario, también abre la puerta a una intervención más proactiva de las cortes y tribunales constitucionales en el debate democrático de la sociedad.

Aunque así suele entenderse tradicionalmente, el que los tribunales constitucionales ordenen medidas de reparación no significa que invadan las competencias de otros poderes estatales, siempre que dichas determinaciones estén acompañadas de una actuación conjunta, dialógica y organizada entre el conjunto de instituciones estatales, capaces de asegurar que los procesos de reparación impacten positivamente en los actores sociales que vieron sus derechos menoscabados o afectados (Rodríguez-Garavito y Rodríguez, 2015; Rodríguez-Garavito, 2013).

- f) ***Desarrollo de la teoría jurídica constitucional.*** Cuando los tribunales constitucionales ejercen funciones de interpretación de los derechos humanos no resuelven problemáticas concretas únicamente. Por el contrario, sientan las bases para el desarrollo de un conocimiento jurídico sofisticado que posibilita la evolución social (Comisión de Venecia, 1994). Dicho conocimiento no es de uso exclusivo de los tribunales, sino que constituye la materia prima para el inicio de procesos de deliberación y crítica de la función judicial, propia de sociedades democráticas. De igual forma, la existencia de criterios claros y de teorías constitucionales sólidas brinda certeza a las y los operadores de justicia respecto a la manera en que las herramientas normativas y los derechos deben ser instrumentados y operados, y a las y los ciudadanos respecto de la manera en que sus derechos son interpretados de manera institucional, lo que resulta nada más y nada menos que en la dimensión del contenido de los derechos, ejercibles por las personas dentro de un Estado.

Justamente, la teoría constitucional en materia de derechos humanos que generan los tribunales constitucionales proporciona a las personas los elementos de contenido concretos para el ejercicio de los derechos humanos, y marca la ruta de los límites y de la interpretación de las restricciones establecidas en la Constitución. Al menos, así debería ser.

Conclusión

Los tribunales constitucionales fueron un diseño institucional de gran relevancia en el escenario de la edificación de Estados constitucionales y democráticos de derecho. Sobre la base de la clásica separación de poderes y en sintonía con los fenómenos suscitados en el marco de la segunda época de posguerra, dichos tribunales resultaron ser los órganos encargados de interpretar tanto la Constitución como los derechos que ella consagra.

La función tradicional ejercida por las cortes constitucionales suele ser entendida estrictamente en términos jurídicos. Es decir, su ejercicio se inicia y se agota en el propio derecho, sin tener repercusiones más allá de éste. Sin embargo, el fortalecimiento de los derechos humanos en el constitucionalismo actual ha venido a romper con ese paradigma positivista y formal que caracterizó durante mucho tiempo la narrativa sobre el papel del derecho en nuestra sociedad. En tanto elementos dinámicos con alto potencial de interpretación, los derechos no pueden ser entendidos desde la perspectiva legal tradicional. Las dinámicas de interacción y repercusión de los derechos humanos en las esferas sociales y políticas de una comunidad han trazado una ruta de incorporación de los tribunales constitucionales como actores políticos adicionales en el esquema tradicional de competencia políticas y legales.

La caracterización política de los tribunales constitucionales no necesariamente constituye un detrimento de su función judicial. Por el contrario, la complementa y fortalece. Ello se manifiesta en el incremento reciente que han tenido los tribunales en procesos vinculados con la garantía de los derechos humanos; y, por tanto, con el establecimiento de relaciones entre actores sociales poco representados, como es el caso de los movimientos sociales que promueven luchas y estrategias encaminadas al reconocimiento y redistribución de recursos socio-económicos.

No obstante, la actividad interpretativa que ejercen los tribunales no puede significar el ejercicio de un acto arbitrario. Por el contrario, ésta requiere un serio compromiso y del reconocimiento responsable de la importancia que su

función implica. Ello hace necesario que los tribunales constitucionales adopten estrategias adecuadas para ejercer una interpretación constitucional sólida, progresista y consistente en beneficio tanto de los derechos como del desarrollo de la dinámica legal y constitucional de los Estados.

Fuentes

Aguilar Cavallo, G. (2016), "Principio de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (XLIX) 146: 13-59.

Albarracín Caballero, M. (2011), "Corte Constitucional y movimientos sociales: el reconocimiento judicial de los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia", *SUR. Revista Internacional de Derechos Humanos* (8)14: 217-219.

Alexy, R. (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alston, P. (1999), *Promoting Human Rights through Bills of Rights: Comparative Perspectives*, Oxford: Oxford University Press.

Ansolabehere, K. (2016), "One Norm, Two Models. Legal Enforcement of Human Rights in Mexico and the United States", *Mexican Law Review* (8) 2: 93-129.

Baxi, U. (2008), *The Future of Human Rights Second Edition*, India: Oxford University Press.

Beitz, C. (2012), *La idea de los derechos humanos*, Madrid: Marcial Pons.

_____ (2014), "Human Rights as Common Concerns", *The American Political Science Review* (95) 2: 269-282.

Bobbio, N. (1992), *El tiempo de los derechos*, Madrid: Editorial Sistema.

Bonilla, D. (ed.) (2014), *Constitutionalism of The Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*, Nueva York: Cambridge University Press.

Bravo, R., García Huerta, D., Griesbach, M. y R. Ortega (2014), *Estudio y aplicación de la prueba desde un enfoque de derechos humanos*. Ciudad de México: SCJN y Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia.

Brown, W. (2004), "The Most We Can Hope For...": Human Rights and the Politics of Fatalism", *South Atlantic Quarterly* (103) 2/3: 451-463.

Caballero Ochoa, J. L. (1997), "Metodología judicial comparada: entre la práctica del poder y la protección de los derechos", en Bagni, S., Figueroa, Giovanni y Pavani, G. (coords.), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, Tomo III, México: Tirant lo Blanch.

_____ (2016), "La interpretación conforme en el escenario jurídico mexicano. Algunas pautas para su aplicación a cinco años de la reforma constitucional de 2011", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, SCJN (3): 37-62.

Caballero Ochoa, J. L. y García Huerta, D. (2016), "El sistema de interpretación constitucional. Apuntes sobre la descripción y funcionalidad de la interpretación conforme presente en el artículo 1o. de la Constitución", en *Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus constituciones*, 9a. edición. México: Cámara de Diputados, LXIII Legislatura/ Suprema Corte de Justicia de la Nación/ Senado de la República, LXIII Legislatura/ Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación/ Instituto Nacional Electoral/ Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

_____ (2019), "Los rumbos jurisprudenciales de la interpretación conforme: alcances y límites sobre su aplicación en la Corte Suprema mexicana", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (41): 35-82.

Carbonell Sánchez, M. (2014), "Los derechos fundamentales y su interpretación", en Godínez, W. A. y García Peña, J. (coords.), *Temas Actuales del Derecho. El Derecho en la Globalización*, (35-54) México: IJ-UNAM.

Chilton, A. S. y M. Versteeg (2018), "Courts Limited Ability to Protect Constitutional Rights", *The University of Chicago Law Review* (85) 2: 293-336.

Collings, J. (2015), *Democracy's Guardians. A History of the German Federal Constitutional Court 1951-2001*, Oxford: Clarendon Press.

CDI (2006), "Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional", Ginebra, 2006.

Corrales, J. (2015), "The Politics of LGBT Rights in Latin America and the Caribbean: Research Agendas", *European Review of Latin American and Caribbean Studies* (100) 100: 53-62.

Daly, T. (2017), "'Democratisation Jurisprudence': Framing Courts' Democracy-Building Roles", *The Alchemists. Questioning our Faith in Courts as Democracy-Builders*. Cambridge: Cambridge University Press.

Del Toro Huerta, M. (2012), *La Declaración Universal de Derechos Humanos: un texto multidimensional*, fascículo 2, México: CNDH.

Donnelly, J. (2010), "International Human Rights: Universal, Relative or Relatively Universal?", en Baderin, M. y Ssenyonjo, M. (eds.), *International Human Rights Law. Six Decades after the UHDR and Beyond*, Reino Unido: Ashgate Publishing.

Dworkin, R. (1978), *Taking Rights Seriously*, Massachusetts, Harvard University Press.

Epstein, R. A. (2004), "The Case Against Black Reparations", *Boston University Law Review* (84) 5: 11771-11792.

Ferrajoli, L. (2004), "El Derecho como sistema de garantías", en *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*, Madrid, Trotta.

_____ (2011), "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (34): 15-53.

Fix-Zamudio, H. (1982), "La Constitución y su defensa", *Coloquio Internacional*, Madrid, Civitas/UNAM.

Galanter, M. (2011), "Por qué los 'poseedores' salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico", en Birgin, H. y Gherardi, N. (eds.), *La Garantía de Acceso a la Justicia: Aportes Empíricos y Conceptuales* (41-71), México: Fontamara.

García Huerta, D. (2016), "A Constitution for Human Rights: Between Abstract Principles and Social Transformation", *Working papers on Constitutional Reform*, No. 11.

_____ (2017), "Legitimación, concentración y despolitización. Tres consecuencias de los derechos en la constitución", en Cerdio, J., De Larrañaga, P. y Salazar, P. (eds.), *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez* (pp. 137-149). México: IIJ-UNAM, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro/Instituto Tecnológico Autónomo de México.

Gargarella, R. (2001), "Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia", *SELA*: 1-29.

_____ (2013), "Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman", *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers* (125) 22.

Garrote Campillay, E. (2017), "Constitution and Judicial Review: A Comparative Analysis", en Arnold, R. y Martínez Estay, J. I. (eds.), *Rule of Law, Human Rights*

and Judicial Control of Power. Some Reflections from National and International Law (3-28), Springer.

Goldford, D. J. (1990), "The Political Character of Constitutional Interpretation", *Polity* (23) 2: 255-281.

Griffin, J. (2008), *On Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.

Grimm, D. (2011), "Constitutional Adjudication and Constitutional Interpretation: Between Law and Politics", *Nujs Law Review* (4) 1: 15-29.

Hart, H. L. A. (2004), *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press.

Hirschl, R. (2008), "The Judicialization of Politics", en Whittington, K. E., Kelemen, R. D. y Caldeira, G. A. (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, (119-141), Nueva York: Oxford University Press.

Jeffries, J. C. (1999), "The Right-Remedy Gap in Constitutional Law", *Yale Law Journal* (109) 1: 87-114.

Kosař, D. y Lixinski, L. (2015), "Domestic Judicial Design by International Human Rights Courts", *The American Journal of International Law* (109) 4: 713-760.

Kmiec, K. D. (2004), "The Origin and Current Meanings of Judicial Activism", *California Law Review* (92) 5: 1441-1477.

López Sterup, H. (2018), "Separación de poderes, políticas públicas y activismo judicial: una discusión a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana sobre una política pública", *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 41: 171-192.

McCann, M. (1994), *Rights At Work. Pay Equity Reform and The Politics of Legal Mobilization*, Chicago: University of Chicago Press.

_____ (2008), "Litigation and Legal Mobilization", en K. E. Whittington y D. Kelemen (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford: Oxford University Press.

Medellín Urquiaga, X. (2019), "Principio pro persona: una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos", *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca* (17) 1: 397-440.

Moyn, S. (2010), *The Last Utopia: Human Rights in History*. Cambridge: Harvard University Press.

Mutua, M. (2016), "Is the Age of Human Rights Over?", en McClennen, S. y Schultheis, A. (eds.), *The Routledge Companion to Literature and Human Rights*, Estados Unidos: Routledge.

Nava Hernández, G. (2018, julio), "Las nuevas funciones de los jueces constitucionales en América Latina", *Nexos*.

Nogueira Alcalá, H. (2003), "Tópicos sobre jurisdicción constitucional y Tribunales Constitucionales", *Revista de Derecho* (XIV): 43-66.

Peña Freire, A. (1997), *La garantía en el estado constitucional de derecho*, Madrid: Trotta.

Rodríguez-Garavito, C. (2013), "Epílogo. Más allá de la jurisprudencia: El impacto de los fallos sobre derechos sociales", *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.

Rodríguez-Garavito, C. y Rodríguez, D. (2010), *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: DeJusticia.

_____ (2015), *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Rosenberg, G. (2008), *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, Chicago: The University of Chicago Press.

Ruibal, A. M. (2015), "Social Movements and Constitutional Politics in Latin America: Reconfiguring Alliances, Framings and Legal Opportunities in the Judicialisation of Abortion Rights in Brazil", *Contemporary Social Sciences* (10) 4: 375-385.

Saffon, M. P., y García-Villegas, M. (2011), "Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia", *Revista de Estudios Socio-Jurídicos* (13) 1: 75-107.

Scheingold, S. (2004), *The Politics of Rights. Lawyers, Public Policy and Political Change*. 2a ed., Michigan: The University of Michigan Press.

Sieder, R., Schjolden, L. y Angell, A., eds. (2005), *The Judicialization of Politics in Latin America. Journal of Chemical Information and Modeling*, Vol. 53, Estados Unidos: Palgrave Macmillan.

Smith, M. (2005), "Social Movements and Judicial Empowerment: Courts, Public Policy, and Lesbian and Gay Organizing in Canada", *Politics and Society* (33) 2: 327-353.

Spector, H. (2001), "La filosofía de los derechos humanos", *Isonomía* (15).

Steinberger, H. (1986), "Algunos rasgos fundamentales de la justicia constitucional en la República Federal de Alemania", *Revista de Estudios Políticos* (51): 7-21.

Tasioulas, J. (2009), "Are Human Rights Essentially Triggers for Intervention?", *Philosophy Compass* (4) 6: 938-950.

Tasioulas, J. (2010), "Taking Rights Out of Human Rights", *Ethics* (120) 4: 647-678.

Uprimny, R. (2006), "The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates", en Gargarella, R., Domingo, P. y Roux, T. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies* (127-152), Ashgate Publishing Limited.

Waldron, J. (1993), "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies* (13) 1: 18-51.

_____ (2012), "Constitutionalism: A Skeptical View", *Contemporary Debates in Political Philosophy*, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 10-87.

Welikala, A. (2017), "La constitucionalización de los derechos sociales en Asia del Sur: el Caso de Sri Lanka", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, SCJN (5): 257-263.

Wilson, B. M. (2009), "Institutional Reform and Rights Revolutions in Latin America: The Cases of Costa Rica and Colombia", *Journal of Politics in Latin America* (1) 2: 59-85.

Otros

SCJN

Resolución de la contradicción de tesis 293/2011, Ministro Ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 3 de septiembre de 2013.

Amparo en revisión 152/2013, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 23 de abril de 2014, "V. Estudio de Fondo", párrafo 29.

CorteIDH

Caso Cayara vs. Perú, Excepciones Preliminares, sentencia de 3 de febrero de 1993, Serie C., núm. 14, párr. 42.

Comisión de Venencia (1994), *The Role of the Constitutional Court in The Consolidation of the Rule of Law*, CDL-STD (1994)010.

Justicia social y seguridad en México*

Social Justice and Security in Mexico

ELENA AZAOLA**

Resumen

Este trabajo tiene un doble propósito. Por un lado, dar cuenta de la situación que guarda la justicia social en México. Por otro, mostrar que la crisis de seguridad y de derechos humanos que hoy enfrenta el país no puede entenderse sin tener en cuenta tanto las profundas desigualdades sociales –ya que éstas contribuyen de manera importante al incremento de la violencia–, así como la fragilidad y la incompetencia de las instituciones de seguridad y procuración de justicia que intentan contenerla.

Palabras clave: Justicia social, crisis, seguridad, derechos humanos, desigualdades, fragilidad institucional.

Abstract

This work has a dual purpose. On the one hand, to give some light about social justice in Mexico. On the other hand, to show that the security and human rights crisis that

* Otra versión de este texto se publicó en inglés como "Social Justice and Security Crisis in Mexico" en Roberson, C. (2018).

** Doctora en Antropología, Profesora-Investigadora del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, CIESAS, Investigadora Emérita del SNI. Correo: «eazaola@ciesas.edu.mx».

the country faces today cannot be understood without considering the deep social inequalities –since they significantly contribute to the increase of violence– as well as the fragility and incompetence of the security and justice investigators institutions that try to hold it back.

Keywords: Social justice, crisis, security, human rights, inequalities, institutional fragility.

1. ¿Por qué importa la justicia social?

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) estableció el 20 de febrero como el Día Mundial de la Justicia Social. De acuerdo con esta resolución: "El desarrollo social y la justicia social son indispensables para la consecución y el mantenimiento de la paz y la seguridad en las naciones y, entre ellas, y que, a su vez, ambos temas no pueden alcanzarse si no hay paz y seguridad o si no se respetan todos los derechos humanos y las libertades fundamentales" (A/RES/62/10). Como también lo afirmó el presidente Barack Obama en su último discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre de 2016: "Un mundo en el que el 1% de la humanidad controla tanta riqueza como el 99% más pobre nunca será estable" (OXFAM, 2017).

2. Las cifras de la justicia social en México

México ocupa el undécimo lugar en el mundo por su número de habitantes con una población de 126 millones de habitantes, para 2016.¹ No obstante ser la decimocuarta economía del mundo, ocupa el lugar 71 en el Índice de Desarrollo Humano (Acción Ciudadana Frente a la Pobreza, 2016). Más de la mitad de sus habitantes (54%) permanece en situación de pobreza, a pesar de ser la segunda economía de Iberoamérica. Asimismo, se encuentra entre los 25 países con mayores niveles de desigualdad (TeleSur, 2016). Los estudios socioeconómicos más recientes señalan: "En las últimas décadas, México ha experimentado

¹ Véase Economic Commission for Latin America and Caribbean, Statistical Yearbook for Latin America and Caribbean 2016, LC/PUB.2017/2-P, United Nations ECLAC, Santiago, Chile.

un crecimiento de la desigualdad extrema mientras la economía se ha estancado. El crecimiento económico es magro, los salarios promedios no crecen, la pobreza persiste, pero la fortuna de unos cuantos sigue expandiéndose". De hecho, mientras que el PIB per cápita crece a menos del 1% anual, la fortuna de los 16 mexicanos más ricos se ha multiplicado por cinco (Esquivel, 2015, p. 6).

En la Standardized World Income Inequality Database, con datos de entre 2008 y 2012, México tiene un Coeficiente de Gini de 0.441, mientras que el promedio mundial es de 0.373. Ello lo coloca en el lugar número 87, de una lista de 113 países, por su desigualdad de ingreso. De hecho, México es el país de la muestra donde al 1% más rico le corresponde un mayor porcentaje del ingreso total (21%), mientras que el promedio en otros países fluctúa alrededor de 10%. (Esquivel, 2015, pp. 12 y 15).

El empleo productivo y el trabajo decente son elementos clave para lograr una globalización justa y la reducción de la pobreza. Por ello, se han convertido en objetivos universales integrados en las más importantes declaraciones de derechos humanos; entre ellas: la Conferencia sobre el Desarrollo Sostenible de 2011 y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (véase ONU, 2015).

De acuerdo con el INEGI, "[e]l trabajo decente implica que todas las personas tengan oportunidades para realizar una actividad productiva que aporte un ingreso justo, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para las familias; que ofrezca mejores perspectivas de desarrollo personal y favorezca la integración social" (2017, p. 2). Sin embargo, en México la tasa de informalidad laboral es de 57.4%. Esto quiere decir que más de la mitad de las personas ocupadas trabaja por cuenta propia o en negocios pequeños no registrados, por lo que no cuenta con seguridad social. En cuanto a la jornada laboral, 28.4% de la población ocupada trabaja más de las 48 horas a la semana, que es la máxima jornada laboral legal (2017, pp. 3-5).

Es importante destacar con respecto a los ingresos que sólo 4.5% de las mujeres ocupadas y 7% de los hombres ocupados percibe más de cinco salarios mínimos;

es decir, más de 20 dólares diarios, al tipo de cambio vigente durante el primer semestre de 2017 (INEGI, 2017, p. 7). También es importante considerar que casi la mitad de las personas que trabajan, el 47%, perciben ingresos menores a 250 dólares mensuales (aproximadamente, 5,000 pesos mexicanos). Por ello, de acuerdo con el Instituto para el Desarrollo Industrial y el Crecimiento Económico: "La precarización laboral es un problema estructural de la economía mexicana, probablemente el más grave" (Migueles, 2017). Así lo manifiesta el hecho de que 62.5% de la población ocupada no cuenta con acceso a instituciones de salud como parte de una prestación laboral (INEGI, 2017, p. 8).

De acuerdo con *The Economist*, México es uno de los cuatro países con menor tasa de desempleo (4%), la creación de empleos formales sigue siendo insuficiente; lo que ha ocurrido sobre todo es que el número de personas ocupadas en la formalidad con una remuneración superior a los cinco salarios mínimos ha ido disminuyendo sistemáticamente desde 2006. Esto quiere decir que sólo 5% de la población ocupada ganó, en el primer trimestre de 2017, más de cinco salarios mínimos, lo que equivale a 12,000 pesos al mes (632 dólares), mientras que el porcentaje hace una década era del doble (Migueles, 2017; INEGI, ENOE, 2017).

Por otro lado, uno de los aspectos de la desigualdad que más preocupan tanto en México como en otros países es la falta de oportunidades para el desarrollo que enfrentan los jóvenes. La exclusión consiste en una serie de procesos socioeconómicos y políticos que se vinculan con la ciudadanía plena, de manera que los grupos excluidos no disfrutan de sus derechos y libertades fundamentales. Así lo señala un estudio reciente de la organización *Save the Children* (2016, p. 3), el cual ubica a los adolescentes mexicanos como un grupo excluido que no se está beneficiando de los progresos del desarrollo "y, por el contrario, la combinación tóxica de la pobreza y la discriminación les está llevando a tomar una serie de decisiones que afectan de manera negativa sus oportunidades de desarrollo presente y futuro, así como el ejercicio pleno de sus derechos". Esta exclusión está impidiendo que millones de adolescentes accedan a la salud, la educación, el empleo y la protección que requieren

(UNICEF-CONEVAL, 2016, p. 5). Como ejemplo, basta señalar que 65% de los adolescentes carecen de protección social y 20% no tiene acceso a servicios de salud (UNICEF-CONEVAL, 2016).

En cuanto a la educación, de acuerdo con la organización Mexicanos Primero, de cada 100 niños que entran a la primaria, 76 ingresan a la secundaria, 48 al bachillerato y 21 a la universidad, aunque solamente 13 logran titularse. Del total de los adolescentes en México sólo 54% está inscrito en el sistema educativo, el promedio más bajo entre los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (Save the Children, 2016).

Al panorama anterior habría que agregar que de acuerdo con la Encuesta sobre Juventud, levantada en 2010 por el INEGI, el 25% de los jóvenes de 15 a 19 años no estudia ni trabaja, mientras que el promedio en los países de la OCDE es de 16% (UNICEF-CONEVAL, 2016). Adicionalmente, hay que tener en cuenta que casi 3 millones de niños y adolescentes de entre 5 y 17 años trabajan, lo que constituye el 9% de la población total de esa edad (INEGI, 2017). Otro estudio realizado en varias ciudades mexicanas explica que los jóvenes carecen de incentivos para seguir estudiando porque no encuentran oportunidades de empleo calificado. Incluso la precarización del empleo en el sector formal constituye un elemento de desaliento para intentar conseguir un trabajo en él. De ahí que el estudio señale que los jóvenes opten por migrar, o bien, por insertarse en actividades informales o delictivas. Para las nuevas generaciones ya no se concreta la trayectoria de: obtener un certificado educativo para después ingresar a un empleo formal y después obtener beneficios de seguridad social o formar una familia (CNPEVM, 2010).

El estudio de Save the Children (2016), acerca de las condiciones que enfrenta la adolescencia, concluye que la deserción escolar, los empleos poco dignos, la carencia y baja calidad de servicios esenciales, la falta de protección social, el embarazo adolescente y la reproducción del círculo de la pobreza son sólo algunos de los impactos que afectan de por vida a las y los adolescentes, y afectan aún más a quienes por sus características étnicas, de género o

exclusión corren mayor riesgo de caer o perpetuar estas condiciones. Es preciso tener en claro, de acuerdo con la misma fuente, que estas condiciones son destructivas, socavan la confianza, la cohesión social, el crecimiento económico y la paz.²

Años atrás, el Informe Mundial sobre la Violencia de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) ya había señalado algo similar, cuando hizo notar que existe una clara correlación entre violencia y desigualdad, mas no entre violencia y pobreza. Observó también que los países más igualitarios tienen menores tasas de violencia (2003, p. 40). Del mismo modo, un Informe sobre derechos humanos en México del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD, 2007), constató que no es lo mismo ser pobre en una sociedad parejamente pobre, que serlo en sociedades duales donde coexisten niveles de vida como los de Ginebra y Burundi al mismo tiempo. La tensión que se genera en las sociedades del segundo tipo es muy alta, produciendo una sensación de que no hay un "juego limpio" e impactando en la confianza que la sociedad tiene en las instituciones. Las grandes desigualdades son un destructor del capital social: crean desconfianza, cinismo, falta de interés en la asociatividad (cooperación) y apatía. A su vez, la falta de confianza mina la legitimidad y reduce los márgenes de gobernabilidad democrática. De ahí que dicho organismo internacional recomendara a México crear las condiciones para que la sociedad esté convencida de que vive en un marco de "juego limpio" (PNUD, 2007).

En el mismo sentido, para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) no cabe duda que los factores socioeconómicos han incidido de manera importante sobre los altos niveles de violencia que hoy experimenta México. Entre estos factores, para la CIDH, se encuentran "la desigualdad y la exclusión social, la pobreza, la estigmatización y los estereotipos, el desempleo (sobre todo de jóvenes), los bajos salarios, la discriminación, la migración forzada, los bajos niveles de educación, las condiciones precarias de la vivienda, los servicios de salud insuficientes, el fácil acceso a las armas y la impunidad, entre otros" (2016, p. 43).

² Sobre las condiciones que enfrenta la adolescencia en México, véase Azaola (2017).

En los siguientes apartados analizaremos la crisis de seguridad y de violaciones graves a los derechos humanos que hoy enfrenta México.

3. La crisis de seguridad

Como es bien sabido, en la década de 2008- 2018, México ha venido enfrentando una grave crisis de seguridad. En esta parte analizaremos algunos de los factores que han contribuido a este escalamiento del crimen y la violencia y proporcionaremos algunos datos que permiten dimensionar la severidad de esta crisis.

De acuerdo con el Informe Mundial sobre la Violencia, ningún factor por sí solo puede explicar por qué algunos individuos tienen comportamientos violentos hacia otros o por qué la violencia es más prevalente en algunas comunidades que en otras. "La violencia es el resultado de la acción recíproca y compleja de factores individuales, relacionales, sociales, culturales y ambientales" (OPS, 2003, p. 13).

Uno de los factores a tener en cuenta en la crisis de seguridad y los altos niveles de violencia es que México comparte frontera con Estados Unidos, país que gasta alrededor de 130,000 millones de dólares al año en el consumo de drogas ilícitas. "Con estos recursos, el crimen organizado transnacional, tiene una enorme capacidad de esparcir violencia y corrupción" (CIDH, 2016, p. 33).

En opinión de Fernando Escalante, México debería revisar el compromiso que mantiene con Estados Unidos en cuanto a la política de interdicción en la producción, tráfico y venta de drogas, sobre todo sabiendo que esta política ha fracasado en todo el mundo y que ha tenido un costo que México debería considerar impagable. En palabras de este especialista: "hemos pagado con una sangría de 200 mil mexicanos la 'buena vecindad' que ya no existe" (Escalante, 2017).

México es también un país de origen, tránsito, destino y retorno de personas migrantes. El corredor migratorio entre México y Estados Unidos es el de mayor

flujo en el mundo. Asimismo, el 70% de las armas que ingresa a México de manera ilegal proviene de Estados Unidos (CIDH, 2016, pp. 45-46).

El Informe Armed Conflict Survey 2017, publicado recientemente por el International Institute for Strategic Studies (IISS) del Reino Unido, señaló que en 2016, México fue el país más violento del mundo sólo después de Siria. También indicó que el conflicto en México arrojó 23,000 muertes violentas en ese año, cifra superada por la que arrojó el conflicto en Siria, de 50,000 muertes violentas. Uno de los expertos que elaboró el Informe, Antonio Sampaio, explicó que una de las principales causas de este incremento en la violencia, se asocia con la adopción de tácticas militares por parte de algunos de los cárteles de la droga. "Por un lado –dijo– estamos viendo una militarización de la estrategia de los cárteles de la droga y, por el otro, muchas de las intervenciones realizadas por las fuerzas policiacas y militares terminan resolviéndose en tiroteos y duros enfrentamientos. Estamos ante una situación muy violenta, ante un conflicto de elevada intensidad" (IISS, 2017; Bugarín, 2017, A14).

De manera similar, el Instituto para la Economía y la Paz (IEP) señaló que de 163 países evaluados, México tiene el lugar 140 en el Índice Global de Paz del año 2016. Entre los factores que este Índice mide, se encuentran: conflictos internos e internacionales, desigualdad, confianza en las autoridades, corrupción, equidad de género, acceso a educación y salud, cantidad de refugiados y desplazados por violencia, militarización y presencia policiaca. De hecho, México retrocedió 47 posiciones desde 2008, cuando ocupó el lugar 93. El impacto total de la violencia en el país se cuantificó en casi 273,000 millones de dólares, cifra que equivale al 14% del PIB (IEP, 2015).

La crisis de seguridad que México ha experimentado durante los últimos dos sexenios (desde 2006 a 2018) ha tenido, ante todo, un costo muy elevado y lamentable con la pérdida, en números redondos, de poco más de 274,000 vidas humanas (INEGI, 2016).³ Asimismo, la incidencia delictiva y la proporción de

³ Proyección propia elaborada a partir del Observatorio Nacional Ciudadano (2018).

personas que han sido víctimas de delitos se han incrementado; sin embargo, el porcentaje de delitos que logran ser sancionados ha disminuido, así como los índices de confianza en las autoridades y las instituciones encargadas de brindar seguridad y justicia a los ciudadanos. Aunque sería difícil trazar una relación causa/efecto, este incremento de la violencia y la inseguridad tuvo lugar de manera paralela a la decisión por parte del gobierno durante la presidencia de Felipe Calderón (2006-2012) de lanzar una "guerra contra las drogas". Desafortunadamente, esta guerra no ha logrado contener el avance de la delincuencia como sí, en cambio, ha traído consigo otra crisis igualmente grave que es la del incremento en las violaciones graves a los derechos humanos (Azaola y Newham, 2017).

A pesar de esta coincidencia entre el incremento de la violencia y la política de la "guerra contra las drogas", en realidad los cuatro componentes de la crisis de seguridad a la que nos referimos estaban presentes de tiempo atrás. Estos componentes, son: primero, la existencia de grupos delictivos con la capacidad de representar una amenaza para el Estado; segundo, la fragilidad o la incompetencia de las instituciones del Estado para contenerlos; tercero, la descomposición social que se manifiesta en el creciente número de personas capaces de cometer delitos; y cuarto, la falta de controles eficaces frente a los abusos y la violación de derechos por parte de las instituciones del Estado. Estos componentes suponen la existencia de procesos sociales, económicos, políticos y culturales que se han ido construyendo a lo largo de décadas con los lamentables resultados que ahora conocemos. Desde esta perspectiva, la guerra emprendida por el gobierno de Felipe Calderón en contra del narcotráfico, habría sido uno de los muchos factores desencadenantes propiciados por una crisis que venía gestándose desde mucho tiempo atrás (Azaola y Newham, 2017).

Entre los factores que habrían contribuido a dicha crisis, se encuentra el no haber podido superar la debilidad e incompetencia históricas de las instituciones de seguridad y procuración de justicia. Es decir, estas instituciones no lograron prevenir, atender y sancionar distintas formas de violencia que fueron ignoradas o toleradas: violencias que, al no ser atendidas como requerían en su momento, propiciaron que hoy tengamos que enfrentar sus efectos acumulados.

Estos efectos se manifiestan en espirales de violencia difíciles de contener y cuyas repercusiones habremos de padecer por muchos años. Por detrás de los actuales niveles de violencia incontrolada, lo que encontramos son procesos sociales, económicos y políticos de larga data que fueron incubando, de manera imperceptible pero certera, el germen de la violencia. Como lo expresara acertadamente Carlos Pascual, ex embajador de los Estados Unidos en México: "La seguridad no puede ser un fin en sí mismo, sino que debe ser una condición que permita a las comunidades lograr normalidad y prosperidad [...] Los programas de seguridad deben estar integrados con programas sociales y económicos, y el éxito debe medirse con indicadores sociales, además de la reducción de la violencia y el crimen" (Pascual, 2010, p. 10).

Coincido con el enfoque del ex embajador, aunque, desafortunadamente, la política que ha mantenido el gobierno mexicano durante la última década ha sido la de privilegiar el uso de la fuerza y acudir a la fuerza militar para enfrentar al crimen organizado, en lugar de llevar a los responsables ante la justicia. De acuerdo con los especialistas en temas de seguridad "el despliegue de elementos militares y de la Policía Federal continúa siendo el componente central de las intervenciones en todas las entidades que enfrentan desafíos severos a la seguridad" (Guerrero, 2016, pp. 40-52).

Otros estudios, en cambio, señalan que la calidad de las condiciones de buen gobierno en un país, en relación con el marco legal y las políticas que ofrecen protección social, son un factor determinante de los niveles de violencia. En particular, el grado en que una sociedad hace cumplir las leyes existentes sobre la violencia al detener y encausar a los delincuentes, puede actuar como factor disuasivo contra la violencia (OPS, 2003, p. 41).

Por su parte, Carlos Flores plantea que el monopolio de la violencia por parte del Estado, sólo se hace tolerable cuando éste da muestras claras de proteger al menos un umbral básico de intereses públicos. Comparto su opinión sobre que, la violencia que se observa en México, "no es sino la derivación más grave de un problema más profundo: la disfuncionalidad estructural de un Estado

en el que sus premisas y mecanismos esenciales de funcionamiento se encuentran desprovistos de contenidos básicos de interés público" (Flores, 2014, pp. 43-82).

Por lo que se refiere a las estadísticas relacionadas con los homicidios, principal indicador sobre la violencia, Molly Molloy, de la Universidad Estatal de Nuevo México, señala que, de acuerdo con las cifras oficiales de INEGI, entre 2008 y 2016 hubo un total, en números redondos, de 200,000 homicidios en México. En su opinión, este elevado número de homicidios es el resultado de la "guerra contra las drogas" decretada por el presidente Calderón, no obstante que durante este periodo ninguna agencia en los Estados Unidos ha señalado que la cantidad de drogas disponible en el mercado hubiera caído o que su precio se hubiera incrementado como consecuencia del flujo menor de estas sustancias. Si estos eran los objetivos manifiestos de la "guerra contra las drogas", Molloy se pregunta: ¿qué sentido han tenido estas muertes? (véase Molloy, en Carrasco, 2017, pp. 10-13).

Laura Atuesta (2017, pp. 42-46), investigadora del CIDE, señala también que "la lucha contra el crimen organizado no es factible ni produce resultados positivos si no está acompañada de un cambio en las políticas de drogas que disminuya la rentabilidad del mercado". La autora sostiene que, la militarización en temas de seguridad pública junto con el prohibicionismo de las drogas ilícitas han producido resultados inesperados y no han alcanzado sus objetivos propuestos. De hecho –afirma– "esta combinación genera la situación perfecta para que el crimen organizado crezca, evolucione y sea cada vez más difícil de controlar".

Desde 2011 las cifras oficiales dejaron de documentar el número de muertes ocurridas en enfrentamientos armados; sin embargo, se calcula, por la descripción de las notas de prensa, por ejemplo, que aproximadamente la mitad de los homicidios ocurridos entre 2008 y 2018 tuvo lugar en el contexto de la llamada guerra contra el narcotráfico, a cargo de autoridades en contra de supuestos grupos delictivos o por enfrentamientos entre presuntos integrantes de estos mismos. No obstante, dado que muchas veces se utilizó la fuerza antes de que se hubiera investigado, es difícil decir cuántas personas de entre las que murieron

estaban realmente involucradas en actividades delictivas y cuántas fueron víctimas circunstanciales. Aún más, la mayoría de los homicidios cometidos no han sido investigados y permanecen impunes. De acuerdo con el Índice de Paz México, el 90% de los homicidios cometidos en el país en los últimos años ha quedado impune (IEP, 2015).

Esto último resulta especialmente preocupante, ya que la impunidad constituye un factor adicional al escalamiento de la violencia, sin dejar de lado, por supuesto, la situación de cientos de miles de víctimas indirectas que han visto negados sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación del daño.⁴

A pesar de los cuantiosos recursos invertidos para incrementar el Estado de fuerza y fortalecer a las instituciones encargadas de la seguridad, ello no se ha traducido en una mayor eficacia para contener la crisis de inseguridad y violencia que afecta al país. Un factor importante ha sido la incapacidad para transformar en profundidad a las instituciones de policía que padecen múltiples deficiencias, entre las que destaca su escasa autonomía de las autoridades en turno y el estar orientadas más hacia el servicio de estas últimas que a proteger a los ciudadanos y sus derechos. Entre las casi 2,000 instituciones de policía que existen en el país se encuentran factores comunes como: los bajísimos niveles de educación y profesionalización de sus elementos de base, salarios precarios, la poca capacidad de controlar a sus agentes, normas poco claras o que no se aplican y los altos niveles de incertidumbre, de abusos por parte de sus superiores y de corrupción; no es de extrañar que la policía cuente con muy bajos niveles de confianza por parte de los ciudadanos ya que, como reportan distintas encuestas, el 90% de los mexicanos opina que la policía es corrupta (IEP, 2015).

El primer obstáculo que existe es que la gran mayoría de los delitos ni siquiera son denunciados ante las autoridades. De acuerdo con las encuestas de victimi-

⁴ Si estimáramos que, por ejemplo, por cada persona que murió de manera violenta en México entre 2007 y 2018, al menos diez personas entre sus familiares y amigos más cercanos se hubieran visto afectados por esta muerte, estaríamos hablando de más de dos millones y medio de víctimas indirectas, 90% de las cuales no ha tenido acceso a la justicia.

zación, el porcentaje de delitos que permanecen sin denunciar ha ido creciendo año con año hasta representar el 93% de los delitos que se cometen. Es decir, 9 de cada 10 delitos no son hechos del conocimiento de las autoridades lo que, conforma con la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública del INEGI (ENVIPE, 2018), principalmente se debe a que las víctimas lo consideran una pérdida de tiempo y no tienen confianza en las fiscalías.

Para poner en contexto internacional este porcentaje de no denuncia habría que tener en cuenta, de acuerdo con los datos oficiales de cada país, que en Estados Unidos fueron denunciados en 2013 el 46% de los delitos, en Inglaterra el 41% y en Chile el 44%. Cifras que permiten poner en perspectiva los datos que arrojan las encuestas en México y darse cuenta que son del doble (Gerson, 2015, pp. 7-9).

Ahora bien, de los delitos que sí son denunciados, apenas una pequeña parte (6%) logra ser investigada y otra parte aún más pequeña (2%) logra ser sancionada (véase Presidencia de la República, 2015). A ello hay que agregar que la percepción de inseguridad entre la población de 18 años o más en 2016 fue de 72%, mientras que en 2018 se ubicó en 79.4%. Ello quiere decir que, en promedio, prácticamente 8 de cada 10 ciudadanos no se sienten seguros en México, independientemente de la localidad en donde viven (INEGI, 2018).

Otros datos del Índice de Paz México señalan que los crímenes de la delincuencia organizada (extorsión, secuestro y delitos contra la salud) se incrementaron 73%, de 2003 a 2013; mientras que el tráfico de armas se triplicó y 90% de las extorsiones no fueron denunciadas (IEP, 2015).

Dado el panorama de inseguridad que hasta aquí hemos descrito, no es de extrañar que, al concluir la Administración de Felipe Calderón, el 55% de la población considerara que su estrategia de seguridad fue un fracaso. Al inicio de su sexenio el 84% de la población opinaba que era adecuado el uso del Ejército para combatir al crimen organizado, al final del mismo, 69% seguía considerándolo; pero 54% opinaba que el crimen organizado había ganado la

guerra contra el narcotráfico, únicamente el 18% pensaba que el gobierno la había ganado.⁵

Como veremos en el apartado siguiente, la decisión de emplear al Ejército en labores de seguridad pública, que no eran de su competencia de acuerdo con la Constitución Política vigente en ese momento, tuvo un fuerte impacto en el incremento y la gravedad de las violaciones a los derechos humanos durante el periodo de 2008 a 2018. Baste señalar que, si en 2007 había 45,000 integrantes del Ejército ocupados en labores de seguridad pública, en 2016 había más de 100,000 militares desplegados en el territorio ejerciendo estas funciones (Vela, 2016, p. 2). Habría que agregar que, tan sólo entre 2012 y 2015, el Ejército reportó la detención de 17,000 personas, a pesar de que ésta tampoco forma parte de sus facultades (CIDH, 2016, p. 35).

4. Las graves violaciones a los derechos humanos

De acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), México es una República representativa, democrática y federal integrada por 31 entidades federativas y la Ciudad de México. A partir de 2011, la Constitución elevó a jerarquía constitucional todas las normas de derechos humanos contenidas en los tratados suscritos por el Estado mexicano. Asimismo, México cuenta con uno de los sistemas públicos más amplios de protección a los derechos humanos, ya que lo integran: una Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 31 comisiones estatales y otra para la Ciudad de México. A pesar de la amplia cobertura con la que cuenta dicho sistema, de 2006 a 2018, las violaciones a los derechos humanos se han incrementado de manera sustantiva. Este hecho también ha tenido un impacto importante en organismos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que ha recibido más quejas de México durante la última década que cualquier otro país del continente americano.

⁵ Datos de la Onceava Encuesta Nacional sobre la Percepción de Seguridad Ciudadana, citados en: "Narcotráfico: Fracaso del plan anticrimen", México, Reforma, 22 de noviembre de 2012.

Otros organismos internacionales también se han pronunciado a este respecto. Así, por ejemplo, al terminar su visita a México, en octubre de 2015, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Zeid Ra'ad al-Husseini, señaló que "hay un amplio consenso nacional, regional e internacional sobre la gravedad de la situación de los derechos humanos en México". Agregó que el caso de los 43 estudiantes desaparecidos de la Escuela Normal Rural de Ayotzinapa, "es un microcosmos de problemas crónicos que subyacen a la implacable ola de violaciones de derechos humanos que está teniendo lugar a lo largo de México" (Garduño S. y Baptista D., 2015, p. 7).

De manera similar, el Relator de Naciones Unidas sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias o Sumarias, Christof Heyns, en el Informe sobre su visita realizada a México en 2013, señaló: "el derecho a la vida es violado a grados intolerables en México y el cambio de discurso gubernamental en el presente sexenio en el sentido de hablar menos de la violencia, no cambia esta realidad". Hizo también un llamado para que "las tareas de seguridad pública sean realizadas por autoridades civiles que cuenten con directrices claras sobre el uso de la fuerza". Asimismo, recomendó "tomar todas las medidas necesarias para evitar que las autoridades alteren las escenas delictivas y garantizar que las autoridades que obstruyan las investigaciones rindan cuentas de ello" (ONU, 2014).

Por su parte, el Informe del Departamento de Estado de los Estados Unidos (2015) advirtió que "en México persisten serios problemas en materia de derechos humanos en los que están involucrados elementos de seguridad que incluye tanto a policías como a fuerzas armadas". Destacó entre los abusos más graves las ejecuciones extrajudiciales, la tortura y las desapariciones forzadas. Agregó que "la impunidad en violaciones a derechos humanos persiste como un problema a lo largo del país, con tasas extremadamente bajas o inexistentes de enjuiciamientos para todo tipo de crímenes" (Díaz Briseño, 2017, p. 3). Algunos informes, como el elaborado por Open Society, han argumentado que las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas y la tortura no constituyen prácticas aisladas de los cuerpos de seguridad en México, sino que constituyen un patrón indiscriminado de uso de la fuerza y, por tanto, pueden ser

tipificados como delitos de lesa humanidad. Al referirse a este reporte, un artículo de *The New York Times*, señaló:

Son asesinados en los controles militares, desaparecen dentro de las instalaciones de la Marina o son torturados por los agentes de la Policía Federal. Rara vez se investigan sus casos. Un juicio y una condena son aún más raros. ¿Pero estos casos son sólo lamentables accidentes en el curso de una década de lucha del gobierno contra la violencia de las drogas? Un nuevo informe de la Iniciativa Pro-Justicia para una Sociedad Abierta [Open Society Justice Initiative] sostiene que no lo son. En su lugar, el estudio dice que apuntan a un patrón de fuerza indiscriminada e impunidad que forma parte integral de la política del Estado. Y, en el marco del derecho internacional, el estudio sostiene que los asesinatos, las desapariciones forzadas y la tortura constituyen crímenes de lesa humanidad [Malkin, 2016] [traducción propia].

En relación con el delito de tortura, una práctica frecuente en México, el reporte de la CIDH (2016) sobre la Situación de los Derechos Humanos en México refiere que la Procuraduría General de la República (PGR), informó que, en 2015, tenía 2,420 investigaciones en trámite por el delito de tortura y sólo 15 sentencias condenatorias por este mismo delito. La Comisión añade que, inclusive en una investigación tan relevante y sujeta al escrutinio público nacional e internacional, como lo es el caso de los 43 estudiantes desaparecidos en Ayotzinapa, el 77% de las personas detenidas por este delito dijeron haber sido torturadas. Asimismo, señaló que tampoco existía ni una sola sentencia condenatoria por el delito de desaparición forzada.

Debido a los continuos señalamientos tanto por parte de organismos nacionales como internacionales en relación con la participación indebida del Ejército en labores de seguridad pública, las Fuerzas Armadas han venido ejerciendo una fuerte presión para que se modifique el marco constitucional y se les permita ejercer con pleno respaldo legal, lo que de facto han venido realizando durante los últimos años. Sin embargo, en opinión del Instituto Belisario Domínguez, del Senado de la República (2017), "Incrementar las atribuciones de las Fuerzas Armadas para atender cuestiones de seguridad, significa dar sustento legal a acciones que, de facto, suceden todos los días en el territorio nacional. Pero esta opción mantendría los problemas que ahora nos aquejan como elevados

niveles de violencia e impunidad, falta de capacidad por parte de los policías y autoridades civiles, poca o nula información para la toma de decisiones, ocurrencia de lesiones graves a derechos humanos"

En el mismo sentido, se pronunció la organización no gubernamental WOLA (Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos), en un reporte que elaboró en torno al Proyecto de Ley sobre la Seguridad Interior en México (Suárez y Meyer, 2017). En este reporte señalan que de acuerdo con la información proporcionada por el Ejército mexicano en octubre de 2016, soldados participaban en operaciones de combate a la delincuencia en 23 de los 31 estados de la República. Destacan que el Proyecto de Ley sobre Seguridad Interior que se discutía en ese momento (2017) en el Congreso mexicano buscaba ampliar y normalizar la presencia militar en la seguridad pública no obstante que, después de más de una década, la presencia militar no había logrado reducir la violencia ni la delincuencia organizada. En opinión de dicha organización, la discusión de esta Ley en el Congreso debía tomar en consideración los costos que en derechos humanos ha tenido la participación del Ejército en labores de seguridad pública. "Algunos delitos y violaciones de derechos humanos cometidos por soldados han sido investigados y sancionados; sin embargo, comparado con la gravedad de los delitos y los resultados limitados de las investigaciones criminales, estos avances son insuficientes", señalaba el reporte (Suárez y Meyer, 2017).

Del mismo modo, tanto el Relator de Naciones Unidas sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Christoph Heyns, como el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Zeid Ra'ad Hussein, han recomendado a México transitar de un modelo de seguridad de corte militar a uno de seguridad ciudadana, mediante el retiro paulatino de las Fuerzas Armadas de tareas que son ajenas a su naturaleza (Patrón, 2016, A7).

Otro de los problemas más graves de violación a los derechos humanos durante el periodo al que nos hemos estado refiriendo, es el gran número de personas que han sido reportadas como desaparecidas. Hasta el 30 de abril de 2018 se contaba con el registro de 36,265 casos de personas desaparecidas (RNPE, 2018).

Es también grave y preocupante el hallazgo de numerosas fosas clandestinas con cuerpos que no han sido identificados. De acuerdo con el Informe Especial de la Comisión Nacional de Derechos Humanos sobre Desaparición de Personas y Fosas Clandestinas en México, entre 2007 y 2016, se reportaron de manera oficial 855 fosas ilegales con un total de 1,548 cuerpos. Sin embargo, conforme a la propia Comisión, al contrastar esta información con la que ha sido revelada tanto por organizaciones de la sociedad civil como por los medios, en realidad se han reportado un total de 1,143 fosas en las que se han encontrado 3,230 cadáveres. La mayor parte de los restos humanos encontrados, no han sido identificados, al tiempo que más de 30,000 personas permanecen reportadas como desaparecidas (CNDH, 2017).

Otra de las violaciones más frecuentes es la de las detenciones arbitrarias. De acuerdo con la CNDH, en el periodo de 2004 a 2014 recibió un total de 58,381 quejas por detenciones arbitrarias de las cuales 17 mil también incluían alegatos de tortura y malos tratos (CIDH, 2016, p. 141).

A pesar del panorama de violaciones graves a los derechos humanos que hasta aquí hemos referido, quizá la violación más grave y frecuente es la ausencia de instituciones de seguridad y de procuración de justicia que actúen de manera eficaz, competente, igualitaria y que sean respetuosas de las leyes y los derechos humanos. Así lo reconoce un Informe enviado recientemente por la Procuraduría General de la República al Senado, en el que señala que enfrenta problemas de corrupción, rezago y contratación de personal sin seguir los procedimientos establecidos. "Entre las conductas irregulares más frecuentes, se encuentran: extorsiones, tortuguismo, abuso de autoridad, cateos y retenciones ilegales, omisión de diligencias e integraciones indebidas de averiguaciones previas". El Informe señala que, entre 2015 y 2016, la institución recibió 3,165 quejas y denuncias en contra de sus funcionarios, por presuntas irregularidades. En cuanto a los niveles de eficiencia, entre 2014 y 2016, la institución inició más de 63,000 carpetas de investigación, de las cuales 41,000 están pendientes de determinación. Asimismo, de acuerdo con la ENVIPE (2016), el 59% de la población dijo que considera a la Procuraduría General de la República (PGR) como una institución corrupta (Guerrero y López, 2017, p. 5).

Desde 2008, México inició la transformación de su sistema de justicia penal, que era de corte inquisitorial, hacia uno de corte acusatorio. De las deficiencias en la transición de un sistema a otro, un estudio del Centro de Investigación para el Desarrollo (CIDAC) consideró entre las más importantes: a) la insuficiente capacitación de los operadores jurídicos; b) la ausencia de un servicio civil de carrera; c) la inexistencia de bases de datos y modelos de gestión; d) la carencia de evaluaciones y mediciones de la implementación del sistema; e) el empleo de sistemas informáticos improvisados o sin interconectividad; f) el rezago considerable en los casos en trámite o pendientes de determinación; g) las deficiencias importantes en las defensorías públicas; h) un déficit de 83% en los asesores jurídicos que se requieren; i) falta de seguimiento y evaluación del desempeño (2016).

Por lo que se refiere al principio de igualdad ante la ley, existen también grandes deficiencias. Una reconocida especialista que ha contribuido a la reforma del sistema de justicia penal, Ana Laura Magaloni, ha señalado que "Uno de los elementos torales de la falta de un Estado de derecho en México es el trato jurídico diferenciado en función de la capacidad económica y el poder de las personas. La ley no es igual para todos, ésta nos obliga y nos protege de formas distintas y ello depende de quién eres, a quién conoces y cuánto dinero tienes" (Magaloni, 2017, p. 11).

Otros especialistas también han destacado que los operadores del nuevo sistema de justicia penal no han sido debidamente capacitados por lo que no cuentan con los elementos que les permitan cumplir con los estándares que este sistema requiere. En este sentido, Alberto Olvera señala:

En materia de implementación de la reforma penal, observamos que el país experimenta una simulación legal e institucional en gran escala, que en la práctica ha obstaculizado aún más el acceso a la justicia, en lugar de facilitarlos. Tanto las policías como los agentes del ministerio público prefieren evitar que se inicien carpetas de investigación ante la certeza de que las exigencias técnicas de la reforma rebasan sus capacidades reales, dada la falta de capacitación, equipo, personal y liderazgo moral [Olvera, 2016].

Para que el sistema de justicia pueda operar adecuadamente, los altos niveles de corrupción que no se han logrado abatir y que, incluso, en algunos casos,

se han incrementado son un problema adicional. Así lo manifiesta el Índice de Percepción de Corrupción (Transparencia Internacional, 2016), de acuerdo con el cual, durante 2016, México tuvo un retroceso de 28 lugares al pasar de la posición 95 a la 123, de entre un total de 176 países.

Para concluir con este breve panorama acerca de la situación de los derechos humanos en México, quisiéramos hacerlo planteando las preguntas que recientemente formuló Jan Jarab, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México: "¿Por qué un país tan fascinante, con tanta riqueza cultural, tanto potencial intelectual, falla tanto en la procuración de justicia? ¿Por qué siguen encarcelados los torturados y no los torturadores? ¿Cómo se puede vivir con una tasa de impunidad tan alta?" (Jarab, 2017). A mí me gustaría poder ofrecer algunas respuestas a estas preguntas, pero, lamentablemente, no las tengo.

5. Conclusiones

En este texto he intentado mostrar que la crisis de seguridad que hoy enfrenta México no puede verse por separado de los grandes rezagos que el país enfrenta en materia de justicia social y que lo ubican como uno de los 25 países más desiguales del mundo. Los datos que hemos expuesto nos permiten concluir que los altos niveles de violencia que hoy padecemos no pueden solamente atribuirse a las actividades y los enfrentamientos entre grupos delictivos, sino que, al menos una parte de la responsabilidad también recae sobre las instituciones y las políticas gubernamentales que han intentado contenerlos, pero que no han sido capaces de ofrecer soluciones de fondo a los problemas que han venido gestándose por largo tiempo. Al mismo tiempo, las políticas implementadas para hacer frente a la criminalidad han sobrepasado los límites impuestos por la legalidad, provocado una severa crisis de violaciones a los derechos humanos.

En síntesis, el saldo que ha dejado la violencia delictiva, así como la provocada por las políticas que han intentado, de manera infructuosa, contenerla, es muy grave, tanto por el número como por el tipo de daños, las más de las veces irreparables, que han sufrido las víctimas directas e indirectas. Los daños que

han sufrido los huérfanos, las viudas y otros familiares y allegados, apenas comienzan a ser visibilizados, mientras que las respuestas que han recibido las víctimas por parte del Estado han sido insuficientes, inapropiadas, inexistentes o les han provocado nuevos daños. Las consecuencias que todo ello ha arrojado perdurarán en la sociedad por muchos años más.

Fuentes

Atuesta, L. (2017), "Las cuentas de la militarización", Revista *Nexos*, núm. 471 (42-46), México.

Azaola, E. (2017), Informe Especial. Adolescentes: Vulnerabilidad y Violencia, México: CNDH-CIESAS. «<http://bit.ly/2xdOICN>».

Azaola, E. y Newham, G. (2017), "Violence and Criminal Justice in Mexico and South Africa", en Geldenhuys, D. y González, H., *Global South Powers in Transition: A Comparative Analysis of Mexico and South Africa*, Johannesburgo: South Africa, Unisa Press.

Bugarín, I. (2017), "México, segundo más violento: Informe", *El Universal*, 9 de mayo de 2017.

Carrasco, J. (2017), "2007-2016. La violencia cobró más de 208 mil vidas", Revista *Proceso*, 5 de marzo de 2017.

Díaz Briseño, J. (2017), "Exhibe Estados Unidos abusos a los derechos humanos en México", México, *Reforma*, 4 de marzo de 2017.

Escalante, F. (2017), "Apuntes para lidiar con Washington", Revista *Nexos*, núm. 471, México, marzo de 2017.

Esquivel, G. (2015), *Desigualdad Extrema en México. Concentración del Poder Económico y Político*, México, OXFAM, disponible en «http://www.cambialasreglas.org/pdf/desigualdadextrema_informe.pdf». [Última fecha de consulta: 14 de febrero de 2017].

Flores, C. (2014), "Un asunto de impunidad: la colusión entre delincuencia organizada y la política y su efecto en la crisis de violencia en México", *Revista Gestión y Política Pública*, Número Especial sobre Seguridad Pública (43-82).

Garduño, S. y Baptista, D. (2015), "Encuentra intolerante la ONU al Gobierno", *México, Reforma*, 8 de octubre de 2015.

Gerson, P. (2015), "Impunidad: la desigualdad fundamental en México", *Revista Este País*, núm. 287, México, marzo de 2015.

Guerrero, E. (2016), "La inseguridad 2013-2015", *Revista Nexos*, México, enero de 2016.

Guerrero, C. y López, M. (2017), "Reconoce PGR malas prácticas", *El Universal*, 17 de febrero de 2017.

IEP (2015), *Índice de Paz México 2015*, México: Instituto para la Economía y la Paz.

Jarab, J. (2017), "Normalicemos los derechos, no las injusticias", *El Universal*, 13 de junio de 2017.

Magaloni, A. (2017), "¿Independencia judicial?", *Reforma*, 4 de marzo de 2017.

Malkin, E. (2016), "Report Accuses Mexico of Crimes Against Humanity in Drug War", *Nueva York, The New York Times*, 6 de junio de 2016.

Olvera, A. (2016), "Palabras pronunciadas ante la XL Sesión Ordinaria del Consejo Nacional de Seguridad Pública", *Palacio Nacional, México*, documento inédito, 20 de diciembre de 2016.

OPS, (2003), *Informe mundial sobre la violencia y la salud*, Washington DC, Organización Panamericana de la Salud.

OXFAM, (2017), *Pobreza y desigualdad en México*, México, OXFAM.

PNUD (2007), *Informe sobre derechos humanos. México 2006-2007: Migración y desarrollo humano*, México, PNUD-México.

UNICEF-CONEVAL, (2016), *Análisis sobre pobreza y derechos sociales de niñas, niños y adolescentes en México*, México, UNICEF-CONEVAL.

Patrón, M. (2016), "Debatir el Modelo de Seguridad", *El Universal*, 5 de diciembre de 2016.

Pascual, C. (2010), "México en una Encrucijada", Conferencia impartida en El Colegio de México por el Embajador de los Estados Unidos en México, 24 de noviembre de 2010, documento inédito.

Vela, D. (2016), "En este sexenio se redujo en 93.6% las deserciones en el Ejército", México, *El Financiero*, 25 de diciembre de 2016.

Otros

CIDH (2016), *Violencia, Inseguridad y Desapariciones en México. Situación de los Derechos Humanos en México*, disponible en «<https://bit.ly/2z2vgcR>». [Última fecha de consulta: 15 de febrero de 2017].

Acción Ciudadana Frente a la Pobreza, (2016), *Frente a la Pobreza y Desigualdad: Cohesión social*, disponible en «<https://bit.ly/2VeK29g>». [Última fecha de consulta: 16 de febrero de 2017].

Centro de Investigación para el Desarrollo A.C., (2016), *Hallazgos: Seguimiento y Evaluación de la Operación del Sistema de Justicia Penal en México*, disponible en «<https://bit.ly/3esRgOc>». [Última fecha de la consulta: 10 de octubre de 2017].

Comisión Nacional de Derechos Humanos, (2017), *Informe Especial de la Comisión Nacional de Derechos Humanos sobre Desaparición de Personas y Fosas*

Clandestinas en México, 4 de junio de 2017, disponible en «<https://bit.ly/2K7BbzF>». [Última fecha de consulta: 2 de julio de 2017].

Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, (2010), Primeras conclusiones de los diagnósticos sobre las causas económicas, sociales y culturales de la violencia social y de género en seis ciudades mexicanas, México, CNPEVM.

Economic Commission for Latin America and Caribbean, Statistical Yearbook for Latin America and Caribbean 2016, LC/PUB.2017/2-P, United Nations ECLAC, Santiago Chile.

Instituto Belisario Domínguez (2017), Seguridad Interior. Elementos para el Debate, Instituto Belisario Domínguez, México, Senado de la República.

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (2011), Encuesta Nacional de Juventud 2011, disponible en «<https://bit.ly/2XADrHL>». [Última fecha de consulta: 12 de diciembre de 2016].

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (2017), Estadísticas de Mortalidad 2016, disponible en «<https://bit.ly/3ckE6kE>». [Última fecha de consulta 14 de febrero de 2017].

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (2016), Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública, México, INEGI.

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (2017b), Estadísticas a propósito del Día Mundial de la Justicia Social. Boletín Informativo, México.

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, (2017), Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo 2016, México, INEGI.

INEGI, Encuesta Nacional sobre Victimización y Percepción de Seguridad Pública 2018, consultada en el sitio «<https://bit.ly/2z566KO>». [Última fecha de consulta: 28 de diciembre de 2018].

International Institute for Strategic Studies, (2017), Armed Conflict Survey 2017, Reino Unido, disponible en «<https://bit.ly/2yhFtSw>». [Última fecha de consulta: 9 de mayo de 2017].

Institute for Economics and Peace (2015), Índice de Paz México 2015, Ciudad de México, IEP.

Organización de las Naciones Unidas (2014), Informe del Relator sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias o Sumarias, Christof Heyns, consultado en el sitio «<https://bit.ly/2Vdy2o8>». [Última fecha de consulta: 8 de julio de 2017].

Organización de las Naciones Unidas (2014), Informe del Relator sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias o Sumarias, Christof Heyns, disponible en «<https://bit.ly/2Vdy2o8>». [Última fecha de consulta: 8 de julio de 2017].

Organización de las Naciones Unidas (2007), Día Mundial de la Justicia Social. Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 2007, disponible en «<https://bit.ly/3acv87t>». [Última fecha de consulta: 14 de febrero de 2017].

Organización de las Naciones Unidas (2015), Objetivos del desarrollo sostenible, consultado en el sitio «<https://bit.ly/2VB5YKs>». [Última fecha de consulta: 16 de febrero de 2017].

Registro Nacional de Personas Extraviadas o Desaparecidas (2018), RNPED, disponible en «<https://bit.ly/3aj6zWN>». [Última fecha de consulta: 28 de diciembre de 2018].

Save the Children, Las y los adolescentes que México ha olvidado, disponible en «<https://bit.ly/2VbjVQe>». [Última fecha de consulta: 12 de diciembre de 2016].

Segundo Informe de Gobierno del presidente Enrique Peña Nieto (2014), disponible en «<https://bit.ly/2Vwg3IP>». [Última fecha de consulta: 17 de febrero de 2017].

Transparency International (2017), Corruption Perceptions Index 2016, disponible en «<https://bit.ly/2VuFjz7>». [Última fecha de la consulta: 8 de julio de 2017].

Suárez, X. y Meyer, M. (2017), "La Ley de Seguridad Interior de México: Pasando por Alto los Abusos Militares en Operaciones de Seguridad Pública", Washington DC, WOLA, disponible en «<https://bit.ly/2yiBKEh>». [Última fecha de consulta: 8 de febrero de 2017].

RESEÑA

Khaitan y el orden del caos

*Reseña de la obra Khaitan, Tarunabh (2016),
A Theory of Discrimination Law
Oxford; Oxford University Press, 288 pp.*

ANA MARÍA IBARRA OLGUÍN*

En la película de Darren Aronofsky Pi, el orden del caos (1998), el protagonista, Max, en forma obsesiva busca en un número la respuesta, la causa de cada uno de los sucesos de la vida cotidiana. Max piensa que estos eventos pueden ser entendidos en términos matemáticos e intenta encontrar patrones que den, precisamente, orden al caos. ¿Existe un valor que pueda explicar la realidad? Al igual que Max, Tarunabh Khaitan busca ordenar todas las piezas que comprende el derecho de la discriminación en *A Theory of Discrimination Law*.

Las acciones afirmativas, la discriminación indirecta y el acoso forman parte del derecho de la discriminación, pero ¿qué tienen en común todas estas piezas, si es que realmente comparten una base común? Algunos autores consideran que hacer una teoría de la discriminación es una empresa fallida, para ellos "esta parte del derecho no constituye más que una colección incongruente de reglas, estándares, juicios e intuiciones, que directamente apelan a principios generales"

* Directora General del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

(Rutherglen, en Hellman y Moreau, 2014, p. 137). Desde esa perspectiva, el derecho de la discriminación es un caos al que es imposible dar un orden.

Ciertamente existen desacuerdos esenciales respecto a la comprensión de la discriminación. Ni el derecho ni la moral han dado respuestas unívocas a preguntas tan elementales sobre cuál es el valor que subyace a la prohibición de la discriminación, o si esta prohibición puede identificarse con el principio de igualdad (véase Hellman y Moreau, 2014). La complejidad es aún mayor si se pretende establecer una teoría que trascienda jurisdicciones. La evolución del derecho de la discriminación ha sido muy dispar. Mientras algunos países como México han empezado a delinear las coordenadas para resolver el tipo de conflictos que comprende este derecho, otros países tienen una vasta y compleja doctrina (por ejemplo, la Suprema Corte de los Estados Unidos o el Tribunal Europeo de Justicia). ¿Hay algo común entre estas realidades?

Khaitan parece haber encontrado la esencia del derecho de la discriminación e identificado qué es lo que distingue de otras normas a las que forman parte de este derecho. La propuesta del autor es una teoría coherente y completa que ofrece una solución a preguntas tan complejas como: ¿qué es la discriminación?; ¿qué valor subyace a su prohibición?; ¿qué caracteriza a las categorías especialmente protegidas?; ¿es necesario que el grupo discriminado sea un grupo desaventajado y especialmente protegido?; ¿qué deberes emanan del derecho contra la discriminación?; y ¿quién tiene esos deberes?

A la pregunta de si puede haber una teoría satisfactoria en el complejo cuerpo de leyes que prohíben la discriminación, Khaitan responde que sí. Lo importante, para el autor, en la prohibición de la discriminación es proteger a los grupos desaventajados para que puedan tener acceso a los bienes que se consideran esenciales.

El libro está dividido en tres partes. Juntas ofrecen una arquitectura completa para comprender el derecho contra la discriminación (p. 17). En la primera parte del libro, el autor explica las características del derecho contra la discrimina-

ción en Canadá, Sudáfrica, el Reino Unido, los Estados Unidos, el derecho en la Unión Europea y el Consejo de Europa. Khaitan justifica su estudio comparado tanto por la similitud como también por las diferencias relevantes que podemos encontrar entre estas jurisdicciones. Todos son países anglosajones, liberales, pero también se incluyen países con bajo nivel de desarrollo y con grandes problemas de desigualdad como la India y Sudáfrica.

Aun encontrando diferencias relevantes entre estos países, el autor se pregunta ¿cuáles son las normas que constituyen el derecho de la discriminación?, y ¿qué distingue a estas normas de otra regulación como el derecho de daños o el derecho penal? Khaitan argumenta que la esencia del derecho contra la discriminación puede encontrarse en cuatro condiciones que toda norma debe cumplir: la primera, debe estar conectada con una categoría personal; la segunda, esta categoría debe permitir clasificar a las personas en grupos; la tercera, un grupo de personas dentro de la categoría debe enfrentar una desventaja relativa; y cuarta, la distribución de beneficios debe ser dispereja.

La primera condición puede explicarse de la siguiente manera: la norma debe requerir cierta conexión entre el acto u omisión prohibido o exigido con ciertos atributos o características que tienen las personas, denominados "categorías" –a lo que llama *the personal ground condition* (p. 29). Así por ejemplo, Khaitan explica que las normas contra la discriminación incorporan la protección o prohibición de realizar distinciones basadas en ciertas características que tienen las personas, como podría ser el sexo o la raza, más adelante explica por qué características como el peso y el color de ojos no son categorías especialmente protegidas.

Adicionalmente, la segunda condición exigida de la categoría protegida (por ejemplo, el género) debe ser capaz de clasificar personas entre más de una clase de ellas, comúnmente denominadas "grupos" (por ejemplo, hombres y mujeres) –*the cognate groups condition* (p. 30). No es necesario que estos grupos compartan cierto sentido de coherencia o identidad.

La tercera condición precisa que alguno de los grupos derivado de las categorías protegidas (por ejemplo, los negros) sea significativamente más susceptible de

sufrir una constante y generalizada desventaja que los miembros del otro grupo (por ejemplo, los blancos). A esta condición Khaitan le denomina ‘la condición de desventaja relativa’ –the relative disadvantage condition (p. 31).

Esta última condición parece ser una de las claves para distinguir una norma que protege a las personas contra la discriminación de aquellas normas que tienen otro propósito. Por ejemplo, las normas constitucionales o administrativas que prohíben que el Estado actúe irracionalmente o arbitrariamente podrían exigir que no se tomen decisiones basadas en el color de los ojos; no obstante, esta prohibición no protege a las personas contra la discriminación porque no satisface la condición de la desventaja relativa (p. 33). Usualmente, ningún grupo de personas ha sufrido una desventajada basada en su color de ojos.

Finalmente, el autor señala que es necesaria una cuarta condición para distinguir las normas del derecho contra la discriminación de los derechos sociales o disposiciones de seguridad social. En ese sentido, para Khaitan una norma contra la discriminación debe ser diseñada para distribuir los beneficios directos y tangibles en cuestión entre algunos, pero no todos los miembros del grupo beneficiario. A esto le llama, la condición de la distribución dispareja –the eccentric distribution condition (p. 39).

Por ejemplo, la prohibición de discriminar en el trabajo a personas con discapacidad no implica el deber de emplear a todos los solicitantes con discapacidad, mientras que un beneficio social sí debe estar destinado a todos los miembros del grupo que se pretende proteger. Entonces, el derecho contra la discriminación no está diseñado para beneficiar a todos los miembros del grupo especialmente protegido, sino sólo a algunos de ellos.

Una vez identificadas las condiciones que debe cumplir el derecho contra la discriminación, el autor explica la arquitectura de este derecho. En su diseño debe establecerse quiénes están protegidos por este derecho –el protectorado o titulares de protección–, quiénes son los obligados por este derecho –los titulares de deberes– y cuáles son estos deberes.

En la segunda parte del libro se aborda el propósito normativo del derecho contra la discriminación. Para Khaitan el objetivo de este derecho es asegurar que las personas puedan acceder a los bienes esenciales para una buena vida: la satisfacción de las necesidades biológicas; la libertad negativa, es decir, la libertad de interferencias injustificadas de otros en los proyectos, posesiones, relaciones y cuestiones personales; un adecuado rango de oportunidades valiosas (empleo, educación, pero también de objetivos triviales como escuchar música); y un apropiado nivel de autorrespeto (p. 91).

Khaitan aclara que el acceso a estos bienes es contextual, depende de las posibilidades en cada sociedad. El deber del Estado de facilitar el acceso a estos bienes también depende de lo que otros tienen; en tanto importa el bienestar de todos, los esquemas de distribución del Estado deben priorizar las necesidades de los más desfavorecidos. Así, el objetivo del derecho de la discriminación es reducir las desventajas que enfrentan los grupos especialmente protegidos para acceder a estos bienes.

La clave entonces del derecho contra la discriminación es proteger a los desfavorecidos. Este propósito pareciera alojarse en los valores de igualdad y dignidad, Khaitan afirma que su objetivo es liberal, porque cuando todas las personas acceden a bienes necesarios para una buena vida, pueden realmente ejercer su libertad. No obstante, el derecho de la discriminación sí es comparativo; importa cómo están las personas en relación con los demás, no sólo cómo se encuentran considerados individualmente. Debe compararse el acceso a estos bienes entre los grupos de personas especialmente protegidos y el de aquellos que no han sufrido una desventaja permanente. La comparación es entre grupos, no entre personas en lo individual.

En la última parte del libro, el autor pone atención a preguntas distributivas: ¿qué deberes impone la ley?, ¿a quiénes se los impone?, ¿para proteger a quién? Al responder estas preguntas, Khaitan no define solamente la arquitectura o estructura del derecho de la discriminación –esquema que ya había delineado en la primera parte del libro– sino que explica qué tipo de conductas específicas están prohibidas u ordenadas por este derecho (por ejemplo, las acciones

afirmativas), si los particulares tienen estos deberes, si los grupos aventajados pertenecientes a una categoría sospechosa (por ejemplo, los hombres dentro de la categoría de 'sexo') podrían estar protegidos.

En esta sección Khaitan reitera cuál es el protectorado del derecho contra la discriminación; las personas que pertenecen a las categorías especialmente protegidas, las cuales deben satisfacer dos condiciones: (i) la categoría debe permitir clasificar a las personas entre grupos de personas entre los cuales exista una brecha o una desventaja relativa; y (ii) la categoría debe ser inmutable o constituir una decisión fundamental (por ejemplo, la raza o la religión).

La forma como se articula la protección contra la discriminación no es simétrica, no se protege de igual manera a los grupos que integran a la categoría (por ejemplo, mujeres y hombres); aunque en ocasiones, como se explicará más adelante, debido a la discriminación colateral puede protegerse a los grupos más aventajados.

Khaitan propone una clasificación no convencional de la discriminación para determinar qué deberes comprende. En primer lugar, la clasifica entre el deber de no discriminar y el deber de realizar acciones afirmativas. El primer deber se incumple por una acción, cuando el agente obligado genera un daño a un grupo. Este deber incluye a la discriminación directa, indirecta y al acoso (harassment). La acción dañosa no requiere intencionalidad, y el daño puede ser expresivo. El segundo deber no deriva de una conducta dañosa, sino de una norma que impone la obligación de realizar una acción a favor del grupo desaventajado. También clasifica a la discriminación como paradigmática o típica, cuando afecta al grupo desaventajado y como colateral, cuando afecta al grupo aventajado. Khaitan justifica que el derecho de la discriminación proteja en ocasiones a los grupos aventajados (hombres en relación con las mujeres) porque estos grupos también deben tener disponibles los bienes necesarios para tener una buena vida, de otro modo no podrían ejercer su libertad, y el resentimiento entre aventajados y desaventajados sería cada vez mayor.

Finalmente, respecto a los titulares de deberes, el autor señala que el derecho de la discriminación obliga principalmente al Estado y a algunos agentes pri-

vados, como empleadores, arrendadores y prestadores de bienes y servicios. Curiosamente no obliga a los grupos aventajados (por ejemplo, a los hombres en relación con las mujeres). Aunque es discutible qué ámbitos privados alcanza el derecho de la discriminación, Khaitan considera que la elección del titular de obligaciones depende de su capacidad de afectar el acceso de los grupos desaventajados a los bienes esenciales. En ese sentido, estos obligados tienen un carácter público y, por la misma razón, los deberes del derecho de la discriminación no alcanzan a todos, no son universales.

Al igual que Max en la película *Pi*, el orden del caos, Khaitan trata de encontrar un eje fundamental en fenómenos que a simple vista podrían parecer caóticos o desprovistos de alguna conexión: el derecho de la discriminación. Khaitan ofrece una teoría que une e identifica a estos eventos, mientras que los eventos que enfrenta Max parecen más bien estar unidos por la simple casualidad. *A Theory of Discrimination Law* logra dar orden al caos del derecho de la discriminación.

Khaitan ordena el caos al ofrecernos una arquitectura para discutir el derecho de la discriminación: qué deberes y normas comprende este derecho, a quién protege, a quién obliga. Ninguna pieza asociada a la discriminación carece de explicación en la teoría de Khaitan. Aunque se asume libertario, por ejemplo, comparte muchas premisas de las teorías igualitarias, pues considera que el objetivo de la discriminación es proteger a los más desaventajados. El valor moral que subyace a la discriminación será un tema sobre el que teóricos y filósofos no podrán ponerse de acuerdo. Quizá el debate de las respuestas a algunas preguntas universales no habrá de agotarse nunca, no debe.

El alcance de los deberes a particulares o la determinación de las categorías especialmente protegidas –cuestiones más prácticas– parecen temas más pacíficos. Desde luego, en esta área del derecho como en todas las demás, habrá casos fáciles y casos difíciles. Khaitan delinea los contornos para ofrecer soluciones a los conflictos que comprende este derecho.

Latitudes como la mexicana en las que el derecho de la discriminación está en reciente construcción, se verían grandemente beneficiadas al tomar prestado el diseño arquitectónico de Khaitan. Con su teoría, sin duda, podríamos dar orden a las piezas que componen el derecho contra la discriminación en México.

Fuentes

George Rutherglen, G. (2014), "Concrete or Abstract Conceptions of Discrimination?", en Hellman, D. y Moreau, S., *Philosophical Foundations of Discrimination Law* (137), Oxford: Oxford University Press.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 11, 13 y 15 puntos. Mayo de 2020.

<http://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/>

