

César Francisco Gallegos Pazmiño* (Ecuador)

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

RESUMEN

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

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

Judicial activism and states of emergency: a comparative study

ABSTRACT

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

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

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

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

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

Juristischer Aktivismus im Notstand: eine vergleichende Untersuchung

ZUSAMMENFASSUNG

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

Schlagwörter: Notstand; interventionistisches Gericht; juristischer Aktivismus.

Introducción

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

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

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

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

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

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

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

1. Tribunales intervencionistas en entornos extremadamente inciertos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Recopilación de estudios sobre tribunales interventores

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

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

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

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

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

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

2.1. Tribunales constitucionales intervencionistas recopilados

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

2.1.1. Hungría 1990-1998

El Tribunal Constitucional húngaro, bajo el liderazgo del presidente de la corte, László Sólyom, personificó a un tribunal intervencionista en una ruptura constitucional. La visión constitucional de Sólyom, la llamada “constitución invisible”,²⁶ demostró ser una base poderosa desde la cual operar, y reforzó los reclamos de la

²² Kathryn Hendley, “Remaking an institution: The transition in Russia from state Arbitrazh to Arbitrazh Courts”, *American Journal of Comparative Law* 46, n.º 1 (1998): 93-127.

²³ Para trabajos sobre el interés institucional de las cortes, véase Stephen M. Engel, “Constructing courts: Judicial institutional change embedded in larger political dynamics”, *Tulsa Law Review* 49, n.º 2 (2013): 291-303; Michael J. Glennon, “Protecting the court’s institutional interests: Why not the Marbury approach?”, *American Journal of International Law* 81, n.º 1 (1987): 121-129; y Lee Epstein, Thomas G. Walker y William J. Dixon, “The Supreme Court and criminal justice disputes: A neo-institutional perspective”, *American Journal of Political Science* 33, n.º 4 (1989): 825-841.

²⁴ Véase infra casos de Hungría y Turquía.

²⁵ Véase, por ejemplo, Samuel Huntington, *The Third Wave: Democratization in the late twentieth century* (Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1993), para una discusión de la cascada de cambios de régimen que ocurrieron entre las décadas de los ochenta y los noventa.

²⁶ András Sajó, “Reading the invisible constitution: Judicial review in Hungary”, *Oxford Journal of Legal Studies* 15, n.º 2 (1995): 253, 257.

corte al poder político. El Tribunal era institucionalmente enérgico, ya que se le habían otorgado fuertes poderes de revisión en el acuerdo de transición negociado. La personalidad del antiguo activista opositor Sólyom también demostró ser crítica, ya que este presidente de la corte se convirtió en el principal ideólogo y promotor de una visión constitucional y jugó un papel agresivo en la agitada vorágine de la política de transición.²⁷ Esto fue reforzado aún más por las continuas divisiones dentro de una legislatura frenética, lo que condujo a una constante fricción política a medida que se debatía la legislación para dar forma al nuevo Estado húngaro poscomunista. La corte demostraría ser muy activa en un sentido político hasta el final de la presidencia de Sólyom en 1998. La salida de Sólyom debido a los límites del mandato provocó una ronda de empaquetamiento de la corte por parte del Gobierno que la hizo finalmente mansa y tranquila, pero solo después de un notable periodo de extraordinario poder.

La visión constitucional del Tribunal de Sólyom era la de una “constitución invisible”, concebida como una ley básica más pura y democrática que el documento de compromiso que se había armado durante la transición negociada del comunismo. De manera crítica, el concepto fue aceptado por el entorno político más amplio de transición. La excusa de las “circunstancias únicas y especiales de la transformación del régimen”²⁸ fue utilizada de forma explícita por el Tribunal como una técnica de legitimación para su controvertido intervencionismo. Para gran parte de sus fallos, el Tribunal finalmente optó por aplicar esta “constitución invisible” e ignorar de facto la Constitución escrita real. También, decidió referirse a precedentes jurídicos internacionales, de nuevo sorprendentemente con la aquiescencia de las instituciones elegidas del país.

En términos de poder institucional, el Tribunal húngaro fue notable en su fortaleza, una característica en gran parte debida a las preocupaciones que todos los actores que negociaban la transición tenían sobre mirar hacia el futuro. El Tribunal se creó en 1989 como una enmienda a la Constitución comunista existente, por lo que un grado de continuidad formal después de la transición completa le dio un peso adicional en el periodo inmediatamente posterior al comunismo.²⁹ El Tribunal húngaro tenía un amplio mandato constitucional, incluido el poder de la resolución abstracta y la capacidad de revisar la legislación tanto antes como después de la promulgación, tal como lo solicitaron los legisladores o incluso ciudadanos comunes.³⁰

²⁷ Para una explicación detallada del propio Sólyom sobre el propósito y los objetivos del tribunal constitucional húngaro, véase László Sólyom y Georg Brunner, *Constitutional judiciary in a new democracy: The Hungarian Constitutional Court* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 2000).

²⁸ Sajó, “Reading the invisible constitution”, 257.

²⁹ Peter Paczolay, “Constitutional Transition and Legal Continuity”, *Connecticut Journal of International Law* 8 (1992): 559.

³⁰ Ethan Klingsberg, “Judicial Review and Hungary’s Transition from Communism to Democracy: The Constitutional Court, the Continuity of Law, and the Redefinition of Property

Mirando la importancia de la personalidad en la dinámica del activismo del Tribunal Constitucional, la figura de László Sólyom es un punto de referencia indiscutible. Sólyom estuvo allí en primer lugar como parte del acuerdo constitucional negociado entre los titulares comunistas y las crecientes fuerzas de oposición durante la transición pactada en la Hungría del autoritarismo. El propio presidente de la corte era un exlíder de la oposición,³¹ reforzando su posición política desde el principio, y desde su oficina judicial intervino regularmente en cuestiones políticas, habló a los medios con frecuencia e incluso llegó a criticar de manera abierta al Gobierno.

El Tribunal húngaro reaccionó ante la sensación de verse atraído por escaramuzas entre el Parlamento y el presidente en 1990, y buscó asumir un papel como “intérprete supremo”, en lugar de “solucionador de disputas”.³² La visión constitucional de la corte se expresó popularmente como una “revolución bajo el imperio de la ley” y proporcionó una base amplia para que la institución reuniera en torno a ella la legitimidad popular al tratar con un ambiente institucional lleno de rezagos comunistas.³³ La fractura persistente de la legislatura, la inestabilidad de las coaliciones gubernamentales y el Ejecutivo, a veces opositorista, ayudaron en gran medida a la corte húngara a dejar espacio para maniobras políticas. La corte, finalmente, derogó cerca de un tercio³⁴ de todas las leyes que revisó en la década de los noventa.³⁵ Una intervención provocó, incluso, un ataque frontal del Gobierno contra la corte, pero la oposición se unió a esta y obligó al Gobierno a retroceder.³⁶ En todos los casos, el Parlamento cumplió con el fallo de la corte y accedió a su visión más amplia. Al mirar más de cerca los proyectos de ley que fueron reescritos debido a un fallo de la corte constitucional, uno ve que la ley final a menudo se veía como un compromiso político entre el parlamento y la corte, ya que no necesariamente

Rights”, *BYU Law Review* 1 (1992): 41, 55.

³¹ Kim Lane Scheppele, “Guardian of the constitution: Constitutional court presidents and the struggle for the rule of law in post-soviet Europe”, *University of Pennsylvania Law Review*, 154. (2006): 1757.

³² Klingsberg, “Judicial Review and Hungary’s Transition”, 55.

³³ Jonathan Bond, “Concerning Constitutional Courts in Central and Eastern Europe”, *International Public Policy Review* 2, n.º 2 (2006): 25-87.

³⁴ Bond, “Concerning Constitutional Courts”, 25-87.

³⁵ Las leyes derogadas incluían la Ley Zétényi-Takács que habría permitido el enjuiciamiento retroactivo ilimitado de excomunistas (un fallo que frustraba profundamente al gobierno en funciones) y el paquete Bokros de reformas de austeridad que se consideró demasiado duro socialmente. La declaración de inconstitucionalidad de la última reforma hizo que el Gobierno atacara a la Corte, pero la oposición cerró filas para protegerla y obligó al Gobierno a retroceder. Para más información, véase Luc Huyse, “Justice after transition: On the choices successor elites make in dealing with the past”, *Law and Social Inquiry* 20, n.º 1 (1995): 51-78; Scheppele, “Guardian of the constitution”, 1757; Kim Lane Scheppele, “Constitutional negotiations: Political contexts of judicial activism in post-soviet Europe”, *International Sociology* 18 (2003): 219, 222.

³⁶ Scheppele, “Guardian of the constitution”, 1757.

contendría todos los cambios que la corte había requerido originalmente.³⁷ El Tribunal constitucional húngaro demostró ser un actor político muy exitoso, ayudado por su jurisdicción expansiva, su presidente ambicioso y las divisiones políticas entre el Ejecutivo y la Legislatura. Sin embargo, incluso dado todo eso, la salida del presidente de la corte Sólyom debido a los límites de mandato en 1998 y coincidir con una coalición más unida en las ramas elegidas contra el continuo intervencionismo del Tribunal conduciría en última instancia a una disminución significativa de su poder político de facto.

2.1.2. *Rusia 1993-1994*

En Rusia, el Tribunal Constitucional enfrentó un ambiente político mucho más traicionero que el de Hungría y, finalmente, pagó un precio mucho más alto por su intervencionismo. Al igual que en Hungría, el Tribunal, en gran parte no contaminado por la herencia institucional del antiguo régimen, recibió importantes poderes formales, y su presidente vocal, Valery Zorkin, vio el papel del Tribunal como uno de activismo en la transición política en curso del comunismo. La división entre el Ejecutivo y la Legislatura en Rusia fue aún más pronunciada que en Hungría, y proporcionó la oportunidad perfecta para el activismo judicial. Sin embargo, la situación de la corte constitucional rusa difería marcadamente en la disposición de otros actores políticos para tomarla en serio y cumplir con sus fallos. Los poderes abstractos de la corte fallaron frente a las regiones advenedizas que simplemente se negaron a cumplir con las sentencias del Tribunal y las instituciones a nivel federal que no tomaron amablemente la intromisión de la corte en los asuntos políticos. La división política que en un principio fortaleció la posición de la corte y le brindó espacio para la intervención resultó ser una situación demasiado tempestuosa para navegar por la perspicacia política mediocre de Zorkin. El Tribunal ruso se encontró en una posición de sobrepolitización, sin una base de apoyo a la cual recurrir y poca aplicación de sus fallos, que finalmente lo dejaron varado políticamente.

En el caso ruso, la visión constitucional de la corte de Zorkin era igualmente potente en su deseo de moldear el panorama de transición poscomunista, pero no contaba con el apoyo inequívoco de otras instituciones o elementos más amplios de la sociedad. El Tribunal Constitucional ruso fue producto de la transición reformista iniciada en 1990 en la Unión Soviética, y el mismo Zorkin había encontrado originalmente su camino en los altos asuntos judiciales como miembro del comité oficial que buscaba rehacer la Constitución soviética a fines de la década de los ochenta. Esta plataforma de lanzamiento lo llevó a la presidencia de la corte con su creación, y mantuvo una fuerte creencia en la importancia del Estado de derecho y la responsabilidad constitucional formal, dos elementos que habían faltado en el modelo institucional judicial soviético, así como en la realidad institucional general

³⁷ Scheppele, "Constitutional Negotiations", 219, 222.

de la política soviética. La visión del Tribunal ruso era, por tanto, un recurso más básico, pero muy inflexible, para la conducta adecuada de las instituciones basadas en líneas claras y constitucionales.

Las sentencias judiciales en el caso ruso intentaron cumplir con los estándares establecidos en los documentos constitucionales de transición, pero sufrieron una falta de voluntad para hacerlas cumplir. Teóricamente, el Tribunal tenía amplios poderes institucionales que podían exigir cuentas a otras ramas del Gobierno, pero el alcance de estos poderes por parte de esas ramas fue, en el mejor de los casos, irregular.³⁸ La dotación institucional que supuestamente disfrutó el Tribunal constitucional ruso se vio terriblemente socavada por los problemas de la aplicación efectiva, y lo dejó en una posición institucional mucho más baja de lo que se concibió y proporcionó una razón importante para dudar de la legitimidad o la eficacia política de la institución, ya que intervino más en la política.

La posición de Valery Zorkin como presidente del Tribunal Constitucional ruso fue clave para la postura política directa y agresiva de la institución. Al cortar los dientes en las discusiones sobre el orden constitucional soviético revisado a fines de la década de los ochenta como un estudioso judicial imparcial en el comité directivo, vio que el papel principal del tribunal de transición era defender el incipiente orden constitucional. Al hacerlo, se vio envuelto en un conflicto con el presidente soviético Mikhail Gorbachev y luego con el presidente ruso Boris Yeltsin. Zorkin también intentó negociar personalmente entre la Legislatura y el Ejecutivo mientras corrían de un conflicto a otro.

A diferencia de su contraparte húngara, el Tribunal ruso no pudo reclamar el alto nivel de autoridad moral y política en la nueva federación, sino que actuó como una entidad menor entre las disputas de las ramas elegidas con mejores pretensiones de legitimidad popular. El Tribunal Constitucional ruso se lanzó de cabeza a la controversia que rodeaba las negociaciones sobre una nueva constitución en 1992, entre la Legislatura y el Ejecutivo, buscando utilizar las divisiones agudas que caracterizaban a la política en ese momento. La corte y, en particular Zorkin, su presidente, apoyaron al Parlamento públicamente en los últimos días de la crisis

³⁸ La Corte logró mediar con éxito un acuerdo de compromiso entre la mayoría parlamentaria de izquierda y la administración Yeltsin sobre la legalidad del Partido Comunista y sus sucesores, pero demostró ser incapaz de evitar las declaraciones de soberanía de las repúblicas étnicas en el llamado caso Tartaristán: véase el Decreto del Tribunal Constitucional de la RSFSR, de 13 de marzo de 1992, *Statutes & Decisions: The Laws of the USSR and its Successor States* 30, n.º 3 (mayo-junio de 1994): 32-44; el caso de la verificación de la constitucionalidad de la declaración de soberanía estatal de la República de Tartaristán, del 20 de agosto de 1990; la Ley de la República de Tartaristán de 18 de abril de 1991 sobre las enmiendas y adiciones a la Constitución (Ley fundamental) de la República de Tartaristán; la Ley de la República Tartaristán de 19 de noviembre de 1991 sobre referéndum de la República de Tartaristán, y el Decreto del Supremo Soviético de la República de Tartaristán de 21 de febrero de 1992 sobre la realización de un referéndum en la República de Tartaristán sobre la situación del Estado de la República de Tartaristán. Para más detalles, véase Scheppele, "Guardian of the constitution".

ejecutivo-legislativa. Para resolver la crisis, Yeltsin disolvió el Parlamento y Zorkin se unió a una conferencia de prensa con otros líderes parlamentarios que denunciaron la medida como un golpe de Estado; incluso cuando otros miembros de la corte se opusieron a esta posición.³⁹ El resultado final de la crisis de 1993 fue la exitosa victoria de Yeltsin sobre la oposición parlamentaria-judicial y la disolución ignominiosa del Tribunal Constitucional en buena medida. La influencia institucional del Tribunal fue bloqueada por la mala aplicación y el bajo respeto entre las ramas del poder público; aunque su liderazgo era agresivo, carecía de aliados, y el poder político del Ejecutivo resultó ser demasiado grande para equilibrarlo. El Tribunal no se restablecería hasta 1995, y como un cuerpo manso y pasivo.⁴⁰

2.1.3. *Turquía 2002-2008*

Al observar el alcance de los tribunales constitucionales altamente intervencionistas en periodos de ruptura constitucional, Turquía parece ser un ejemplo importante pero distinto, que subraya la importancia de los tres factores señalados en este análisis. El caso turco es notable por no ser una situación revolucionaria, sino más bien un lento proceso de cambio fundamental a través del triunfo de las mayorías electorales y el debilitamiento del legado estatista de larga data con sus bastiones más fuertes en el ejército y la burocracia. Se incluye en este estudio porque ilustra la misma dinámica del activismo judicial que, con un cambio de régimen más rápido –aunque la transformación turca fue más gradual–, vivió una ruptura fundamental de un periodo constitucional.⁴¹

La Corte Constitucional turca se hallaba cada vez más abierta y activista en sus tratos con otros actores políticos, a medida que el Estado se encontró con el fuerte surgimiento de un movimiento islamista popular en los años noventa y 2000. La Corte, en defensa del viejo orden en el que el liderazgo político estableció los límites de la competencia aceptable y la base ideológica básica del Estado, intentó evitar victorias políticas islamistas. La visión constitucional de la Corte turca fue

³⁹ Inmediatamente después de esto, la Corte empujó a través del decreto que hace eco de esta condena: véase el Decreto de la Corte Constitucional de la Federación Rusa de 23 de marzo de 1993, sobre el cumplimiento de la Constitución de la Federación Rusa y las decisiones de su presidente, B. N. Yeltsin, en relación con la percepción de los ciudadanos de Rusia, de 20 de marzo de 1993, http://old.nasledie.ru//oboz/No9_93/9_02.HTM.

⁴⁰ Scheppele, “Constitutional Negotiations”; Scheppele, “Guardian of the constitution”; Lee Epstein, Jack Knight y Olga Shevtsova, “The role of constitutional courts in the establishment and maintenance of democratic systems of government”, *Law & Society Review* 35, n.º 1 (2001): 117-164.

⁴¹ En este sentido, el caso turco no solo puede parecerse en términos del orden constitucional cambiante, si no del intervencionismo judicial. Al respecto, véase Lisa Hilbink, *Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011) y Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge: Harvard University Press, 2007).

impresionantemente fuerte, y se posicionó como el árbitro fundamental, junto con los militares, que determinó el legado de Mustafa Kamal Atatürk y la acción de la política legítima permitida dentro de tal ideología. Al tribunal turco se le otorgaron amplios poderes de revisión y protección, lo que le permitió intervenir institucionalmente en muchos asuntos políticos. Sin embargo, las personalidades de la Corte eran más débiles que en los casos húngaros o rusos. La Corte actuaba mucho más como un cuerpo corporativo que uno dirigido por una sola figura popular o políticamente agresiva, una función del mayor tribunal del poder judicial turco que en general ha jugado como un estrato más amplio de la élite política.

La visión constitucional que dominó la experiencia turca fue una de las más poderosas entre los casos que se consideran en este estudio. El tribunal constitucional de Turquía, y el poder judicial en general, estaban fuertemente asociados con el legado iliberal y secularista de Atatürk. La Corte había sido durante mucho tiempo un baluarte y promotor del secularismo turco y estaba particularmente alineada con los militares. Podemos concebir la visión constitucional de la Corte turca basada en una afirmación de su propio papel en mantener un monopolio sobre la interpretación de lo que es ideológicamente permisible y ortodoxo en el Estado turco moderno. El surgimiento del islam político como un movimiento electoralmente competitivo provocó grandes temores de una amenaza a gran escala a la ideología del Estado, especialmente a medida que la verdadera circunscripción de la élite secular se hizo cada vez más pequeña en comparación con sus competidores islámicos, lo que llevó a la sensación de que cualquier grado de cambio era un sistema completo.

La Corte Constitucional turca está poderosamente equipada con el arsenal judicial necesario para intervenir en asuntos políticos. Además de la capacidad amenazante de actuar como un tribunal penal supremo en lo que respecta a los procesos penales contra las principales figuras políticas, tiene poderes de revisión abstracta sobre la legislación y se le puede solicitar que los ejerza a instancias de un elemento relativamente pequeño de la oposición política.⁴² El tribunal selecciona su propia composición y está fuertemente integrado al complejo judicial turco más amplio, que le proporciona una red sólida y una base de apoyo dentro del Estado secularista. Estas capacidades institucionales facilitaron las acciones políticas de la Corte en la década de 2000, ya que otros elementos del sistema político demostraron ser incapaces de superar la marea creciente de los movimientos islamistas políticos populares.

El tribunal constitucional turco tenía poca influencia en personalidades específicas que lideraban la acusación en política. El tribunal fue durante mucho tiempo un cuerpo corporativo, parte de la élite judicial más amplia que formó un pilar importante del orden secular. Ni los jefes de la Corte, Mustafa Bumin, ni Tülay Tuğcu se mostraron particularmente como líderes del tribunal a medida que el islam político aumentó su influencia durante su mandato. Sin embargo, la fuerza de la judicatura

⁴² Yasushi Hazama, "Constitutional Review and the Parliamentary Opposition in Turkey", *Development Economics* 34, n.º 3 (1996): 316-338.

turca en su conjunto sí tuvo un papel poderoso en apuntalar la visión constitucional de la Corte. En cierto sentido, esta personalidad corporativa demostró ser útil para garantizar que el tribunal considerara a la política como un lugar legítimo para actuar, pero la falta de un líder dinámico a la cabeza no lo ayudó a entrenar con una fuerza antitética y poderosamente electoral.

A medida que el moderado Partido Islámico de Justicia y Desarrollo (Partido AK o PAK) ganó más fuerza, estalló una serie de crisis entre el tribunal constitucional secularista y los islamistas en ascenso.⁴³ Tras los exitosos intentos de la Corte de prohibir los partidos políticos totalmente islamistas –los partidos de Bienestar y Virtud, surgidos a fines de los años noventa y principios de 2000–, el establecimiento secularista encontró un oponente más formidable en el Partido AK. Después de que el PAK tomó el parlamento en un notable triunfo electoral en las elecciones libres de 2002, el tribunal luchó para evitar una nueva victoria en las elecciones presidenciales de 2007, en las que la Corte Constitucional anuló la victoria de la primera vuelta del candidato islamista.⁴⁴ Posteriormente, en 2008, el tribunal también intentó intervenir en asuntos políticos sobre la derogación de una prohibición del *hiyab* o velo de las mujeres musulmanas,⁴⁵ que fue declarada inconstitucional, a pesar de haberse aprobado como una enmienda constitucional.⁴⁶ El tribunal constitucional turco asumió decisivamente el papel de un actor político importante a medida que la oposición electoral al islam político se desmoronaba y los militares parecían incapaces de intervenir. Este movimiento para dirigir la oposición contra una fuerza ahora dominante y electoralmente legítima resultó ser un error crítico, ya que la Corte estaba fuertemente ligada al pasado autoritario y a una ideología cuya circunscripción pública se estaba reduciendo notablemente.⁴⁷ La Corte tenía poderosas palancas institucionales y su liderazgo despersonalizado se basaba poderosamente en las tradiciones del Estado secular, pero la Corte turca simplemente no podía librar una batalla unilateral con un bloque unido de instituciones elegidas dispuestas a oponerse a ella. La aprobación de una serie de enmiendas constitucionales en 2010 por parte de la mayoría islamista resultó en un empaquetamiento total de la Corte que neutralizó su amenaza.

⁴³ Ahmet Kuru y Alfred Stepan, *Democracy, Islam, and Secularism in Turkey* 158 (New York: Columbia University Press, 2014).

⁴⁴ Véase Decisión E. 2007/45, K. 2007/54, de 5 de enero de 2007, *Resmi Gazete* 26565, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/06/20070627-17.htm>.

⁴⁵ Véase Decisión E. 2008/16, K. 2008/116, de 22 de junio de 2008, *Resmi Gazete* 27032, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/10/20081022-15.htm>.

⁴⁶ Asli Ü. Bâli, “The perils of judicial independence: Constitutional transition and the turkish example”, *Virginia Journal of International Law* 52 (2012): 235-320.

⁴⁷ Para una discusión más completa sobre la legitimidad del tribunal turco, véase Ergun Özbudun, “Political origins of the turkish Constitutional Court and the problem of democratic legitimacy”, *European Public Law* 12 (2006): 213-223.

2.1.4. Sudáfrica 1994

Finalmente, la Corte Constitucional sudafricana –en muchos aspectos un tribunal modelo construido para defender una constitución modelo– tiene una reputación internacional muy fuerte, pero solo puede considerarse verdaderamente intervencionista en sus primeros días. Pasó con éxito el proceso de elaboración de la Constitución del Estado sudafricano posterior al *apartheid* e intervino fuertemente para garantizar que sus propias prerrogativas estuvieran aseguradas y que los redactores de la constitución respetaran los acuerdos de transición anteriores. La visión constitucional de la Corte sudafricana se enmarcaba principalmente en términos de garantizar una transición pacífica y legal y, por tanto, era menos capaz de informar o proporcionar justificaciones de intervención para la política después de la transición. Sin embargo, luego del valiente esfuerzo de la Corte durante las negociaciones de redacción de la Constitución, las preocupaciones sobre el partidismo y su bajo nivel de legitimidad popular, así como la creciente dominación de la política y el Estado por el partido gobernante, el Congreso Nacional Africano (CNA), llevaron a la Corte a minimizar su papel y centrarse en decisiones no controvertidas. El tribunal utilizó su centralidad institucional con gran efecto en la etapa de redacción de la Constitución y fue dotado de poderes de revisión concomitantes con la Constitución sudafricana altamente liberal y progresista, pero no utilizó estas herramientas de manera efectiva después de la conclusión de las negociaciones. Las personalidades de la Corte eran menos fuertes, y las insinuaciones negativas de partidismo abierto debido al proceso de selección de los jueces hicieron que los miembros individuales de la Corte estuvieran más limitados, ya que sus posiciones comprometidas los hicieron más vulnerables a las amenazas de reemplazo.

El tribunal constitucional de Sudáfrica se centró en gran medida en el tema de redactar una constitución final para poner fin a la era del *apartheid* y marcar el comienzo de una nueva vida democrática para el país. La visión constitucional de la Corte, por tanto, fue ampliamente adoptada al garantizar que la Constitución se ajustara tanto a los estándares democráticos generales como a los compromisos que se habían alcanzado durante el periodo prolongado de moderación y reformismo del régimen que sirvió como prelude de la redacción formal de la carta. Esta visión del papel de la Corte se enfrentó a una asamblea constituyente que deseaba un acuerdo constitucional que afirmara una mayoría más plena que, esencialmente, repudiara los cuidadosos compromisos hechos entre el gobierno saliente del *apartheid* y la nueva mayoría entrante. La visión constitucional de la Corte, de una Sudáfrica totalmente pluralista y liberal, con fuertes protecciones contramayoritarias, incluso al tiempo que preveía el tan esperado gobierno de la mayoría, resultó ser decisiva y altamente influyente durante este periodo de transición. Sin embargo, la visión estaba tan ligada a garantizar los derechos institucionales formales y el equilibrio, que tuvo problemas para adaptarse al entorno posterior a la Constitución.

La Corte sudafricana se creó a partir de un compromiso desordenado cuando el equilibrio del *apartheid* y las fuerzas mayoritarias todavía estaban en disputa, y los negociadores de la transición se encargaron directamente de garantizar que la constitución que pronto se redactaría seguiría lo acordado a lo largo de ese camino. La extraña visión de un tribunal constitucional preconstitucional, que supervisaba la redacción de la constitución que luego se encargaría de defender, era una condición necesaria para la transición, ya que la élite saliente vio al tribunal como una forma de contrarrestar la presunta mayoría legislativa futura con las protecciones constitucionales antimayoritarias. Por tanto, el tribunal tenía fuertes poderes institucionales de revisión, pero también la expectativa de que actuaría como un organismo con agencia política legítima para hacer cumplir el curso de la transición.⁴⁸ El tribunal obligó a una cámara alta de la legislatura, constituida por las regiones federales, a establecer protecciones contra la incautación de propiedades, requisitos para la aprobación supermayoritaria de todos los cambios a la Declaración de Derechos, relaciones federalizadas con las provincias, revisión judicial completa y la consideración obligatoria del derecho internacional en las decisiones legales y políticas nacionales.⁴⁹ El poderoso papel de la Corte aseguró que el estado de transición de Sudáfrica pudiera incluso denominarse como una “democracia restringida”, es decir, una que no siempre correspondería por completo a los deseos de la mayoría elegida democráticamente.⁵⁰

El presidente (luego, presidente de justicia) del tribunal sudafricano posterior al *apartheid* era una figura de gran estatura intelectual, pero ambición política limitada. Arthur Chaskalson fue el jefe del tribunal constitucional desde su creación y estuvo profundamente involucrado en las negociaciones de transición como jefe del comité técnico. La exitosa dirección de lo constitucional a lo largo de su negociación llevó a la Corte a enfocarse fuertemente en asuntos de derechos humanos⁵¹ y al descuido de un papel más abiertamente político. Chaskalson había sido el jefe de una oficina legal altamente exitosa que había defendido a los sudafricanos negros dentro del marco del *apartheid* y, por tanto, tenía una tremenda autoridad moral para hacer cumplir la visión constitucional de la Corte. El interés indudablemente mayor del presidente de la Corte en los derechos humanos (la Corte revocaría la pena de muerte desde 1995⁵²)

⁴⁸ Jeremy Sarkin, “The Drafting of South Africa’s Final Constitution from a Human-Rights Perspective”, *American Journal of Comparative Law* 47, n.º 1 (1999): 67, 72.

⁴⁹ Samuel Issacharoff, “Constitutionalizing Democracy in Fractured Societies”, *Texas Law Review* 82 (2003): 1861, 1870.

⁵⁰ Samuel Issacharoff, *The Democratic Risk to Democratic Transitions*, N.Y.U. Public Law and Legal Theory Working Papers, 9 de enero de 2013, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2324861.

⁵¹ Las decisiones sobre la pena de muerte, el matrimonio igualitario y el apoyo gubernamental a los programas contra el SIDA son bien conocidas.

⁵² Véase *S. v. Makwanyane y otros* (CCT3/94) [1995] Z.A.C.C. 3.

dejó a un lado la intervención en la mayoría de los asuntos políticos y la Corte nunca encontró una gran voz en tales temas bajo su mandato.⁵³

La posición de la Corte sudafricana como poderoso actor político no duró mucho.⁵⁴ La preocupación por la naturaleza partidista de su creación y la creciente dominación del CNA gobernante significaba que el tribunal quería evitar la mayor confrontación posible,⁵⁵ sumado a una situación de baja legitimidad, poder y unidad abrumadores por parte de las ramas elegidas del Gobierno. Por ello, el tribunal buscó gestionar la relación con las otras ramas y evitó intervenir directamente en asuntos políticos.⁵⁶ Este deseo de evitar conflictos ha tenido el efecto perverso de mantener bajos niveles de legitimidad, así como un cierto grado de incertidumbre sobre si se aceptarán decisiones controvertidas.⁵⁷ El tribunal constitucional permaneció activo cuando se ocupó de defender los derechos individuales y las protecciones sociales,⁵⁸ pero huyó de cuestiones políticas, lo que permitió al CNA consolidar y capturar aún más la política sudafricana.⁵⁹ Los fuertes poderes institucionales de la Corte Constitucional sudafricana se vieron debilitados por un liderazgo moralmente fuerte, que no quería intervenir en el ámbito político, altamente unilateral.

3. Algunas reflexiones preliminares

Sobre la base de los patrones explicados en la sección anterior, se pueden aislar algunos elementos que parecen surgir regularmente entre los casos de intervencionismo judicial en entornos de conmoción política y emergencia realizados en estudios

⁵³ Para una discusión detallada sobre la fuerte visión de Chaskalson sobre asuntos sociales y la deferencia más amplia de la Corte en asuntos políticos, véase Theunis Roux, "Principle and pragmatism in the Constitutional Court of South Africa", *International Journal of Constitutional Law* 7, n.º 1 (2009): 106, 118.

⁵⁴ Para una discusión del enfoque cauteloso de la Corte en los primeros años después de la promulgación de la Constitución, véase Lynn Berat, "The Constitutional Court of South Africa and jurisdictional questions: In the interest of justice", *International Journal of Constitutional Law* 3 (2005): 39-76.

⁵⁵ Por ejemplo, el cuidado sobre las reglas en el nombrado caso Fourie (Fourie and Another v. Minister of Home Affairs and Another (CCT25/03) [2003] Z.A.C.C. 11) con respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo, en el que el tribunal fijó las protecciones sociales garantizadas en la Constitución, pero se aseguró de que sería el Parlamento el que tomaría una decisión final sobre la modificación del Marriage Act, [Beth Goldblatt, "Same-sex Marriage in South Africa: The Constitutional Court's Judgement", *Feminist Legal Studies* 14 (2006): 261-270].

⁵⁶ Roux, "Principle and pragmatism", 106, 118.

⁵⁷ James L. Gibson y Gregory A. Caldeira, Defenders of democracy? Legitimacy, popular acceptance, and the South African Constitutional Court, *Journal of Politics* 65, n.º 1 (2013): 1-30.

⁵⁸ Véase las decisiones sobre pena de muerte en Makwanyane [1995] Z.A.C.C. 3 y Fourie [2003] Z.A.C.C. 11; y sobre la política contra el Sida, véase, por ejemplo, Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others (No. 2) (CCT8/02) [2002] Z.A.C.C. 15.

⁵⁹ Issacharoff, *The Democratic Risk to Democratic Transitions*.

anglosajones y recopilados para esta investigación en curso. Cada caso ha demostrado la importancia de una visión constitucional como factor legitimador para el activismo de las cortes constitucionales, que a su vez fue asistido por un conjunto de factores estructurales. La existencia de mecanismos institucionales poderosos que sugieren un papel decisivo formal fuerte y central parece ser crítica. Sin centralidad institucional, los tribunales nunca podrían actuar como lo hicieron, en primer lugar. La presencia de un liderazgo fuerte, con una visión ambiciosa, también es clave en muchos de los casos, incluidos los más llamativos de Hungría y Rusia. Finalmente, esta profunda división entre los cuerpos políticos elegidos del Estado permite mayores oportunidades para aprovechar el momento de crisis en favor de la protección de los derechos de la población y el desarrollo de la jurisprudencia constitucional.

El primer factor que alienta el intervencionismo de los tribunales constitucionales no es sorprendente: el de la centralidad institucional. La presencia formal de una amplia revisión judicial, el tipo de revisión legalmente permitida y la independencia del poder judicial del dominio político directo de otra rama son todas fuentes críticas y tradicionales de poder judicial. Los tribunales que son el punto de decisión final para la legislación son más fuertes que los que pueden ser revocados por votación legislativa. Los tribunales que pueden ser recurridos por una variedad de actores interesados (el poder ejecutivo, miembros de la legislatura o incluso ciudadanos promedio) tendrán oportunidades adicionales para hacer sentir su presencia política y otorgar licencia para considerar problemas bajo revisión abstracta, y no solo para pronunciarse en términos específicos y concretos; estas son oportunidades para intervenir profundamente en las decisiones políticas. Los tribunales constitucionales institucionalmente centrales tienen las herramientas formales para actuar; pero, por supuesto, tener estos poderes no es suficiente para garantizar que se utilizarán. En resumen, este papel es una condición necesaria, pero apenas suficiente para el activismo.

Una fuente menos ortodoxa de intervencionismo potencial es la presencia de un liderazgo judicial fuerte y ambicioso. Cuanto más el líder de las altas cortes⁶⁰ piense en sí mismo como un actor político autoritario, más empleará un tribunal sus poderes formales en asuntos políticos. Los líderes fuertes tienden a articular mejor las visiones claras y a establecer las prioridades de la corte que lideran; dada una situación en la que el tribunal tiene un amplio alcance, decidir qué hacer y qué dejar a otros actores estatales puede ser decisivo. Los líderes judiciales ambiciosos tienen una visión de su lugar en la historia, especialmente en momentos tan profundos de incertidumbre. Es importante destacar que las figuras clave de la corte están mejor posicionadas para encarnar su intervención en la política de una manera clara, personalizando la legitimidad que una corte activista tiene –o debería tener– durante la terrible incertidumbre de momentos de crisis.

⁶⁰ A veces, llamado “presidente” o algún otro ostentoso título que refleje su magistratura, importancia y poder en la Constitución.

Finalmente, los tribunales constitucionales que se encuentran en medio de un fuerte periodo de crisis, que no deja un vencedor singular entre las ramas elegidas, tendrán una mayor oportunidad de convertir sus poderes institucionales formales y las visiones desarrolladas por sus líderes en acciones políticas reales. Otros actores políticos se centrarán en los tribunales constitucionales en los casos en que actúen de manera asertiva. En casos de legislaturas y ejecutivos divididos, puede haber un fuerte impulso de ambas partes para aliarse con el tribunal constitucional. Las batallas entre las ramas elegidas brindan a los tribunales la oportunidad de aumentar su papel como actores políticos, pero a costa de potencialmente exagerar su oficio en términos del equilibrio de poder y los límites de la aceptación de sus decisiones por parte de otros actores. Según este modelo,⁶¹ los tribunales que se enfrentan a un frente unido entre las ramas elegidas (o al ascenso de una sola rama) serán rápidamente superados, silenciados o reformados por la fuerza de ese actor o de esos actores aliados.

Los tribunales más intervencionistas están dotados de notables poderes formales que brindan peso a sus decisiones y, a menudo, están dominados por personalidades fuertes; tales tribunales tienden a verse a sí mismos como garantes de lo mejor de lo viejo, los principios aún no expresados de lo nuevo, o lo esencial del orden constitucional, cualesquiera que sean esos principios. Los tribunales constitucionales altamente activistas buscan proteger sus propios intereses de manera agresiva y pueden traducir la incertidumbre o la oscuridad al poder político, ya que dichos tribunales afirman ser los portadores de alguna forma de legitimidad o confianza popular.⁶² La realidad del “legado de Kelsen”, el uso cada vez mayor de la revisión judicial con respecto a las decisiones políticas en los tribunales que utilizan el sistema legal continental, ha dado a muchos tribunales los mecanismos institucionales adicionales para participar directamente en la política.⁶³ Tales mecanismos pueden ayudar a convertir los tribunales constitucionales en cuerpos políticamente centrales que se expanden más allá de las cuestiones puramente judiciales, utilizando de manera controvertida su poder inherentemente contramayoritario de forma influyente.⁶⁴ Esto se fomenta aún más a medida que el campo de la política se convierte en un terreno de disputa y equilibrio entre grupos políticos rivales, cada uno ansioso por ganar un amigo en la corte para sus propios fines. Los tribunales constitucionales

⁶¹ Para una discusión sobre las gamas de tolerancia, véase Epstein *et al.*, “The role of constitutional courts”, 117-164.

⁶² Para un interesante punto de vista sobre la legitimidad judicial y cómo las cortes perciben su propio rol, véase Richard H. Fallon, Jr., “Judicial legitimacy and the unwritten constitution: A comment on Miranda and Dickerson”, *New York Law School Law Review* 45 (2001-2002): 119-136.

⁶³ Bojan Bugaric, “Courts as Policy-Makers: Lessons from Transition”, *Harvard International Law Journal* 42 (2001): 247, 250; Patricia J. Woods y Lisa Hilbink, “Comparative sources of judicial empowerment: Ideas and interests”, *Political Research Quarterly* 62, n.º 4 (2009): 745-752.

⁶⁴ Lisa Hilbink, “Assessing the New Constitutionalism”, *Comparative Politics* 40, n.º 2 (2008): 227-245.

activistas pueden interpretar el texto fundamental de la nación de manera liberal, alegando una comprensión superior de la constitución “verdadera”, o una “visión constitucional”. Esta visión se desarrolla como una consecuencia natural de la contestación ideológica del momento de emergencia, y proporciona al tribunal una razón para existir y una luz guía para proporcionar estructura y autoridad en un momento de emergencia.

Los tribunales constitucionales también pueden trabajar de una manera más pasiva cuando no logran desarrollar una visión constitucional ambiciosa (debido a un sentimiento de muy poca legitimidad para hacer otra cosa que no sea quedarse sentado) o están profundamente amenazados por la fuerza abrumadora de otras instituciones de Estado. Un tribunal al que no se le otorguen herramientas de revisión de las actuaciones de los demás poderes públicos; uno compuesto por figuras grises, pasivas o cautelosas, o uno sin división política, con el que pueda equilibrarse y cambiar, tendrá problemas. Aquí, el papel político de un tribunal constitucional es gestionar sus relaciones con otras ramas y garantizar que no provoque la ira de los actores políticos más poderosos. Las situaciones de una legislatura y un ejecutivo unidos, vistos con mayor frecuencia en la forma de un partido político victorioso y dominante, o una base institucional comprometida o débil sobre la que se construyó el tribunal pueden obligar a los tribunales constitucionales a apartarse de la política. Estos tribunales, aunque se involucren en el activismo en ciertas áreas de gobierno menos sensibles, no están dispuestos a ingresar verdaderamente en la arena política y establecerse como actores importantes por derecho propio.

Los tribunales constitucionales intervencionistas protegen tanto su papel institucional como su visión constitucional. Esto se logra a través de una variedad de acciones, que van desde declarar ciertos proyectos legislativos inválidos e inconstitucionales, hasta el extremo de actuar como una “tercera cámara” del parlamento⁶⁵ y estar en diálogo a nivel político con los legisladores, para intervenir directamente de un cierto lado en las disputas institucionales entre las ramas elegidas. Los tribunales constitucionales intervencionistas se pueden encontrar en el centro de los debates sobre los proyectos legislativos dentro del contexto de la emergencia, e incluso han utilizado su autoridad, derivada del orden político o alternativamente de un sentido de legitimidad popular asociado con su propia falta de vínculos con el régimen, para garantizar un resultado aceptable para el orden constitucional.

Los tribunales constitucionales, a menudo, se comportan con un alto grado de moderación en los escenarios de crisis y emergencia. Algunos están condicionados por los límites de sus capacidades de revisión u otros elementos de centralidad institucional. Otros carecen de un liderazgo decisivo y ambicioso, lo que los lleva a ceder responsabilidades y prerrogativas políticas en un esfuerzo por aferrarse a la vida. Otros se enfrentan a un poder abrumador por parte de las instituciones elegidas y

⁶⁵ También referida como “legislatura negativa”. Véase Scheppele, “Guardian of the constitution”, 1769.

no pueden arriesgarse a enfurecer a las ramas que fácilmente podrían difamar incluso los poderes formales de un tribunal constitucional. En todos los casos, muchos tribunales constitucionales se ven potencialmente empoderados por la situación de emergencia, pero son incapaces o no están dispuestos a actuar. Calculan que la pasividad es la mejor manera de garantizar sus intereses, sobrevivir y mantener los privilegios que tienen frente a los desafíos de los órganos de poder elegidos.

Conclusión

Este trabajo se ha centrado en diversos aspectos de los tribunales constitucionales en graves períodos de crisis política. Algunos otros trabajos se enfocan en la importancia (o el peligro) de la revisión judicial y su difusión en muchos entornos institucionales divergentes o en la dinámica del activismo judicial, pero la mayoría de estos centran sus argumentos en el contexto de países sólidamente democráticos. En aquellas obras que han analizado los casos de democratización o algún tipo de momento de crisis política, económica o social, no se han examinado los problemas específicos que enfrentan los tribunales en tiempos de emergencia con un alto grado de esfuerzo comparativo, y en gran parte se han limitado a estudios de casos muy bien discutidos de un solo país o de una región en específico. Este trabajo se ha enfocado específicamente en un estrecho campo de tribunales constitucionales intervencionistas, con el intento de reconocer patrones teóricos que resulten en criterios para el activismo judicial de las altas cortes en periodos de crisis.

Los estados de emergencia parecerían ser momentos en que el *statu quo*, al menos en lo que respecta a cuestiones políticas normales, se suspende. De hecho, esa idea a menudo se adopta explícitamente en algunos entornos, ya que los líderes locales hablan de suspensión de ciertas garantías en el marco de las constituciones nacionales y de los tratados internacionales de derechos humanos. No obstante, hay pocos intentos por ocultar el hecho de que las reglas básicas del juego político podrían reescribirse.

Y a la larga, ese es el caso. Pero a corto plazo pueden suceder muchas cosas, y si la influencia de un tribunal constitucional es efímera en tales entornos, el impacto de sus fallos no lo es. Los acontecimientos que marcaron los periodos de emergencia a veces desviaron momentáneamente el camino de los países cubiertos en este estudio, pero a veces también lo cambiaron radicalmente.

Los tribunales que entran en una ruptura con una posición fuerte, un liderazgo coherente y ambicioso, y un campo político lleno de aperturas pueden (según la perspectiva) guiar cuidadosamente el sistema o causar estragos. Pero el acto de hacerlo generalmente socava las condiciones que hacen posibles tales logros.

Estos argumentos no buscan llegar demasiado lejos en sus conclusiones por el hecho de ser una investigación en curso durante la emergencia sanitaria por el covid-19. El examen especial sobre la actuación de las cortes latinoamericanas durante

la emergencia sanitaria sucederá a este reporte bibliográfico como parte de una investigación más extensa que pretende elaborar conclusiones y recomendaciones contextualizadas a cada ámbito nacional. La dinámica de un tribunal constitucional intervencionista en tiempos problemáticos no necesariamente debe corresponder a tales dinámicas en tiempos de calma y certeza.

Bibliografía

- ALIANZA DE ORGANIZACIONES POR LOS DERECHOS HUMANOS. *Verdad, justicia y reparación. Informe de verificación sobre DDHH. Paro nacional y levantamiento indígena*. Quito: AODH, 2019.
- ALVARADO ALCÁZAR, Alejandro. “La criminalización de la protesta social: un estado de la cuestión”. *Revista Rupturas* 10, n.º 1 (2020): 25-43.
- BÂLI, Asli Ü. “The perils of judicial independence: Constitutional transition and the turkish example”. *Virginia Journal of International Law* 52 (2012): 235, 320.
- BELGE, Ceren. “Friends of the court: The republican alliance and selective activism of the Constitutional Court of Turkey”. *Law & Society Review* 40, n.º 3 (2006): 653-692.
- BERAT, Lynn. “The Constitutional Court of South Africa and jurisdictional questions: In the interest of justice”. *International Journal of Constitutional Law* 3, (2005): 39-76.
- BOND, Jonathan. “Concerning constitutional courts in central and eastern Europe”. *International Public Policy Review* 2, n.º 2 (2006): 25-87.
- BUGARIC, Bojan. “Courts as policy-makers: Lessons from transition”. *Harvard International Law Journal* 42, (2001).
- CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. “Judicial activism in a violent context: The origin, role, and impact of the colombian Constitutional Court”. *Washington University Global Studies Law Review*, n.º 3 (2004): 539-668.
- CHEMERINSKY, Erwin. “Parity reconsidered: Defining a role for the federal judiciary”. *UCLA Law Review* 36, (1988-1989): 233-328.
- DAVIS, Michael H. “A government of judges: An historical re-view”. *American Journal of Comparative Law* 35, n.º 3 (1987): 559-580.
- ENGEL, Stephen M. “Constructing courts: Judicial institutional change embedded in larger political dynamics”. *Tulsa Law Review* 49, n.º 2 (2013): 291-303.
- EPSTEIN, Lee, Jack KNIGHT y Olga SHEVTSOVA. “The role of constitutional courts in the establishment and maintenance of democratic systems of government”. *Law & Society Review* 35, n.º 1 (2001): 117-164.
- EPSTEIN, Lee, Thomas G. WALKER y William J. DIXON. “The supreme court and criminal justice disputes: A neo-institutional perspective”. *American Journal of Political Science* 33, n.º 4 (1989): 825-841.

- FALLON, Richard H. Jr. "Judicial legitimacy and the unwritten constitution: A comment on Miranda and Dickerson". *New York Law School Law Review* 45, (2001-2002): 119-136.
- FEREJOHN, John. "Independent judges, dependent judiciary: Explaining judicial independence". *Southern California Law Review* 72, (1998-1999).
- GIBSON, James L. y Gregory A. CALDEIRA. "Defenders of democracy? Legitimacy, popular acceptance, and the South African Constitutional Court". *Journal of Politics* 65, n.º 1 (2013): 1-30.
- GINSBURG, Tom. "Governing without judges: The politics of the Constitutional Court in Serbia". *International Journal of Constitutional Law* 12, n.º 4 (2014): 954-979.
- GLENNON, Michael J. "Protecting the court's institutional interests: Why not the Marbury approach?". *American Journal of International Law* 81, n.º 1 (1987): 121-129.
- GOLDBLATT, Beth. "Same-sex marriage in South Africa: The Constitutional Court's judgement". *Feminist Legal Studies* 14, (2006): 261-270.
- HÄBERLE, Peter. "El tribunal constitucional como poder político". *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), n.º 125 (2004): 9-38.
- HAZAMA, Yasushi. "Constitutional review and the parliamentary opposition in Turkey". *Development Economics* 34, n.º 3 (1996): 316-338.
- HENDLEY, Kathryn. "Remaking an institution: The transition in Russia from State Arbitrazh to Arbitrazh Courts". *American Journal of Comparative Law* 46, n.º 1 (1998): 93-127.
- HILBINK, Lisa. "Assessing the new constitutionalism". *Comparative Politics* 40, n.º 2 (2008): 227-245.
- HILBINK, Lisa. *Judges beyond politics in democracy and dictatorship: Lessons from Chile*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- HUNTINGTON, Samuel. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*. Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1993.
- HUYSE, Luc. "Justice after transition: On the choices successor elites make in dealing with the past". *Law and Social Inquiry* 20, n.º 1 (1995): 51-78.
- ISSACHAROFF, Samuel. "Constitutionalizing democracy in fractured societies". *Texas Law Review* 82, (2003).
- ISSACHAROFF, Samuel. "The democratic risk to democratic transitions". N.Y.U. Public Law and Legal Theory Working Papers (2013). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2324861.
- KLINGSBERG, Ethan. "Judicial review and Hungary's transition from communism to democracy: The Constitutional Court, the continuity of law, and the redefinition of property rights". *BYU Law Review* 1 (1992).
- KMIEC, Keenan D. "The origin and current meanings of 'judicial activism'". *California Law Review* 92, n.º 5 (2004).

- KURU, Ahmet y Alfred STEPAN. *Democracy, Islam, and Secularism in Turkey*. New York: Columbia University Press, 2014.
- LIZARASO CAPARÓ, Frank y José Carlos del Carmen SARA. “Coronavirus y las amenazas a la salud mundial”. *Horizonte Médico* 20, n.º 1 (2020).
- LÓPEZ, Miguel A. “Garantías en los estados de emergencia”. *Foro UASB-EC*, n.º 13 (2010): 77-96.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre la Misión a Chile*. Santiago: Acnudh, 2019.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE POLICÍA CRIMINAL (INTERPOL). *Pandemia de covid-19. Directrices para las fuerzas del orden*. Lyon: Interpol, 2020.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). *Actualización de la estrategia frente a la covid-19*. Ginebra: OMS, 2020.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). Covid-19: cronología de la actuación de la OMS. Ginebra: OMS, 2020. <https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD Y ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS/OPS). *Actualización epidemiológica: nuevo coronavirus (covid-19)*. Washington D.C.: OPS/OMS, 2020.
- ÖZBUDUN, Ergun. “Political origins of the turkish Constitutional Court and the problem of democratic legitimacy”. *European Public Law* 12, (2006): 213-223.
- PACZOLAY, Peter. “Constitutional transition and legal continuity”. *Connecticut Journal of International Law* 8 (1992).
- PARDO, Daniel. *Paro nacional en Colombia: 3 factores inéditos que hicieron del 21 de noviembre un día histórico*. Bogotá: BBC News Mundo, 2019.
- PROGRAMA CONJUNTO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL VIH/SIDA (ONUSIDA). *Los derechos humanos en tiempos de covid-19*. Ginebra: Onusida, 2020.
- ROOSEVELT, Kermit. *The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions*. New Haven: Yale University Press, 2006.
- ROSENBERG, Gerald N. “Judicial Independence and the Reality of Political Power”. *Review of Politics* 54, n.º 3 (edición especial de derecho público) (1992): 369-398.
- ROUX, Theunis. “Pragmatism in the Constitutional Court of South Africa”. *International Journal of Constitutional Law* 7, n.º 1 (2009).
- RUDOVSKY, David. “The qualified immunity doctrine in the Supreme Court: Judicial activism and the restriction of constitutional rights”. *University of Pennsylvania Law Review* 138, n.º 1 (1989): 23-82.
- SAJÓ, András. “Reading the invisible Constitution: Judicial review in Hungary”. *Oxford Journal of Legal Studies* 15, n.º 2 (1995).
- SARKIN, Jeremy. “The drafting of South Africa’s Final Constitution from a human-rights perspective”. *American Journal of Comparative Law* 47, n.º 1 (1999): 67, 72.
- SCHEPPELE, Kim Lane. “Constitutional negotiations: Political contexts of judicial activism in post-soviet Europe”. *INT’L SOC* 18, (2003).

- SCHEPPELE, Kim Lane. "Guardian of the constitution: Constitutional court presidents and the struggle for the rule of law in post-soviet Europe". *University of Pennsylvania Law Review* 154, (2006).
- SÓLYOM, László y Georg BRUNNER. *Constitutional Judiciary in a New Democracy: The Hungarian Constitutional Court*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2000.
- WALDRON, Jeremy. "Judicial review and the conditions of democracy". *Journal of Political Philosophy* 6, n.º 4 (1998): 335-355.
- WALDRON, Jeremy. "The core of the case against judicial review". *Yale Law Journal* 115, n.º 6 (2006): 1346-1407.
- WOODS, Patricia J. y Lisa HILBINK. "Comparative sources of judicial empowerment: Ideas and interests". *POL. RES. Q.* 62, n.º 4 (2009): 745-752.

Normas jurídicas y jurisprudencia

- CONSTITUTIONAL COURT OF THE RUSSIAN FEDERATION. Decreto de 23 de marzo de 1993. Sobre el cumplimiento de la Constitución de la Federación Rusa y las decisiones del presidente de la Federación Rusa B. N. Yeltsin, en relación con la percepción de los ciudadanos de Rusia del 20 de marzo de 1993. http://old.nasledie.ru//oboz/No9_93/9_02.HTM.
- CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. Fourie and Another v. Minister of Home Affairs and Another (CCT25/03) [2003] Z.A.C.C. 11.
- CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others (No. 2) (CCT8/02) [2002] Z.A.C.C. 15.
- CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. S. v. Makwanyane y otros (CCT3/94) [1995] Z.A.C.C. 3.
- CONSTITUTIONAL COURT OF TURKEY. Decisión E. 2007/45, K. 2007/54, 5 de enero de 2007, *Resmi Gazete* 26565. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/06/20070627-17.htm>.
- CONSTITUTIONAL COURT OF TURKEY. Decisión E. 2008/16, K. 2008/116, 22 de junio de 2008, *Resmi Gazete* 27032. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/10/20081022-15.htm>.
- CONSTITUTIONAL COURT OF THE RSFSR. Decreto de 13 de marzo de 1992, *Statutes & Decisions: The Laws of the USSR and its Successor States* 30, n.º 3 (mayo-junio de 1994): 32-44.