

¿HASTA DÓNDE DEBEN LLEGAR LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS? LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ANTE LOS FENÓMENOS DE JUDICIALIZACIÓN Y DE ACTIVISMO JUDICIAL*

Mônia Clarissa HENNIG LEAL**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La jurisdicción constitucional en el orden democrático: los tribunales constitucionales como “señores de la Constitución”*. III. *Judicialización y activismo judicial: dos caras de la misma moneda, aunque no necesariamente la misma moneda*. IV. *Los tribunales internacionales de derechos humanos: ¿la realización de los derechos humanos justifica todo?* V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

La jurisdicción constitucional ha ganado gran relieve en el contexto del Estado constitucional de derecho, en cuanto que la misma garantiza la vigencia de la Constitución y de los derechos fundamentales. Su prominencia se deriva, a su vez, de la propia centralidad y supremacía que caracterizan sus

* Este artículo es el resultado del proyecto de investigación titulado “El *amicus curiae* como instrumento de realización de una Jurisdicción Constitucional abierta: análisis comparativo entre los sistemas brasileño, alemán y norteamericano y de la efectividad de las decisiones del Supremo Tribunal Federal”, financiado por el Consejo Nacional de Desenvolvimento Científico y Tecnológico-CNPq y por la Fundación Amparo a la Investigación de Rio Grande de Sul-FAPERGS. El presente texto integra, también, los estudios realizados junto al grupo de investigación “Jurisdição Constitucional aberta”, del Programa de Postgrado en Derecho —máster y doctorado de la Universidad de Santa Cruz del Sul— UNISC, vinculado al CNPq, de lo cual la autora es coordinadora.

** Doctora en derecho por la Universidad del Valle del Río de los Sinos, Unisinos, con investigación de tesis realizada junto a la Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, en Alemania. Investigadora con convenio de la Cátedra de Derecho Público y del Estado de la Ruprecht-Karls Universität Heidelberg. Profesora del Programa de Posgrado en Derecho-Máster y Doctorado de la Universidad de Santa Cruz do Sul, UNISC, donde enseña las disciplinas de Jurisdicción Constitucional y Control Jurisdiccional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordinadora del Grupo de Investigación “Jurisdição Constitucional Aberta”, vinculado al CNPq. Becaria de productividad en investigación del CNPq.

objetos de control. En este proceso, con todo, al ejercer sus competencias, los tribunales constitucionales son criticados y cuestionados con respecto a los límites —y la legitimidad— de su actuación. Palabras como “judicialización” y “activismo judicial” aparecen, entonces, de forma recurrente. En el mismo sentido, también los tribunales internacionales han ganado relieve en los últimos años, actuando de forma cada vez más intensa en la protección de los derechos humanos. Así, el objetivo de este trabajo es determinar si, y en qué medida, este marco de análisis puede, también, ser aplicado a los tribunales internacionales.

Aquí se enfrentarán algunos de los aspectos centrales de esta discusión. Su objeto es, por lo tanto, más una contribución a la clarificación del debate descrito, que la búsqueda de una respuesta para el problema de los límites de su actuación directamente. Siendo así, se delineará, en un primer momento, una rápida evolución histórica acerca de la jurisdicción constitucional y de los aspectos que conducen a las nociones de “judicialización” y “activismo judicial”. Estas nociones serán abordadas en un segundo punto para, entonces, buscar contrastar la aplicación de aquellos conceptos a los tribunales internacionales. Para finalizar, en el último tópico, se intentará analizar algunas de las dificultades teóricas e imprecisiones terminológicas que estas categorías presentan. Esto es importante tanto para una reflexión adecuada como para el establecimiento de patrones claros de actuación en esos tribunales. Lo que se pretende, por lo tanto, es contribuir a una mejor comprensión de estos aspectos, para que se pueda clarificar y profundizar el entendimiento de la materia, así como la propia actuación de los tribunales constitucionales y de los tribunales internacionales en su tarea de concretización de los derechos humanos y fundamentales, que deben contribuir —y no colocar en riesgo— a la democracia.

II. LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN DEMOCRÁTICO: LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES COMO “SEÑORES DE LA CONSTITUCIÓN”

El activismo judicial, asociado a una postura activa e intervencionista de los tribunales constitucionales en el sentido de realización de la Constitución y de concretización de los derechos fundamentales, es uno de los aspectos más controvertidos y discutidos de la teoría constitucional contemporánea; especialmente respecto de su legitimidad democrática, frente a una —supuesta— violación del principio de separación de los poderes. Pues, al intentar llevar a cabo sus tareas constitucionales, el Poder Judicial es, muchas veces, acusado

de invadir competencias reservadas a los poderes públicos representativos, actuando, así, de manera positiva, y no meramente negativa, como originariamente fue pensada su función.

En este sentido, es posible percibir que la actual jurisdicción constitucional en nada se parece al control de constitucionalidad inaugurado en el célebre caso *Marbury v. Madison*¹ (1803), en Estados Unidos, que inició, casi “accidentalmente”,² el fenómeno. John Marshall, el famoso juez de aquel caso, consideró que la ley que servía de fundamento a la acción impetrada —llamada *writ of mandamus*— era inconstitucional, en tanto confería a la Suprema Corte poderes que originariamente no le habían sido atribuidos; no pudiendo, por lo tanto, su competencia ser ampliada, sino sólo por la propia Constitución. Sostuvo, entonces, que la Constitución es la base de todos los derechos y la ley suprema del ordenamiento, de modo que su contenido es inmodificable por las vías ordinarias. Conviene señalar que las demás leyes deben estar de acuerdo con sus principios, justificándose, así, el control de los actos legislativos contrarios a ella —lo contrario implicaría aceptar que un acto legislativo cualquiera puede modificarla—.³ Sin embargo, la idea de control allí desarrollado muy poco se parece a la realidad de la jurisdicción constitucional actual.⁴

De la misma forma, ni siquiera lo hizo Hans Kelsen cuando idealizó al Tribunal Constitucional durante su célebre debate con Carl Schmitt, en referencia a los intentos de estabilización en Alemania de la República de

¹ Entre los antecedentes fácticos del caso, sépase que John Marshall, el “autor” de la teoría de la *judicial review*, era amigo del entonces presidente norteamericano Adams, quien, en el último día de su gobierno, nombró una serie de correligionarios suyos para ocupar cargos públicos; sin embargo, no todos los beneficiados recibieron sus actas de designación. Estas fueron, enseguida, suspendidas por el nuevo presidente, Thomas Jefferson. Uno de los perjudicados por este acto, Marbury, quien había sido designado para ser juez de paz y no fue oficializado a tiempo por Adams, promovió una acción conocida como *writ of mandamus* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos para obligar al nuevo secretario de Estado, Madison, a hacerlo. Surge, así, el famoso caso *Marbury v. Madison*.

² Se hace oportuno resaltar que la figura del control de constitucionalidad no aparece expresamente prevista en el texto de la Constitución americana de 1787; antes bien, se trata de una construcción hecha a partir de ella. En este sentido, véase la obra de Coelho, Sacha Calmon Navarro, *Controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*, Belo Horizonte, Del Rey, 1992, pp. 72 y ss. que trae una amplia y rica gama de información sobre el tema.

³ Cf. Silva, Paulo Napoleão Nogueira da, *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992, p. 30.

⁴ Häberle, Peter, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. 2, Berlín, Auflage, Duncker & Humblot, 1982.

Weimar.⁵ Esto es, ni siquiera cuando Kelsen en concreto reflexionaba sobre quién estaba mejor situado para la tarea de guardián de la Constitución. Ni siquiera entonces, insisto, pudo imaginarse cómo iba a transformarse el actual contexto democrático.

Tal sistema, al adoptar una lógica concentrada de control, difiere del *judicial review* americano —de carácter difuso—. Tal sistema confía a un único y sólo órgano, el Tribunal Constitucional, la tarea de preservar la Constitución.⁶ Kelsen concibió el control de constitucionalidad como una función no propiamente jurisdiccional, sino que se trataba de un “legislador en sentido negativo”,⁷ al cual le correspondía analizar solamente el problema (puramente abstracto) de compatibilidad lógica entre la ley y la Constitución. Se trata, por consiguiente, de una actividad que se aproxima a la del legislador, ya que posee una dimensión general y abstracta, y no una decisión singular y concreta, típica de la actividad jurisdiccional.⁸

Además, en tanto el Poder Legislativo designa sus miembros, se ha buscado construir, a partir del rescate de la noción de *volonté générale*, una legitimidad y legitimación indirectas,⁹ adoptándose, así, una comprensión que destaca la supremacía de la Constitución, pero sin comprometer la esencia del mito de la soberanía legislativa, tan caro al derecho continental europeo.¹⁰ De este modo, el Tribunal Constitucional se ha convertido en el complemento lógico del Parlamento, realizando no una apreciación del mérito

⁵ Sobre la estructura de la jurisdicción constitucional en la República de Weimar, véase la descripción histórica realizada por Robbers, Gerhard, “Die historische Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit”, *Juristische Schulung: Zeitschrift für Studium und Ausbildung (JuS)*, München, Heft 4, C.H. Beck, 1990, p. 262.

⁶ A título ilustrativo, confirmando lo que fue dicho arriba, André Ramos Tavares, en su libro sobre la figura de la jurisdicción constitucional, trae un interesante revelamiento sobre las Constituciones alrededor del mundo que acabaron por incorporar el sistema “kelseniano” de control de constitucionalidad de las leyes. Cfr. Tavares, André Ramos, *Teoria da justiça constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2005, pp. 81 y ss.

⁷ Kelsen, Hans, “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, en *Veröfentlichung der Vereinigung der deutschen Staatslehrer (VVDSiRL)*, Band 5, Berlin, Walter Gruyter, 1929, p. 81.

⁸ Kelsen, Hans, *Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, Mohr, 1929, p. 57.

⁹ Repárese que, en la mayoría de los países, la designación de los integrantes del Tribunal es hecha por el Parlamento por un mandato fijo. Véase Haas, Evelyn, “La posición de los magistrados de la Corte Constitucional Federal alemana y su significado para la vida jurídica y la sociedad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 10a. ed., Montevideo, Konrad Adenauer, 2004, p. 104.

¹⁰ Este aspecto se destaca, sobre todo, en la percepción de García de Enterría, al señalar el riesgo que representaba la adopción de un sistema de control de constitucionalidad de las leyes, especialmente en Alemania, donde las posiciones románticas de la Escuela del Derecho Libre alimentaban una revuelta de los jueces contra la ley. Cfr. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, p. 58.

o contenido de la ley, sino únicamente sobre su validez (de ahí que quepa hablar de él como un “legislador negativo”).¹¹

Hubo, entre tanto, especialmente a partir de la segunda posguerra, un alejamiento, por parte de los tribunales constitucionales europeos (especialmente en países como Alemania, Italia, España y Portugal), del modelo de control propuesto por Kelsen,¹² que pasó a incorporar y adquirir nuevas dimensiones.

La actual actividad jurisdiccional de esos tribunales, en gran medida, sobrepasa la función meramente “negativa” de control. La misma ha ido adquiriendo, notablemente, una dimensión constructiva y creativa, asentada en la necesidad de concretización de los principios y de los derechos fundamentales esculpidos en los textos de las Constituciones, donde figuras como las sentencias interpretativas y las sentencias manipulativas¹³ se tor-

¹¹ Haltern, Ulrich R., *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen: das Bundesverfassungsgericht in einer Verfassungstheorie zwischen Populismus und Progressivismus*, Berlín, Duncker & Humblot, 1998, p. 210.

¹² Sobre el proceso de alejamiento del modelo original kelseniano que marca la actuación de los Tribunales Constitucionales en Europa, ver el texto de Sánchez, José Acosta, “Transformaciones de la Constitución en el siglo XX”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100, abril-junio de 1998, pp. 67 y ss.

¹³ Las sentencias interpretativas son aquellas en las que el Tribunal, para dar cuenta de su tarea de guardián y de realizador de la Constitución, se vale de recursos hermenéuticos e interpretativos —tales como las figuras de la interpretación conforme a la Constitución y de la nulidad parcial sin reducción de texto— para asegurar la constitucionalidad de los dispositivos legales cuestionados. Ya en el caso de las llamadas sentencias manipulativas (aditivas, reductivas o sustitutivas), el Tribunal, con la misma finalidad de asegurar la conformidad de determinada norma con la Constitución, prefiere manipularla textualmente, esto es, alterar su texto original (acrecentando, retirando o sustituyendo, respectivamente, conforme el caso), evitando, así, la declaración de inconstitucionalidad. En este último caso, el Poder Judicial termina por “crear” normas más que sólo interpretarlas, sustituyendo, por lo tanto, la actuación del legislador. Sobre las sentencias interpretativas y manipulativas, véase nuestro texto Leal, Mônia Clarissa Hennig, “Interpretação conforme à Constituição x nulidade parcial sem redução de texto: semelhanças, diferenças e reflexão sobre sua operacionalização pelo Supremo Tribunal Federal”, en Reis, J. R. dos y Leal, R. G., *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*, Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2006, t. 6, pp. 1563-1586. También Abellán, Marina Gascón, “Los límites de la jurisdicción constitucional”, en Laporta, Francisco (coord.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; Elia, Leopoldo, “Constitucionalismo cooperativo, racionalidad y sentencias aditivas en la jurisprudencia italiana sobre control de normas”, en Pina, António López, *División de poderes e interpretación: hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987. En Brasil, la temática es analizada por Mendes, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 2a. ed., São Paulo, Saraiva, 1998 y Streck, Lênio Luiz, “Os meios e acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a Arguição de Preceito Fundamental e a crise de efetividade da Constituição

nan cada vez más frecuentes, así como los recursos hermenéuticos que vehiculicen su realización, aun cuando eso implique una transposición de las funciones que originariamente le fueran reservadas.

Delante de tal cuadro, no tardarán en surgir las críticas a lo que habitualmente se ha dado en llamar “activismo judicial”; estando la mayoría de las mismas basadas en el argumento de corte paternalista¹⁴ representado por la jurisprudencia de valores incorporada por estos tribunales que, en la designación de Böckenförde,¹⁵ pasan a tomar el lugar de “señores de la Constitución” (*Herren der Verfassung*).

El fenómeno del activismo judicial no puede, con todo, ser confundido con el fenómeno de la judicialización. Ambos, muchas veces, son tomados como sinónimos. Ambos, a veces, son dos caras de la misma moneda, aunque cuentan con fundamentos distintos. Esta “confusión” o imprecisión terminológica en nada contribuye a una reflexión adecuada sobre el tema y sus implicaciones en el ámbito de la legitimidad de la jurisdicción constitucional. Por eso, se intentará, en el apartado siguiente, analizar estos dos conceptos en sus causas y particularidades. La idea es que puedan ser mejor comprendidos y, consecuentemente, que sea posible una apreciación crítica más consistente sobre ellos para, después, analizar si pueden ser empleados también con respecto a la figura de los tribunales internacionales de derechos humanos.

III. JUDICIALIZACIÓN Y ACTIVISMO JUDICIAL: DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA, AUNQUE NO NECESARIAMENTE LA MISMA MONEDA

Cuando se discuten las funciones y la actuación de la jurisdicción constitucional en el actual contexto democrático, son recurrentes las referencias a fenómenos como “judicialización” y “activismo judicial”. Aunque pueden ser usualmente empleadas de forma vinculada o como sinónimos, ambas no pueden ser confundidas, pues poseen características y causas distintas.

brasileira”, en Souza Cruz, Álvaro Ricardo de (org.), *Hermenéutica e jurisdição constitucional*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

¹⁴ En este sentido, se destaca, por ejemplo, la obra de Maus, Ingeborg, “O Judiciário como superego da sociedade-sobre o papel da atividade jurisprudencial na «sociedade órfã»”, trad. de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima y Paulo Menezes Albuquerque, *Novos Estudos*, núm. 58, São Paulo, Cebrap, noviembre de 2000, pp. 183-202. También Denninger, Erhard, *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, Nomos, 1990.

¹⁵ La expresión aparece en diferentes momentos de la obra del autor como, por ejemplo, en Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Begriff und Probleme des Verfassungsstaates”, *Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1999, p. 132.

La judicialización es resultado, de una manera general, de un proceso histórico típico del constitucionalismo democrático que tiene por base múltiples factores, tales como la centralidad de la Constitución y su fuerza normativa, asociadas a aspectos como el carácter principialista, la supremacía y la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, que, tenidos como vinculantes, resultan en conceptos como el de la *Austrahlungswirkung*¹⁶ y de la *Drittwirkung*,¹⁷ los cuales, sumados, conducen a una ampliación y a una transformación de la naturaleza de la jurisdicción constitucional, como ya fue referido en el acápite anterior. Su principal característica reside, por lo tanto, en un protagonismo del Poder Judicial, resultante de una confluencia de factores que llevan a una transferencia de decisiones estratégicas sobre temas fundamentales de la sociedad (históricamente reservadas para las instancias políticas y deliberativas) hacia los jueces. Naturalmente, ello hace que el derecho se convierta, cada vez más, en un derecho judicial, construido, en el caso concreto, por los magistrados.¹⁸ Sus principales aspectos, en nuestra interpretación, pueden ser visualizados en el siguiente cuadro esquemático:

¹⁶ Schlink, Bernhard, “Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit”, *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*, Band 28, Berlin, Duncker & Humblot, 1989.

¹⁷ Schwabe, Jürgen, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte. Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr*, Múnich, Goldmann, 1971.

¹⁸ La innovación no reside tanto en la comprensión de la jurisprudencia como fuente del derecho, sino en su relevancia y fundamentalidad. Pues ella pasa, en este proceso, de fuente complementaria a elemento central de conformación del orden jurídico, ya que la actuación del magistrado, en el fallo concreto, se presenta como determinante para la conformación del derecho, por medio de una actividad creativa, constructiva, de integración del texto normativo con la realidad. Es posible percibir, por lo tanto, una transformación en la comprensión de la actividad interpretativa (asociada al giro lingüístico y a la llamada “Nueva Hermenéutica”), como una transformación del propio derecho, que, al adquirir un carácter principialista y valorativo, vinculado a los derechos fundamentales demanda una actuación diferenciada del juzgador en su conformación y concretización. Es en esta perspectiva, por lo tanto, que se puede hablar de una cierta aproximación entre los sistemas del *common law* y del *civil law*, pues este último, progresivamente, reconoce mayor espacio y relevancia a la actividad jurisdiccional, vinculada a la aplicación del derecho —aunque legislado— al caso concreto. Sobre el giro lingüístico y sus reflejos en la interpretación, véase Heidegger, Martin, *Sein und Zeit*, 16, Tübingen, Auflage, Niemeyer, 1986, y Gadamer, Hans-Georg, *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, Mohr, 1972. Con respecto a la “Nueva Hermenéutica” y a la “jurisprudencialización” del derecho, véase Koch, Hans-Joachim, “Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ)*, Heft 11/12, 30, junio de 1986; Isensee, Josef, “Bundesverfassungsgericht – quo vadis?”, *Juristen Zeitung (JZ)*, 22, noviembre de 1996; también Cittadino, Gisele Guimarães, “Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes”, en Vianna, Luiz Werneck (org.), *A democracia e os três poderes no Brasil*, Belo Horizonte-Río de Janeiro, Editora UFMG-IUPERJ-FAPERJ, 2002, pp. 17-42.

Judicialización	a) De la política → relación del Poder Judicial con los demás poderes: posible “intervención” en las competencias del Ejecutivo (por ejemplo: control jurisdiccional de políticas públicas) y del Legislativo (por ejemplo: definición de derechos, creación de normas)	
	b) Del derecho → tendencia a un derecho cada vez más jurisprudencial: “ <i>judge made law</i> ”, en contrapunto al derecho legislado (por ejemplo: especificación del contenido y extensión del derecho en el fallo concreto)	
Características	Transferencia de decisiones estratégicas para el Poder Judicial, especialmente para los Tribunales Constitucionales (decisiones sobre temas polémicos y tendencialmente, en principio, asociados a la deliberación política, por ejemplo: interrupción de la gestación, investigaciones científicas y manipulación genética, etcétera)	
Causas de la judicialización del derecho	a) Derechos fundamentales	- Supremacía → derechos fundamentales como elementos centrales del orden jurídico (tribunales constitucionales deben decidir sobre cuestiones que envuelven la incidencia de esos derechos. Por ejemplo: incidencia en las relaciones privadas, independientemente de su reglamentación)
		- Apertura, carácter principalista → los derechos fundamentales están contenidos en los textos constitucionales de forma principalista, demandando, así, una concretización y determinación de sus contenidos en los fallos concretos, que necesitan ser decididos por el Poder Judicial (por ejemplo: extensión e incidencia del principio de igualdad —constitucionalidad de la reserva de cuotas para estudiantes negros en las universidades, apertura del mercado de trabajo para las mujeres, etcétera)
		- Conflictos entre derechos fundamentales → la ocurrencia de conflictos entre derechos fundamentales presupone una ponderación —en el caso concreto— que debe ser decidida por el Poder Judicial (por ejemplo: límites de la libertad de expresión <i>vs.</i> derecho a la intimidad y a la privacidad en el desempeño de tareas periodísticas; libertad religiosa <i>vs.</i> derecho a la vida en los casos de transfusión de sangre, etcétera)

		- Tutela y protección de situaciones no reglamentadas por la legislación → la incidencia directa de los Derechos Fundamentales hace que ellos operen y sean aplicados también en situaciones no reglamentadas por la legislación (por ejemplo: en nombre de la igualdad se recurre al Poder Judicial para el reconocimiento de uniones afectivas entre homosexuales; en nombre de la libertad y de la autonomía de la voluntad se recurre al Poder Judicial para que autorice la interrupción de la gestación de fetos anencefálicos o la desconexión de pacientes en estado vegetativo, en principio no excluidas por la legislación penal de la tipificación del homicidio)
	b) ampliación y alcance de la Constitución	Constitución formal y escrita (analítica) → en nombre de la seguridad jurídica, se incorporan una gran cantidad de contenidos en los textos constitucionales, que pasan a tener estatus de norma constitucional y funcionar como parámetros para el control de constitucionalidad, que, con eso, tiene sus espacios y materias de actuación ampliados
	c) constitucionalización del derecho	Eficacia de la irradiación (<i>Austrahlungswirkung</i>) → la jurisdicción constitucional determina la interpretación del derecho infraconstitucional “conforme a la Constitución” (por ejemplo: incidencia de la igualdad entre hombres y mujeres en el derecho civil, especialmente en las reglas sobre matrimonio y en las relaciones familiares; influencia de la noción de “debido proceso legal” en la interpretación y aplicación del derecho procesal)
	d) factores culturales	→ Internalización de la figura de la jurisdicción como solución para los conflictos → Concientización e información de la población acerca de sus derechos y búsqueda de su garantía y ejercicio
	e) factores operacionales y jurídicos	Ampliación de los recursos e instrumentos a disposición del ciudadano para la protección de sus derechos, resultante de una preocupación por la eficacia de los derechos fundamentales de la Constitución brasileña de 1988 ha aumentado significativamente el rol de acciones de amparo a los derechos fundamentales → la Constitución brasileña de 1988 ha aumentado significativamente el rol de acciones de amparo a los derechos fundamentales

		Ampliación del sistema de control de constitucionalidad → ampliación de los instrumentos (acciones constitucionales diversas) y de la legitimación activa para la interposición de las acciones
Causas de la judicialización de la política	Aproximación entre derecho y política → cada vez más, las cuestiones políticas son decididas por el derecho; desconfianza de la política y vinculación de los poderes políticos y representativos a la Constitución (por ejemplo: responsabilidad de los poderes públicos en la realización de los derechos fundamentales —prestación de medicamentos, cuotas raciales, etcétera) Observaciones: esta relación entre derecho y política siempre ha existido, pero ahora se manifiesta de forma más intensa	

Pese a que la judicialización es un fenómeno relativamente reciente, la aproximación y la relación entre derecho y política, con todo, no es nueva. En una fértil reflexión acerca del tema, el autor alemán Dieter Grimm¹⁹ sostiene que la tensión entre derecho y política siempre ha existido y que ha cambiado en el tiempo; existieron momentos en los que la política ha subyugado al derecho y viceversa. En tal contexto, la relación entre ellos cambia y se alterna, pero no se extingue. La misma no puede ser suprimida. Según este constitucionalista, la separación entre derecho y política es, en rigor, una separación de carácter meramente institucional (y no propiamente real), lo que no garantiza que el procedimiento de aplicación judicial del derecho sea también internamente apolítico.

Dentro de este contexto, resalta el autor que la figura de la jurisdicción constitucional constituye un caso especial; una vez que ella sea institucionalmente parte integrante del Poder Judicial, se encuentra mucho más próxima de la política que los demás órganos; esto porque las normas constitucionales poseen un carácter de principio más fuerte, abriendo un mayor margen a la interpretación y exigiendo procesos de concretización más abiertos. Además, el objeto de reglamentación de la Constitución y, por lo tanto, el objeto de control del Tribunal Constitucional reside en la política, razón por la cual las fronteras entre derecho y política, en este caso, son más tenues.

Ahora bien, el activismo judicial, a pesar de tener también como telón de fondo la relación entre derecho y política, posee fundamentos distintos, estando más relacionado a una perspectiva interna, vinculada a la actuación del Poder Judicial en el desempeño de sus competencias. Yendo más allá de los mencionados factores históricos que condujeron al fenómeno de la judicialización, la mayoría de las veces, el activismo se aprecia con una postura proactiva del juzgador.²⁰

Así, la actuación de los magistrados es frecuentemente cuestionada y criticada, bajo el argumento de que, en algunos casos, en nombre de la realización de los derechos fundamentales,²¹ ellos extrapolan los límites de

¹⁹ Grimm, Dieter, *Constituição e política*, trad. de Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte, Del Rey, 2006, pp. 14-16 *passim*.

²⁰ Un intento en el sentido de diferenciar los fenómenos de la judicialización y del activismo judicial puede ser encontrado en Barroso, Luís Roberto, “Judicialização, ativismo e legitimidade democrática”, *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, núm. 18, abril-junio de 2009, disponible en: <http://www.direitodoestado.com.br>.

²¹ Una interesante manifestación en este sentido, explicitando la posición según la cual al Tribunal Constitucional le cabe la salvaguardia de la Constitución y de los derechos fundamentales, aunque esto implique un cierto “activismo”, puede ser encontrada en el discurso del ministro Celso de Mello del Supremo Tribunal Federal brasileño en ocasión

competencia fijados por la Constitución, invadiendo la esfera de los demás poderes y poniendo en riesgo al propio sistema democrático.²²

El constitucionalista americano Mark Tushnet,²³ en un provocativo artículo, hace una interesante reflexión sobre las dificultades hermenéuticas y pragmáticas que la expresión “activismo judicial” trae consigo, especialmente ante la inexistencia de criterios posibles o claros para establecer cuándo una decisión puede ser calificada como “activista” (el autor intenta demostrar, basado en una serie de ejemplos, que para determinar lo que significa ser “activista” es necesario, antes, que se establezcan los estándares o criterios de cuál sería el estándar o patrón “normal” de juzgamiento. Un aspecto que, igualmente, se presenta imposible, ante la apertura interpretativa que caracteriza al derecho —y especialmente el derecho constitucional— actual). De esta manera, el concepto de lo que es considerado “activista” es relativo y variable, pues demanda, siempre, una actividad interpretativa que no posee estándares definidos, cambiando en el tiempo y en el espacio.²⁴

de la asunción del ministro Gilmar Ferreira Mendes a la Presidencia de la Corte, donde se lee que “no se censure al eventual activismo judicial ejercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentro de las innumerables causas que justifican ese comportamiento afirmativo del Poder Judicial del que resulta una positiva creación jurisprudencial de Derecho, se incluye la necesidad de hacer prevalecer la supremacía de la Constitución da la República, muchas veces transgredida y no respetada por pura, simple y conveniente omisión de los poderes públicos... Prácticas de activismo judicial... se tornan una necesidad institucional cuando los órganos del Poder Público omiten o retardan, excesivamente, en el cumplimiento de obligaciones a que están sujetos por expresa determinación del propio estatuto constitucional, más aún si se tiene presente que el Poder Judicial, tratándose de comportamientos estatales ofensivos a la Constitución, no se puede reducir a una posición de pura pasividad”. Mello, Celso de, *Discurso na posse do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na presidência do Supremo Tribunal Federal brasileiro*, 23 de abril de 2008, disponible en: <http://www.stf.jus.br> (fecha de consulta: 25 de abril de 2008).

²² El constitucionalista alemán Winfried Brohm cuestiona, y al mismo tiempo advierte sobre la posible formación de una “oligarquía en la democracia” (*Oligarchie in der Demokratie*), provocada por una ampliación de las competencias del Tribunal Constitucional a partir de la noción de vinculación objetiva de los derechos fundamentales. En la visión del autor, una Constitución que protege el orden democrático de la oligarquía es una dádiva y, por lo tanto, esa misma protección no debe transformarse, ella misma, en una oligarquía. Cfr. Brohm, Winfried, “Die Funktion des BVerfG – Oligarchie in der Demokratie?”, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Heft 01, 2001, p. 2.

²³ Tushnet, Mark, “The United States of America”, en Dickinson, Brice, *Judicial activism in Common Law Supreme Courts*, Nueva York, Oxford University Press, 2007, pp. 415-436.

²⁴ Häberle, Peter, “Zeit und Verfassung (1974) mit Nachtrag (1978)”, *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 3, Berlin, Auflage, Duncker & Humblot, 1998, pp. 59-92.

Pese a estas dificultades operacionales, algunas consideraciones sobre el activismo judicial son necesarias para su mejor comprensión, pudiendo ser identificado, de manera general, por los siguientes aspectos:

<i>Activismo judicial</i>	Al contrario de lo que ocurre en la judicialización (que es una tendencia con diversas causas), el activismo consiste en un modo de interpretación y de aplicación de la Constitución
<i>Características</i>	Intensificación/ampliación de la actuación de la jurisdicción constitucional
	Expansión de la actuación del Poder Judicial a ámbitos hasta entonces jamás vistos → El Poder Judicial “asume” para sí la responsabilidad de garantía de la Constitución y de los derechos fundamentales y, en su nombre, desempeña funciones y toma decisiones que no le serían propiamente atribuidas (por ejemplo: destino de los recursos públicos; determinación de la actuación del legislador o subsanación de omisiones legislativas, entre otros)
	Relativización de la relación entre los poderes
<i>Causas</i>	Normatividad de la Constitución → el reconocimiento de una “fuerza normativa de la Constitución” abre camino para una actuación diferenciada y activa del Poder Judicial y, particularmente, de los tribunales constitucionales en el sentido de su realización.
	Inercia u omisión de los Poderes Públicos → muchas veces, el Poder Judicial es llamado a decidir sobre cuestiones que serían de competencia del Poder Legislativo (por ejemplo: reglamentación de determinada materia) o del Ejecutivo (por ejemplo: creación/ implementación de determinada política pública) que, mientras tanto, no son ejercidas
	Apertura interpretativa → proporciona una postura expansiva y activa de los magistrados, que se utiliza para, muchas veces, expandir o restringir la interpretación normativa más allá de su texto (por ejemplo: sentencias manipulativas)

A partir de los diversos aspectos analizados, es posible decir, por lo tanto, que judicialización y activismo judicial constituyen fenómenos que se intercomunican, pero que no se identifican. Ambos, en rigor de verdad, suscitan y conducen a cuestionamientos respecto a los límites y a la legitimidad de la jurisdicción constitucional. En este sentido, ¿pueden estos conceptos ser apli-

cados también a los tribunales internacionales de derechos humanos, que en la actualidad sufren críticas exactamente en virtud de estos aspectos, bajo el argumento de que estarían extrapolarlo los límites de su actuación?

IV. LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS: ¿LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS JUSTIFICA TODO?

Para que se pueda comprender adecuadamente el tema de la actuación de los tribunales internacionales, se hace necesario, primero, analizar algunos aspectos históricos relacionados a su surgimiento y actuación, que, en cierta medida, son muy próximos a los que caracterizan la figura de la jurisdicción constitucional ya mencionada, pero con algunos trazos distintivos.

En este sentido, un aspecto importante a ser considerado reside en la comprensión de la construcción de la noción de soberanía, que ha adquirido, en su acepción moderna, asociada a la figura del Estado, dimensiones distintas en el ámbito interno y en el ámbito externo.

La soberanía aparece asociada a una idea de supremacía, de un poder que no está sometido a ningún otro, sea en el ámbito interno, sea en el ámbito externo (en las relaciones del Estado soberano con los demás Estados, también soberanos, pues especialmente ahí no hay ningún poder superior —todos son iguales en sus prerrogativas, no admitiéndose ninguna injerencia—).

La idea de poder soberano, reconocido a los monarcas absolutistas, tiene como característica la superioridad del poder regio sobre cualquier otro dentro del territorio en el cual se asienta su dominio. Los monarcas son soberanos porque en sus reinos no hay ninguna fuerza que los vincula, así como los conflictos externos entre las soberanías se resuelven por medio de la fuerza o por medio del consenso recíproco, esto es, sin la intervención de ningún poder “superior”.²⁵

Además, como bien advierte Ferrajoli, “con la consolidación de los Estados nacionales y con la plena autonomía de los vínculos ideológicos y religiosos que antes habían cimentado la *civitas christiana* sobre el eje de la Iglesia y del Imperio, cae también todo límite a la soberanía estatal, lo cual, finalmente, se completó con la plena secularización y la total absolutización del poder estatal. Estos dos procesos —secularización y absolutización— envuelven ambas dimensiones de la soberanía, la externa y la interna, y componen

²⁵ Capella, Juan Ramón, *Os cidadãos servos*, trad. de Lédio Rosa de Andrade y Têmis Correia Soares, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 116.

un todo con la formación de la idea moderna del Estado como persona artificial, fuente exclusiva de derecho y, al mismo tiempo, libre de derecho”.²⁶

Implica esto que, al mismo tiempo que el discurso del Estado nacional y de la soberanía produjeron una monopolización de la fuerza en el orden interno, en el orden externo generaron una descentralización —marca distintiva del derecho internacional desde entonces— ya que, con la conformación del poder en bases territoriales, se produce una horizontalización de las relaciones entre Estados con igual soberanía.

Así, la afirmación de los Estados-nación por medio de la centralización del poder tuvo, ante todo, una dimensión interna: quien goza del poder soberano es detentador del derecho a ejercer legítimamente el mando supremo, la autoridad final y absoluta sobre una comunidad política, lo que reconduce, en último análisis, a la monopolización del uso legítimo de la fuerza por las autoridades centrales. En contrapartida, la soberanía vino a ser, en el exterior, la defensa de la inexistencia de cualquier poder políticamente superior al del Estado sobre el territorio respectivo.²⁷

De ahí se puede concluir que el orden jurídico internacional ha surgido, ya, en forma de sociedad (en oposición a una noción de comunidad, basada en valores compartidos), caracterizada por la ocurrencia de relaciones horizontales de coordinación, de naturaleza eminentemente contractual.

Respecto a estos conceptos se puede, a su vez, recurrir a la distinción hecha por Émile Durkheim entre derecho represivo (basado en una noción de solidaridad mecánica, que vincula al individuo directamente con la sociedad) y derecho restitutivo (asentado en una noción de solidaridad orgánica, que tiene como presupuesto la diferenciación entre los individuos), respectivamente.

Trasladando esta reflexión a la órbita del derecho internacional, es posible percibir que es exactamente esta última la característica originalmente adoptada por la comunidad de Estados en la esfera externa, a partir de la conformación de su soberanía interna. Desde la perspectiva externa, los Estados se presentaban como fortalezas cerradas, protegidas por el “principio

²⁶ Ferrajoli, Luigi, *A soberanía no mundo moderno*, trad. de Carlo Coccioli y Márcio Lauria Filho, São Paulo, Martins Fontes, 2002, pp. 16 y 17.

²⁷ Pureza, José Manuel, *El patrimonio común de la humanidad: ¿hacia un derecho internacional de la solidaridad?*, trad. de Joaquín Alcaide Fernández, Madrid, Trotta, 2002, pp. 31 y 32. La historiografía internacionalista remonta a la Paz de Westfalia (1648), con la que se concluyó la Guerra de los Treinta Años, el surgimiento de la estructura de la comunidad internacional en la forma que ha permanecido hasta el surgimiento de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1945. Cfr. Cassese, Sabino, *La crisis del Estado*, trad. de Pascual Caiella y Juan González Moras, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003.

de no injerencia”. Podía darse, alternatively, la lucha entre soberanías, es decir, la guerra (una eventualidad regulada, luego no prohibida, por el derecho internacional), o la coexistencia de soberanías mediante la creación de relaciones horizontales y paritarias disciplinadas por normas en cuya formación habrían participado libremente los propios Estados (los tratados internacionales y las costumbres). Estaba, en cambio, excluida —porque eso habría negado su naturaleza soberana— la posibilidad de un mandato sobre los Estados dimanante de una autoridad superior a cuya voluntad tuvieran estos que someterse (un gobierno supranacional o incluso mundial).²⁸

Trátase, así, de un derecho restitutivo, y no represivo, de relaciones pautadas no por sentimientos comunes, sino por el respeto a la diferencia y a la autonomía de cada uno de los sujetos, que se obligan por medio de contratos —en este caso, los tratados— en que quedan garantizadas las prerrogativas de autodeterminación de las partes. El principal objetivo es, por lo tanto, garantizar las esferas de actuación y de no intervención de cada Estado.

Es posible sostener, así, que la noción de soberanía se presenta en dos perspectivas distintas, que, históricamente, siguieron lógicas también distintas: una de la soberanía interna, que ha tendido a ser restringida en el tiempo, especialmente en virtud de la institución de la noción de Estado de derecho y de la propia Constitución, y otra de la soberanía externa —en la relación con los demás Estados— que ha, en un primer momento, tendido a absolutizarse.²⁹

Esta es la posición de Ferrajoli, sosteniendo que la idea de soberanía como *potestas absoluta superiorem non recognoscens* corresponde a dos eventos paralelos y divergentes: aquello de la soberanía interna, que es la historia de su progresiva limitación y disolución durante formación de los Estados constitucionales y democráticos de derecho, por un lado, y por otro lado, aquello de la soberanía externa, que es la historia de su progresiva absolutización, que ha alcanzado su ápice en la primera mitad del siglo XX con las catástrofes de las dos guerras mundiales.³⁰

²⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1999, pp. 10 y 11.

²⁹ “Si soberanía es poder absoluto, que no reconoce ningún otro encima de sí, históricamente lo que se vio, en los últimos cuatro siglos, fue, en el interior de los Estados, una creciente disolución de soberanía y la afirmación de los Estados Democráticos y Constitucionales y, externamente, una progresiva absolutización del concepto”. Campilongo, Celso Fernandes, “Apresentação”, en Ferrajoli, Luigi, *La soberanía en el mundo moderno*, trad. de Carlo Coccioli y Márcio Lauria Filho, São Paulo, Martins Fontes, 2002. Hoy, sin embargo, frente al derecho internacional, este concepto tiende a ser relativizado.

³⁰ Ferrajoli, Luigi, *La soberanía en el mundo moderno*, trad. de Carlo Coccioli y Márcio Lauria Filho, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 3.

La noción de soberanía abarca, consiguientemente, acepciones que consisten, en verdad, en procesos que operan en sentidos opuestos.³¹ Dentro de este contexto, la primera en ser teorizada fue la soberanía externa, por los teólogos españoles, aún en el siglo XVI,³² antes mismo de las doctrinas de la soberanía interna propuestas por Bodin y por Hobbes. Francisco de Vitoria, visando a legitimar el derecho de descubrimiento, acabó por reelaborar las viejas doctrinas sobre el tema, lanzando las bases del derecho internacional moderno y, simultáneamente, del concepto moderno de Estado como sujeto soberano. El fundamento de su pensamiento es la tesis de que el orden mundial es una *communitas orbis*, es decir, una república de Estados soberanos, igualmente libres e independientes, portadores de determinados derechos naturales que deben ser respetados por los demás Estados.

Ya en la esfera interna, se ha verificado una progresiva limitación del concepto, una vez que “con la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de 1789, y después con sucesivas cartas constitucionales, cambió la forma de Estado y, con ella, cambió, hasta quedarse vacío, el propio principio de soberanía interna. De hecho, la división de poderes, el principio de legalidad y los derechos fundamentales corresponden a tantas otras limitaciones y, en última instancia, a negaciones de la soberanía interna”.³³

Existe, así, según el autor italiano, una antinomia irreductible entre soberanía y derecho, ya que ambos son “incompatibles” en términos absolutos. En un Estado de derecho, donde todos se sujetan a la ley, no es posible hablar de un poder libre de las leyes, disolviéndose, así, la noción pura de soberanía.³⁴

³¹ “Esa doble oposición entre estado civil y estado de naturaleza da origen, a partir da Revolución Francesa, a dos historias paralelas y opuestas de soberanía: por un lado, una progresiva limitación interna de la soberanía en el plano del derecho estatal y, por el otro, una progresiva absolutización externa de la soberanía en el plano del derecho internacional... Soberanía externa y soberanía interna siguen en esta fase dos recorridos inversos: aquella se limita mientras ésta se libera”. *Ibidem*, p. 27.

³² Algunos elementos históricos apuntan, conforme el entendimiento de ciertos autores, a la necesidad de justificación de la conquista y dominación del Nuevo Mundo, con las grandes navegaciones, como el factor propulsor de estas teorías —entre ellas la de Francisco de Vitoria— que acabaron obteniendo enorme reconocimiento.

³³ Así, aún conforme el autor, “el modelo de Estado de Derecho, por fuerza del cual todos los poderes están subordinados a la ley, equivale a la negación de la soberanía, de forma que de ellos resultan excluidos los sujetos o sus poderes *legibus soluti*”. *Ibidem*, p. 28.

³⁴ “Al menos en el plano de la teoría del derecho, la soberanía se revela, en suma, como un pseudo concepto o, peor, una categoría antijurídica. Su crisis —ahora lo podemos afirmar— comienza justamente, tanto en su dimensión interna como en aquella externa, el mismo momento en que la soberanía entra en contacto con el derecho, dado que ella es la negación de este, asimismo como el derecho es su negación. Es eso, una vez que la soberanía

En la órbita internacional, este proceso se da, a su vez, a partir del surgimiento de organizaciones y tratados internacionales,³⁵ que acaban por generar un verdadero orden supranacional. De un pacto asociativo, el derecho internacional se transforma en un pacto de sujeción, que equivale a un verdadero contrato social internacional, por medio del cual el derecho internacional cambia estructuralmente, pasando de un sistema basado en tratados bilaterales *inter partes* (homogéneas) a un verdadero ordenamiento jurídico supraestatal; no más un simple pacto asociativo, sino que también un *pactum subjectionis*.³⁶

Se puede vislumbrar, así, una consolidación del derecho represivo de Durkheim, ahora en la esfera internacional.³⁷ El Estado está, pues, cada vez más limitado en su soberanía, tanto interna cuanto externa.³⁸

es la ausencia de límites a las reglas; esto es, lo contrario a aquello en lo que el derecho consiste". *Ibidem*, p. 44.

³⁵ Especialmente la Organización de las Naciones Unidas (ONU), creada en 1945 después del término de la Segunda Guerra Mundial, y que posee una cierta función de supranacionalidad y de vinculación de los Estados, aun cuando algunos eventos internacionales recientes, especialmente la invasión de Iraq por los Estados Unidos haya puesto en riesgo este papel. No se puede negar, con todo, que hubo, desde entonces, un progresivo proceso de internacionalización del derecho, principalmente con base en los derechos humanos y fundamentales. Tanto que algunos autores, como es el caso de Jorge Miranda, sustentan la supremacía de la legislación internacional relativa al tema sobre las legislaciones internas de los países, en una inversión de la tradicional pirámide que tenía en su ápice la ley constitucional de cada Estado. En esta perspectiva, el caso de Brasil es paradigmático, pues la Constitución de 1988 establece, en su artículo 5o., párrafo 2o., que los derechos y garantías en ella expresados no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados o de los tratados internacionales en que Brasil sea parte. Trátase, así, de una indubitable sujeción al orden internacional, reflejada por la adopción de la teoría monista, como se puede desprender de la lectura de la obra de Piovesan, Flávia, *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1996, p. 111.

³⁶ Ferrajoli, Luigi, *A soberania no mundo moderno*, trad. de Carlo Coccioli y Márcio Lauria Filho, São Paulo, Martins Fontes, 2002, pp. 40 y 41.

³⁷ Pureza, José Manuel, *El patrimonio común de la humanidad: ¿hacia un derecho internacional de la solidaridad?*, trad. de Joaquín Alcaide Fernández, Madrid, Trotta, 2002, p. 25.

³⁸ Crisis que Bolzan de Moraes denomina *crisis funcional*. Lo que se verifica actualmente es, conforme el autor, una interdependencia internacional, determinada por factores políticos, económicos y/o militares, que lleva a una idea de cooperación jurídica, más que a un refuerzo de las concepciones tradicionales de soberanía. Por más que su idea persista, ella ha sido profundamente transformada, en razón de una serie de factores, tales como: comunidades supranacionales; capitalismo financiero (empresas transnacionales que no poseen cualquier vínculo con los países, imponiendo determinadas actitudes a los Estados, así como afectando directamente su economía); Organizaciones no Gubernamentales (ONG) (que actúan en sectores variados, siendo que sus reportes pueden traer reconocimiento o repudio en el nivel internacional); nuevas relaciones sociales (grupos sociales, como sindicatos y organizaciones), que han pasado a producir y a imponer determinadas decisiones; organismos internacionales

La actuación de los tribunales internacionales de derechos humanos corresponde, en el orden externo, a la función de vinculación y de restricción de la esfera de la soberanía que se ha operado en los Estados en el ámbito interno, con la consolidación del Estado de derecho, de la Constitución y, más tarde, de los tribunales constitucionales, encargados de su guarda.

También ellos sufren, por lo tanto, los influjos de la judicialización, vinculados, sobre todo, a la protección de los derechos humanos que ha ganado fuerza, en la esfera internacional, con la tendencia de creación de tribunales y de cortes internacionales,³⁹ encargadas de aplicar y de juzgar casos en los que esté configurada una violación de tales derechos por parte de los Estados-miembros, más allá de las meras declaraciones sin carácter constitutivo.

En esta perspectiva, también la figura del activismo judicial puede ser comprendida como aplicable a las cortes internacionales. Un ilustrativo ejemplo reside en la reciente decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, en nombre de los derechos de las víctimas del régimen militar, ha, en diciembre de 2010, condenado a Brasil a indemnizar a las familias, en virtud del sufrimiento causado por la falta de investigaciones efectivas, así como por la “negativa de acceso a la información” por parte del Estado. Además, ha determinado que el país debe procesar y juzgar penalmente —por medio de la justicia ordinaria— a los responsables.⁴⁰

Lo que pasa es que, así como ha ocurrido en otros países de América Latina (como en Chile y en Argentina, por ejemplo), el Supremo Tribunal Federal había, unos pocos meses antes, considerado constitucional la ley de amnistía, entendiéndola que ella abarcaba todos los crímenes practicados por el régimen dictatorial (incluso los crímenes comunes, como homicidio, tortura, secuestro, estupro, etcétera), habiendo sido este, incluso, el principal argumento utilizado por la defensa.

Por fin, la Corte ha determinado que el país debe crear políticas públicas de rescate de la verdad y de la memoria, incluyendo, en sus acciones, la

(que poseen casos de intervención directa, además de actuaciones determinadas por algunos Estados dominantes). Morais, José Luís Bolzan de, *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, pp. 23 y ss.

³⁹ Son ejemplos, aquí, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Penal Internacional, la Corte Internacional de Justicia de La Haya, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros.

⁴⁰ Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, juzgado el 24 de noviembre de 2010.

participación y el acceso a las familias de las víctimas,⁴¹ es decir, imponiendo acciones en campos antes reservados a opciones políticas; interviniendo, directamente, en materia propia de la soberanía del país.

En este contexto, la pregunta que surge es hasta qué punto la realización de los derechos de las víctimas por parte de la Corte puede justificar “invadir” espacios de autodeterminación de los Estados.

¿Cuáles son, entonces, los límites de su actuación? Determinar que el país debe indemnizar a las familias de las víctimas parece adecuada a las competencias de la Corte para juzgar el caso, porque se trata de la apreciación de hechos específicos, que consisten en la violación o no de determinados derechos humanos y fundamentales por parte del Estado brasileño, que, en su Constitución, reconoce la jurisdicción de los tribunales internacionales;⁴² ¿pero puede la Corte obligar al Estado a implementar determinadas políticas públicas? ¿No sería esta una decisión de cuño activista?

El problema es que “activismo judicial” es un término tan abierto como las normas de principio garantizadoras de derechos fundamentales contenidas en los textos constitucionales; el concepto de lo que es considerado “activo” es relativo y variable, pues demanda, siempre, una actividad interpretativa que no posee *estándares* definidos, cambiando en el tiempo y en el espacio.

Aun cuando se establezcan parámetros para esta actuación (por ejemplo, que los tribunales —constitucionales e internacionales, respectivamente— no pueden invadir las competencias propias de los demás poderes o la soberanía de los Estados), también los límites y competencias de cada uno de los poderes y la noción de soberanía son conceptos abiertos, que demandan interpretación. Además, la extensión de hasta dónde pueden ir

⁴¹ La propuesta de creación de una “Comisión de la Verdad” ha sido aprobada por el Parlamento brasileño en septiembre de 2011, dando inicio, así, después de más de veinte años, al proceso de investigación y de conocimiento de los hechos ocurridos.

⁴² La Constitución brasileña de 1988 deja evidente, en su redacción, en distintos momentos, la preocupación con la dignidad humana y con la protección y prevalencia de los derechos humanos y su efectividad, como, por ejemplo:

Art. 1o.: La República Federal del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: ... III – la dignidad de la persona humana.

Art. 4o.: La República Federativa de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: ... II – prevalencia de los derechos humanos.

Art. 5o., parágrafo 4. Brasil se somete a la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional a cuya creación haya manifestado su adhesión.

los tribunales en términos interpretativos es variable, y depende de la propia concepción de interpretación adoptada.⁴³

Por lo tanto, se está delante de una secuencia de conceptos abiertos, de manera que la fijación de los límites de actuación de esos tribunales, en sí mismo, requiere una adecuada ponderación que permita discernir diferentes respuestas según sean las variantes involucradas (como pueden ser los aspectos históricos de conformación de determinada sociedad, el sistema constitucional de competencias adoptado, el funcionamiento de las instituciones, etcétera).

Una cosa, con todo, es cierta: los tribunales deben contribuir con, y no colocar en riesgo, la democracia; estos límites, entre tanto, no son claros y están —permanentemente— abiertos a la discusión.

V. CONCLUSIÓN

No quedan dudas de que la figura de la jurisdicción constitucional ha ganado un inédito protagonismo en el contexto del actual Estado democrático de derecho; siendo que su actuación se aleja, en cierta medida, de aquella propugnada por Kelsen en ocasión de la creación del tribunal constitucional, adquiriendo nuevos y desafiantes delineamientos. Lo mismo vale para los tribunales internacionales, que han jugado (aunque posteriormente) en el contexto internacional, el mismo papel de limitación de la soberanía que se ha verificado en el ámbito interno, por medio de la Constitución en el Estado de derecho.

Este protagonismo está vinculado y es resultado, a su vez, entre otros aspectos, de la supremacía de la Constitución y de la dimensión objetiva atribuida a los derechos fundamentales y a los derechos humanos. Obviamente ello posee un carácter marcadamente principista dependiente de interpretación y de concretización integrativa con la realidad concreta. Además de eso, la preponderancia de la fuerza normativa de la Constitución hace que los órganos encargados de su guardia adquieran relevancia, ampliándose, así, los espacios de su actuación. Lo mismo se puede decir de las cortes in-

⁴³ La así denominada “Nueva Hermenéutica”, por ejemplo, al tener la actividad interpretativa como una actuación de carácter creativo (*Sinngebung*), reconoce un espacio bien más amplio de decisión al magistrado que la interpretación de cuño exegético, que comprende la interpretación como un mero acto de conocimiento de la ley, que posee un contenido inmanente que solo necesita ser “descubierto” (*Auslegung*) por el intérprete. En este contexto, los parámetros de lo que sea “activismo” son, evidentemente, muy distintos.

ternacionales, que han ganado fuerza, especialmente, a partir de la segunda posguerra.

Es dentro de este contexto que surgen las manifestaciones referidas al “activismo judicial” que, entre tanto, no debe ser confundido con el fenómeno de la judicialización. Este último opera en el ámbito de la relación entre el derecho y la política, repercutiendo, a su vez también, en la relación entre los poderes.

A pesar de ser interdependientes, ambos conceptos no se confunden, caracterizándose la judicialización como el resultado de un proceso que posee múltiples causas y que conduce a una ampliación de los espacios de actuación de la jurisdicción constitucional en términos institucionales derivados, con todo, de factores en cierta medida externos al Poder Judicial. Ahora, el activismo judicial tiene una dimensión y un carácter más interno, pudiendo ser clasificado, como vinculado a la postura del juzgador o del tribunal en el cumplimiento de sus funciones. No se puede desconsiderar que, a pesar de tal distinción, ambos se relacionan, pues el proceso de judicialización, en virtud de sus características, favorece el apareamiento de conductas “activistas” (aunque, conforme lo dicho en el texto, los parámetros de lo que sea una decisión o sentencia activista no pueden ser fijados según criterios objetivos, dejando margen a interpretaciones). El activismo puede hacerse presente, al mismo tiempo, en un contexto de competencias reducidas o de restricción de la actuación de la jurisdicción constitucional; así, una decisión que en determinado tiempo y lugar puede ser tenida como activista puede ser recibida como absolutamente “normal” en otro, pues los conceptos son —como ya dijimos— relativos.

Ambos, con todo, son frecuentemente tomados como sinónimos, aspecto que en nada contribuye a una discusión adecuada sobre la materia. Tales aspectos necesitan, por lo tanto, ser debidamente considerados si se quiere proceder a una reflexión acerca de un tema tan importante y complejo, como el de los límites y el de la legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional, sobre el que no se puede responder en términos generalistas y reduccionistas.

En este sentido, tampoco se pueden indicar patrones objetivos para la actuación de la jurisdicción constitucional y de los tribunales internacionales, de manera que sus contornos son tan imprecisos y variables como los conceptos aquí analizados. Esta es, entonces, una pregunta cuya respuesta permanece siempre abierta, lo que no impide, entre tanto, que la respuesta sea permanentemente buscada o, al menos, discutida.