

CORTES SUPRANACIONALES DE JUSTICIA Y ACTIVISMO JUDICIAL*

GINO SCACCIA

Catedrático de Constitucional

Universidad de Teramo

Libera Università Internazionale degli Studi Sociali. Roma

SUMARIO

I. Prólogo: Cortes Supranacionales como factores de neutralización y despoltización. II. *Activismo judicial*. ¿Una definición vaga o completamente vacía? III. Las razones básicas del activismo judicial en los tribunales supranacionales

I. PRÓLOGO: CORTES SUPRANACIONALES COMO FACTORES DE NEUTRALIZACIÓN Y DESPOLTIZACIÓN

Aunque referidas a un ámbito completamente diferente, algunas famosas palabras del libro de Carl Schmitt *Begriff des Politischen* resultan idóneas para describir la parábola de más de sesenta años de la protección de derechos fundamentales en Europa. Permítanme en consecuencia citar estas frases *in extenso*: La humanidad europea migra constantemente de un escenario de conflicto a un campo neutral, y aquel campo neutral, en cuanto se alcanza y conquista, es inmediatamente convertido una vez más en un campo de batalla, con lo cual resulta necesario buscar nuevos escenarios neutrales y estables. Durante el siglo XX, Europa creó e implementó la forma institucional más calificada de neutralización de la lucha política y de la moderación del principio mayoritario mediante el control jurisdiccional de la constitución. La revisión de la legitimidad constitucional de la legislación constituye el instrumento para limitar el principio de las mayorías y expresa la *ratio* subyacente de la consagración de derechos fundamentales en los textos constitucionales, una garantía que no se somete a las directrices políticas de los puros textos legislativos, sino que pertenece a un contexto protegido

*Traducido por Marcelo Lozada Gomez.

por la técnica jurídica y al menos parcialmente interpretado y esclarecido por la jurisprudencia, y no políticamente¹.

Después de la promulgación y desarrollo de las cartas e instrumentos internacionales encaminados a proteger los derechos humanos, se establecieron altos centros de referencia de esta neutralización política, primero de forma endeble y luego profusamente, no solo al nivel de las Cortes Constitucionales pero probablemente de forma más importante al nivel de las cortes supranacionales de derechos: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH). Así como las Cortes Constitucionales nacionales han sido consideradas órganos de moderación y armonización del principio mayoritario, al devolver la razón práctica a la razón política, las cortes del orden europeo y supranacional han llevado la aspiración de neutralidad a un nivel más alto. De hecho, estos tribunales cumplen el rol de limitar la soberanía nacional en nombre del orden público europeo de protección de los derechos fundamentales que es considerado superior a la soberanía popular ordinaria. En otras palabras, podríamos afirmar de forma resumida que mientras las cortes nacionales protegen libertad frente a eventuales «democracias totalitarias»², los tribunales supranacionales protegen aquellas libertades frente al mismo uso arbitrario de la «*Raison d'État*». Definidas de esta forma, el TJUE y el TEDH anticipan la kantiana utopía cosmopolita de la paz estable y duradera en la jurisdicción de protección de las libertades, que se propaga dentro del área geográfica intercontinental. Así, estos tribunales reclaman el poder para definir por igual para todos los Estados los requisitos fundamentales del *Rechtsstaatlichkeit* (Estado de Derecho), o como se expresa propiamente en la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo, las condiciones básicas de una «*sociedad democrática*». En este sentido, la *jurisdicción*³ del TJUE y el TEDH no dan lugar simplemente al surgimiento de un tipo de jurisprudencia constitucional de mayor nivel, diferente de la jurisprudencia nacional tan solo por cuanto la medida adoptada que constituye una violación de derechos humanos es implementada en un contexto nacional y supranacional. Por el contrario, existen varios elementos cualitativos que diferencian a estos tribunales de la jurisprudencia constitucional nacional: estilos

1 En G. SCACCIA, *Fundamental law and Rights in art. 117 of the Constitution*, en *Quad. cost.*, n.3/2003, pp. 540 y ss creemos que es posible afirmar que el balance entre la determinación política de los derechos fundamentales y su cumplimiento judicial, y de forma notable la «regulación jurisdiccional» entre el legislador y la corte constitucional depende de la obligación de garantizar contenidos mínimos por vía legal, que limita la libre apreciación política y selección de intereses por cuanto impone un límite absoluto a los balances legislativos. Además, define los límites del ámbito de valoración de los jueces, de forma que no puede separar la función de interpretación y desarrollo de los derechos de la libre determinación de los procedimientos políticos, sino en la medida en que resulte esencial para preservar el núcleo fundamental de las libertades constitucionalmente protegidas.

2 Citando a J.L. TALMON, *The origins of Totalitarian Democracy*, Praeger, 1965.

3 En el significado de *jurisdicción*, expuesto por C. MCILWAIN, *Constitutionalism Ancient and Modern*, Ithaca, NY: Cornell University Press, 1947.

diferentes de discusión, herramientas diferentes de adjudicación; diferentes relaciones entre actores políticos, y todos estos elementos permiten que los tribunales europeos gocen de un poder discrecional más amplio a la hora de interpretar en comparación con el poder otorgado a los tribunales nacionales. En otras palabras: estas condiciones fomentan el *activismo judicial*.

En las páginas siguientes, analizaré algunas de las razones subyacentes a esta tendencia estructural de los tribunales europeos hacia el activismo, y expondré la teoría de que a la luz del contexto institucional europeo, parece que no existen las condiciones ni los incentivos institucionales para alcanzar un balance razonable entre la dimensión política-histórica y la judicial-interpretativa de los derechos fundamentales. Sin embargo, antes de profundizar en esta discusión resulta necesario traer a colación la definición de activismo judicial con base en el consenso científico.

II. ACTIVISMO JUDICIAL. ¿UNA DEFINICIÓN VAGA O COMPLETAMENTE VACÍA?

La mayoría de las veces nos referimos al activismo judicial en sentido negativo, por cuanto lo representamos como una patología en comparación con la «ordinaria» deferencia de los tribunales hacia las decisiones tomadas a partir del proceso político deliberativo. El autocontrol judicial es tomado como la regla que se deriva lógicamente del principio de separación de poderes y que, al mismo tiempo, surge de la necesidad de proveer estabilidad mediante el cumplimiento estricto de las decisiones políticas. El activismo es en cambio una excepción que se define como una violación de la regla, una desviación de la misma⁴. Tiene una connotación negativa porque se relaciona con el protagonismo de la judicatura, la interferencia

⁴ Existen muchos intentos ingeniosos por clasificar el activismo mediante una definición independiente, que no es obtenida por una mera antífrasis en comparación con la *modestia judicial*. Uno de los intentos más notables se encuentra en B. C. CANON, *A Framework for the Analysis of Judicial Activism*, en S.C. HALPERN - C.M. LAMB (Eds), *Supreme Court Activism and Restraint*, Lexington Books, MA, 1982, pp. 385 y ss, conforme al cual es posible apreciar un carácter menos activista en la intervención judicial con base en la red de reconocimiento. Las dimensiones particulares del activismo son seis: mayorías, estabilidad interpretativa, fidelidad interpretativa, distinción de los procesos democráticos sustantivos, especificidad de la política, y disponibilidad de un tomador de decisión alternativo.

Sobre el activismo judicial en general y las posibilidades de su definición: S. A. LINDQUIST - F.B. CROSS, *Measuring judicial activism*, Oxford University Press, 2009. La historia del término puede encontrarse en A. SCHLESINGER JR, quien lo usó en 1947 en la revista *Fortune*, en C. GREEN, *An Intellectual History of Judicial Activism*, 58 *Emory L.J.* 1195, 2009, pp. 1200 y ss ; Vv. AA, *One hundred years of Judicial Review: The Thayer Centennial Symposium*, *Northwestern University Law Review* 88, vol.1, 1993; M. LEWANS, *Pragmatism and Judicial Restraint*, en *Athens Journal of Law*, vol.1, 2015, pp. 9 y ss. Escéptico sobre la posibilidad de brindar una definición científica plausible del activismo judicial es F.H. EASTERBROOK, *Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?*, en *Journal Articles*, University of Chicago Law School, 2002, p. 1401, de acuerdo con él: «The term «activism» is empty, a mask for a substantive position. (...) Everyone wants to appropriate and apply the word so that his favoured approach is sound and its opposite «activist»».

de los jueces con las decisiones de los tomadores de decisión política, o en todo caso el deterioro de la relación entre la interpretación textual por la consecuente creatividad jurisprudencial que es percibida como un peligro para la seguridad jurídica. En conclusión, no resulta sorprendente que el *activismo* se identifique principalmente como la antítesis del *autocontrol* o *moderación judicial*. En este sentido resulta ejemplificante la posición de Richard Posner, quien define el activismo judicial como el rechazo de la *moderación constitucional*, en otras palabras, ese tipo de autocontrol que los jueces deben demostrar y que los hace bastante reticentes a declarar la inconstitucionalidad de acciones del ejecutivo y legislativo nacionales⁵. Esta renuencia a invalidar las acciones del ejecutivo o legislativo puede reconducirse a nociones de deferencia de los tribunales, o modestia judicial, como ha sido definida en el debate científico en el contexto anglosajón.

En su definición general, la deferencia ha sido descrita de forma adecuada como una situación en la que el órgano que toma la decisión «A» debe decidir el caso «C», no basado de forma exclusiva en su propia valoración independiente, sino haciendo uso de la decisión que otro órgano «B» ha tomado en relación con el mismo asunto, y tratando esta decisión como una fuente de autoridad a tener en cuenta en su decisión⁶.

Referida a la actividad de los tribunales supremos o constitucionales en particular, quienes por su posición institucional no están vinculados o influidos en su «valoración independiente» por las decisiones de los órganos políticos, la deferencia puede definirse de forma más precisa como el grado de «margen» o «libertad» que los tribunales otorgan a las decisiones gubernamentales cuando algunos derechos o intereses constitucionales están en juego⁷. En este caso, la deferencia parece utili-

5 R. A. POSNER, *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*, in *Cal. Law Review*, 533, p. 54.

6 Così B.FOLEY, *Deference and the Presumption of Constitutionality*, Inst. of Public Admin., Dublin, 2008, p. 4; Cfr. A. L.YOUNG, *Deference, Dialogue and the search for Legitimacy*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 4/2010, p. 817.

7 En V. A. MACDONNELL, *The constitution as framework for governance*, en *Un. Toronto Law Review*, 2013, p. 643. R. ALEXYS, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2010, pp. 395-397, relaciona tres tipos distintos de discrecionalidad y —de forma simétrica— de deferencia: discreción en la definición de los objetivos, herramientas y balance. Un esquema que se puede identificar en la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán que inspiró al mismo tiempo la posición de otras cortes en Europa y en el mundo (por ejemplo la Corte Suprema de Canadá). El BVerfG que expone su línea de pensamiento en las primeras dos decisiones sobre la terminación voluntaria del embarazo se inspira en una actitud «conciliadora» y deferente no solo respecto de la determinación del objetivo perseguido y los instrumentos adecuados para el logro de estos objetivos, sino que hace frente a la determinación del balance, sin adentrarse en la determinación de la mejor forma de balancear los intereses opuestos en la materia, sino limitándose a denunciar y claramente castigar los balances irrazonables que cortarían completamente uno de los elementos de la relación dialéctica. Una actitud similar puede encontrarse en la jurisprudencia constitucional italiana, donde existe una posición conforme a la cual es función del legislador identificar el balance justo, y la corte puede castigarlo tan solo cuando la razón prevalente fijada vulnera el mínimo de protección garantizado a uno de los extremos de la relación.

El principio del fallo n.85/2013 es bastante esclarecedor en este sentido: «*The balance, in that is dynamic and not previously fixed, has to be evaluated —by the legislator ruling the law, and the Const. Court during the review— according to proportionality and reasonableness criteria, not endanger the essential core.*» Los elementos de deferencia

zarse para realizar una valoración de las decisiones políticas de los órganos representativos con base en dos posibles fundamentos. La deferencia puede encontrarse en una valoración de pronóstico sobre los resultados («a causa de los resultados») cuando el órgano judicial reconoce al legislador la facultad de definir un resultado moralmente «más justo», es decir para realizar una mejor ponderación de los diferentes intereses en juego, especialmente cuando existe un fuerte conflicto teórico como antecedente de la decisión judicial. Pero la deferencia también puede utilizarse «a causa del proceso», cuando se deriva de la premisa de que la mayor legitimidad democrática del proceso deliberativo requiere el mayor respeto posible de las decisiones políticas cuando se relacionan con la definición de derechos constitucionalmente protegidos de aplicación controversial⁸.

A la luz de lo expuesto hasta ahora, resulta claro entonces que la deferencia, así como también el *activismo judicial* están intrínsecamente relacionados con el margen de maniobra reconocido al legislador en uso de sus prerrogativas como órgano de representación. Estas prerrogativas gozan del mayor alcance cuando recurrimos a las teorías de aquellos que reclaman que las decisiones legislativas deben protegerse frente a la inconstitucionalidad a menos que la ilegitimidad de la medida sea evidente más allá de cualquier duda razonable, o determinable por cualquier persona razonable. Por el contrario, estas prerrogativas se encuentran estrictamente restringidas si aceptamos que las decisiones legislativas pueden ser anuladas no solo por razones de constitucionalidad evidente o *ictu oculi* tras un examen superficial, sino también en cualquier caso cuando se compruebe que la ley de alguna manera está desprovista de coherencia interna a nivel sistémico y por lo tanto carece de consistencia y proporcionalidad respecto de los fines perseguidos por la norma, con independencia de un conflicto específico con algún precepto constitucional.

La postura conforme a la cual una ley debe ser invalidada tan solo cuando ninguna persona razonable reconocería su legitimidad constitucional —la cual encuentra su más antigua tradición en la doctrina Thayeriana de la *razonabilidad*⁹— podría explicar la adopción de normas escritas o tácitas de mayorías ultra cualificadas para la adopción de ciertas decisiones por parte de los tribunales constitucionales.

son «delegación de balance», esto se refiere a fallos —típicamente fallos aditivos— mediante los cuales, contando con el criterio abstracto prefijado para resolver las disputas entre intereses constitucionales en conflicto, la corte constitucional confía a los jueces ordinarios o la administración misma la posibilidad de definir en cada caso concreto el balance adecuado (en este sentido R. BIN, *Giudizio «in astratto» e delega di bilanciamento «in concreto»*, en *Giur.cost.*, 1992, pp. 3574 y ss; y G. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, en *Giur.cost.*, 1998, pp. 3969-3972).

8 Cfr. A. L. YOUNG, *Deference, Dialogue and the Search for Legitimacy*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 30, No. 4, 2010, p. 834, donde afirma: «When deferring on grounds of outcome, courts defer because they conclude that the legislature is more able to reach the right conclusion as to whether legislation is compatible with human rights than the courts. When deferring on grounds of process, courts defer as they believe that the legislature uses a more legitimate process to determine the compatibility of legislation with human rights when it is difficult or impossible to determine the right outcome».

9 J. B. THAYER, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 Harv. Law Review 129, 144, p. 1893, precursor de las doctrinas de auto moderación.

De hecho, si permitimos la declaratoria de inconstitucionalidad tan solo frente a aquellas normas cuyos vicios son de reconocimiento común y general, entonces solo esas leyes así valoradas pueden ser declaradas nulas por una mayoría ultra calificada, por razones de coherencia.

En este sentido, la exigencia de una mayoría de dos tercios o incluso la unanimidad haría que la invalidación de las leyes sea más difícil, garantizando un mayor nivel de respeto de la voluntad legislativa.

Sin embargo, existe una forma de deferencia más sutil, que no tiene en cuenta el límite más allá del cual procede la declaratoria de inconstitucionalidad, sino que se relaciona con la naturaleza e intensidad de los tests utilizados por los jueces en sus decisiones, resaltando así la discreción del legislador democrático en las distintas áreas de intervención en la política pública. Por lo tanto, el grado de deferencia varía dependiendo de los límites establecidos a las decisiones políticas de carácter legislativo, de conformidad con el marco constitucional de referencia.

Si tomamos el ejemplo de la constitución italiana, por ejemplo, la discreción es muy amplia en relación con las decisiones de política criminal, por cuanto es deber del parlamento identificar aquellas conductas punibles, así como determinar las penas relevantes que resultan aplicables¹⁰. Pero este margen es mínimo en relación con las formas de estos procedimientos penales, en virtud de la naturaleza vinculante del estricto principio de legalidad previsto en el artículo 25 párrafo segundo de la constitución italiana¹¹. Lo mismo ocurre con las *distinciones sospechosas*, que son aquellas relacionadas con los «siete parámetros» explícitamente previstos en el primer párrafo del artículo 3 de la constitución (sexo, raza, lengua, religión, opinión política, condiciones sociales o personales). En términos de las prohibiciones explícitamente contenidas en la carta constitucional, resulta necesario un análisis profundo de los casos sospechosos de violar o separarse de las *calidades* enlistadas en la constitución para efectos de la diferenciación legislativa¹².

En estos casos, así como en caso de limitación retroactiva de derechos fundamentales, la discreción legislativa es limitada al punto que las decisiones del legislador gozan de una suerte de prejuicio negativo, que impone una mayor carga de justificación de la *ratio legis*¹³. En aras de justificar una limitación de los

10 Recientemente los fallos de la Corte Constitucional n.º. 33/2018; 127 y 215/2017; 5/2014.

11 Una apreciación en la cual la Corte Constitucional ha insistido —al definir los límites contra la primacía del derecho de la Unión Europea— en el caso «Taricco», originado por un conflicto de interpretación que surgió por el fallo del TJUE de septiembre 8 de 2015, en el expediente C-105/14. De hecho, la solicitud de un fallo interpretativo preliminar presentada por la Corte Constitucional (decisión n. 24 de 2017) trajo consigo una modificación de las indicaciones del TJUE de Luxemburgo (TJUE fallo de diciembre 5 de 2017, expediente C-42/17), que fue reconocido por la Corte Constitucional en la decisión n. 115 de 2018.

12 El mero control de constitucionalidad de las leyes «imposes a degree of general reason usually higher than the one which rely on the lack of arbitrariness» (Corte Constitucional fallo n. 173/2016).

13 Entre los muchos fallos en la materia ver por ejemplo el fallo de la Corte Constitucional n. 80/2010, en el que se afirma que el poder discrecional del legislador para determinar las medidas para proteger a las personas con discapacidad «no es absoluta» y lo somete a un límite absoluto en el respeto incondicional de las garantías nucleares de las personas involucradas (por ejemplo, los fallos n 251/2008 y 226/2000).

derechos que se ubican en la cima de la protección constitucional por su relación inherente con la dignidad humana, resulta necesario demostrar una clara relación de instrumentalidad estricta y proporcionalidad en comparación con otros intereses constitucionales relevantes¹⁴.

La profundidad y dureza del control constitucional también pueden variar dependiendo del tipo de violación de derechos fundamentales que se discuta en cada caso particular. En los casos en que se discuta la posibilidad de detener la violación de una posición subjetiva protegida frente a un comportamiento invasivo, por lo cual los derechos de libertad negativa frente al poder público se encuentren en juego (*Abwehrrechte*)¹⁵, el control constitucional debe ser estricto y riguroso. Por el contrario, el control no puede ser más que suave y menos inflexible cuando lo que está en juego es el cumplimiento de una obligación de protección de las autoridades públicas, una obligación consistente en establecer instituciones estatales de carácter instrumental o en la prestación de servicios públicos. Mientras la conjuración de una actuación violatoria de derechos fundamentales no implica la consecución de una política de alto impacto, la aplicación y protección de *derechos afirmativos* por el legislador conlleva inevitablemente la elección de las diferentes formas de implementación de este objetivo, siendo así una decisión discrecional que no debe ser tomada por los tribunales.

En pocas palabras, podemos recurrir a las palabras del *Bundesverfassungsgericht* alemán para afirmar que la deferencia es baja en relación con el castigo de un exceso del poder gubernamental (*Ubermaßverbot*), pero debe ser alta y dar lugar a un control constitucional *ultra deferencial* cuando el tribunal se enfrenta a la posibilidad de imponer una restricción positiva a la acción del legislador en aras de garantizar un mínimo nivel de protección de derechos (*Untermaßverbot*)¹⁶.

14 Fallo de la Corte Constitucional n. 67/2017 en el que la corte confirmó —en conjunto con el fallo n. 42/2017— «*the importance of the language as 'individual and collective identity element', vehicle of culture dissemination and expression of the relational dimension of human personality*», y declaró la legitimidad constitucional de una ley regional que al regular las áreas municipales de preparación de propiedades dedicadas a la construcción de instalaciones públicas dedicadas a servicios religiosos, estableció que el reclamante firmaría un acuerdo con el municipio para fijar «*the commitment to use the Italian language for all the activities carried out in the common public facilities for religious services, not being strictly related to religious rituals*». Esta modalidad —afirmó la corte— «*is intended to fix large limitations to fundamental individual rights of constitutional rank, in the absence of a clear relationship of strict instrumentality and proportionality compared to other constitutional relevant interests, included in the scope of regional competences*».

15 Teorías tradicionales que entienden las libertades como meras posiciones judiciales en contra del poder del gobierno (*Abwehrrechte*) han sido acompañadas por teorías *Grundrechte* como reglas de referencia que deben ser leídas mediante un método científico-espiritual, dentro de la constitución de los derechos entendida como una clasificación material de valores. En este punto me remito a G.SCACCIA *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, en *Anuario di diritto tedesco*, 2002, pp. 418 y ss.

16 El *Bundesverfassungsgericht* alemán examinó el *Untermaßverbot* en su fallo sobre la interrupción voluntaria del embarazo de mayo 28 de 1993 (*BVerfGE* 88, 203, 254). Este importante fallo ha determinado que el nivel de protección garantizado a un derecho es deber del legislador, quien no puede entonces establecer «*ineffective guarantee of human rights, nor can be provide inadequate, undersized measures (Untermaß) compared to the public purposes to be achieved*». Y continúa: «*taking into account the conflicting juridical assets (...) the actions taken*

Finalmente, también debemos considerar la forma en que el *control deferente* puede también variar a lo largo del tiempo. Tomemos como ejemplo el control de constitucionalidad respecto de la idoneidad de una determinada medida legislativa para alcanzar el objetivo que persigue. Este tipo de control se caracteriza regularmente por un alto nivel de respeto por las valoraciones legislativas. Sin embargo, este grado inicial de deferencia se desvanece con el tiempo si el medio escogido por el legislador demuestra ser inadecuado para alcanzar el objetivo en mención a la luz de un examen de proporcionalidad. Pero el enfoque de los tribunales también puede variar con el tiempo, en caso de regulaciones transitorias encaminadas a facilitar el paso de un régimen regulatorio a otro. En este caso las desviaciones temporales de la ortodoxia constitucional (si resultan necesarias para el cumplimiento de otros intereses públicos), son generalmente tolerados por razón de su naturaleza provisional, pero dejan de ser tolerados si su estatus pasa a ser permanente, al convertirse en práctica regular¹⁷.

Activismo judicial y proceso político

Con independencia de las distintas definiciones de *autocontrol judicial* (*self-restraint*), la preocupación de proteger el ámbito de actividad y decisión del legislador democrático es defendida por todos los contradictores del activismo judicial (*anti activistas*), y de manera más general por los tomadores de decisiones políticas —quienes podrían estar bajo protección, relevados de su responsabilidad o «rebajados»¹⁸ por algunos tribunales siendo elegidos intérpretes de la moralidad pública. Esta aspiración constitucional ha inspirado dos líneas distintas de análisis e investigación.

La primera de ellas relaciona el activismo con la posición judicial en relación con la forma de gobierno y el principio de separación de poderes. En este sentido,

by the legislator have to be sufficient for an adequate and effective protection and moreover be based on accurate studies of the facts and very thought out assessment».

17 El sacrificio de los deberes legislativos en la definición de los derechos fundamentales puede justificarse fácilmente cuando tiene una naturaleza temporal, siempre que globalmente sea razonable y proporcional. Este principio está claramente determinado en relación con las limitaciones de derechos «adquiridos» o «conferidos» (como las pensiones) mediante distintos modelos de «contribuciones solidarias». En aras de pasar positivamente el control constitucional «estricto», este tipo de contribuciones deben ser «temporales, extraordinarias y limitadas en el tiempo», *una tantum*, en el sentido en que no pueden ser recurrentes ni convertirse en un mecanismo de financiación del sistema de seguridad social (Fallo de la Corte Constitucional n. 173 de 2016, al igual que fallos n. 70 de 2015 y 116 de 2013). Incluso fuera del contexto de derechos fundamentales, y en particular en lo relativo a la relación entre el Estado central y las autoridades locales, las restricciones transicionales de los gastos regionales en general no son considerados peligrosos para la autonomía financiera regional siempre que mantengan la autonomía regional en relación con el cumplimiento de los objetivos previstos (Fallo de la Corte Constitucional n. 36 de 2004 y 77 de 2015).

18 Ver R.A. POSNER, *The rise and Fall*, op. cit., p. 535, un comentario a la posición de J. B. THAYER, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 Harv. L. Rev. 129, p. 144, 1893, precursor de las teorías de auto moderación judicial.

se considera activista a un tribunal que va más allá de los límites sistemáticos impuestos al poder judicial e interviene en la esfera de decisión política reconocida al legislador democrático.

La segunda línea considera una muestra de *activismo judicial* cualquier ejercicio de hermenéutica jurídica que involucra gran creatividad de los jueces. En este sentido, se clasifican como activistas aquellos jueces que no adoptan criterios estrictos de interpretación de los textos legislativos, en el sentido específico que:

a) El tribunal no se limita a la reconstrucción del sentido legislativo tan solo cuando es fundamental para la resolución del caso, sino que adelanta una reconstrucción más general de estos elementos innecesarios para la resolución del caso (de esta forma incorporando abundantes *obiter* y en uso de los tratados y la jurisprudencia).

b) Define los contenidos legales de forma más innovadora y original en comparación con las interpretaciones prevalentes.

c) No se ubica en la perspectiva del legislador (resaltando los trabajos preparatorios de la ley e investigando la voluntad histórica del legislador) para esclarecer las dudas interpretativas que resultan de la lectura del texto, con lo cual no considera la forma en que el legislador habría esclarecido estas dudas si se las hubieran puesto de presente.

La primera orientación teórica reconoce la inevitable naturaleza política de las cortes constitucionales y mide el límite de sus actuaciones en relación con otros actores políticos que compiten con los tribunales para incrementar sus cuotas de influencia. De esta forma plantea el debate sobre justicia y proceso constitucional dentro del marco de la forma de gobierno y las restricciones necesarias, de conformidad con una línea de pensamiento que encuentra una de sus máximas expresiones en el texto de Alexander Bickel *The Least Dangerous Branch*, que en Italia ha influenciado todo el debate teórico del gran jurista y maestro que hoy recordamos¹⁹. Desde esta perspectiva, la *auto restricción judicial* se convierte en una herramienta de estrategia político-institucional: el enfoque necesario para evitar que los tribunales entren en conflicto con el gobierno y el parlamento, desencadenando su reacción «castigadora». El punto de quienes defienden la restricción es uno de cambios graduales y regulares, que —dentro de los períodos prolongados típicos de la justicia constitucional— tiene mejores desempeños en la lógica activista conflictiva por cuanto permite al proceso político reconocer los cambios impuestos por los tribunales sin tonalidades iconoclastas, sino mediante un lento y continuo progreso.

La segunda cara de la investigación teórica sobre *activismo judicial* tiene lugar al nivel de las teorías sobre la interpretación jurídica, las cuales están dirigidas a

19 C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Printer La Veneziana, Roma, 1984, ahora en la versión de nueva impresión editada por F. MODUGNO, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Editoriale Scientifica, Naples, 2014.

reducir la brecha de decisión discrecional, y en este sentido la «naturaleza política» de las decisiones, consideradas un sinónimo de la creatividad. Estas propuestas teóricas no se concentran en el rol de los tribunales como actores políticos, sino que intentan limitar su naturaleza política mediante un decálogo de reglas hermenéuticas, las cuales, al garantizar fidelidad al texto legislativo, se encuentran en línea con la auto restricción judicial.

En el primer caso el rechazo del activismo proviene del balance político entre las oportunidades de intervención y el rol de los tribunales en cada caso, midiendo de forma precisa el ámbito del juicio al adelantar una investigación sobre las limitaciones que se derivan de la forma de gobierno²⁰. En el segundo caso, la propuesta realiza un esfuerzo por cortar la conexión entre el activismo judicial y su raíz, al identificar las causas del activismo en la creatividad interpretativa, promoviendo así la existencia de reglas estrictas de hermenéutica de los textos legislativos²¹.

Para los defensores de la primera solución, el juez constitucional preserva su legitimidad y posición de balance dentro del sistema de distribución del poder público en virtud de su cautela política; para los otros, el juez encuentra la legitimidad de su rol en su compromiso leal con criterios de interpretación orientados hacia el positivismo moderado²².

La primera posición prefiere la implementación de procedimientos de juicio y técnicas flexibles de decisión, no tan estrictas como el balance y control de razonabilidad y proporcionalidad; hace énfasis en «las virtudes pasivas» que permiten la selección de los casos, niegan jurisdicción, y de forma más general reducen el potencial de interferencia de la decisión judicial en los ámbitos de discrecionalidad del legislador²³.

20 Una «*topografía conflictual*» preliminar (como fue definida por R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 62 y ss) es adelantada en esta fase, actuando como una premisa para la implementación de reglas procedimentales y sustantivas (como lo enseña C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze come questione di diritto costituzionale sostanziale*, en Vv.Aa., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 361 y ss, así como *Processo costituzionale e forma di governo*, en Vv.AA., *Giudizio «a quo» a promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 63 y ss quien planteó que la corte terminaba por someter a un balance implícito todas las normas, incluso aquellas procesales, para asegurar la conexión más razonable posible del fallo con el balance de la forma de gobierno).

21 Expuesto adecuadamente por J. CLIFFORD WALLACE, *The Jurisprudence of Judicial Restraint: A Return to the Moorings*, 50 *Geo. Wash. L. Rev.* 1, 1981, pp. 10 y ss.

22 Sobre el positivismo moderado A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, en *Quaderni costituzionali*, 1/2001, p. 60; un comentario de esta tesis se encuentra en v. M. DOGLIANI, *Il doppio «temperamento» del giuspositivismo nell'opera di Alessandro Pace*, en *Diritto pubblico*, 2/2012, pp. 723-732.

23 Nos referimos a las técnicas de selección de casos tales como *ripeness* o la doctrina de las cuestiones políticas: ver al respecto la más reciente y detallada monografía de C. DRIGO, *Giustizia costituzionale e political question doctrine. Paradigma statunitense e spunti comparastici*, Bonomo, Bologna, 2012. O en relación con la jurisprudencia constitucional italiana, podemos mencionar el uso flexible del requisito de relevancia (por ejemplo, el fallo n. 10 y 119/2015), o la hipótesis de inadmisibilidad basada en la ausencia de un único remedio consuetudinario para conjurar una falta determinada, por lo tanto, evitando con esta decisión sobre las muchas

La segunda busca remediar las tentaciones de naturaleza política en la rigidez de la aplicación de la ley y la estabilidad de los tests judiciales, así como identificar fundamentos en las doctrinas constitucionales que realcen la intención histórica de los constituyentes, en forma de textualismo y originalismo. Pero ninguna de las dos opciones antes descritas ha resultado satisfactoria.

Por un lado, parece que no existen teorías generales de la constitución que resulten idóneas para guiar con certeza a los jueces a la hora de resolver todas las disputas constitucionales (o una mayoría abrumadora), que requieran un tipo de contribución creativa de los intérpretes, por cuanto implican decisiones importantes que se ven afectadas por las formas culturales y los entendimientos éticos y morales²⁴. Como nos enseña Nicolai Hartmann, la actividad de «ponderar» los valores constitucionales no es una actividad de conocimiento en sentido estricto, ni un esfuerzo de comprensión objetiva en el cual el objeto analizado permanezca lejos del observador. El enfoque en este caso no es contemplativo sino emocional, y el resultado de este proceso goza de una explicación adicional. Implica tomar una posición respecto de algo a partir de un análisis emocional.

En este sentido, las doctrinas generales de la «constitución de los valores» resultan insatisfactorias en su pretensión de reducir a una síntesis matemática la actividad judicial que no puede ser estructurada de conformidad con esquemas euclidianos, sino que por el contrario tiene lugar en sociedades occidentales pluralistas, en las que existen desacuerdos razonables sobre los valores sociales más importantes, aunque nos gustaría llegar a entendimientos unánimemente aceptados²⁵.

Por el otro lado, la ecuación que identifica el activismo con la creatividad interpretativa es engañosa si no logramos esclarecer el objetivo para el cual las estrategias hermenéuticas «agresivas» son empleadas²⁶.

soluciones posibles, invadir la esfera política discrecional de las facultades del legislador (*ex multis*: Fallo n. 223/2015; fallo n. 81/2014), encaminada a adicionar principios. Nos referimos a los fallos mediante los cuales se declara la ilegitimidad constitucional, pero se es cauteloso a la hora de consolidar un mecanismo idóneo de cumplimiento de estos derechos, otorgando en cambio al legislador el poder para identificar este mecanismo en abstracto, y permitiendo al juez identificar la regla adecuada para el caso concreto con base en el principio expresado por la corte (la definición pertenece al presidente de la corte constitucional Renato Granata, quien expuso este concepto al introducir a la prensa el informe sobre los fallos constitucionales de 1999). Un ejemplo reciente de un fallo que añade un principio es el n. 105/2018.

24 N. HARTMANN, *Introduzione all'ontologia critica*, traducción al italiano de R. CANTONI, Napoli, 1972, p. 149, que contiene todos los trabajos publicados en la *Neue Wege der Ontologie*, Stuttgart, 1943.

25 Sobre los desacuerdos razonables ver H. FALLON, JR., *Implementing the Constitution*, en *111 Harvard Law Review*, 1997, 56 y ss, y J. WALDRON, *The Core of the Case Against Judicial Review*, *115 Yale Law Journal*, 1346, 2006, pp. 1364 y ss

26 De conformidad con el análisis expuesto hasta ahora, es posible identificar elementos de activismo: en la implementación de un control constitucional profundo y estricto en un ámbito de amplia discrecionalidad del legislador, tradicionalmente considerado «deferente»; en la tendencia reducida a utilizar filtros selectivos de control constitucional, creando o interpretando nuevos requisitos de elegibilidad procesal de los casos; en el número de *overrulings*, es decir la frecuencia con la que la corte sobrescribe su jurisprudencia previa respecto de un mismo asunto. Una corte será entonces tan activista como la expansión de su poder de control

Incluso comportamientos extraordinariamente innovadores al nivel de la interpretación de conformidad con lo señalado anteriormente pueden ser considerados funcionales a la expansión del área de decisión política, ayudándonos así a hacer del control constitucional sobre la ley un ejercicio argumentativo más deferente.

Pensemos entonces —limitándonos al caso italiano— en la decisión de la Corte Constitucional N.º 10/2015, mediante la cual la corte se atribuyó el poder de definir, y cuando resultase apropiado el poder para paralizar completamente, los naturales efectos retroactivos de las decisiones de inconstitucionalidad²⁷. Toda vez que este fallo otorgó a la corte una facultad desprovista de cualquier fundamento constitucional, y por el contrario resulta ajena a la interpretación generalmente aceptada de los artículos 136 constitucional, 1 de la ley constitucional 1/1948, y la ley 87/1953 tomados en su conjunto, puede afirmarse que se trata de una decisión hiper-activista, si el activismo depende exclusivamente del grado de creatividad de la interpretación expuesta. Sin embargo, si tenemos en cuenta los efectos reales de cada decisión, el mismo fallo puede parecer un claro ejemplo de una estrategia de *modestia* o *recato*. De hecho, estirando un poco esta interpretación el tribunal se pone en una posición que le permite decidir los casos de forma bastante flexible dependiendo de las circunstancias de cada fallo, con el efecto típico de una sentencia de invalidez que justifica el principio de no retroactividad por la necesidad de no socavar el equilibrio de las finanzas públicas.

De esta forma, la facultad que la corte se atribuye para limitar los efectos retroactivos de la invalidación de una ley cuando así lo requieren determinados intereses públicos imperativos, a fin de cuentas, amplía en realidad la discrecionalidad legislativa en el sector financiero, inclinando la balanza entre necesidades presupuestales y derechos individuales en favor del gobierno. Y aunque parezca en principio una decisión que encaja perfectamente dentro de la definición del activismo más atrevido, desde una visión de conjunto parece tratarse de una decisión inspirada en la deferencia hacia el legislador.

De otro lado, nosotros aceptamos la interpretación conforme a la constitución, esto es, la regla conforme a la cual la ley no debe ser declarada inconstitucional cuando quiera que sea posible atribuirle una interpretación inconstitucional, sino tan solo cuando resulte imposible interpretar la norma de forma que resulte compatible con la constitución²⁸.

Este método interpretativo que por un lado incrementa el privilegio del legislador al reducir el número de declaratorias de inconstitucionalidad por cuanto resuelve los conflictos de las leyes con la constitución mediante un

sobre ámbitos dominados por la discrecionalidad, al abrir paso a sus juicios mediante la interpretación extensiva de los requisitos de elegibilidad procesal, o se remite a su propio precedente para modificarlo. El elemento activista más fuerte es el cuantitativo, que cuenta el número de declaraciones de inconstitucionalidad.

27 Fallo de la Corte Constitucional n. 10/2015.

28 Comenzando por los fallos n. 356 de 1996, hasta la orden 58 de 2017.

procedimiento hermenéutico, por el otro lado reduce el rango de posibles interpretaciones constitucionales, de forma que indirectamente reduce el ámbito de las decisiones políticas que son adoptadas legítimamente²⁹.

El mismo remedio para declaratorias agudas de ilegitimidad constitucional, que podría considerarse una forma fácil y objetiva de medir el activismo, pierde esta función si la declaratoria de inconstitucionalidad se fundamenta en pasadas interpretaciones, caso en el cual será considerada unánimemente como una expresión de *recato judicial*³⁰.

Las simplificaciones en las que insistimos nos demuestran que el elemento verdaderamente crucial para ubicar a las cortes en el nivel de deferencia-activismo que muestran respecto de los actores políticos (y por lo tanto la estructura de la forma de gobierno) no es el tipo de fallo ni la discusión que involucra, sino la política de derechos a la cual ese *dictum* es instrumental.

Llegados a este punto podríamos definir como activistas a los tribunales que buscan expandir el rol judicial en comparación con el rol asignado a los órganos políticos y legislativos, al implementar y desarrollar principios constitucionales y particularmente la garantía de los derechos fundamentales en sede judicial. Igualmente, aquellos tribunales que hacen énfasis en las obligaciones políticas «positivas» de la constitución, no solo como un límite externo a las normas que atribuyen poderes y facultades, sino como un verdadero «marco para la gobernanza» que impone obligaciones estrictas de desempeño y protección para el legislador, en conjunto con obligaciones de abstenerse de vulnerar derechos fundamentales o detener cualquier tipo de vulneración de los derechos constitucionales³¹.

29 La ambigüedad de los textos bajo el uso de la interpretación conforme ha sido resaltada por F.H. EASTERBROOK, *Do Liberals and Conservatives Differ*, en *Judicial Activism?*, 73 *Colorado Law Review*, 2002, pp. 1405 y ss; e R. A. POSNER, *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*, en 100 *California Law Review*, 2012, p.519. Ambos parecen identificar esta técnica como una muestra de activismo antes que de deferencia.

30 F.H. EASTERBROOK, op. cit., pp. 1401 y ss, calificó como activista a) la declaración de inconstitucionalidad, b) el uso de la interpretación conforme para resolver sobre la constitucionalidad de una regla, c) la interpretación creativa de un texto, funcional a la superación de su vínculo con la redacción literal. Y aplicando estas referencias a los fallos de la Corte Suprema de Estados Unidos concluyó que todos los jueces de la Corte Suprema sin excepción eran activistas, sin diferencias significativas entre liberales y conservadores. Tomando en cuenta la estadística resulta fácil para el autor llegar a la conclusión de que el término *activismo* es neutral, por cuanto puede albergar significados ambiguos y contradictorios, y al final se trata de un análisis vacío, una máscara de una posición sustantiva, por cuanto hace alusión a aquellos que usan el poder judicial en contraste con las orientaciones políticas y de planeación, sin importar si son conservadores o progresistas, si se inspiran en el estricto cumplimiento de los textos o el más acentuado comportamiento de constructivismo hermenéutico. Por esta razón tiene sentido la propuesta provocativa de cancelar definitivamente cualquier uso de este término. (1410). El autor de estas líneas considera que la solución audaz al problema previsto por Easterbrook tiene un límite básico: los índices de activismo que el autor toma como base para su indagación no son en realidad ciertos y objetivos como lo aduce el autor, sino que al seguir el objetivo político que los inspira, pueden ser consideradas evidencias de deferencia, en lugar de activismo, como los ejemplos contenidos en el texto lo demuestran con claridad.

31 En relación con esta segunda forma de activismo podemos citar a V.A. MACDONNEL, op. cit. quien alerta sobre las dificultades de su realización, por la dificultad objetiva de las cortes para contar con la

Al final, y a riesgo de simplificar en demasía, el verdadero elemento crucial para medir el activismo judicial es la relación con la orientación política, la habilidad de la decisión judicial para ejercer una interferencia actividad o una labor prohibitiva en comparación con las decisiones de los representantes políticos del parlamento³².

La valoración realizada hasta el momento, para el propósito anunciado del presente texto, nos desalienta a profundizar en las distintas formas de activismo en el esfuerzo por encontrar una definición objetiva e indiscutible. Por el contrario, nos invita a liderar la investigación respecto de sus causas subyacentes.

De hecho, pareciera correcto partir de la premisa desalentadora de que los tribunales tienden a preferir interpretaciones que conlleven al fortalecimiento de su rol y posición institucional, y que por esa razón tienden a ser jueces activistas, tanto en la aplicación de las normas que gobiernan sus procedimientos y funciones institucionales, como en la expansión y rigor del control sustantivo encargado a ellos a nivel constitucional³³.

No existe evidencia histórica de desprendimientos voluntarios de los jueces constitucionales del proceso estratificado de toma de decisiones públicas y en todo caso esto resulta inverosímil. Resulta ingenuo esperar que ellos se autoimpongan doctrinas de auto recato sin que existan incentivos de carácter institucional y político para que actúen de esa forma.

Es por esto que en el presente texto consideramos fundamental la identificación de las restricciones políticas y regulatorias que definen el marco dentro del cual se ha encargado la protección de los derechos a las Cortes Constitucionales nacionales y los tribunales europeos³⁴.

No resulta difícil en realidad reconocer el hecho de que, siguiendo este método investigativo, los tribunales supranacionales actúan en un marco institucional y político que está estructuralmente desprovisto de fuertes desincentivos para el *activismo judicial*.

información de referencia necesaria para valorar las diferentes actuaciones capaces de integrar el nivel de «obligaciones afirmativas» del legislador. En estos casos las cortes deberán limitarse a determinar cuáles son los intereses que han sido ignorados y deben ser tenidos en cuenta dentro del marco en el cual tomará su decisión el legislador.

32 En las simples y transparentes palabras de D. FORTE, *The Supreme Court: Judicial Activism versus Judicial Restraint*, Lexington, Mass., 1972, p. 17: «the Court is activist when its decision conflict with those of other political policy-makers».

33 Una revisión —claramente *per incidens*— que en la experiencia constitucional reciente cubre algunas áreas tradicionalmente atribuidas a la decisión de los gobernantes, por ejemplo, en la determinación de reglas electorales (comenzando por el fallo n. 1/2014, seguido por el fallo n. 35/2017 y recientemente en relación con la competencia exclusiva (fallos n. 213 y 262/2017), la misma facultad regulatoria de los altos órganos constitucionales: parlamento, presidente de la república italiana y corte constitucional.

34 Las razones por las cuales la corte constitucional puede ser considerada un actor político en sentido estricto, que compite con otros tomadores de decisión están presentes en R. A. DAHL, *Decision - Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, en *Journal of Public Law*, 1957, pp. 277 y ss. Un análisis reciente y certero del pensamiento de Dahl se encuentra en O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2014, pp. 25 y ss.

III. LAS RAZONES BÁSICAS DEL ACTIVISMO JUDICIAL EN LOS TRIBUNALES SUPRANACIONALES

Las razones subyacentes de esta tendencia natural de los tribunales supranacionales hacia el activismo judicial yacen en: a. la disponibilidad de instrumentos procesales que son más flexibles y sin embargo agudos si los comparamos con aquellos a disposición de las cortes nacionales; b. la estructura de los parámetros de control; c. la debilidad del diálogo existente con las instituciones y los actores políticos, con la consecuente ausencia de límites estructurales o sistemáticos para regular esta relación.

El uso del activismo judicial es promovido principalmente por la abundancia de instrumentos procesales a disponibilidad de los tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo

Su jurisdicción se extiende sobre actos que son desviados en sentido amplio de la competencia de los cortes constitucionales nacionales. La jurisdicción supranacional analiza todo tipo de actos, bajo cualquier forma o revestidos de todo tipo de efectividad jurídica que impliquen una violación de derechos fundamentales, no solo aquellos con rango de ley (en Italia, de conformidad con el artículo 134 de la constitución, leyes y otro tipo de actos con rango de ley). Además, el TEDH y el TJUE tienen el poder para sancionar la omisión absoluta de las autoridades nacionales, violaciones de derechos derivadas de un desempeño poco efectivo del gobierno en el cumplimiento de sus funciones, en definitiva actos que normalmente no se encuentran dentro del ámbito de juzgamiento de los tribunales constitucionales, pero que en el orden legal nacional son responsabilidad de los órganos políticos.

Podríamos pensar, por un lado, en los llamados *juicios piloto*, incorporados a la jurisprudencia del TECHR desde el caso *Broniowski*³⁵; y por el otro lado, en relación con el tribunal de Luxemburgo, en el recurso por incumplimiento (artículos 258 y subsiguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Este tipo de fallos que deciden violaciones estructurales o sistemáticas, así como el incumplimiento absoluto de normas europeas imperativas, imponen a los Estados soberanos obligaciones de cumplimiento, tanto en términos de adelantar acciones puntuales, como el realizar distintas reformas legales.

35 TEDH, junio 22 de 2004, solicitud 31443/96, *Broniowski vs Poland*. Es necesario resaltar en esta nota al pie la importancia estratégica de los juicios piloto, que han modificado las relaciones horizontales entre instituciones: por un lado, al terminar por solapar las competencias del TEDH y las del Comité de Ministros, responsable solo de las medidas de implementación de las decisiones, y —en consecuencia— las normas para corregir violaciones estructurales. Por el otro lado, estos juicios modificaron la relación vertical existente entre los Estados y el sistema del TEDH, sobreponiéndose a los límites de la justicia individual perteneciente a la jurisdicción del TEDH, como ha sido expuesto por el juez italiano V. Zagrebelsky en sus fallos del TEDH del 19 de junio de 2006 y 28 de abril del 2008.

Tan solo para mencionar algunos ejemplos podemos referirnos a los fallos del TEDH en los casos *Torreggiani c Italia*³⁶ y *Budayeva c. Rusia*³⁷. En el primer caso, la decisión afirmó que la situación de sobrepoblación y hacinamiento de las instituciones carcelarias significaba un problema tradicional derivado del mal funcionamiento histórico del sistema penitenciario italiano y que la ausencia de un mínimo de espacio vital para los prisioneros implicaba un trato inhumano y degradante. Por esta razón, el gobierno italiano tuvo que brindar una solución a este problema mediante la adopción de cuatro decretos-leyes entre 2013 y 2014³⁸. En el segundo caso, los jueces de Estrasburgo consideraron la violación de algunas normas de la Convención Europea de Derechos Humanos por el fallo del gobierno ruso para adoptar medidas idóneas para evitar los deslizamientos de tierra que causaron muchas víctimas, al denunciar además el mantenimiento insuficiente de las instalaciones antideslizamientos.

Estos ejemplos demuestran con claridad que en este escenario algunos comportamientos pueden llevar a la aplicación de sanciones judiciales, aunque dentro del marco institucional nacional estas actuaciones habrían sido en el mejor de los casos objeto de inspección de la actividad parlamentaria y crítica política limitada a la responsabilidad del gobierno hacia el parlamento. Lo mismo puede decirse de los fallos del TJUE que declaran la violación de las «leyes europeas», al exigir del incumplido la modificación de las leyes nacionales e incluso, en algunos casos, la modificación de algunas leyes de valor constitucional. Resulta esclarecedora la referencia al famoso caso *Tanja Kreil*, al cabo del cual Alemania tuvo que modificar el art. 12 de la constitución alemana, al remover la prohibición de que las mujeres pudieran ser empleadas de las fuerzas Armadas³⁹.

No es entonces irrazonable concluir que, a la luz de lo expuesto, ante los tribunales supranacionales de derechos la responsabilidad política puede adquirir una forma jurisdiccional, siendo sometida a juicio.

La condición de los tribunales constitucionales nacionales parece ser muy distinta. De forma general —y este es el caso también de la corte italiana— estos pueden corregir algunas omisiones parciales de la ley mediante distintos tipos de fallos aditivos (normalmente fallos de principios, fallos procedimentales) pero los

36 TEDH, 8 de enero de 2013, solicitudes 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10.

37 TEDH, 20 de marzo de 2008, solicitudes 15339/02, 21166/02, 11673/02, 15343/02.

38 Nos referimos a las medidas de emergencia encaminadas a corregir, mediante la actuación sobre las llamadas liberaciones tempranas, las violaciones «en serie» del artículo 3 del CEDH: el decreto ley n. 69 (convertido en la ley n. 98 de 2013), el n. 78 (convertido en la ley n. 94 de 2013) y el n. 146 de 2013 (convertido en la ley n. 10 de 2014), así como el decreto ley n. 92 de 2014 (convertido en la ley n. 117 de 2014).

39 TJUE, 11 de enero de 2000, caso C-285/98, *Tanja Kreil c. Federal Republic of Germany*. Como consecuencia del fallo, la modificación de la ley fundamental del 19 de diciembre de 2000 que modificó el artículo 12 de la constitución alemana que regula el servicio civil y militar obligatorio. En particular, el párrafo 4 referido a las mujeres que afirmaba: «*Sie dürfen auf keinen Fall Dienst mit der Waffe leisten*», fue modificado de la siguiente manera: «*Sie dürfen auf keinen Fall zum Dienst mit der Waffe verpflichtet werden*».

tribunales se encuentran más o menos impotentes frente a las omisiones de carácter absoluto, esto es, decisiones voluntarias de altos órganos políticos que ponen en peligro la materialización de principios constitucionales. Por ejemplo, la corte constitucional puede asegurar la aplicación de los derechos mediante la anulación de una norma inválida, o la integración de la norma bajo análisis con otro contenido normativo (al declararla ilegítima «en la parte que no contempla» lo que debería contemplar) pero no puede ordenar obligaciones *facere*, destinadas a superar una falta absoluta de salvaguarda constitucional, derivada del «obstruccionismo mayoritario»⁴⁰. Resultan entonces claramente demostradas las diferencias en términos de efectividad y fuerza convincente entre las sanciones monetarias impuestas por las cortes europeas, efectivas e inmediatas, y los fallos de alerta mediante los cuales la corte italiana ha buscado resaltar la necesidad de intervención legislativa, recobrando la aplicación del derecho constitucional, garantizando un básico nivel de protección de los derechos fundamentales sin beneficiarse de ningún instrumento verdaderamente vinculante para imponer la pronta adaptación a este parámetro por parte del legislador, que efectivamente hace caso omiso de las advertencias de la corte⁴¹.

En resumen: el riesgo de ineficacia del fallo⁴², que representa uno de los incentivos institucionales más efectivos a favor de la deferencia procedimental, se encuentra presente al nivel de los tribunales nacionales y en especial la Corte

40 En los años inmediatamente siguientes a la entrada en vigor de la constitución de la república, esta fue la definición de la decisión tomada por las fuerzas políticas mayoritarias para posponer o paralizar completamente la aplicación de los principios y órganos más innovadores: la corte constitucional entró en vigor en 1956; el alto consejo de la judicatura, cuya ley de creación data de 1958; las regiones que fueron habilitadas para ejercer sus poderes a partir de 1971, 23 años después de la entrada en vigor de la carta fundamental. C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, en *Foro it.*, 1970, 9, V, 154, fue uno de los primeros en valorar los daños causados a las libertades fundamentales por las omisiones de los órganos legislativos, y en identificar los remedios procesales necesarios.

41 El ejemplo más evidente de incumplimiento por parte del legislador de las órdenes de la corte se evidencia en el asunto de la ley de política electoral n. 270/2005 (conocida en la prensa como *Porcellum*), que fue anulada por la Corte Constitucional en el fallo n. 1/2014, pero cuya ilegitimidad constitucional ya había sido señalada por la corte, incidentalmente, en los fallos n. 15 y 16 de 2008, y 13 del 2012. Aunque la corte consintió el envío de esta posición a la prensa, la corte constitucional profirió la orden n. 207/2018 por medio de la cual, tras la rueda de prensa correspondiente, ha suspendido el fallo de cumplimiento con la constitución del artículo 580 del código penal, relativo a la ayuda al suicidio adelantada por un miembro de un partido político para facilitar la muerte de una persona afectada por una enfermedad irreversible que la forzaba a permanecer inmóvil. De hecho, la corte, tras haber declarado que el marco legal relativo a la terminación de la vida «ended up by limiting the self-determination freedom in the choice of treatments [...] without stating that this limitation can be considered preliminarily devoted to the protection of another interest foreseen by the Constitution», pospuso el juicio hasta una fecha determinada (24 de septiembre de 2019), «stating a new discussion could be assessed by which the eventual adoption of a new law regulating the issue according to the said protection needs». Esta orden anticipa una nueva decisión en la ya gran variedad de declaraciones de la corte: el juicio de no cumplimiento condicionado por una cláusula suspensiva basada en el modelo alemán del *Unvereinbarkeit*. Esto fue resaltado por primera vez por A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora... (A margine di un comunicato sul caso Capato)*, en *Consulta Online*, 26/10/2018.

42 Este elemento será desarrollado posteriormente en el literal c) del presente apartado.

Constitucional Italiana, mientras que al nivel de los tribunales supranacionales brilla por su ausencia.

La estructura de las leyes parámetro, al compararla con aquella de las leyes constitucionales nacionales, resulta más adecuada para promover la discrecionalidad interpretativa de los tribunales

Las normas del Convenio Europeo (al igual que las de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) reflejan una redacción literal de textura abierta, toda vez que estaban encaminadas a asegurar un balance entre distintas tradiciones culturales y jurídicas. Además, estas normas se caracterizan por su fuerte «neutralidad de contenidos»⁴³, una estructura regulatoria abierta dentro de la cual resulta más difícil identificar, en comparación con las constituciones nacionales, un punto de consenso entre los diferentes ideales y posiciones históricas que convergen en esta aducida neutralidad. Por esta razón, el aspecto genético-histórico de estos instrumentos, que no reviste menor importancia que en el análisis de las constituciones nacionales, es en realidad absolutamente descuidado al nivel de las normas supranacionales y es incapaz de limitar el ámbito de discrecionalidad interpretativa del tribunal de Estrasburgo⁴⁴.

En relación con esta ausencia de vínculos con el texto de las normas, podemos traer a colación la enérgica actitud dedicada a la interpretación evolutiva. Gracias a esta actitud, la jurisprudencia del TEDH dejó a un lado el enfoque internacional que impondría como método interpretativo algunas afirmaciones lacónicas de la Convención referidas a la intención original de los Estados parte del instrumento. Este método ha entendido los valores de la Convención como «obligaciones de optimización»⁴⁵, a ser cumplidas en su forma más estricta en referencia a la ley y las circunstancias fácticas del mencionado escenario. Entendida de esta forma, la interpretación evolutiva ha resultado ser la principal herramienta del activismo judicial, que lleva en ocasiones al TEDH a interpretar las normas básicas y procedimentales en una forma creativa, sin fundamento alguno en el texto de la Convención⁴⁶.

⁴³ F. Bilancia, *I diritti fondamentali come conquiste sovranazionali di civiltà*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 96.

⁴⁴ Como testimonio de la importancia atribuida a los trabajos preliminares relativos al esclarecimiento de los significados de la carta constitucional, podemos remitirnos, entre otros, al fallo n. 429 de 1992, en el cual la corte afirmó: «the identification of the Constituent Legislator, in a framework of rigid Constitution, is essential to measure the compliance between law provisions and constitutional principles» y de manera más clara continúa el fallo «The Constitutional hermeneutics cannot in any case fail to acknowledge the inspiration ensuing the setting up process of the constitutional law, since the historical and political concept are so important in the said process».

⁴⁵ *Optimierungsgebote*, referido a una cita de R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M., 1986, pp. 581 y ss.

⁴⁶ Esta opinión es compartida por P. MAHONEY, *Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin*, in *Human Rights Law Journal*, 1990, pp. 62 y ss.

Esta misma tendencia hacia el activismo puede encontrarse en el uso de la comparación jurídica, que estadísticamente no está encaminada a identificar el mínimo común denominador en las diferentes tradiciones jurídico-constitucionales, ni a encontrar un conjunto de diferencias significativas entre los distintos Estados parte, sino que se caracteriza por ser una fuerte apreciación valorativa. Dentro de la lógica del *wertende Rechtsvergleichung* (comparación jurídica de carácter valorativo), el tribunal ha establecido una clara orientación a nivel teórico e interpretativo en aras de expandir de forma evolutiva los contenidos garantizados por la Convención, incluso cuando estas interpretaciones no se ven reflejadas en las tradiciones jurídico-constitucionales comunes de los Estados miembros. Por el contrario, el tribunal ignora de forma voluntaria las orientaciones generalizadas en la mayoría de los Estados cuando no son conformes con el desarrollo de los derechos fundamentales defendido enérgicamente por el tribunal⁴⁷.

En resumen: la interpretación evolutiva, el enfoque comparativo, pero también la doctrina de los recursos efectivos (*effective remedies*) y el margen de apreciación nacional cumplen una función conjunta que contribuye a la relativización de la naturaleza vinculante de la Convención. Ciertamente, hemos defendido hasta aquí la idea de que las normas contenidas en la Convención han perdido casi de forma absoluta su función como parámetros de juicio, en el sentido estricto del derecho procesal constitucional, para adquirir características de debatidos contextos abiertos a la interacción continua con los principios de protección y las expectativas derivadas de los distintos contextos de aplicación⁴⁸. Se trata de principios y expectativas que varían con el paso del tiempo a la luz de ejercicios comparativos, desarrollados bajo un método evolutivo de izquierda a la sombra de los intereses estatales y el margen de apreciación nacional, también en su adaptación al contexto nacional. En estas condiciones, las *reglas* de la Convención, en los casos concretos de aplicación procesal, han adoptado la forma de «casos procesales previos para evaluar»⁴⁹, de tal forma que pueden modificarse si las circunstancias reales cambian, en el contexto de aplicación de referencia, o de forma más prosaica tras la simple variación de la composición del tribunal⁵⁰.

Todo esto no puede más que promover actitudes activistas.

47 Así lo afirma G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, NAPLES, 2011, p. 122, un poco más tarde, p. 128, cuando claramente sostiene: «*The comparative law, becomes then, in the hands of the Courts a comparative reasoning, to be intended as mediation rule able to convey to the judges one of the criteria upon which it is possible to identify the conflict non only between the claim of the individual against the Reason of State, but also between unitary and pluralist dimension of the European identity in the context of fundamental rights*».

48 G. REPETTO, *op. cit.*, pp. 125-126.

49 Nuevamente G. REPETTO, *op. cit.*, p. 201.

50 G. REPETTO, *op. cit.*, 202; la regla en este caso actúa como un caso previo no estrictamente en el sentido de que sus contenidos varíen tan solo conforme la interpretación de los jueces también varía, sino en el sentido de que su ámbito de aplicación recibe continuamente nuevas atribuciones de sentido conforme cambian de los escenarios de referencia.

Otro aspecto merece ser analizado en este respecto. En vista de la comparación jurídica valorativa (reconocida en la Convención o la Carta de Derechos Fundamentales), la construcción de un *jus public europaeum* de los derechos fundamentales es adelantado mediante un balance continuo, siguiendo un método de casos, entre la necesidad de uniformidad a la que tiende el derecho convencional y europeo, y la diversidad de las distintas tradiciones jurídico-nacionales de los Estados miembros. Este método —que resulta crucial en las motivaciones procesales del TEDH— es totalmente discrecional, en ocasiones acercándose a la conciencia social de la mayoría democrática al interior del Estado miembro (como es el caso de algunos fallos relativos a ofensas hacia el sentimiento religioso⁵¹); y en ocasiones al reconocer la existencia de un *estándar de consenso*, de tradiciones constitucionales comunes incluso cuando este consenso parezca *ictu oculi* o esquivo, al ser definido como un modelo producto de diferentes normas nacionales en aras de cumplir con un nivel más alto de protección de derechos exigido a nivel supranacional⁵². Si aceptamos entonces que el margen de apreciación nacional de los Estados miembros es inversamente proporcional al nivel de consenso alcanzado a la luz de un escenario comparativo respecto del contenido garantizado de un derecho determinado, resulta entonces entendible que de manera completamente libre la indagación sobre las tradiciones constitucionales comunes permita a los tribunales europeos la posibilidad de determinar selectivamente las restricciones a las que están sometidos en su labor interpretativa.

El diálogo entre actores políticos y actores judiciales

El factor más importante para determinar la existencia de un ambiente favorable al *activismo judicial* es probablemente la relación entre las cortes supranacionales y los actores políticos.

Desde este punto de vista, el TEDH —y en menor medida el TJUE— representa en su forma más pura el arquetipo ideal de jurisdicción neutral, emancipada de cualquier tipo de condicionamiento de orden político o sistémico por cuanto surgieron al margen de cualquier estructura estatal o forma de gobierno propiamente dicha.

51 Nos referimos a los fallos de 7 de diciembre de 1976, *Handyside c. Regno Unito*; 20 de septiembre de 1994, *Otto-Preminger c. Austria*; y 25 de noviembre de 1996, *Wingrove c. Regno Unito*.

52 Pensemos en el famoso fallo del TJUE del 22 de noviembre de 2005, n. 144/04, que reconoce la prohibición de discriminación por razón de la edad como un elemento que se deriva de las tradiciones constitucionales comunes, aunque en todo caso se trata de un elemento que no está expresamente reconocido en ninguna constitución de los Estados miembros, con la excepción de Finlandia y Portugal. Sobre las tradiciones constitucionales, E. DI SALVATORE, *La tradizione costituzionale. Cultura giuridica e giurisprudenza*, Rubbettino editions, Catanzaro, 2017.

Una jurisdicción sin Estado que puede ser —y me remito en este punto a una definición loable de Franco Modugno— una «*isla de razonamiento jurídico*» por cuanto no está limitada por ninguna «razón política»⁵³. Las cortes del TEDH y TJUE no actúan «*bajo limitaciones políticas*» de la misma forma en que lo hacen las cortes nacionales, por cuanto en el contexto europeo el diálogo necesario entre los actores políticos y los actores judiciales no existe de ninguna manera, o en el mejor de los casos reviste un carácter menos intenso en comparación con el diálogo que tiene lugar a nivel nacional⁵⁴.

Esta ausencia de diálogo se evidencia en primer lugar en la inexistencia de un diálogo democrático continuo y no episódico⁵⁵ con las instituciones políticas, con un legislador, o un gobernante, para adquirir una orientación política que permita alcanzar un diálogo encaminado a armonizar la protección subjetiva de derechos y la demanda general de protección de los balances institucionales.

De cualquier forma, el diálogo con las instituciones políticas nacionales que tiene lugar bajo el método comparativo es débil en dos aspectos.

Primero, las cortes supranacionales, mediante el uso estratégico del método comparativo al seleccionar el actor político bajo análisis, otras veces al identificar un interlocutor dentro del Estado miembro al que se le reconoce un amplio margen de apreciación y adaptación, pueden estar promoviendo —de forma contraria a la uniformidad de las normas europeas— el sentimiento de conciencia social. En otros casos al identificar un cierto modelo de «*tradición común*» que resulta difícil de encontrar en la mayoría de los Estados miembros y parece el resultado de una actividad creadora de principios jurídicos antes que una actividad declarativa. Puede afirmarse entonces que las cortes europeas están en la posición de escoger, casi de manera libre, el «*actor contradictor*» más adecuado para sus orientaciones interpretativas o sus entendimientos culturales.

Segundo, y de forma específica haciendo referencia al TEDH, al recurrir al método comparativo reconoce un método de análisis sociológico que entiende las sociedades nacionales como estructuras ontológicas definidas, capaces de brindar a los jueces supranacionales contenidos, elementos y orientaciones culturales objetivas, entendidas básicamente como inmodificables pero principalmente despojadas de mediación jurídica y por esta razón identificadas de conformidad con decisiones valorativas caracterizadas por la más amplia discrecionalidad⁵⁶.

53 Cita de F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 11.

54 M. DAWSON - M. DE VISSER, *Judicial*, op. cit., 44 y ss.

55 Al respecto me remito al reciente análisis de A. YOUNG, *Deference, Dialogue and the Search for legitimacy*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 30, 4/2010, 815 y ss por M. DAWSON, *Judicial*, op. cit., p. 28, para quien la dificultad de un diálogo fructífero con los actores políticos es negativo incluso por cuanto «*it disallows another important legitimacy advantage that the sharing of governmental power is supposed to safeguard: the ability to share the blame when things go wrong. Rather than anchor its execution of misplaced laws in the legitimacy of the legislature, and ultimately, the popular will itself, a court relying on 'autonomous concepts' rather than legislation must itself shoulder the burden in the case of politically unpopular decisions*».

56 Cita de G. REPETTO, *Argomenti*, op. cit., p. 185.

Esto marca una gran diferencia respecto de las cortes constitucionales nacionales, que comienzan su análisis por los documentos legales, y los valoran a la luz de su «*rationes*» de conformidad con un «*análisis interno*»⁵⁷ del que se derivan definiciones e instrumentos interpretativos, en una lógica basada en una *dúplex interpretatio*, en la cual la interpretación de la constitución *por ley* y la verdadera interpretación *de la ley* a la constitución representan los momentos dialécticos de un proceso hermenéutico circular. Esta continua valoración de la ley que, por un lado, contribuye a la identificación natural del espectro de posibles interpretaciones, por el otro lado limita las posibilidades de solventar el aspecto relativo a la legitimidad, que se muda entonces a soluciones constitucionales forzadas, en las cuales no existen márgenes para las opciones que se ven afectadas políticamente por los fallos de la corte.

Así, los fallos del tribunal de Estrasburgo no se derivan de la *rationes legislativa*, sino del razonamiento comparativo, una interpretación evolutiva y teleológica y un análisis sociológico fuertemente orientado hacia su objetivo por un ambiente favorable a la extensión progresiva e ilimitada de los derechos⁵⁸. El concepto clave aquí es entonces el de sociedad democrática, en este proceso de búsqueda de un nivel uniforme de protección de derechos tomando debidamente en cuenta el pluralismo de las tradiciones jurídico-constitucionales, garantizando así a los Estados un cierto margen de apreciación y adaptación. Un concepto complejo en el cual la herencia de la tradición del constitucionalismo liberal es valorada en las apreciaciones sobre el constitucionalismo republicano encaminado a la protección de derechos⁵⁹. Existen muchos

57 Como ha sido definido por G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 147 y ss.

58 G. REPETTO, *Argomenti*, op. cit., p. 119.

59 El método comparativo, de aplicación marginal en el derecho nacional, principalmente aplicado *ad colorandum*, representa un elemento clave y sistemático en los fallos del TEDH. Y, sin embargo, el uso de este elemento involucra un amplio margen de discrecionalidad en la escogencia de los términos de la comparación. Cuando está basado en principios muy generales y valores prejurídicos, resulta difícil identificar un vínculo concreto entre las experiencias jurídicas que son tan distintas entre los países miembros del TEDH, y tenemos la impresión general de que el fin antecede a los medios y que la decisión de ubicar el análisis en un nivel de consenso más alto o más bajo entre las distintas tradiciones de cultura jurídica está preorientada hacia la solución —y por lo tanto determinada por la visión política que el TEDH promueve al respecto. El concepto de una sociedad democrática es crucial en el razonamiento comparativo del TEDH. Es una fórmula compleja que traemos a colación aquí, siguiendo lo planteado por G. REPETTO, op. cit., 195: «*the statement of a complex of rules and founding principles of a kind of essential content (Wesensgehalt) of the rights and freedoms in the European area a ius publicum europaeum that has been gradually appeared starting from the elaboration of those contents of value common to the liberal democracies of the second post-war period, and that remains open to the developments and enrichments happened in the different social milieu, both national than non-national*». En el método de análisis, el uso acertado de la evolución interpretativa, lejos de constituir una decisión de auto control, puede justificarse por las dificultades de indicar la evolución deseada de un determinado derecho, a la luz los contrastes existentes en el marco teórico jurídico de referencia de los resultados inciertos del análisis comparado. La interpretación evolutiva es usada entonces para apartarse de los contextos nacionales sin un claro objetivo de desarrollo, una dirección consistente. De esta forma, resulta útil para ejemplificar no ya un ejercicio de auto moderación, sino distintos intentos de *activismo judicial*.

factores que contribuyen a la consolidación de este concepto, que siempre está abierto a nuevas y más originales contribuciones: las demandas de los solicitantes y los argumentos de los gobiernos ante las cortes principalmente, pero también la intervención de los jueces nacionales en los distintos niveles, organizaciones no gubernamentales, partes interesadas que no han encontrado un espacio ni recursos de comunicación y promoción para imponer sus asuntos en la agenda política ante las cortes y que por el contrario, con una baja asignación de recursos son capaces de alcanzar las estructuras judiciales supranacionales y contribuir a la determinación del contenido de los derechos. Esta estrategia de movilización política no está encaminada al consenso electoral sino al reclamo (litigio-movilización) de un nuevo cambio en las actividades políticas procesales del nivel nacional. Esto permite a las minorías vulnerables y aisladas⁶⁰, cuya voz no llega a los órganos institucionales de toma de decisión y democracia parlamentaria, ampliar su capacidad de acción mediante el acceso a cortes supranacionales que cuentan con las herramientas necesarias para declarar obligaciones *facere* en cabeza de las instituciones políticas nacionales, para imponer el derecho al legislador y en ocasiones para decretar modificaciones constitucionales⁶¹, y censurar la ilegitimidad de los tratados internacionales firmados por los Estados⁶². Los fallos del TJUE y aún más los *fallos piloto* del tribunal de Estrasburgo prevén limitaciones políticas en forma jurisdiccional⁶³. La práctica de las cortes es entonces una alternativa a la movilización política tradicional, a menudo más útil e inmediata para alcanzar el objetivo propuesto. La presencia simultánea de actores públicos y privados básicamente despojada de representatividad política en el ámbito jurídico de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos termina convertida en un sustituto parcial de la falta de *think-thanks* eficientes de entrenamiento político de la opinión pública europea, que en su lugar —una realidad altamente simplificada— se reduce a la dimensión individual del *reclamante*.

60 Citando por igual para todos los prisioneros Cfr. S. CARRERA - B. PETKOVA, *The potential of civil society and human rights organisations through third-party interventions before the European Courts: the EU's area of freedom, security and justice*, en *Judicial activism*, pp. 233 y ss.

61 Ya ha sido mencionado al citar el caso Tanja Kreil. Podemos añadir a este caso famoso los fallos del TEDH del 11 de abril de 1997, Rekvényi c. Hungary; 13 de febrero de 2003, Refa Partisi c. Turkey; 11 de octubre de 2016, Barcsza e altri c. Hungary; 28 de octubre de 1999, Wille c. Liechtenstein; y 24 de abril de 2003, V. E. di Savoia c. Italia.

62 Pensemos en los fallos del TEDH del 18 de febrero de 1999, en el caso Matthews vs. Great Britain, por medio del cual el gobierno británico fue encontrado culpable por haber permitido la extensión de los poderes del parlamento europeo con la ratificación del tratado de Maastricht, sin haber reconocido a los ciudadanos de Gibraltar el derecho a votar en las elecciones europeas.

63 Esto es subrayado por E. MUIR - M. DAWSON - B. DE WITTE, *op. cit.*, 9: «Whether it is the increasing presence of EU law in sensitive areas of policy, the development of new fundamental rights policies or the limited capacity of other actors (legislatures or vulnerable groups) to politically mobilize around Court decisions, judicial activism is more than a thesis about the European Courts alone, but a thesis about the broader structure of the European Union».

Debemos añadir que en el contexto supranacional el principal desincentivo institucional para el protagonismo de los jueces en la definición del derecho y los derechos se encuentra completamente ausente: nos referimos al poder de sobreponeerse a la decisión judicial mediante la ley o la posibilidad de rehusarse a cumplir u obstaculizar su cumplimiento.

Como lo reconoce la doctrina más acertada, los jueces tienen un incentivo para anticipar las reacciones del ejecutivo y el legislativo al elaborar sus fallos⁶⁴. El proceso de construcción de un fallo está condicionado por la previsión del riesgo de que el legislador pueda anular los efectos prácticos del fallo mediante una decisión contraria o simplemente al denegar su aplicación y por consiguiente su efectividad.

Las cortes nacionales son entonces cuidadosas de evitar la «revocación» (*overruling*) de sus fallos, para asegurar al mismo tiempo una mayor durabilidad y estabilidad de sus decisiones, y para no poner en riesgo su legitimidad política para conservar la posibilidad futura de influir las políticas públicas⁶⁵.

Podríamos afirmar que se trata entonces de una interpretación consecuencialista si no fuera por el hecho de que este tipo de interpretación en la doctrina italiana se encamina principalmente al mero reconocimiento de las consecuencias de una decisión en el proceso de creación de la ley, mientras que en la lógica que aquí se subraya el juez es llamado a verificar las consecuencias de su *razonamiento jurídico* en el sistema político.

En relación con los fallos de la Corte Constitucional, es la facultad de control de constitucionalidad para adelantar esta función de moderación de las decisiones en relación con el resultado que se derivaría de un razonamiento jurídico abstracto. Es este poder el que, en el análisis final, determina la legitimidad política de la justicia constitucional, y deja a los «*políticos*» la posibilidad de reprochar interpretaciones evolutivas que no se consideran conformes con la consciencia social o al menos con la interpretación otorgada por las fuerzas políticas hegemónicas, y expresar su reproche en dos formas distintas, igualmente efectivas al ser bastante fuertes: cambiar la constitución o cambiar la corte, como nos lo recuerda el *packing plan* de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos bajo el

64 C. J. CARRUBBA - M. GABEL - C. HANKLA, *Judicial Behavior under Political Constraints: Evidence from the European Court of Justice*, en 102 *American Political Science Review*, 4/2008, p. 435; C. CARRUBBA, *Courts and Compliance in International Regulatory Regimes*, en *Journal of Politics*, 67, 2005, pp. 669 ss.; ID., *A Model of the Endogenous Development of Judicial Institutions in Federal and International Systems*, en *Journal of Politics*, 71, 2001, pp. 55 y ss.

65 En el sentido en que la anticipación de las reacciones políticas pueda garantizar «*mejores resultados*» de la decisión judicial v. J. R. ROGERS, *Information and Judicial Review: a Signaling Game of Legislative-Judicial Interaction*, en *American Journal of Political Science Review*, 91/2001, pp. 84 y ss.; J. BEDNAR - W. N. ERSKRIDGE JR. - J. FEREJOHN, *A Political Theory of Federalism*, en J. FEREJOHN - J. N. RAKOVE - J. RILEY, *Constitutional Culture and Democratic Rule*, Cambridge University Press, New York, 2001, pp. 223 y ss.; R. GELY - P. T. SPILLER, *A Rational Choice Theory of Supreme Court Statutory Decisions with Applications to the State Farm and Grove City Cases*, en *Journal of Law, Economics, and Organization*, 6/1990, pp. 263 y ss.

mandato de Franklin D. Roosevelt, en la que la posición de la corte suscitó el cambio de su composición y el consiguiente cambio de jurisprudencia bajo la era *Lochner*⁶⁶.

De la misma forma en que el legislador mediante una interpretación auténtica puede reafirmar la primacía de la *voluntad legislatoris* respecto de la ley existente, la cual sirve de orientación política de la actividad judicial, al mismo tiempo el control de constitucionalidad define el límite externo a la interpretación constructivista de los jueces constitucionales. Sin importar que el arma «nuclear» del control de constitucionalidad sea realmente empleada⁶⁷. Sus efectos disuasorios están siempre presentes para los jueces constitucionales, así como los límites al cumplimiento de sus decisiones con el balance institucional⁶⁸.

Por lo anterior, en términos precisos, este límite no se encuentra presente en el caso de la corte de Estrasburgo ni en el tribunal de Luxemburgo, por cuenta de los complejos procedimientos existentes para la modificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶⁹ y los tratados europeos⁷⁰.

La regla de la unanimidad, en conjunto con la necesidad de ratificación por los Estados miembros hace irreal cualquier posibilidad de sanción política del activismo judicial de las cortes europeas, dejando a los Estados en la posición incómoda e injusta desde el punto de vista político de reaccionar tan solo mediante la amenaza de abandonar el sistema, al revocar su pertenencia a la Convención o los tratados.

La misma posibilidad de *revocatoria* de los fallos del TJUE mediante la modificación de la legislación secundaria resulta extremadamente difícil y por lo tanto inverosímil. Los gobiernos de los Estados miembros, representados en el Consejo de Ministros, no son los actores exclusivos involucrados en el procedimiento, altamente acompañado por la Comisión y el Parlamento Europeo, que generalmente están interesados en apoyar la interpretación que del derecho europeo

66 La Corte Suprema Federal, fiel a una interpretación absolutista de la libertad contractual, declaró la ilegitimidad de las iniciativas de ley encaminadas a la planeación económica y la protección de los trabajadores (uno de estos casos es el *Carter v. Carter Coal Co.* - 298 U.S. 238, 1936). En reacción a esta orientación jurisprudencial, el presidente Roosevelt justo tras ser reelegido declaró una modificación en la composición de la corte, al reemplazar cada uno de los miembros que al momento de la decisión tuvieran más de 70 años de edad. Gracias al *packing proposal* de la corte, el presidente pudo nombrar seis nuevos jueces, al beneficiarse de la complacencia de la corte con el *New Deal*. El fin de esta disputa estuvo determinado por el cambio de decisión del juez Owen Roberts, que brindó el quinto voto y el más definitivo en favor del *New Deal*. El fallo más representativo de esta nueva orientación es *United States v. Darby* - 312 U.S. 100 (1941).

67 Como ha tenido lugar en Italia por ejemplo, con el fallo n. 361/1998, por medio del cual la corte constitucional declaró la inconstitucionalidad del art. 513 del código de procedimiento criminal que contenía normas similares a aquellas incluidas en el texto revisado del artículo 111 constitucional.

68 Para una explicación más detallada de los modos en que se adelanta el test de proporcionalidad en los juicios de los tribunales europeos, ver G. Scaccia, *Proportionalità e tecniche di bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Rivista AIC*, 3/2017.

69 Se requiere la participación de todos los Estados miembros del Consejo de Europa en la firma de los protocolos relevantes de modificación o enmienda del texto original de la convención.

70 Ver como referencia el art. 48 del Tratado de la Unión Europea.

realiza la corte de Luxemburgo, antes que en reaccionar a ella en aras de la defensa de los intereses nacionales de los Estados miembros⁷¹.

En resumen: en ausencia de una amenaza creíble de censura por parte de las instituciones políticas, las cortes supranacionales, como ha sido expuesto por Mark Dawson, no tienen incentivos reales para ser «*políticamente sensibles*»⁷².

Es la ausencia absoluta de *sensibilidad* política lo que ha llevado a la flexibilización con la cual los instrumentos procesales han sido interpretados sin ningún fundamento textual en los fallos de estos tribunales⁷³.

Es inútil replicar a estos argumentos afirmando que las cortes constitucionales usualmente han persistido en interpretaciones creativas. En realidad, las características de esta creatividad de los tribunales constitucionales son muy distintas, si no opuestas. Al contrario del *activismo judicial* europeo, encaminado a la expansión del poder de las cortes mediante la promoción de la más amplia y efectiva protección de derechos *contra* los Estados miembros y los legisladores nacionales, la actividad de creación de principios por parte de las cortes nacionales ha estado siempre encaminada a incrementar y no a reducir las facultades del legislador. Así ha ocurrido, por ejemplo, en la experiencia más antigua relativa al control de constitucionalidad de la legislación (*judicial review of legislation*), respecto de la doctrina del *locus standi* (*standing*) o de *ripeness* (o aptitud de los casos para ser fallados), *las opiniones consultivas*⁷⁴, o especialmente en la teoría de las cuestiones políticas⁷⁵. Lo mismo ocurre en la experiencia europea-continental del *Verfassungsgerichtsbarkeit* para los juicios

71 Esto es propiamente explicado por F. SCHARPF, *The joint Decision Trap: Lessons from German Federalism and European Integration*, en *Public Administration*, 3/1988, pp. 239 y ss; G. TSEBELIS - G. GARRETT, *The Institutional Foundations of Intergovernmentalism and Supranationalism in the European Union*, en *International Organization*, 55/2001, pp. 357 y ss. Un análisis menos detallado se encuentra en C. J. CARRUBBA - M. GABEL - C. HANKLA, *Judicial Behavior*, op. cit., pp. 435 y ss, quienes resaltan las formas de influir en la toma de decisiones del TJUE, que son diferentes de las reseñadas arriba. El autor afirma en particular que la simple amenaza de modificación del derecho de la Unión Europea en el Consejo de Ministros obligaría a la corte a fallar de forma más favorable a la posición de los Estados miembros, y que cuanto mayor sea la oposición hacia un Estado reclamante por parte de los otros Estados miembros, mayor será la posibilidad de un fallo contrario a las pretensiones del Estado miembro reclamante. Cfr. G. GARRET - B. R. WEINGAST, *Ideas, Interests, and Institutions: Constructing the EC's Internal Market*, en *Ideas and Foreign Policy*, Cornell University Press, New York, 1993, p. 178.

72 M. DAWSON, «...courts, lacking a credible threat of being censured by political institutions, have no real incentive to be politically responsive». Un análisis detallado al respecto se encuentra en C. CARRUBBA - M. GABEL - C. HANKLA, *Judicial Behaviour*, op. cit., pp. 438 y ss.

73 Pensemos, en relación con la corte de Estrasburgo, en el incremento de la efectividad de sus fallos (de *inter partes* a *erga omnes*); en la atribución propia de poderes cautelares sin ningún fundamento textual; la «invención» de los juicios piloto, cuyo fundamento es incierto si tenemos en cuenta que el mismo TEDH, justo antes de atribuirse estas facultades en el famoso caso Broniowski, apoyó una modificación ad-hoc de la convención para que le fueran conferidos estos poderes decisivos, que por supuesto no consideraba incluidos en la legislación preexistente.

74 Esta doctrina a la que hacemos referencia se encuentra presente en *Fairchild vs. Hughes*, 258 U.S. 126 (1922).

75 La doctrina de las cuestiones políticas establecida en *West Virginia vs. Barnette case*, 319 U.S. 624, 646 (1943) ha sido claramente definida como concepto en las consideraciones del juez Felix Frankfurter en *Baker vs. Carr case*, 369 U.S. 186, 266-330 (1962).

interpretativos, las declaraciones de no conformidad (*Unvereinbarkeit*), las decisiones de inconstitucionalidad diferida, la doctrina de la interpretación conforme, o la limitación retroactiva de los efectos de la declaración de nulidad. En todas estas hipótesis, los instrumentos decisorios y los métodos despojados de una firme base legal han sido establecidos en fallos cuyo objetivo ha sido el de inscribir el fallo dentro de un sistema regulatorio, de forma más razonable y «delicada», sin división sistemática alguna. El activismo interpretativo —si se le puede llamar de esta forma— ha sido funcional a la deferencia política.

No es casualidad que el fallo más creativo (y por esta razón criticado por muchos) mediante el cual la Corte Constitucional Italiana se atribuyó el poder de manejar el «tiempo» de la declaración de inconstitucionalidad, ha llevado en realidad al tribunal a negar los derechos de crédito de los solicitantes en favor de la necesidad de asegurar el balance presupuestal necesario⁷⁶. Esta es una decisión activista pero solo en apariencia, pues en realidad ha estado orientada al reconocimiento de la más amplia deferencia hacia el legislador del presupuesto.

Epílogo: las cortes supranacionales como factores de neutralización y despolitización: problemas y perspectivas

A la luz de lo expuesto hasta ahora, las cortes europeas han desempeñado de forma total y consistente un modelo de jurisdicción que ha despojado las decisiones políticas de la capacidad de interpretar y proteger los derechos, otorgando este poder a la más alta técnica jurídica, empleada por las élites intelectuales iluminadas.

Existe una perspectiva fascinante y atractiva por parte de un amplio número de académicos que reciben con agrado cualquier fallo del TEDH como una demostración de la voluntad de pasar de la barbarie a la civilización en Europa. Es el caso de muchos jueces que en momentos cruciales han intentado superar los límites claramente establecidos por la corte constitucional

⁷⁶ Nos referimos al juicio n. 10 de 2015 ya mencionado anteriormente. Dentro de los muchos comentarios críticos que han recaído sobre este fallo, hacemos referencia a R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, en *Forum di quaderni costituzionali*, 2015; R. ROMBOLI, *L'«obbligo» per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, en *Forum di quaderni costituzionali*, 2015; A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, en *Forum di quaderni costituzionali*, 2015; I. MASSA PINTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiurisdizionalismo costituzionale*, en *Costituzionalismo*, it, 2015; I. CIOLLI, *L'art.81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, en *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015 y del mismo modo, G. SCACCIA, *Equilibrio di bilancio, irretroattività assoluta della dichiarazione di incostituzionalità e principio di effettività della tutela giurisdizionale nella sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015*, en *Rassegna tributaria*, 5/2015, 545 y ss. Así mismo A. ANZON DEMMIG, *La corte costituzionale «esce allo scoperto» e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, en *Giur. Cost.*, 2015, 67 ss., y *Elogio della sentenza n. 10 del 2015*, en *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015.

—comenzando por los famosos fallos «gemelos» n. 348 y 349 de 2007—, aplicando indiscriminadamente todas las normas europeas y convenciones como derecho prevalente sobre cualquier norma nacional, sin mediación alguna del tribunal constitucional⁷⁷.

En conclusión, en aras de referirnos de forma circular a la afirmación de *Schmitt* citada al inicio del presente texto, debemos preguntarnos si es posible hablar de un verdadero nivel de neutralización mediante la técnica jurídica, de la exuberante parcialidad de los *policy makers* y *cuáles serán las consecuencias sobre el sistema jurídico del posicionamiento de la protección de los derechos en un marco multinacional*, limitándolos a una dimensión puramente abstracta.

Tenemos la impresión de que este posicionamiento de los derechos no implica un factor técnico de neutralización, sino un concepto moral y filosófico fuerte de los derechos humanos, vinculado a un modelo post-estatal de constitucionalismo republicano con vocación cosmopolita, en el que podemos encontrar una lejana herencia del pensamiento de Immanuel Kant⁷⁸. Un *gobierno sin estatalidad* fundado en la premisa de que la soberanía política puede limitarse de forma más efectiva si es «compartida», o mediante la imposición de restricciones externas cuya aplicación se ha encargado a órganos supranacionales compuestos principalmente por tecnócratas⁷⁹.

77 Me refiero en particular a la jurisprudencia administrativa que ha interpretado el artículo 6 del tratado de Lisboa como un mecanismo para adherir el derecho convencional a los principios comunitarios de la UE (Cons. St, sección IV, fallo n. 1220 de 2010 y TAR Lazio, sección II bis, fallo n. 11984 de 2010), y la cuestión prejudicial de Bozen en el caso Kambera (C-571/2010), en el cual, entre otras cosas, el TJUE fue llamado a proferir una opinión sobre «the reference to [ECJ] done in article 6[, paragraph 3] EU Treaty impose to the national judge to implement concretely the provisions of this Convention (.), thus not applying the provision of conflicting national law, without previously raising a question of legitimacy before the Constitutional Court» (par. 59 de la orden n. 666 de 24 de noviembre de 2010). Así como los sorprendentes *obiter dicta* de la Corte de Casación (Cas. sección Civ. fallo n. 8108 del 23 de mayo de 2012; Cas. sección Civ. fallo n. 23418 del 19 de noviembre de 2010, n. 26286 del 29 de diciembre de 2010, nn. 7659, 7660, 7661 y 7663 del 16 de mayo de 2012, nn. 8817 y 8818 del primero de junio de 2012), que dio fin a los límites teóricos contrarios, por considerarlos una reliquia del pasado, rastro de formas inmaduras de integración, al establecer: «The (same) theory of limits against, that also found reasonable justifications in the years 70-80 of the last Century, when the process of integration was really starting, seems to be today in sharp contradiction with the same concept of integration as it is the case today, even by virtue of the development of the Court of Justice judgments—that has given enough evidence of protection of fundamental rights—and the reference to the Charter of the European Union Fundamental Rights, binding also for European institutions, so as to think of the conflict between European Union law and national law as impossible in a complete integrated European law framework». Una reacción a esta tendencia puede encontrarse también en el juicio n. 269 de 2017, por medio del cual la corte ha invertido el orden de las cuestiones prejudiciales, tanto del nivel constitucional como europeo, ante la hipótesis de violación de la constitución o de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

78 I. KANT, *Zum ewigen Frieden*, 1795, traducción al italiano en *Per la pace perpetua*, Feltrinelli, Milano, 1991, pp. 54 y ss.

79 Cfr. W. WALLACE, *Government Without Statehood. The Unstable Equilibrium*, en H. WALLACE - W. WALLACE (EDS), *Policy making in the European Union*, Oxford University Press (Oxford), 1996, pp. 439 y ss

Este es un concepto que posiciona a los derechos dentro de una comunidad política virtual y no real⁸⁰, reduciéndola a la dimensión puntual del reclamante, interpretando el derecho en el contexto individual específico fuera de su contexto social, su dimensión de pertenencia, y su responsabilidad de participación activa en una comunidad política. Todos estos son elementos que definen límites sistemáticos a la posición subjetiva de intereses, facilitando un balance más razonable entre derechos individuales y deberes sociales.

Una visión que implica irremediamente algún tipo de emancipación de los derechos frente a las decisiones y procesos conversacionales de formación de la opinión, una separación de su dimensión histórica concreta. Incluso en el contexto de las experiencias constitucionales nacionales, la polaridad dialéctica entre *constitucionalismo legal* y *constitucionalismo político*⁸¹ es bastante conocida. De hecho, fundamentan el campo teórico desde la misma institución de los sistemas de justicia constitucional.

De esta forma, en el contexto jurídico nacional —a diferencia de los contextos europeo y convencional— existen mejores condiciones para alcanzar acuerdos prácticos entre estas dos posiciones.

Por un lado, efectivamente las cortes constitucionales son instrumentos de progreso e implementación de la *constitución política* cuando facilitan los circuitos democráticos al resolver sus cuellos de botella, al ampliar los derechos de participación, asegurando transparencia y controlando la toma de decisiones públicas, en reacción a la posición de oligopolio o bloque en el *mercado de las ideas*. Desde esta perspectiva, incluso el activismo no determina el transcurso judicial en el ámbito reconocido al legislador, aunque sí es funcional a la formación más balanceada y consciente de la voluntad política⁸².

De otro lado, la discusión sostenida entre las cortes constitucionales y las instituciones políticas desencadena un *diálogo democrático* que produce una alternancia natural entre la deferencia y el activismo pero que permite, en ambas fases, evitar dos resultados igualmente extremos e indeseables: la degradación del

80 A este respecto resulta fundamental el aporte de L. AZOULAI, *Judicial activism at the European Court of Justice*, in M. DAWSON - B. DE WITTE — E. MUIR by Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, 2013, pp. 167 y ss.

81 Nos referimos de forma precisa al *constitucionalismo político* como aquel que influye en la posición central de los procedimientos de discusión de formación de la opinión pública, los parlamentos y las instituciones políticas encaminadas a la implementación de las normas constitucionales; y a *constitucionalismo legal* como aquel que se basa principalmente en la *accountability* jurídica (en lugar de una forma política), de las instituciones gubernamentales y el rasgo procesal prevalente de los derechos fundamentales. La primera forma de constitucionalismo se basa en la transparencia de los procesos de decisión, la participación democrática, el control social y los medios como instrumentos capaces de desarrollar los rasgos democráticos del sistema, implementando así las normas constitucionales. La segunda forma resalta el rol importante de las cortes para proteger las minorías, para ampliar el grado de protección de los derechos fundamentales, para construir opinión pública en línea con los principios de la razón mediante un uso fuerte de test de razonamiento, incluso pagando el precio de la reducción de la acción y el ámbito de decisión de la legislación democrática.

82 Expuesto con claridad por J.H. ELY, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Ma, 1980.

respeto hacia el legislador por cuenta de someterlo al poder legislativo o, por el contrario, convertir el protagonismo judicial en una fechoría. En el ámbito jurídico europeo, las condiciones básicas para contener esta alternancia entre *activismo* y *deferencia* dentro de límites razonables no son fáciles de detectar y todo permanece en las manos del *auto control* voluntario de los tribunales, lo cual resulta es difícil de esperar.

La ausencia de diálogo real con los actores políticos no puede ser reemplazado por la integración del contradictorio del tribunal, aunque sea la integración más amplia posible. Podemos estar de acuerdo con el hecho de que la voluntad legislativa, marcada por «el combate» de los conflictos ideológicos y políticos, puede valorar en sede de control constitucional en un ambiente más idóneo para el razonamiento, y regresar a la razonabilidad. Y no resulta arriesgado afirmar que la razón política, bajo el diálogo fructífero con los distintos casos judiciales, retornará a la razón práctica. Resulta claro que la argumentación y decisión judiciales no puede reemplazar los procedimientos democráticos, sino tan solo reproducir un fragmento o porción, pero es en todo caso incapaz de reemplazar la función sistemática por cuanto su rigidez formal y procedimientos no permiten la mediación cultural de intereses que se adelanta en los escenarios de discusión de las políticas democráticas.

La única oportunidad posible y concreta de un *diálogo democrático* por parte de las cortes supranacionales es, en términos reales, el diálogo con las cortes constitucionales nacionales. En el nuevo contexto de la jurisdicción supranacional de los derechos, las cortes nacionales deben fungir como promotoras de las expectativas y prerrogativas de los procesos políticos domésticos. En realidad, tienen la misión de reclamar la repolitización del derecho jurisprudencial elaborado por las cortes supranacionales sin restricción alguna por parte de los tomadores de decisión política, en un contexto prácticamente vaciado de diálogo con los actores políticos.

Los jueces constitucionales, protectores de los derechos vinculados a los territorios en los que se encuentran y por ende atados a aquella identidad cultural e histórica específica, no se caracterizan por ninguna *dimensión política*⁸³ por definición o en virtud de su status teórico, han terminado por convertirse, por cuenta de una ingeniosa paradoja de la historia, en los auténticos defensores extremos del *rasgo político* de los derechos fundamentales.

TITLE: *Supranational courts of justice and judicial activism*

ABSTRACT: *In the following pages, It will analyse some of the reasons underlying this structural tendency of the European Courts towards activism, explaining the theory that considering the European*

83 Como ha sido definido por G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Einaudi, Torino, 2005.

environmental framework, it appears that there are no conditions and institutional incentives to reasonably reach a balance between the political-historical dimension and the judicial-interpretative one of the fundamental rights.

RESUMEN: *Se abordan en este trabajo algunas de las razones subyacentes a esta tendencia estructural de los tribunales europeos hacia el activismo, exponiendo la teoría de que a la luz del contexto institucional europeo, parece que no existen las condiciones ni los incentivos institucionales para alcanzar un balance razonable entre la dimensión política-histórica y la judicial-interpretativa de los derechos fundamentales.*

KEY WORDS: *Supranational courts of justice, Judicial activism.*

PALABRAS CLAVE: *Cortes supranacionales de Justicia, Activismo judicial.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 02.05.2019

FECHA DE ACEPTACIÓN: 29.07.2019

