

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

COMITÉ DE INVESTIGACIONES

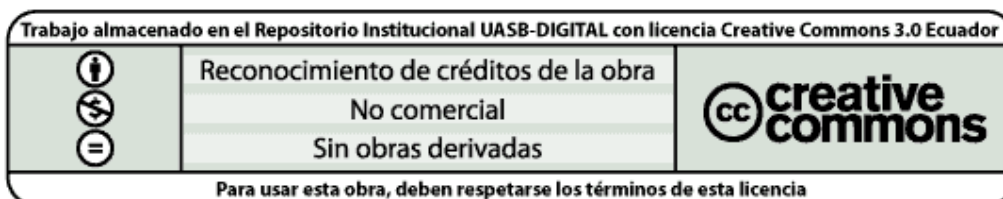
INFORME DE INVESTIGACIÓN

**Eficacia de la justicia constitucional y dimensión objetiva de los
derechos fundamentales en la reparación integral. Lecciones desde el
Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho
Comparado**

Claudia Escobar García

Quito - Ecuador

2010



CLAUDIA ESCOBAR GARCIA

Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá); máster en Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar (UASB-Quito). Docente de la Pontificia Universidad Javeriana, de la UASB-Quito, de la Universidad de los Hemisferios (Quito) y de la Universidad de la Sabana (Bogotá). Actualmente investigadora de la Corte Constitucional.

ABSTRACT

Este trabajo establece el vínculo entre eficacia de la justicia constitucional y dimensión objetiva de los derechos fundamentales en la reparación integral, demostrando que cuando el juez atiende esta dimensión de los derechos se incrementa la incidencia y el impacto de sus fallos.

A partir del análisis de tres dispositivos utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia, a saber, el control de convencionalidad, la formulación explícita de sub-reglas jurisprudenciales con fuerza vinculante y la declaratoria del “estado de cosas inconstitucional” y el consecuente seguimiento, se demuestra que existe un vínculo entre la protección de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la eficacia de la justicia constitucional.

SUMARIO

1. Introducción y planteamiento del problema de investigación.
2. La protección de la dimensión objetiva de los derechos en el contexto de las teorías sobre la eficacia de la adjudicación constitucional.
3. El vínculo entre dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la eficacia de la jurisdicción constitucional, a la luz de la experiencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos y la Corte Constitucional colombiana.
 - 3.1. El impacto del “control de convencionalidad” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en función de la libertad de expresión.
 - 3.1.1. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los límites al poder punitivo del Estado en relación con la libertad de expresión.
 - 3.1.2. El impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los límites al poder punitivo del Estado en relación con la libertad de expresión.
 - 3.1.2.1. El impacto directo de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el contenido del derecho interno.
 - 3.1.2.1.1. El impacto en el derecho interno de los Estados parte en los casos contenciosos de la Corte IDH.
 - 3.1.2.1.2. El impacto en el derecho interno de los Estados que no fueron parte en los casos contenciosos de la Corte IDH.
 - 3.1.2.2. El impacto indirecto de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno, mediante su recepción por los jueces nacionales.
 - 3.1.2.3. El impacto de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las prácticas y los discursos de los operadores jurídicos.
 - 3.2. El impacto de las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia en el marco del sistema educativo.
 - 3.2.1. Las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia en el marco del sistema educativo.
 - 3.2.2. El impacto de las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia en el marco de las instituciones educativas.
 - 3.2.2.1. El impacto de las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia en los manuales de convivencia.
 - 3.2.2.2. El impacto de las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia en las concepciones y prácticas de los actores del sistema educativo.
 - 3.2. El impacto de las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia en el marco del “estado de cosas inconstitucional” en materia de desplazamiento forzado.
 - 3.2.1. Las decisiones de la Corte Constitucional en materia de desplazamiento forzado.
 - 3.2.2. El impacto de las decisiones de la Corte Constitucional en materia de desplazamiento forzado.
4. Conclusiones generales.

EFICACIA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DIMENSIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA REPARACIÓN INTEGRAL. LECCIONES DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO COMPARADO.

SUMARIO

1. Introducción y planteamiento del problema de investigación.
2. La protección de la dimensión objetiva de los derechos en el contexto de las teorías sobre la eficacia de la adjudicación constitucional.
3. Vínculo entre dimensión objetiva de los derechos fundamentales y eficacia de la jurisdicción constitucional, a la luz de la experiencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional colombiana.

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACION.

La justicia constitucional es inquietante e insólita en muchos sentidos. Una de las razones es que suele provocar toda suerte de reacciones encontradas e incompatibles entre sí. Mientras para algunos constituye la única garantía institucional del compromiso con la justicia y la equidad, y sobre todo con la vigencia efectiva de los derechos humanos, para otros no es más que una invención artificial que pretende ocultar los mismos vicios y defectos de los poderes tradicionales del Estado; mientras para algunos encarna un nuevo paradigma de democracia que va más allá del mero sufragio, para otros no es más que una institución sin representación democrática, en la que unas pocas personas imponen arbitrariamente a la sociedad en su conjunto sus creencias e intereses particulares, bajo el ropaje de un discurso aparentemente progresista y liberador; mientras que para algunos la racionalidad y objetividad de las decisiones de la justicia constitucional es plenamente controlable, para otros constituye una imposibilidad lógica. Se trata entonces una justicia de “amores y odios”.

Uno de los debates más interesantes en el que se pone en evidencia esta ambivalencia, se ha centrado en la eficacia de la justicia constitucional. Se trata en realidad de un problema relativamente reciente en nuestro contexto, pues dentro de la mentalidad normativista de los abogados la atención se ha tendido a concentrar en cuestiones como la legitimidad, la interpretación y argumentación constitucional, y la objetividad y racionalidad de las decisiones judiciales, más que en problemas de estirpe empírica, como el impacto de la justicia en la realidad.

A pesar de lo anterior, en las últimas décadas se han estructurado dos posturas básicas. Por un lado (y esta parece ser la posición dominante entre los abogados), existe una fuerte confianza en su capacidad para incidir directamente en la realidad, y especialmente para garantizar la vigencia efectiva de los derechos de todas las personas, y para controlar el ejercicio del poder y el principio democrático. En muchas

ocasiones esta postura no es explicitada, sino que es asumida intuitivamente por los operadores jurídicos como un supuesto que subyace al discurso y la práctica jurídica¹.

Por otro lado, sin embargo, ha comenzado a cuestionarse el impacto de la justicia constitucional en las democracias contemporáneas². Estas sospechas tienen fundamentalmente dos orígenes. Una primera vertiente considera que la justicia constitucional tiene una eficacia meramente simbólica, más que una incidencia en la realidad. Esta desconfianza e incredulidad surge al intentar establecer una relación de causalidad entre decisión judicial y cambio social, pues un análisis de este tipo pone en evidencia que la instauración y puesta en marcha de la justicia constitucional no ha tenido ninguna incidencia significativa en los indicadores sociales, como el nivel de pobreza, la distribución de la riqueza, o el acceso a la salud, la educación y la vivienda.

Se sostiene entonces que bajo la fachada de un discurso progresista y liberador, y bajo la fachada de unos cuantos casos aislados aparentemente aseguradores de justicia y equidad, lo que en realidad existe es una legitimación del estado de cosas existente (y por supuesto, de la injusticia e inequidad), sin que de ningún modo se actúe directamente sobre los problemas estructurales que provocan la violación sistemática y reiterada de los derechos fundamentales. En el mejor de los casos existen unos cuantos fallos notorios y sobresalientes sobre materias especialmente controvertidas, que sirven para otorgar prestigio al órgano judicial frente a la comunidad (y especialmente frente a la comunidad académica), pero no para alterar el funcionamiento social.³

¹ Cfr. Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 39-61 y 95-114 (sosteniendo que el “tribunal de la historia” ha demostrado la necesidad de una justicia constitucional robustecida, al haber contribuido eficazmente en la construcción de sistemas democráticos, y en la vigencia efectiva de los derechos fundamentales); Gabriel Mora Restrepo, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, pp. 36-37 (sosteniendo que una justicia constitucional implica grandes ventajas para las sociedades democráticas, al asegurar efectivamente los derechos fundamentales, y en general el cumplimiento y respeto de la Constitución).

² Cfr. Claudia Escobar García (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 17-21 (identificando y explicando las posturas sobre la eficacia de la justicia constitucional); Julieta Lemaitre, “Fetichismo legal: Derecho, violencia y movimientos sociales en Colombia”, en Claudia Escobar García (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, 2009, pp. 23-43 (utilizando la noción “fetiche” para explicar a un mismo tiempo las limitaciones del litigio constitucional como instrumento eficaz de emancipación social, y su sentido y justificación como proyecto político y como reacción frente a la injusticia); Esteban Restrepo, “Reforma constitucional y progreso social: la constitucionalización de la vida cotidiana en Colombia”, en Roberto Saba (ed.), *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, pp. 73-88 (demostrando desde la experiencia colombiana que aunque desde una perspectiva instrumental la justicia constitucional carece de eficacia, desde una visión denominada “constitutiva”, sí ha tenido un impacto significativo en la constitucionalización de las relaciones sociales cotidianas).

³ Cfr. Juan Antonio García Amado, “Jurisprudencia simbólica”, en Revista *Ámbito Jurídico* Nro. 226, Bogotá, junio de 2007, p. 15 (caracterizando la denominada “jurisprudencia simbólica”, en clara e inequívoca referencia a la Corte Constitucional colombiana, mediante dos manifestaciones: primero, cuando un tribunal se muestra rupturista, revolucionario y progresista en asuntos que tienen pocas implicaciones prácticas, pero tímido y escrupuloso cuando se encuentran comprometidos los intereses políticos y económicos dominantes; así por ejemplo, cuando se declara la inexecutable de un tipo penal que nunca es aplicado por los operadores jurídicos, pero en cambio se permite la permanencia indefinida de los gobiernos y los presidentes. Y segundo, cuando en lugar de solucionar los problemas concretos y específicos de las personas que acuden a la justicia, se emiten órdenes genéricas y hacia el futuro, como cuando en lugar de garantizar la vida e integridad de una persona privada de la libertad que interpone una acción de tutela, se ordena construir nuevas y mejores cárceles).

Se habla, por ejemplo, de un “constitucionalismo simbólico” en América Latina⁴, en el que por un lado se elaboran y expiden Constituciones generosas en el reconocimiento de derechos y en la configuración de poderes limitados e independientes, y en el que por otro, dichos textos son desfigurados y “desconstitucionalizados” en su proceso de concreción por los operadores jurídicos, especialmente en lo que se refiere a los derechos fundamentales, al principio de separación de poderes y a los procedimientos electorales; existe entonces una hipertrofia de la dimensión simbólica del derecho, en claro e inequívoco detrimento de la realización material de las disposiciones constitucionales, pero con el efecto adicional de servir como instrumento de legitimación y de inmunización del sistema político y económico existente. La justicia constitucional viene a ser uno de los agentes principales de este proceso de concretización hipertrófica.

La segunda vertiente, en cambio, acepta y reconoce la eficacia real de la justicia constitucional, pero sostiene que su intervención en la vida económica, política y social afecta seriamente, a corto, mediano y largo plazo, la vigencia de los derechos fundamentales que ella misma pretende proteger y garantizar. A pesar de los buenos propósitos e intenciones de los jueces constitucionales, su incursión en materias de alto impacto económico y social, como la declaratoria de inconstitucionalidad de leyes con contenido económico, o la formulación o reformulación de políticas públicas en materias tan delicadas como la salud, la educación o la vivienda, resultan siendo nocivas.

En este contexto, algunos economistas han puesto en evidencia el impacto económico de algunas decisiones de la justicia constitucional, señalando que pese al discurso garantista en que se respaldan, han terminado por afectar seriamente los principios y derechos básicos que pretendían asegurar y proteger; la mayor parte de las críticas apuntan a demostrar que las decisiones de los jueces constitucionales han perjudicado la distribución de la riqueza, en la medida han sido utilizadas por los segmentos sociales más favorecidos para extraer de los sistemas de seguridad social los recursos que deberían estar destinados a satisfacer las necesidades básicas de los pobres.⁵

⁴ Cfr. Marcelo Neves, “Estado Democrático de Direito e Constitucionalismo na América do Sul”, en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2010, pp. 203-222 (caracterizando el “constitucionalismo simbólico” en América Latina y especialmente en Brasil).

⁵ Cfr. Salomón Kalmanovitz Krauter, *La Corte Constitucional y la capitalización de intereses*, mimeo, 2000 (identificando el impacto económico de las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia sobre el sistema de financiación de vivienda, y en particular, el efecto negativo en la distribución de la riqueza, por dos razones: primero, porque los beneficiarios del “alivio” ordenado por la Corte para los créditos de vivienda fueron los estratos sociales altos, y no la amplia capa social pobre; y segundo, porque quienes costearon los subsidios fueron todos los colombianos, bien como usuarios del sistema financiero, o bien como contribuyentes del impuesto del IVA, que evidentemente tiene una mayor incidencia negativa en los estratos más bajo. Se concluye entonces que “*las sentencias hicieron más injusta la distribución de la renta en Colombia (...)*”; Sergio Clavijo, “Fallos y fallas económicas de las Altas Cortes. El caso de Colombia 1999-2000”, en Claudia Escobar (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 45-87 (explicando el impacto económico de las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia sobre el sistema de financiación de vivienda y sobre la indexación de salarios en el sector público, para demostrar que el “desbordamiento” de la justicia constitucional afecta seriamente a corto, mediano y largo plazo el acceso de todas las personas a los servicios básicos; así, cuando la Corte ordenó la reliquidación general de las deudas hipotecarias, independientemente del estrato social y de la capacidad económica, y sin imponer un límite en el subsidio a la vivienda de mayor valor, el resultado fue que los estratos altos recibieron la mayor parte de los subsidios; y cuando ordenó la indexación general de los salarios de los servidores públicos, terminó beneficiando a los más ricos y privilegió injustificadamente al sector público sobre el privado); Mauricio Bocanumnet Arbeláez, “Efectos del control constitucional en la macro-economía. Estudio de

La presente investigación se inscribe en esta problemática sobre la eficacia de la justicia constitucional. En particular, pretende ser una respuesta a la primera de las críticas expuestas anteriormente, según la cual la jurisdicción constitucional carece de la potencialidad para producir cambio social visible y verificable. Se intenta demostrar que la incapacidad de transformación social no es una característica intrínseca o natural de la justicia constitucional, sino que por el contrario, ello depende en buena parte de las propias políticas de cada tribunal, y específicamente de la atención que se le brinde a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. Es decir, se pretende establecer el vínculo entre *eficacia de la justicia constitucional* y *dimensión objetiva de los derechos*, mostrando de qué modo aquella puede incrementarse en la medida en que la decisión judicial atienda las exigencias que se derivan de esta última.

Para tal efecto, se procederá del siguiente modo. En primer lugar, se identificarán las teorías sobre la eficacia de la adjudicación constitucional, y se ubicará la presente postura dentro de estas teorías; específicamente, se explicará en qué sentido la eficacia se encuentra determinado por el nivel de activismo judicial.

En segundo lugar, se identificarán tres tipos de decisiones de la justicia constitucional, que atendiendo a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, han logrado tener un impacto social relevante y significativo en tres niveles: en la definición y redefinición del *contenido del derecho positivo*, en la configuración de las *prácticas y los discursos de los operadores jurídicos*, y en la configuración de las *concepciones y las prácticas efectivas* de la vida social. Se tomarán como punto de referencia las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que concretan el denominado “control de convencionalidad” a partir de la libertad de expresión,⁶ y las sentencias de tutela de la Corte Constitucional de Colombia expedidas en el contexto de las instituciones educativas, y en el marco del “estado de cosas inconstitucional” en materia de desplazamiento forzado. En todos estos casos lo que pretende demostrarse es que la debida atención de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales contribuye significativamente a la eficacia de la justicia constitucional.

caso: sistema pensional colombiano”, en Revista Borradores de Investigación Nro. 73, Universidad del Rosario, julio 2005, pp. 2-19 (demostrando que las decisiones de la Corte sobre el sistema pensional no solo han afectado el presupuesto nacional, sino también la distribución equitativa de los recursos y el interés general).

Una respuesta integral a estos cuestionamientos se encuentra en Rodrigo Uprimny Yepes, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, en *Revista de Derecho Público*, Nro. 12: Justicia constitucional y política económica, Universidad de los Andes, 2001, pp. 145-195.

⁶ Aunque cause cierta extrañeza la utilización de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como ejemplo de adjudicación constitucional, debe tenerse en cuenta que entendido el constitucionalismo en un sentido amplio, como referido al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales (humanos), y a la organización y limitación del poder, la justicia constitucional no es únicamente la justicia estatal, sino también las justicias locales, supranacionales e internacional. En este sentido es precisamente que se habla de “*transconstitucionalismo*”. Cfr. Marcelo Neves, *Transconstitucionalismo*, Ed. Martín Fontes, 2009 (explorando los tipos de relación entre los órdenes constitucionales locales, nacionales, regionales, internacional y global, y proponiendo la construcción de una “racionalidad transversal” que haga posible el diálogo entre estos).

Por último, y a modo de conclusión, se extraerán las consecuencias del análisis anterior, mostrando la necesidad de reconstruir la teoría y las prácticas de la reparación integral, atendiendo no solo a la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales, sino también su dimensión objetiva.

2. LA PROTECCION DE LA DIMENSIÓN OBEJTIVA DE LOS DERECHOS EN EL CONTEXTO DE LAS TEORÍAS SOBRE LA EFICACIA DE LA ADJUDICACIÓN CONSTITUCIONAL.

Tal como se explicó anteriormente, la eficacia de la justicia constitucional ha sido un problema inexplorado en el contexto latinoamericano, pues la mayor parte de estudios se han concentrado en el *contenido* de la decisión judicial, más que en sus *efectos*. Abundantes y profundas teorizaciones se han hecho, por ejemplo, sobre la objetividad y la racionalidad, sobre la legitimidad, y sobre metodologías interpretativas y argumentativas de los fallos judiciales. Por el contrario, en términos generales ha sido poca la reflexión sobre el impacto de las decisiones de los jueces, debido probablemente al hecho de que se trata de un problema de estirpe más empírica, frente a la cual los abogados contamos con pocas herramientas conceptuales, metodológicas y técnicas; en muchas ocasiones, incluso, ni siquiera contamos con el interés.

Sin embargo, poco a poco se ha despertado esta preocupación debido tanto a la recepción de elaboraciones teóricas de otros contextos, como a la “presión” que se ha ejercido desde otras profesiones como la ciencia política, la sociología y la economía, para abordar esta problemática. En el caso colombiano, por ejemplo, el reciente interés ha sido provocado tanto por la recepción de teorías angloamericanas sobre la eficacia de la justicia constitucional⁷, como por el creciente interés de los economistas colombianos por el impacto económico de las decisiones de la Corte Constitucional⁸.

Este artículo no ofrece una respuesta al problema por la eficacia o ineficacia de la justicia constitucional. Es decir, no se sostiene que ésta sea eficaz o ineficaz *en abstracto*. Por el contrario, se asume que la eficacia de la justicia constitucional es un asunto *contingente* que depende de múltiples y complejas variables, y cuya incidencia se debe determinar en cada caso particular.

⁷ Este es el caso, por ejemplo, de autores colombianos como Esteban Restrepo y César Rodríguez Garavito, cuyas elaboraciones conceptuales sobre la eficacia de la justicia constitucional parten de las teorizaciones de este problema en Estados Unidos. Así por ejemplo, el análisis de Esteban Restrepo en *Reforma constitucional y progreso social: La 'Constitucionalización de la Vida Cotidiana' en Colombia* (véase nota *supra* 2) parte de distinguir las denominadas “perspectiva instrumental” y “perspectiva constitutiva”, en autores como Robert W. Gordon, Gerald Rosenberg, Alan Hunt, Austin Sarat y Thomas Kearns, Ann Arbor, Michael W McCann y John Brigham. Por su parte, el análisis de César Garavito y Diana Rodríguez Franco en *Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia*, parte de la distinción entre las denominadas “perspectiva neorrealista” y “perspectiva constructivista”, en autores como Gerald Rosenberg y Michael McCann (Cfr. César Garavito y Diana Rodríguez Franco, “Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia”, en Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 328-334).

⁸ Cfr. nota *supra* 5.

En este contexto, lo que interesa más bien es identificar los factores que inciden en la eficacia de la justicia constitucional, y profundizar en uno de ellos, tal como se mostrará a lo largo del este artículo.

En términos generales puede afirmarse que se han estructurado tres teorías sobre la eficacia de la adjudicación⁹. En primer lugar, se menciona el *diseño institucional* como factor determinante en el funcionamiento de los tribunales. Así por ejemplo, se atribuyen los resultados de la justicia constitucional a factores como sistema de designación, la posibilidad o la imposibilidad de la reelección, el período de los jueces o magistrados, o los requisitos y el procedimiento de las acciones judiciales¹⁰.

Otra vertiente, en cambio, explica el funcionamiento y los resultados de la justicia en función del contexto político, económico y social. Se sostiene entonces que condiciones del entorno, como la fortaleza institucional, el nivel de participación de las organizaciones sociales o el vigor democrático, son las que determinan la eficacia de la justicia¹¹.

Por último, otros sostienen que la eficacia viene a depender de las propias políticas y prácticas de los jueces, de modo que su nivel de activismo determina su éxito o su fracaso. Algunos establecen un vínculo entre moderación, medida y eficacia, mientras que otros, por el contrario, establecen el nexo con el activismo judicial¹².

⁹ Cfr. Laurence R. Helfer, Karen J. Alter y M. Florencia Guerzovich, *Islands of Effective International Adjudication: Constructing and Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community*, 103 AM. J. INT'L L., 2009, pp. 1-46 (examinando las teorías sobre los factores que contribuyen a la eficacia de la jurisdicción internacional a la luz de la experiencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que ha logrado crear una isla de estado de derecho eficaz en propiedad intelectual, pero que ha fracasado en todo lo demás).

¹⁰ Para un estudio de esta teoría en el contexto de la adjudicación internacional, cfr. Robert Keohane, Andrew Moravcsik & Anne-Marie Slaughter, *Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational*, 54 INT'L ORG. 457, 2000, pp. 458-460 (analizando la relación entre eficacia e independencia, acceso y arraigo); Helfer & Slaughter, *Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo*, 93 CALIF. L. REV. 899, 2005, 931 (examinando la relación entre eficacia e independencia en tribunales internacionales); Erica A. Posner y John C. Yoo, *Judicial Independence in International Tribunals*, 93 CALIF. L. REV. 1, 8, 2005 (atribuyendo la eficacia de tribunales internacionales a la dependencia, es decir, a su integración por jueces controlados por los gobiernos mediante la posibilidad de la reelección o mediante la amenaza de represalias).

Para un estudio de esta teoría en el contexto de los tribunales constitucionales andinos, cfr., Claudia Escobar, *Estudio comparativo del proceso de judicialización constitucional en Colombia y en el Ecuador*, tesis para optar por el título de Magíster, Universidad Andina Simón Bolívar, 2006 (no publicado) (explorando cómo el diferente diseño institucional de la Corte y el Tribunal Constitucional colombiano y ecuatoriano respectivamente, determinó su diferente funcionamiento y resultados).

¹¹ Para un estudio de esta teoría en el contexto de la adjudicación internacional, cfr. Robert Keohane, Andrew Moravcsik & Anne-Marie Slaughter, *Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational*, 54 INT'L ORG. 457, 2000, p. 478 (afirmando que la justicia internacional es más eficaz en las democracias liberales); Anne-Marie Slaughter, *A Liberal Theory of International Law*, 94 ASIL PROC. 240, 2000, pp. 241-45 (argumentando que factores como la calidad de la democracia explican la eficacia de la justicia internacional).

¹² Para un estudio de esta teoría en el contexto europeo, cfr. Laurence R. Helfer & Anne-Marie Slaughter, *Toward Theory of Effective Supranational Adjudication*, 107 YALE L. 273, 1997, p. 308 (explicando cómo el activismo –que incluso llega hasta la manipulación– de las cortes europeas incrementa su impacto en la vida económica, política y social).

Para un estudio de esta teoría en el contexto de los tribunales constitucionales andinos, cfr. Claudia Escobar, *Estudio comparativo del proceso de judicialización constitucional en Colombia y en el Ecuador*, tesis para optar por el título de Magíster, Universidad Andina Simón Bolívar, 2006 (no publicado) (mostrando de qué modo la Corte Constitucional colombiana resultó tener una mayor “éxito” que el antiguo Tribunal Constitucional ecuatoriano, gracias a su mayor activismo); Claudia Escobar, “Prácticas judiciales y discrecionalidad judicial”, en Revista Foro Nro. 6, Quito, Corporación Editora Nacional, 2006 (mostrando cómo pese a que la Constitución colombiana era más restrictiva que la ecuatoriana, la Corte colombiana tuvo mayor impacto que el antiguo Tribunal Constitucional, gracias a su mayor nivel de activismo).

Quizás estos factores son concurrentes e interdependientes, y su peso relativo es variable. La evidencia empírica tiende a mostrar que estos confluyen a la hora de determinar la eficacia de la justicia constitucional, que existen determinaciones mutuas entre ellos, y que dependiendo del caso particular de que se trate, uno de ellos puede tener preponderancia sobre los demás, mientras que en otros casos puede ocurrir algo distinto.

Así por ejemplo, el relativo “éxito” de la Corte Constitucional colombiana parece estar determinado por distintos factores, desde cuestiones como el largo período de los magistrados o la prohibición de la reelección, hasta cuestiones como el alto nivel de institucionalidad en el país o el buen nivel académico de la mayoría de sus integrantes y de sus subalternos. Las dificultades del antiguo Tribunal ecuatoriano, en cambio, probablemente están relacionadas con cuestiones como el agitado y complejo entorno político, el sistema de designación de los vocales, la “auto-restricción” que se impusieron los vocales a sus facultades y competencias, entre muchos otros¹³.

De igual modo, estos factores suelen estar relacionados entre sí: el sistema de designación y la posibilidad de reelección de los magistrados del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no parece favorecer el activismo judicial, y el entorno político de los países andinos parece debilitar su iniciativa e intervención en cuestiones a las que en otras condiciones estaría llamado a mediar¹⁴.

Por último, el peso o importancia relativa de estos factores tiende a ser variable. Así, aunque el sistema de designación de jueces/magistrados en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina establece una vinculación entre éstos y el Ejecutivo de cada país, los resultados han sido distintos¹⁵: mientras que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina tiende a ser “condescendiente” con los Estados, la Corte Interamericana, en cambio, normalmente concuerda con las pretensiones de condena de la Comisión Interamericana, y generalmente lo hace en términos muy estrictos y rigurosos; de igual modo, mientras el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina está equipado con amplísimas facultades y competencias para garantizar la efectividad del ordenamiento

¹³ Claudia Escobar, “Entre identidad e intercambio jurídico. El caso del constitucionalismo ecuatoriano”, en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (eds), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización*, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (en proceso de publicación) (haciendo un diagnóstico de la justicia constitucional ecuatoriana antes de la elaboración de la Constitución de 2008).

¹⁴ Para un diagnóstico de la eficacia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *cfr.* Laurence R. Helfer, Karen J. Alter y M. Florencia Guertzovich, *supra nota 9* (explicando por qué el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha logrado crear una isla de estado de derecho eficaz en propiedad intelectual, y por qué ha fracasado en todas las demás áreas).

¹⁵ El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina está integrado por cuatro magistrados, uno de cada país miembro (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú); son designados por unanimidad por los mismos magistrados, de terna enviada por el Presidente de cada país (arts. 6-9 del Tratado de Creación del Tribunal, modificado por el Tribunal de Cochabamba). En la práctica, sin embargo, siempre es elegido quien en la terna ocupa el primer lugar, por lo que en últimas la designación viene a depender enteramente de los Presidentes de cada país.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos está integrada por siete jueces, que son designados en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados parte en la Asamblea General, de una lista de candidatos propuestos por los mismos Estados (arts. 52-53 de la Convención American de Derechos Humanos).

comunitario andino¹⁶, institucionalmente está muy bien dotado (como lo demuestra el hecho de que funciona de manera permanente y de que la remuneración de los magistrados se encuentra muy por encima de los promedios nacionales), y está respaldado por una amplia y precisa normativa¹⁷, la Corte Interamericana aunque no cuenta con ninguna de estas ventajas (pues su instrumento de trabajo es la escueta pero importante Convención Americana, labora con grandes restricciones presupuestarios, sus jueces no sesionan de manera permanente y sus competencias en la Convención son más bien restringidas), paradójicamente ha tenido un impacto mucho más grande que el de aquella¹⁸.

Es por esta razón que el presente trabajo no pretende en modo alguno tomar partido en esta disputa, sino más bien profundizar en una de estas posturas, mostrando los vínculos más o menos intensos que existen entre eficacia de la jurisdicción constitucional y activismo judicial. Sin perjuicio de la incidencia que puedan tener otros factores, se pretende demostrar, en primer lugar, que existe un nexo entre uno y otro fenómeno, y en segundo lugar, que dentro de lo se denomina “activismo judicial” resulta especialmente importante dentro de la justicia constitucional, el reconocimiento de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales en la reparación integral, como estrategia para potencializar su eficacia; no basta entonces con señalar genéricamente al activismo como factor de eficacia, sino que se requiere identificar y comprender los mecanismos específicos mediante los cuales éste se viabiliza y materializa.

En este contexto, lo que se pretende a continuación es, en primer lugar, explicar en qué sentido el activismo judicial es un factor que incide en la eficacia de la justicia constitucional, y en segundo lugar, poner en evidencia que dentro de las estrategias del este activismo judicial, resulta especialmente importante el reconocimiento y protección de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales en la reparación integral.

3. EL VÍNCULO ENTRE DIMENSIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EFICACIA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, A LA LUZ DE LA

¹⁶ El Tribunal actúa a través de cuatro vías procesales: *interpretaciones pre-judiciales* del ordenamiento comunitario; *acciones de incumplimiento*, para establecer y sancionar a los Estados por el incumplimiento del ordenamiento comunitario; *acciones de nulidad* para retirar del sistema del derecho comunitario derivado incompatibles con el derecho comunitario originario; y *acciones laborales* para resolver los conflictos laborales al interior de los órganos comunitarios (arts. 17 – 40 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina).

¹⁷ El derecho comunitario andino está integrado por un derecho originario (tratado constitutivo de la Comunidad e instrumentos adicionales), y por el derecho comunitario derivado, conformado por las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comisión de la Comunidad. Este derecho comunitario derivado regula amplia y prolijamente las más diversas materias: propiedad intelectual, comercio exterior, migraciones, transporte, tributos, derecho ambiental, cooperación económica, entre muchas otras.

¹⁸ Para un balance del impacto del Tribunal de Justicia, *cf.* Laurence R. Helfer, Karen J. Alter y M. Florencia Guertzovich, nota *supra* 9). Para un balance del impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *cf.* James L. Cavallaro & Stephanie Erin Brewer, *Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-first Century: The Case of the Inter-American Court*, 102 AJIL 768, 2008 (estudiando los factores que inciden en la eficacia de la jurisdicción internacional de los derechos humanos, a partir de la experiencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, explicando de qué modo las diferentes estrategias utilizadas por éste han incidido en su eficacia, y finalmente recomendando la adaptación de los fallos de la Corte al contexto de cada Estado involucrado y la adopción de medidas para evitar que el reconocimiento de la responsabilidad no se convierta en una manipulación de los procedimientos de la Corte).

EXPERIENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.

Para demostrar la articulación entre eficacia y dimensión objetiva de los derechos, lo que se hará a continuación es identificar y explicar tres mecanismos específicos de reconocimiento de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, que han repercutido de forma significativa en la eficacia de la justicia constitucional. En particular, se mostrará de qué modo estos mecanismos de reconocimiento han tenido un impacto en tres (3) niveles¹⁹:

- En primer lugar, en el *contenido del derecho positivo legislado*, es decir, en el componente normativo del Derecho.
- En segundo lugar, en *las prácticas y los discursos de los operadores jurídicos* que moldean y dan forma a los procedimientos y rutinas de interpretación y aplicación del Derecho por parte de los operadores jurídicos.
- En tercer lugar, en las *concepciones y las relaciones de la vida social*.

3.1. EL IMPACTO DEL “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD” DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN FUNCION DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

3.1.1. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los límites al poner punitivo del Estado en relación con la libertad de expresión.

El primer ejemplo se refiere al impacto de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) relativas a los límites del poder punitivo del Estado en relación con la libertad de expresión, y en particular, a los límites en la tipificación de los delitos contra la honra, el buen nombre y la intimidad (como las denominadas injuria, calumnia y difamación).

Este problema ha sido abordado en dos tipos de sentencias: las sentencias en los casos *La Última Tentación de Cristo vs Chile*²⁰ e *Ivcher Bronstein vs Perú*²¹, que aunque no se refieren directamente al problema, ofrecen importantes elementos de juicio para determinar la legitimidad de las medidas restrictivas de la libertad de expresión; por su parte, las sentencias en los casos *Herrera Ulloa vs Costa*

¹⁹ La distinción entre estos tres niveles coincide con la postulación de tres componentes del Derecho: un componente *formal-normativo*, constituido por las fuentes formales del Derecho, un componente *estructural*, integrado por las políticas y prácticas de los operadores jurídicos que dan contenido al derecho positivo en las operaciones de interpretación y aplicación del Derecho, y un componente *político-cultural*, que se refiere al contenido efectivo que se le da al Derecho por medio de las prácticas y costumbres imperantes. Al respecto *cfr.* Alda Facio, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal, en Alda Facio y Lorena Frías (eds.), *Género y derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999, p. 109 (distinguiendo metodológicamente los tres componentes del derecho para realizar un análisis feminista del fenómeno legal).

²⁰ Corte IDH, caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs Chile, sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C Nro. 73.

²¹ Corte IDH, caso Ivcher Bronstein vs Perú, sentencia del 6 de febrero de 2001, Serie C Nro. 74.

*Rica*²², *Ricardo Canese vs Paraguay*²³ y *Kimel vs Argentina*²⁴, en cambio, sí se refieren directamente a este problema.

Las sentencias de los casos *La Última Tentación de Cristo vs Chile* e *Ivcher Bronstein vs Perú*, versan sobre medidas de tipo administrativo y judicial que tuvieron por objeto y efecto la restricción de la libertad de expresión. En el primer caso se impuso una censura judicial a la exhibición cinematográfica de la película “La Última Tentación de Cristo” en el año de 1997, con fundamento en la disposición constitucional que consagraba la figura de la censura cinematográfica en Chile²⁵. Por su parte, el caso *Ivcher Bronstein vs Perú* versa sobre la privación de la nacionalidad al señor Ivcher Bronstein, ciudadano peruano por naturalización, accionista mayoritario, director y presidente de un canal televisivo conocido por sus denuncias de graves violaciones a los derechos humanos y actos de corrupción del gobierno peruano, que tuvieron por efecto su desplazamiento en el control de dicho canal.

Las sentencias de los casos *Herrera Ulloa vs Costa Rica*, *Ricardo Canese vs Paraguay* y *Kimel vs Argentina*, en cambio, se refieren a la imposición de sanciones de tipo penal por la expresión del pensamiento y la opinión. En el primer caso se criminalizó al candidato presidencial Ricardo Canese por las acusaciones que hizo en contra del candidato contrario, Carlos Wasmosy, de servir como “prestanombre” de otra familia para poder participar en el desarrollo de un complejo hidroeléctrico. En el segundo caso se sancionó civil y penalmente al periodista Mauricio Herrera Ulloa en el año de 1999, por la publicación de diferentes artículos en el periódico “La Nación”, que reproducían reportajes de prensa escrita belga que atribuían al diplomático Félix Przedoborski la comisión de diferentes delitos en el exterior²⁶; por último, en el caso *Kimel vs Argentina* se sancionó penalmente al historiador y periodista Kimel, por la publicación del libro “La masacre de San Patricio”, que no sólo describía el asesinato de cinco (5) religiosos en 1976 durante la dictadura militar, sino muy especialmente la actuación negligente del juez encargado de la investigación y sanción de estos hechos²⁷.

¿Cómo fueron resueltos estos casos? Originalmente los procedimientos de la Corte fueron diseñados para proteger únicamente a las víctimas de violaciones de derechos humanos. Es por este motivo que la vía procesal de los casos contenciosos únicamente puede ser activada cuando existe una vulneración particular de derechos humanos en casos individuales; por obvias razones, el procedimiento y la sentencia de fondo deben estar encaminados a resolver esta problemática específica entre sujetos determinados e individualizados. Ello explica que los artículos 63 y 68.2 de la CADH explícitamente vinculen la parte resolutoria de la sentencia con la protección de los derechos del lesionado, y que se concentre la atención

²² Corte IDH, caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica*, sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C Nro. 107.

²³ Corte IDH, caso *Ricardo Canese vs Paraguay*, sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C Nro. 111.

²⁴ Corte IDH, caso *Kimel vs Argentina*, sentencia del 2 de mayo de 2008, Serie C Nro. 177.

²⁵ Inciso final del artículo 19.12 de la Constitución Política de Chile.

²⁶ Al declarar culpable a Herrera Ulloa del delito de difamación, se le ordenó el pago de una cuantiosa suma, la inscripción de su nombre en el Registro Judicial de Delincuentes, la publicación de la sentencia, el pago de la indemnización de perjuicios, y la eliminación de los artículos virtuales que aparecían en la red.

²⁷ El historiador Kimel fue condenado por el delito de calumnia a un año de prisión, y al pago de una indemnización de 20.000 dólares.

en la indemnización de perjuicios como forma de reparación²⁸. En otras palabras, en principio el procedimiento contencioso fue concebido para proteger la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales (humanos).

Sin embargo, pronto se puso de presente que los casos que llegaban a la Corte no eran casos aislados y marginales, sino que por el contrario, eran manifestaciones de problemas estructurales que implicaban la violación reiterada y continua de derechos humanos. El caso de una desaparición forzosa, de una tortura o de una masacre no investigada y sancionada adecuadamente, ponía en evidencia problemas estructurales en el diseño de los procedimientos judiciales²⁹; el caso del maltrato y posterior muerte de un discapacitado mental en una casa de reposo, ponía de presente la ausencia de políticas públicas en materia de salud mental³⁰; el caso de una persona condenada a la pena de muerte expresaba incompatibilidades entre la legislación interna y la CADH³¹. De modo que los procedimientos contenciosos no sólo se convirtieron en un mecanismo para hacer justicia en casos particulares, sino también en una oportunidad de resolver estos problemas estructurales que daban lugar a la violación sistemática y reiterada de derechos humanos. Así lo entendió la Corte IDH.

Por esta razón, desde su entrada en funcionamiento la Corte IDH ha entendido en un sentido muy amplio la noción de reparación contenida en el artículo 63 de la CADH. Con ello, la reparación no sólo ha estado encaminada a hacer cesar la violación y reparar los daños a las víctimas de derechos humanos (dimensión subjetiva de los derechos), sino también para garantizar la vigencia efectiva de los principios y valores convencionales (dimensión objetiva de los derechos). Para ello ha utilizado la teoría sobre los componentes de la reparación integral usada en el marco del derecho internacional de los derechos humanos: la restitución, la compensación, la satisfacción, la rehabilitación y muy especialmente las

²⁸ El artículo 63.1 de la CADH dispone lo siguiente: “*Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada* “. Por su parte, el artículo 68.2 de la CADH dispone lo siguiente: “*La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado*”.

²⁹ Cfr. Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C Nro. 5 (decidiendo el caso de la detención e interrogatorio sin orden judicial y posterior desaparición forzada del estudiante de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Ángel Mandredo Velásquez Rodríguez en el año de 1981); Corte IDH, caso Radilla Pacheco vs México, sentencia del 23 de noviembre de 2009, Serie C Nro. 209 (decidiendo el caso de la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco en 1974 a manos de integrantes del Ejército, cuyo paradero nunca fue localizado, y en donde nunca reconstruyeron los hechos ni se sancionó a los responsables ni se reparó a los familiares); Corte IDH, caso Manuel Cepeda Vargas vs Colombia, sentencia del 26 de mayo de 2010, Serie C Nro. 213 (decidiendo el caso de la ejecución extrajudicial del senador y comunicador social del Partido Unión Patriótica Manuel Cepeda Vargas en 1994, y la falta de investigación y sanción de los responsables y de reparación adecuada a los familiares).

³⁰ Cfr. Corte IDH, caso Ximenes Lopes vs Brasil, sentencia del 4 de julio de 2006, Serie C Nro. 149 (decidiendo el caso del maltrato y posterior muerte del discapacitado mental Damião Ximenes Lopes en la Casa de Reposo Guararapes durante su tratamiento psiquiátrico, y la falta de investigación y sanción de los responsables).

³¹ Cfr. Corte IDH, caso Dacosta Cadogan vs Barbados, sentencia del 24 de septiembre de 2009, Serie C Nro. 204 (decidiendo el caso de la imposición de la pena de muerte obligatoria por horca al señor Tyrone Dacosta Cadogan, sin tener en cuenta las especiales circunstancias que rodearon el caso); Corte IDH, caso Boyce y otros vs Barbados, sentencia del 20 de noviembre de 2007, Serie C Nro. 169 (decidiendo el caso de Lennox Ricardo Boyce, Jeffrey Joseph, Frederick Benjamin Atkins y Michael Mc Donald Huggins, quienes fueron sentenciados a la pena de muerte por el delito de homicidio, mediante un procedimiento sumario, mientras sus peticiones de conmutación de pena estaban en trámite, y sin tener en cuenta las circunstancias particulares del caso).

garantías de no reparación³². De este modo, al lado de la tradicional indemnización de perjuicios a las víctimas directas e indirectas, la Corte suele ordenar otro tipo de medidas, tales como actos públicos de reconocimiento de responsabilidad internacional, realización de capacitaciones a operadores jurídicos o miembros de la fuerza pública, y órdenes de modificación legislativa.

Es en este contexto donde deben ser comprendidas las sentencias de la Corte Interamericana sobre los límites a las medidas restrictivas de la libertad de expresión. En el caso *La Última Tentación de Cristo vs Chile*, teniendo en cuenta que la medida restrictiva de la libertad de expresión fue adoptada en función una normativa constitucional e infra-constitucional que establecía y desarrollaba la censura previa de los productos cinematográficos, la Corte no sólo ordenó al Estado que se permitiera la exhibición de la película, sino también la modificación del derecho interno, que obviamente comprendía la reforma constitucional. En el caso *Ivcher Bronstein vs Perú*, la Corte sostuvo que cuando la información y la opinión se refieren a cuestiones de interés público, las medidas restrictivas deben ser las estrictamente necesarias para garantizar otros derechos, y que además, no sólo se encontraban prohibidas las medidas directas de limitación de la libertad de expresión, sino también los medios indirectos, cuyo efecto en la práctica es su restricción; en consecuencia con ello, la Corte ordenó no solamente el pago de una indemnización a la víctima, sino también la adopción de medidas para permitirle el manejo del medio de comunicación cuyo control le había sido conculcado mediante la privación de la nacionalidad, y la investigación y sanción de los hechos que provocaron la violación del derecho a la libertad de expresión.

Las sentencias en los casos *Herrera Ulloa vs Costa Rica*, *Ricardo Canese* y *Kimel vs Argentina*, en cambio, sí se refieren directamente a los límites a la responsabilidad penal derivada del ejercicio de la libertad de expresión. En aquella, la Corte sostuvo que como las limitaciones a la información referida a asuntos de interés público deben ser determinadas y restringidas (tal como ya había establecido en *Ivcher Bronstein vs Perú*), no es legítimo exigir la demostración de la verdad de los hechos contenidos en documentos que han sido publicados por medios de comunicación masiva y que versen sobre asuntos de interés público, como mecanismo para la liberación de la responsabilidad penal.

Por este motivo, la Corte, además de ordenar dejar sin efecto la sentencia condenatoria en contra del periodista y el pago de la correspondiente indemnización de perjuicios, ordenó también “*adecuar su ordenamiento jurídico interno*”; si bien esta obligación de adecuación se refería no tanto a la tipificación contenida en el Código Penal sino al proceso penal y sus garantías, lo cierto es que la Corte IDH sí puso de presente la incompatibilidad entre la legislación sustancial en materia penal y el sistema regional de derechos humanos.

En el caso *Ricardo Canese vs Paraguay*, la Corte IDH consideró que dada la dimensión social de la libertad de expresión y su conexidad con el principio democrático, la criminalización de información y las

³² Estos componentes de la reparación se encuentran positivizados en la Resolución A/RES/60/147 del 24 de octubre de 2005 de la Asamblea General de la ONU, mediante la cual se aprobaron los “Principios y directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” (Documento E/CN.4/2005/59).

opiniones referidas a intereses públicas vertidas en procesos electorales, especialmente cuando se dan en contexto de transición a regímenes democráticos, son contrarios a la CADH. Por este motivo, el fallo de la Corte declaró la violación del derecho a la libertad de expresión del señor Canese, y ordenó el pago de la respectiva indemnización y de los costos y gastos procesales, así como la publicación de la sentencia en medios de comunicación.

Años más tarde se expide la sentencia en el caso *Kimel vs Argentina*. Siguiendo los lineamientos jurisprudenciales trazados anteriormente, la Corte consideró que aunque las limitaciones y restricciones legales a la libertad de expresión encaminadas a proteger la honra de las personas no son *per se* ilegítimas, la criminalización de juicios de valor fundados y razonados que se refieran a asuntos de interés público, excede la facultad represiva de los Estados.

Por ello la Corte ordenó, además del pago de una indemnización al periodista Kimel, la cesación de la condena penal y sus efectos jurídicos, la eliminación de su nombre de los registros públicos en los que aparecía con antecedentes penales relacionados con el caso, la publicación de la sentencia y la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad, una serie de medidas encaminadas a garantizar la dimensión objetiva de los derechos fundamentales; así, la Corte encontró que la violación de los derechos de Kimel tenía un origen normativo: la legislación penal argentina, y en particular, aquellas disposiciones legales que penalizan la injuria y la calumnia en unos términos tan equívocos, ambiguos y amplios, que lesionaban directamente el principio de legalidad, que establecían sanciones innecesarias, inadecuadas, desproporcionales, y que restringían de manera injustificada la libertad de expresión, y especialmente la expresión de la inconformidad, la protesta y la crítica frente a hechos de interés público; es por esto que al lado de las medidas anteriores, ordena también “*adecuar en un plazo razonable su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión*”. Se ordena entonces una reforma a la legislación penal.

3.1.2. El impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los límites al poder punitivo del Estado en relación con la libertad de expresión.

Ahora bien, ¿cuál ha sido el impacto de estas decisiones que involucran un control de convencionalidad, más allá de protección y garantía de los derechos de las víctimas que activaron el mecanismo jurisdiccional?

Existen al menos dos (2) niveles en los que el control de convencionalidad efectuado por la Corte ha impactado: en primer lugar, ha tenido un evidente impacto en el *componente normativo del Derecho*, es decir, en el contenido del derecho positivo. Y en segundo lugar, también ha tenido una notoria influencia en las *prácticas y los discursos de los operadores jurídicos* que dan forma a las operaciones de interpretación y aplicación del Derecho.

3.1.2.1. El impacto directo de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el contenido del derecho interno.

3.1.2.1.1. El impacto en el derecho interno de los Estados parte en los casos contenciosos de la Corte IDH.

El efecto más obvio y evidente del control de convencionalidad, es la reforma legislativa en los países que han sido condenados por la Corte IDH. En el caso de Argentina, por ejemplo, en noviembre de 2009 se introdujo una reforma estructural a la legislación penal referida a los delitos contra el honor (artículos 109 a 117 del Código Penal), mediante la Ley 26.551 (B.O. 17/11/09). Las reformas fueron fundamentalmente las siguientes:

- En primer lugar, se despenalizaron parcialmente los delitos de injuria y calumnia en todas aquellas hipótesis en las que la conducta típica se refiere a asuntos de interés público o en las que las expresiones injuriosas o calumniosas no son asertivas. Bajo el régimen legal anterior, en cambio, estas hipótesis tenían únicamente una disminución punitiva, y con ciertas restricciones (como aquella que exigía que el interés público fuese actual)³³.
- En segundo lugar, se despenalizaron las denominadas injurias y calumnias “equivocas” o “encubiertas”, que anteriormente únicamente tenían una disminución punitiva.
- En tercer lugar, se despenalizó parcialmente la publicación o reproducción de injurias o calumnias ajenas, pues en este caso el delito se configura únicamente cuando su contenido no es atribuido en forma sustancialmente fiel a la fuente, y no opera cuando las expresiones se refieren a asuntos de interés público y cuando las expresiones no son asertivas³⁴. Bajo el régimen legal anterior, en cambio, todas estas conductas estaban criminalizadas.
- En cuarto lugar, las penas impuestas por la comisión de dichos delitos tienen un contenido exclusivamente pecuniario, y no generan la privación de la libertad, como ocurría bajo el régimen legal anterior.

³³ El artículo 109 del Código Penal dispone al respecto lo siguiente: “La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que de lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil (\$3000.-) a pesos treinta mil (\$30000.-). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.

Por su parte, el artículo 110 dispone al respecto lo siguiente: “El que intencionalmente deshonorare o desacreditare a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos (\$1.500) a pesos veinte mil (420.000). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público”.

³⁴ El artículo 113 dispone al respecto lo siguiente: “El que publicare o reprodujere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate, siempre que su contenido no fuera atribuido en forma sustancialmente fiel a la fuente pertinente. En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas”. Documento disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/leyes/UnProcLeg.asp?nIdLey=25996&nIdRef=71&nIdPL=3&cTitulo=CODIGO%20CIVIL%20PARA%20EL%20DISTRITO%20FEDERAL&cFechaPub=19/05/2006&cCateg=LEY&cDescPL=DISCUSION/ORIGEN>. Último acceso: 7 de julio de 2010.

- Por último, se aclara que en ningún caso la retractación implica reconocimiento de culpabilidad, aclaración que no existía anteriormente³⁵.

La ley mediante la cual se modificó la estructura y el contenido de estos delitos es conocida comúnmente como “Ley Kimel”, fundamentalmente porque tuvo su origen en las ordenes de la Corte IDH en dicho caso. De modo pues que cuando la Corte IDH avanzó hacia la protección de la dimensión objetiva de los derechos, y trascendiendo la problemática específica de la víctima, logró esta reforma normativa.

3.1.2.1.2. El impacto en el derecho interno de los Estados que no fueron parte en los casos contenciosos de la Corte IDH.

Sin embargo, en ocasiones el control de convencionalidad trasciende las fronteras nacionales, y los fallos de la Corte terminan incidiendo en el derecho positivo de otros países que no fueron parte dentro del procedimiento contencioso. En estos casos, si bien la Corte no ordena directamente a un país la reforma normativa, éste lo hace “espontáneamente”, considerando que se encuentra en una situación semejante a la del país condenado.

México es un ejemplo emblemático de este tipo de reformas. El Código Penal Federal, así como algunos códigos penales estatales, han recogido en uno u otro sentido las directrices de la Corte IDH sobre los límites a las medidas penales restrictivas de la libertad de expresión. Es decir, las reformas normativas han sido impulsadas desde sus fallos, aun cuando ninguno de ellos se refiere a la legislación mexicana, y aun cuando en principio carecen de fuerza vinculante respecto del Estado mexicano.

A nivel del Distrito Federal, en el año de 2006 se expide la denominada “Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal”, que deroga integralmente los artículos que penalizaban la injuria, la calumnia y la difamación (arts. 214-219).³⁶ Los argumentos que respaldaron la propuesta legislativa se centraron, entre otras cosas, en los imperativos del sistema interamericano de derechos humanos; entre otras cosas, se sostuvo allí que la CADH hace parte del ordenamiento interno según la propia Constitución, que el Estado mexicano ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH, y que en diferentes oportunidades dicha Corte ha definido los límites y alcances de la libertad de expresión y su incidencia en el poder represivo del Estado, condenando a aquellos que se han apartado de estas directrices al criminalizar de manera amplia la injuria y la calumnia; de manera explícita la Exposición de Motivos se refiere a las sentencias de los casos *Herrera Ulloa vs Costa Rica*, *Ivcher Bronstein vs Perú*, *La Última Tentación de Cristo vs Chile*, entre otras³⁷. En últimas, la reforma normativa se presentó como un imperativo del sistema interamericano.

³⁵ El artículo 117 dispone al respecto lo siguiente: “*El acusado de injuria o calumnia quedará exento de pena si se retractare públicamente, antes de contestar la querrela o en el acto de hacerlo. La retractación no importará para el acusado la aceptación de su culpabilidad*”.

³⁶ Disponible en: <http://www.paot.org.mx/centro/codigos/df/pdf/cpdfn.pdf>. Último acceso: 7 de julio de 2010.

³⁷ Al respecto se expresó en la Exposición de Motivos al proyecto de ley: “*Los derechos de personalidad deben convivir armónicamente con los derechos a la información, las libertades de expresión e información. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que quienes están bajo la protección de la Convención*

Siguiendo el ejemplo del Distrito Federal, en el año de 2007 se expide el decreto mediante el cual se derogan todas las disposiciones del Código Penal que criminalizaban la injuria, la difamación y la calumnia (arts- 348 – 363), y en su lugar se regula la responsabilidad civil derivada de estas conductas³⁸. Nuevamente, una indagación por el proceso legislativo muestra claramente la incidencia de las sentencias de la Corte Interamericana. Así, el argumento de la Exposición de Motivos parte del derecho internacional para justificar la medida de despenalización: de nuevo se reitera la obligatoriedad de la Convención Americana de Derechos Humanos, la competencia contenciosa de la Corte, los lineamientos de sus doctrinas referidas a la libertad de expresión, y casos de penalización de injuria y calumnia que han dado lugar a la responsabilidad de los Estados, como en las sentencias de los casos *Herrera Ulloa vs Costa Rica* y *Ricardo Canese vs Paraguay*.³⁹ Nuevamente la reforma es presentada como un imperativo del sistema interamericano.

Procesos análogos han ocurrido en las legislaciones de Panamá y Uruguay. En Panamá, por ejemplo, se excluyó la responsabilidad penal cuando el afectado sea un funcionario público; en Uruguay se

Americana de Derechos Humanos (recuérdese que la Convención forma parte del sistema jurídico mexicano (...)) tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. En el decreto por el cual se aprueba la Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la CADH (D.O.F. 24 de febrero de 1999), México reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de la CIDH, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención (...) Para la Corte, la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social (...) (Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 72 (...)) caso 'La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) (...) La Colegiación Obligatoria de Periodistas (...) se ha reconocido por la Corte que los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática (...) En este sentido, la Corte ha indicado que es fundamental que los periodistas que laboran en medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias (Caso Ivcher Bronstein (...)) La vía civil debe ser la única vía legítima para resolver este conflicto de derechos. Así, por ejemplo, cabe recordar en el voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, de 2 de julio de 2004". Documento disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/leyes/UnProcLeg.asp?nIdLey=25361&nIdRef=23&nIdPL=2&cTitulo=CODIGO%20PENAL%20PARA%20EL%20DISTRITO%20FEDERAL%20-ANTES%20NUEVO%20CODIGO%20PENAL%20PARA%20EL%20DISTRITO%20FEDERAL-&cFechaPub=19/05/2006&cCateg=LEY&cDescPL=DICTAMEN/ORIGEN>. Último acceso: 12 de julio de 2010.

³⁸ Se trata del "Decreto por el que se derogan diversas disposiciones del Código Penal Federal y se adicionan diversas disposiciones al Código Civil Federal". Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf.htm>. Último acceso: 7 de julio de 2010.

³⁹ Al respecto se expresó en la Exposición de Motivos: "Es reconocido internacionalmente que la protección al honor y al reputación debe estar garantizada solamente a través de sanciones civiles, y jamás por la vía penal (...) Actualmente, el consenso internacional, cada vez más firme y extendido, es que no se debe encauzar ni encarcelar a los ciudadanos o periodistas por motivo de lo que digan o escriban (...) Las responsabilidades por una expresión o escrito deben ser solamente ulteriores, ya que el control previo a la emisión de una opinión o noticia deja el campo abierto para la censura. Este principio está consagrado en los documentos fundamentales del sistema interamericano (...) La Corte Interamericana de Derechos Humanos falló que una condena de difamación penal en Paraguay viola el derecho internacional, una maniobra que se espera fortalecerá los esfuerzos de los defensores de la expresión en América Latina. El fallo, que llega poco después de una decisión tomada este año que dictaminó contra leyes de difamación penal en Costa Rica, tiene amplias implicaciones para la libertad de prensa en la región (...) En una decisión dada a conocer el 14 de septiembre de 2004, el Tribunal falló que los procesos penales contra el ex candidato presidencial Ricardo Canese violaban el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos porque eran una 'limitación excesiva en una sociedad democrática' (...) El fallo del tribunal sigue a una decisión tomada en agosto de 2004 por la propia corte, que revocó la condena por difamación penal del periodista costarricense Mauricio Herrera Ulloa (...) La Corte Interamericana de derechos Humanos es un cuerpo de la Organización de Estados Americanos (OEA) y sus decisiones son vinculantes para los países que han aceptado su jurisdicción (...) Es menester derogar el delito de difamación y calumnia". Documento disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lx/022_DOF_13abr07.pdf. Último acceso: 7 de julio de 2010.

despenalizó la divulgación de opiniones o informaciones sobre funcionarios públicos o sobre asuntos de interés público, salvo cuando la persona logre acreditar la existencia de malicia real y evidente.

Por su parte, tras la nueva Constitución de 2008 en Ecuador y la renovación normativa que ello ha implicado, existe un anteproyecto de Código de Garantías Penales que también hace eco de las sentencias de la Corte IDH; este anteproyecto elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos no sólo despenaliza la injuria, sino que además establece algunas limitaciones a la calumnia, como cuando la imputación se refiere a servidores públicos en ejercicio de su función o a particulares que tienen una exposición voluntaria social de relevancia; como se trata hasta el momento de un documento académico, allí mismo se cita expresamente la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica*.⁴⁰

De este modo, la protección de la dimensión objetiva de los derechos, y en particular el control de convencionalidad efectuado por la Corte Interamericana, ha impactado no sólo el contenido del ordenamiento jurídico de los países que han sido condenados por ésta, sino también, y de manera indirecta, el de los países que hacen parte del sistema interamericano. Aunque el caso de los límites a la responsabilidad penal derivada del ejercicio de la libertad de expresión muestra de manera paradigmática este impacto, con muchos otros temas ha ocurrido algo análogo⁴¹; a modo de ejemplo, los fallos en el caso *Villagrán Morales vs Guatemala*⁴² dieron paso, entre otras cosas, a la aprobación del Código de la Niñez (Ley Integral de la Protección de la Niñez y Adolescencia) en Guatemala, así como a la adopción de diferentes leyes de protección de la niñez en América Latina; los fallos en el caso del *Carazo vs Venezuela* da lugar de la tipificación del delito de desaparición forzada en Venezuela y otros países de la región⁴³; las sentencias en el caso de *Barrios Altos vs Perú* sirvió no sólo para la modificación de la legislación penal y procesal penal en el Perú, sino que también ha servido como parámetro normativo en otros países⁴⁴.

⁴⁰ El artículo 105 del Anteproyecto de Código de Garantías Penales establece al respecto lo siguiente: “**Art. 105.- Calumnia.-** Será sancionada con pena restrictiva de libertad de hasta tres (3) meses la persona que realice contra otra una imputación pública de un delito.

La calumnia dejará de ser punible cuando fuere recíproca o, cuando no existiere real malicia, si la información materia del delito se refiere a servidoras o servidores públicos en el ejercicio de su función, o a personas privadas que, por su profesión u oficio, tengan una exposición voluntaria social de relevancia”.

En el pie de página al artículo se hace la siguiente citación: “*Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, 2004*”. Documento disponible en: http://www.minjusticia-ddhh.gov.ec/images/stories/publicaciones/Anteproyecto_Codigo.pdf. Último acceso: 7 de julio de 2010.

⁴¹ Sobre el impacto de los fallos de la Corte IDH, *cfr.* Carlos Martín Beristain, *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 119-170, 373-392 (analizando el cumplimiento y el impacto de las medidas de no repetición adoptadas por la Corte IDH). Disponible en: www.minjusticia-ddhh.gov.ec/images/stories/publicaciones/Dialogos.pdf. Último acceso: 17 de agosto de 2010.

⁴² Corte IDH, caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs Guatemala, sentencias del 19 de noviembre de 1999 y 26 de mayo de 2001, Serie C Nros. 63 y 77 respectivamente.

⁴³ Corte IDH, caso Del Caracazo vs. Venezuela, sentencias del 11 de noviembre de 1999 y 29 de agosto de 2002, Serie C Nros. 58 y 95 respectivamente.

⁴⁴ Corte IDH, caso Barrios Altos vs Perú, sentencias del 14 de marzo de 2001 y 30 de noviembre de 2001, Serie C Nro. 75 y 87 respectivamente.

3.1.2.2. El impacto indirecto de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno, mediante su recepción por los jueces nacionales.

Pero no sólo las decisiones de la Corte IDH han determinado directamente el contenido de la legislación de los países, sino que además han existido otro tipo de incidencias indirectas. Dentro de estas se destaca la influencia que ha ejercido en los tribunales y cortes constituciones que se encargan, o bien de declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones legales o infra-constitucionales, o bien de definir su contenido y alcance a la luz de la Constitución en la que se enmarca. Así, el impacto de las sentencias de la Corte IDH se materializa mediante un intermediario judicial interno.

Siguiendo el mismo ejemplo sobre los límites a la responsabilidad penal por el ejercicio de la libertad de expresión, se encuentran dos ejemplos reveladores. El primero de ellos se refiere a Brasil. En efecto, mediante sentencia del 30 de abril de 2009, el Supremo Tribunal Federal declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones de la Ley de Prensa de 1967 que establecían penas por los delitos de difamación e injurias. El fundamento de la decisión del alto tribunal nuevamente se sustenta en la prohibición de la censura previa como una derivación de la dignidad de la persona y del principio democrático, en la necesidad de establecer un correcto balance y equilibrio entre la libertad de expresión y el derecho a la honra y a la vida privada, y finalmente, en la impertinencia de la represión por vía penal para asegurar este equilibrio. Aunque la extensa decisión contiene una profusa y compleja gama de referencias filosóficas, históricas, sociológicas y doctrinales, y una frecuente apelación al derecho comparado (especialmente de Estados Unidos) y al sistema europeo de derechos humanos, sin duda alguna las referencias a la Corte IDH resultan relevantes⁴⁵.

Otro caso significativo se encuentra en la declaratoria de inconstitucionalidad de algunas disposiciones del Código Penal colombiano relativos a los delitos de injuria y calumnia. Recientemente fue demandado el inciso 1 del artículo 224, que establecía una excepción a la denominada *exceptio veritatis* (es decir, la eximente de responsabilidad por probarse la verdad de las imputaciones), cuando la “*conducta punible hubiere sido objeto de sentencia absolutoria, preclusión de la investigación o cesación de procedimiento o sus equivalentes, excepto o si se tratare de prescripción de la acción*”. En todas estas hipótesis la persona que ha cometido la calumnia se encuentra imposibilitada legalmente para demostrar la veracidad de su imputación, y no se puede beneficiar de esta prueba de verdad.

Según los demandantes, esta prohibición legal es incompatible con el derecho a la igualdad, el debido proceso y la libertad de expresión, particularmente con el derecho a recibir y emitir información veraz, imparcial y oportuna. Pues bien, la Corte Constitucional colombiana efectivamente declaró la

⁴⁵ La extensa decisión del alto tribunal brasilero articula razonablemente referencias tan dispares como las de Galileo Galilei, Giordano Bruno, Ronald Dworkin, Nietzsche, Robert Alexy, Virgilio Afonso da Silva, Wolfgang Sarlet, Augusto Comte, Owen Fish, Oliver Wendell Holmes, René Ariel Dotti, Binbenbojm y David Hume, entre muchos otros. De igual modo, se encuentra una amplia referencia al derecho comparado, de legislación como la norteamericana y española, y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El documento completo se encuentra en: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Último acceso: 13 de julio de 2010.

inconstitucionalidad de dicho precepto en la sentencia C-417/09⁴⁶. El argumento central es que la excepción a la exigencia de responsabilidad penal es en realidad una forma encubierta de censura previa por sus efectos inhibitorios, y que a la luz de un test de proporcionalidad, ésta no satisface la exigencia de la necesidad.

Pues bien, tanto la premisa según la cual la disposición demandada constituye una forma de censura, como el juicio de proporcionalidad, se sustentan (al menos parcialmente) en la jurisprudencia de la Corte IDH explicada anteriormente.

En efecto, la Corte colombiana parte en primer lugar de la importancia de la libertad de expresión en las democracias contemporáneas, y en particular en el sistema interamericano. De allí concluye que cualquier restricción a este derecho debe ser evaluado con severidad; esta tesis se apoya explícitamente, entre otras cosas, en la jurisprudencia de la Corte IDH, y en particular en las sentencias en los casos *Herrera Ulloa vs Costa Rica*, *Ricardo Canese vs Paraguay*, *Palamara Iribarne vs Chile* y *Kimel vs Argentina*. A partir de la definición anterior, la Corte colombiana encuentra que en realidad la disposición demandada contiene una suerte de restricción o censura; nuevamente se tienen en cuenta las diferentes formas que en los sistemas interamericano y europeo de derechos humanos han considerado como formas de censura; se mencionan, además de las informes de la Comisión y Opiniones Consultivas, las sentencias de la Corte IDH enunciadas anteriormente. Y por último, al realizar el test de razonabilidad de la medida restrictiva, nuevamente se apela al sistema interamericano, refiriéndose a las mismas providencias de la Corte IDH. La conclusión a la que se arriba es que la medida contenida en el Código Penal es desproporcionada e inadecuada para proteger la honra de las personas, por lo que se declara inexecutable.

Así pues, los fallos de la Corte Interamericana que ejercen un control de convencionalidad, tienen también un impacto indirecto en la legislación, con la mediación de los tribunales y cortes constitucionales. En otras materias ha ocurrido algo semejante: así, las sentencias en el caso *Barrios Altos vs Perú* sobre las leyes de amnistía sirvieron de fundamento para que en Argentina se declarase la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida⁴⁷, y ha servido en numerosas oportunidades a la Corte Constitucional de Colombia para determinar la constitucionalidad de numerosas disposiciones de la Ley de Justicia y Paz, y de otras normas del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal.

3.1.2.3. El impacto de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las prácticas y los discursos de los operadores jurídicos.

⁴⁶ Sentencia C-417/09, M.P. Juan Carlos Henao, 26 de junio de 2009. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-417-09.htm#_ftn160. Último acceso: 28 de junio de 2010.

⁴⁷ Cfr. sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. De casación e inconstitucionalidad, 13 de julio de 2007, M.2333 XLII y otros.

Pero existe además otra forma de determinación quizás mucho más sutil e imperceptible, pero con seguridad más profunda e importante. Se trata de la incorporación de los estándares jurisprudenciales de la Corte IDH en la “caja de herramientas” de los operadores jurídicos. Junto a las fuentes tradicionales del Derecho (Constitución, leyes, reglamentos, etc.), los fallos de la Corte IDH son utilizadas por los operadores jurídicos en general, con el objeto de precisar el alcance del derecho interno, o incluso con el objeto de justificar su inaplicación en casos concretos. La práctica cotidiana de jueces, abogados litigantes, académicos o funcionarios de la administración de justicia, se alimenta entonces de esta nueva fuente.

Podría decirse incluso que existe una especie de recepción de “actitudes”, “imaginarios” y “sensibilidades” del sistema interamericano por los operadores jurídicos nacionales, que va más allá de la mera incorporación de doctrinas explícitas sobre puntos y cuestiones específicas. Una primera manifestación de este tipo de influencia, es el giro terminológico, lingüístico y conceptual, como cuando se habla ya no sólo en términos de “inconstitucionalidad” sino de “anticonvencionalidad”, terminología que obviamente proviene de la propia Corte Interamericana.

Otra manifestación clara de este fenómeno es la especial sensibilidad de quienes han sido instruidos y educados en el marco del sistema interamericano. En términos generales estas personas son especialmente receptivas y susceptibles a los típicos casos conocidos y resueltos por la Corte: masacres, torturas, maltratos en las cárceles, desapariciones forzadas, impunidad en regímenes de facto, y en general, las diferentes modalidades de violación a los derechos civiles y políticos; incluso, su imaginación en esta materia una y otra vez versa sobre esta tipología de casos, bien sea en las aulas de clase, o bien sea en la administración pública, en la judicatura o en la actividad legislativa. Frente a otro tipo de casos, en cambio, que bien podrían ser considerados como violaciones de derechos humanos, existe una especie de “indiferencia”, y la sensibilidad y la destreza resulta siendo significativamente inferior; casos como modificaciones al sistema de protección a la propiedad intelectual con impacto en el acceso a medicamentos, limitaciones al comercio exterior que implican una restricción en el acceso a bienes y servicios o reformas al sistema tributario que afectan el principio de progresividad, pese a su indudable relevancia en materia de derechos humanos, suelen ser terrenos extraños para un académico o activista “tipo” instruido en el marco del sistema interamericano.

Concentrémonos sin embargo en la influencia de doctrinas explícitas de la Corte IDH sobre temas específicos. Veamos cómo opera en casos concretos. Un primer ejemplo se encuentra en Argentina antes de la expedición de la mencionada Ley Kimel. Meses después de la sentencia *Kimel vs Argentina*, el juez Mario Alberto Juliano debía decidir sobre la aplicación de los artículos 109 y 110 del Código Penal Federal; por un lado, existía una declaración explícita sobre la incompatibilidad entre la legislación penal en esta materia y la CADH; por otro, sin embargo, la legislación no había sido derogada. En el caso “V. Myriam Esther s/calumnias e injurias”, el 26 de septiembre de 2008 el juez decide “*declarar la inaplicabilidad de los artículos 109 y 110 del Código Penal (...) y sobreseer a Myriam Esther V. (...) por atipicidad de la conducta denunciada*”. El juez argumentó en aquel entonces la obligatoriedad de las

decisiones de la Corte IDH, y la eventual responsabilidad del Estado argentino por la aplicación de una disposición legal cuya anticonvencionalidad ha sido ya declarada⁴⁸.

De igual modo, mediante un amparo directo en revisión, el 17 de junio de 2009 la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México revocó una sentencia de un juez de Guanajato que, en aplicación de la legislación estatal, condenaba a pena de prisión al director de un periódico que había publicado una nota sobre el inadecuado comportamiento de un funcionario público. Se trataba de la publicación en el periódico “La Antorcha”, de una entrevista hecha a un chofer del aquel entonces Presidente municipal de Acámbaro; en dicha entrevista el chofer sostenía que aquel había utilizado la camioneta oficial y combustible a cargo del municipio para realizar actividades comerciales propias y actividades personales y familiares, que había tenido conductas inapropiadas y abusivas con él, que estaba en mora en sus obligaciones frente al sistema financiero y que había utilizado recursos públicos para ayudar en las campañas políticas a los integrantes de su partido.⁴⁹ Tras una denuncia del funcionario, la justicia ordinaria condenó al director del periódico (José Sacramento Jesús Orozco Herrera) por el delito de ataques a la vida privada, a una pena privativa de la libertad de tres años, un mes y quince días, negándole los beneficios de condena condicional y conmutación de sanciones, aunque concediendo el sustitutivo de pena de trabajo a favor de la comunidad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, entonces, con fundamento en la jurisprudencia de la Corte IDH, concedió el amparo y revocó la sentencia que ordenaba la privación de la libertad.⁵⁰ El extenso fallo se estructura a partir de dos niveles de análisis: primero se identifican y clarifican los principios y las reglas que permiten el establecer la constitucionalidad de la aplicación de la Ley de Imprenta de

⁴⁸ Al respecto se sostuvo lo siguiente: “*La querrela que por calumnias e injurias promueve el señor Daniel Alberto B. contra la señora Myriam Esther V (...) CONSIDERANDO que (...) La Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia (...) donde estableció que los tipos penales previstos en los artículos 109 y 110 del Código Penal no respetan el principio de legalidad (...) y que, por ende, son anticonvencionales, haciendo ordenado a nuestro país que en un plazo razonable adecúe el derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) que el claro, contundente y terminante pronunciamiento de la CtIDH es vinculante y obliga al Estado argentino y sus órganos, dentro de los cuales se encuentra el Poder Judicial (...) El artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que ‘los estados parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean parte’ (...) Es así que, continuar el procesamiento de ciudadanos por la presunta infracción a los artículos 109 y 110 del Código Penal, en los términos en que los mismos actualmente se encuentran redactados, implicaría el juzgamiento sobre la base de tipos penales que han sido declarados anticonvencionales, y que el propio Estado argentino así lo ha reconocido, colocándolo en situación –en caso de seguir adelante con este juicio- de volver a ser condenado internacionalmente por los mismo motivos indicados en ‘Kimel vs Argentina’”.* El texto del fallo se encuentra en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=30,504,0,0,1,0>. Último acceso: 10 de junio de 2010.

⁴⁹ En la entrevista publicada se decía lo siguiente: “*Yo siempre serví al presidente en todo lo que me pedía, pues hasta llevaba telas o uniformes de su fábrica a Guadalajara, a México o a otros lugares del país (...) el vehículo lo utilizaba, por órdenes del presidente y con combustible a cargo de la tesorería municipal. También para ir a la Laguna Larga, donde tiene una cabaña, a llevar losa, tabique (...) a llevar a su familia de compras o al aeropuerto, a Acapulco, a Manzanillo con sus amigos y a entregar mercancía de su fábrica (...) Un día estando en el hotel en la Ciudad de México se tendió desnudo en la cama y me pidió que le sobara la espalda. Ahí se le dije ‘oiga, no’ (...) se que debe a mucha gente. Está en buró de crédito (lo cual significa estar en la lista de los bancos por el incumplimiento de pagos (...)) Ha cometido muchos errores, según mi criterio, como el haber prestado una motoconformadora, que es una máquina municipal, al candidato del PAN de Maravatío (que por cierto perdió la elección) (...)”.*

⁵⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, exp. 02044/2008-00, sentencia del 17 de junio de 2009, Ministro: José Ramón Cossío Díaz. La sentencia completa se encuentra en: <http://www2.scjn.gob.mx/expedientes/buscar.asp?nexp=20080204400&asunto=10>. Último acceso: 9 de julio de 2010.

Guanajuato; posteriormente, a partir de los criterios anteriores, se analiza el caso particular, concluyendo que la condena al director del periódico es contraria a la Constitución y a la CADH. En toda esta línea argumentativa se encuentran presentes las sentencias de la Corte IDH. Veamos.

En primer lugar, la Suprema Corte parte del reconocimiento, tanto de la libertad de información y la libertad de expresión, como del derecho a la vida privada y el derecho al honor. Sin embargo, destaca que ninguno de ellos es absoluto, y que ambos tienen tanto límites internos como externos. Allí entonces se sustenta en la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Tristan Donoso vs Panamá*⁵¹, que si bien se refiere a una hipótesis de hecho diferente, resulta pertinente en cuanto pone en evidencia los naturales límites a los derechos humanos.

A partir de allí establece el marco general de la libertad de información. Se destaca primero su importancia por ser una condición necesaria, tanto de la autonomía personal como de la democracia representativa. El Tribunal mexicano soporta estas afirmaciones, nuevamente, en la jurisprudencia de la Corte IDH y particularmente en las sentencias de los casos *Herrera Ulloa vs Costa Rica*, *Ivcher Bronstein vs Perú* y *La Última Tentación de Cristo vs Chile*.

De igual modo, se destaca el papel especialmente determinante que tienen los medios de comunicación social en la configuración de la libertad de expresión en las democracias contemporáneas. A partir de allí deriva cuatro reglas básicas: los medios de comunicación deben contar con las condiciones materiales y jurídicas necesarias para ejercer efectivamente la libertad de expresión; la responsabilidad civil y penal es una de las limitaciones más poderosas a la libertad de información y al debate público, por lo que deben ser las mínimas posibles; se debe distinguir entre las afirmaciones de hechos y las opiniones, pues mientras aquellas pueden ser verdaderas o falsas y son susceptibles de verificación empírica, éstas únicamente pueden ser veraces e imparciales; y por último, la libertad de imprenta y el derecho a recibir y proporcionar información tiene una mayor ámbito de protección cuando versan sobre asuntos de interés público. Todas estas reglas se justifican no sólo a partir de la propia Constitución, sino muy especialmente a partir del sistema interamericano, y en particular a partir de las sentencias de la Corte IDH: nuevamente son mencionadas las sentencias en los casos *Kimel vs Argentina*, *Ricardo Canese vs Paraguay*, *La Última Tentación de Cristo vs Chile* y *Claude Reyes vs Chile*.

Una vez definido el alcance de la libertad de expresión, se identifican cinco (5) reglas específicas que permiten resolver el eventual choque entre la libertad de expresión, y el derecho a la intimidad y el derecho al honor:

- El ámbito de protección del derecho a la intimidad y el honor de las personas que desempeñan, han desempeñado o aspiran a desempeñar responsabilidades públicas (entendida esta expresión en un sentido amplio), es sustancialmente menor que el de las demás personas. Se sostiene que se trata de una regla aceptada tanto en el derecho comparado como en el derecho internacional de los derechos humanos.

⁵¹ Corte IDH, caso *Tristán Donos vs Panamá*, sentencia del 27 de enero de 2009, Serie C Nro. 193.

- Como consecuencia de lo anterior, las restricciones a la libertad de expresión que se refieran a estos asuntos públicos, requieren de un “escrutinio intenso”. Se recogen entonces referencias explícitas a decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y de la Corte Interamericana en el caso *Tristan Donoso vs Panamá*.
- Debido a este escrutinio estricto, la responsabilidad ulterior por un discurso que afecta el honor de funcionarios públicos en ejercicio de funciones públicas, se configura únicamente cuando la conducta está expresa y claramente prevista en el sistema legal, cuando exista una intención específica de provocar un daño o cuando exista al menos una negligencia patente, cuando se acredita el daño provocado, y cuando se aplica el “doble juego de la *exceptio veritatis*” (se debe poder probar la verdad de los hechos y no se puede exigir la prueba de los mismos). Aquí la fuente material de la regla es la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica*.
- La exigencia de prueba de la verdad no es predicable de los juicios de valor sino únicamente de información relativa a hechos.
- Deben ser minimizadas las restricciones indirectas a la libertad de expresión, evitando dinámicas de distribución de responsabilidad entre ciudadanos, periodistas, editores y propietarios de medios de comunicación que a la larga tienen como efecto la silenciación.

A partir de todos estos elementos de juicio, la Corte concluye que el Tribunal ha debido inaplicar la Ley de Imprenta de Guanajuato. En primer lugar, la normativa desconoce el principio de taxatividad, por la falta de claridad en la definición de lo que es un “ataque a la vida privada”, y en general, por no definir de manera clara y precisa en las conductas efectivamente prohibidas. En segundo lugar, su excesiva amplitud termina por criminalizar conductas que son admitidas a la luz de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos; así por ejemplo, en lugar de penalizar únicamente los ataques graves a la vida personal y la honra, la ley penaliza la simple exposición de la vida de las personas; en lugar de exigir la afectación real de la reputación, la ley exige únicamente la afectación de intereses; la referencia a la expresión “malicia” termina por criminalizar cualquier tipo de información ofensiva; por lo demás, cuando la información de prensa se refiere a servidores públicos, la ley termina imponiendo cargas que ni siquiera se exigen a la información que versa sobre los particulares, como la prueba de la verdad, racionalidad y motivación de la información. En estas circunstancias, la Ley de Imprenta “*no supera las condiciones para calificarla de constitucional y convencionalmente admisible*”, por lo que se revoca la sentencia y se concede el amparo. De este modo, el contenido de la argumentación se encuentra respaldado en gran parte por los fallos de la Corte IDH.

Pero no sólo los jueces hacen un uso intensivo de las sentencias de la Corte sobre los límites a la penalización de la libertad de expresión. En general lo hacen todos los operadores jurídicos, incluyendo funcionarios de la administración pública, abogados litigantes, organizaciones de derechos humanos, entre muchos otros. Veamos dos ejemplos puntuales.

El primer ejemplo se refiere a la utilización que algunas organizaciones de derechos humanos en Colombia han hecho de las sentencias de la Corte IDH, para respaldar sus solicitudes en sede judicial.

Este es el caso ya mencionado, relativo a la inconstitucionalidad del inciso 1 del artículo 224 del Código Penal colombiano, que establecía una excepción a la “exceptio veritatis”, cuando la conducta imputada en la supuesta calumnia hubiere sido objeto de “*sentencia absolutoria, preclusión de la investigación, cesación de procedimiento o sus equivalente, excepto si se tratare de prescripción de la acción*”.

Pues bien, las intervenciones ciudadanas que apoyaron la declaratoria de inconstitucionalidad procedieron de manera semejante. Así, la intervención de la Fundación para la Libertad de Prensa apunta a demostrar que el efecto de la disposición demandada es una restricción en la circulación de la información de una manera semejante a la que produce la censura previa, restricción que no sólo es excesiva y desproporcionada, sino también nociva en las nacientes democracias transicionales, como la colombiana. La referencia que se hace a las sentencias de la Corte Interamericana, y especialmente a la sentencia del caso *Kimel vs Argentina*, está encaminada no tanto a indagar por las doctrinas allí sostenidas, sino más bien a demostrar la semejanza contextual en los dos casos: en ambos la criminalización de la libertad de expresión se daba en el contexto de la justicia transicional, donde resultaba imperioso conocer y sancionar el abuso del poder y la violación sistemática y reiterada de los derechos humanos; y en ambos casos han sido los medios de comunicación quienes han sido “claves” para hacer posible la verdad, la justicia y la reparación. En el caso argentino, fue la prensa la que permitió la reconstrucción de la verdad después de la dictadura, y la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida; de igual modo, ha sido la prensa colombiana la que ha contribuido a edificar, al lado de la administración de justicia, el proceso de transición de la mano de la Ley de Justicia y Paz. Es justamente dicha prensa la que en ambos casos ha pretendido ser silenciada mediante la legislación penal⁵².

Por su parte, la intervención de la Asociación por los Derechos Civiles es mucho más contundente en la utilización de los instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos⁵³. Esto se explica, seguramente, por el hecho de que se trata de una organización de derechos humanos con sede en Argentina y no en Colombia, por lo que su discurso no se centra ni en el texto constitucional colombiano ni en la jurisprudencia de la corte colombiana.

Bien significativo es el hecho de que la primera consideración de los fundamentos del *amicus curiae* haya sido titulado “*la importancia de la libertad de expresión en el sistema interamericano*”. Allí se demuestra la fundamentalidad de la libertad de expresión dentro de las sociedades democráticas, y “*la necesidad de interpretar en forma muy restrictiva los intentos de imponer sanciones estatales al ejercicio de esta libertad*”. Al igual que en otros casos, se respalda la afirmación en las sentencias de los casos

⁵² Al respecto se sostuvo lo siguiente: “*En ese devenir que suponen los procesos de transición, la investigación, la denuncia y el debate de ideas, y el periodismo como escenario en el que principalmente se presentan los tres primeros juegan un papel primordial (...) La experiencia comparada y concretamente el caso de los hechos que ocurrieron en Argentina, demuestra que el rol de la prensa es contribuir más ampliamente a la justicia y a la verdad en el plano de la conciencia social. Los fallos judiciales son solo una de las informaciones llamadas a alimentar la libre formación de la opinión ciudadana. Dentro de los límites constitucionales establecidos para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y de información, frente a los cuales el ciudadano deberá asumir la carga de la prueba de sus afirmaciones e imputaciones, no debe un marco legal desalentar e inhibir la participación en la discusión de los asuntos públicos*”.

⁵³ Una síntesis de la intervención se encuentra en el texto de la sentencia C-417/09. El texto completo se encuentra en: http://www.adc.org.ar/sw_contenido.php?id=594. Último acceso: 12 de julio de 2010.

Ivcher Bronstein vs Perú, Herrera Ulloa vs Costa Rica, Canese vs Paraguay, Palamara Iribarne vs Chile y Kimel vs Argentina.

A partir de lo anterior, y citando textualmente la sentencia en el caso *Kimel vs Argentina*, sostiene que aunque la responsabilidad penal derivada de la libertad de expresión no es incompatible *per se* con la Convención Americana, únicamente debe desplegarse cuando se trate de conductas extremadamente graves, cuando se actúe con dolo y cuando se provoque un daño palmario, indiscutible e injustificado.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, concluye que la disposición del Código Penal colombiano es incompatible con la Constitución, al infringir una de las reglas básicas de la sentencia en el caso *Kimel vs Argentina*, en la medida en que “*invierte la carga de la prueba en perjuicio del denunciado por los delitos de injuria y calumnia*”. En efecto, mientras en *Kimel vs Argentina* se había sostenido que siempre la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación, en la disposición de la legislación penal colombiana se impone al denunciado por los delitos de injuria y calumnia “*la carga de acreditar (y, además, con fuertes restricciones), la verdad de sus afirmaciones*”. Pero además se vulnera el derecho a la presunción de inocencia, tal y como ha sido entendida por la Corte IDH en la sentencia del caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*⁵⁴. En concordancia con ello, concluye que “*por todo lo expuesto es fácil concluir que las restricciones impuestos por el artículo 224, 1º numeral, del Código Penal de Colombia a los derechos reconocidos en los artículos 8.2 y 13 de la Convención Americana, en razón de su generalidad y amplitud, no satisfacen un interés público imperativo (O.C. 5/85, cit.), no se fundan en una ‘necesidad verdaderamente excepcional’ (caso Kimel, cit; no ‘limitan más de lo estrictamente necesario el derecho a la libre expresión’ (caso cit.) y además inviertan la carga de la prueba en perjuicio del imputado*”.

Finalmente se incorpora lo que allí se denomina un “argumento subsidiario”. En efecto, de acuerdo con la doctrina de la Corte Interamericana en la sentencia *Kimel vs Argentina*, en concordancia con la sostenida por la Corte Suprema de Estados Unidos, tribunales constitucionales del mundo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la carga impuesta a los periodistas consiste en constatar de manera razonable la información en que fundamenta sus opiniones que se refieren a cuestiones de interés público, sin que ello implique la carga de demostrar de manera inequívoca la verdad de sus afirmaciones. Es por esta razón que cualquier restricción estatal que impida demostrar o acreditar la verdad de las afirmaciones hechas en medios de prensa, es de por sí inválida.

De este modo, la actividad argumentativa de las organizaciones no gubernamentales intervinientes en el proceso de inconstitucionalidad abstracta en Colombia, tomaron como punto de referencia los fallos de la Corte IDH

⁵⁴ Corte IDH, caso *Suárez Rosero vs Ecuador*, sentencias del 12 de noviembre de 1997 y 20 de enero de 1999, Serie C Nros. 35 y 44 respectivamente.

El segundo ejemplo se refiere al famoso y controvertido caso en contra del director y de un columnista de la Revista colombiana Soho, por la publicación de unas fotos que imitaban la Última Cena, en unos términos al parecer poco respetuosos para la Iglesia Católica. Se inició entonces un proceso penal por injurias, en el juzgado 32 penal del circuito de Bogotá en el año 2006⁵⁵. Debido a la importancia que este medio de comunicación tiene en la sociedad colombiana, muchas organizaciones sociales intervinieron en el proceso penal, unas para apoyar la penalización de estas dos personas, otras para defender su libertad.

Pues bien, las decisiones de la Corte IDH fueron utilizadas ampliamente por los defensores de los acusados y posteriormente por el juez del caso. Este es el caso, por ejemplo, de la intervención de la organización FLIP (Fundación para la Libertad de Prensa), que en uno de sus escritos dirigidos al juez del caso, invocó la jurisprudencia de la Corte IDH. Fundamentalmente se destaca que a la luz de la doctrina de la Comisión y de la jurisprudencia de la Corte IDH, la responsabilidad ulterior por el ejercicio de la libertad de expresión tiene el mismo efecto restrictivo de la censura previa: la autocensura (o *'chilling effect'*); se citan expresamente las sentencias en el caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica*⁵⁶.

El controvertido proceso judicial concluyó con la exoneración de la responsabilidad penal de quienes publicaron las fotos, en parte debido a las tesis de la Corte IDH que declararon la incompatibilidad entre las leyes que penalizaban la libertad de expresión, y la CADH.

3.2. EL IMPACTO DE LAS DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA EN EL MARCO DEL SISTEMA EDUCATIVO.

3.2.1. Las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia en el marco del sistema educativo.

Uno de los mecanismos más importantes que ha utilizado la Corte Constitucional colombiana para proteger la dimensión objetiva de los derechos, es la formulación de reglas jurisprudenciales a las que se les atribuye fuerza vinculante. En efecto, por su propia naturaleza el texto constitucional se expresa en

⁵⁵ Juzgado 32 Penal del Circuito de Bogotá, Proceso CUI – 11001 – 60000 – 142 – 00582 – NI 1 8570. Acusados: Daniel Samper Ospina y Fernando Vallejo, por el delito de injuria.

⁵⁶ Al respecto se afirma lo siguiente: “Mucho se ha discutido sobre la proporcionalidad de las sanciones penales relacionadas con el uso extralimitado de la libertad de expresión, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia internacional. Y si bien países como Colombia no avanzan aún en el camino de la despenalización de la injuria y la calumnia, su aplicación ha sido restringida. Según el exrelator de la Comisión Interamericana de derechos Humanos para la Libertad de Expresión, Eduardo Bertoni, las responsabilidades ulteriores desproporcionadas pueden equipararse a la censura previa al tener el mismo efecto restrictivo –por la vía de la autocensura- en el mercado de ideas (...) La jurisprudencia internacional –recogida en varios pronunciamientos por la Corte Constitucional – ha denominado esto como el *'chilling effect'* (efecto inhibitorio). De esta forma, las sanciones no solo deben estar claramente establecidas y ser proporcionales; también deben perseguir un fin de interés público, ser necesarias en una sociedad democrática y no inhibir la libertad de expresión. Sin un objetivo enmarcado en estos criterios, la sanción pierde su razón de ser (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica*; Corte Europea de Derechos Humanos, *Fressoz y Roire vs France*). Con esta caracterización de la libertad de expresión como piedra angular para la democracia, no resulta sorprendente afirmar –como lo afirman el precedente nacional e internacional- que este derecho ‘no se aplica solamente a las informaciones’ o ‘ideas’ que se reciben favorablemente o se consideren inocuas, sino también a las que ofenden, hieren o molestan”. Memorial dirigido al Juzgado 32 Penal del Circuito de Bogotá por la Organización FLIP (Fundación para la Libertad de Expresión) dentro del proceso CUI – 11001 – 60000 – 142 – 00582 – NI 1 8570.

términos amplios, generales y ambiguos, de modo la determinación de su sentido y alcance a partir de su sola lectura resulta prácticamente imposible; es por ello que se requiere entonces de la utilización de diferentes y complejas herramientas interpretativas y argumentativas para poder precisar su contenido. En estas circunstancias, la sola existencia del texto constitucional, sin un intérprete autorizado que precise contenido y alcance, resulta insuficiente para garantizar la efectividad de la norma suprema al no existir pautas de comportamiento precisas para las diferentes hipótesis de hecho que se presentan en la vida real.

Pues bien, la Corte Constitucional ha jugado entonces un papel determinante en este sentido, pues no se ha limitado a resolver los casos concretos puestos a su consideración, sino que en el marco de estos procesos, se ha encargado de definir con precisión y claridad las reglas jurisprudenciales que materializan y concretan las normas constitucionales en los diferentes contextos y escenarios de la vida social. La Corte ha transformado los valores, principios, derechos y reglas genéricas de la Carta Política, en reglas precisas y concretas que sirven como pauta de comportamiento en hipótesis de hecho semejantes a las resueltas por el juez constitucional.

En este sentido, la Corte Constitucional ha transformado el derecho a la vida y la salud en reglas del tipo *“cuando un paciente afiliado a una EPS padece una enfermedad catastrófica y no ha cumplido el período mínimo de cotización, la EPS tiene la obligación de de suministrar el tratamiento y asumir el costo financiero en proporción al período cotizado, y el paciente debe asumir el costo financiero en proporción a las semanas de cotización faltantes, salvo que carezca de la capacidad económica, caso en el cual el costo corre a cargo de la EPS, sin perjuicio del derecho de repetición con cargo al Fosyga”*⁵⁷; o se ha transformado los principios del derecho sancionatorio en reglas del tipo *“los principios de responsabilidad que rigen en el derecho penal y el procedimiento penal, en general son aplicables a todos los procesos sancionatorios”* o *“el poder sancionatorio tributario en relación con la presentación personal de declaraciones tributarias, está sujeto al principio de proscripción de la responsabilidad objetiva, y no puede desplegarse cuando se pruebe la existencia de la fuerza mayor o del caso fortuito”*⁵⁸. En este sentido, la Corte se ha encargado de convertir el vago y etéreo texto constitucional, en pautas de comportamiento vinculantes para todas las personas⁵⁹. En últimas, la definición de sub-reglas jurisprudenciales que materializan los preceptos constitucionales, han servido entonces como vehículo para asegurar la efectividad de la Constitución

Un ejemplo emblemático se refiere a las sentencias de tutela de la Corte Constitucional de Colombia proferidas en el contexto de las instituciones educativas. Sin duda alguna, los precedentes de la Corte han servido no sólo para resolver problemas puntuales de sujetos específicos que acuden a la justicia constitucional, sino también para reconfigurar las relaciones entre los participantes del proceso educativo

⁵⁷ Sentencia T-171/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-171-99.htm. Último acceso: 16 de agosto de 2010.

⁵⁸ Sentencia C-690/96, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-690-96/htm. Último acceso: 16 de agosto de 2010.

⁵⁹ Cfr. Claudia Escobar García, “El rol de las reglas en la era de los principios”, en Claudia Escobar García (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, pp. 207-252 (poniendo en evidencia la labor de producción de reglas jurisprudenciales por parte de los jueces constitucionales, y su aplicación en los casos concretos como premisa mayor del razonamiento judicial).

(el Estado, las instituciones educativas, los estudiantes y los padres de familia) desde una perspectiva constitucional. Lo que ha hecho la Corte, entonces, es concretar y materializar el texto constitucional en el contexto de las instituciones educativas, mediante la formulación de reglas jurisprudenciales explícitas que no sólo son vinculantes para los jueces que resuelven casos futuros semejantes, sino sobre todo para los operadores del sistema educativo. La Corte entonces ha producido una gran masa de pautas de comportamiento que deben ser tenidas en cuenta por todos aquellos involucrados en el proceso educativo, y por esta vía ha tenido un impacto directo en la vida social.

Aunque las sentencias de la Corte son abundantes, complejas y referidas a toda clase de temáticas⁶⁰, para efectos de este trabajo nos interesa destacar tres tipos de fallos: los referidos a los *derechos de los estudiantes frente al incumplimiento de las obligaciones patrimoniales derivadas del contrato educativo*, al *derecho al debido proceso en procesos sancionatorios contra los estudiantes*, y al *derecho a la autonomía personal en las instituciones educativas*⁶¹.

En primer lugar, se encuentran una serie de fallos que han resuelto conflictos derivados del *incumplimiento de las obligaciones patrimoniales de los padres de los estudiantes frente a las instituciones educativas*. Normalmente se trata de padres de estudiantes de colegio o de universidades que han dejado de cancelar total o parcialmente la pensión y los servicios anexos como el transporte y la alimentación, por lo que la institución, o bien suspende la prestación del servicio, o toma medidas como la expedición de certificados con anotaciones al margen sobre el estado de incumplimiento de obligaciones patrimoniales o la abstención en la concesión del grado académico. El problema es complejo: por un lado, la sostenibilidad de las instituciones educativas (especialmente de las particulares) depende en buena parte del pago efectuado por los padres de familia, y mediante la suscripción de un contrato educativo éstos se han comprometido a pagar una mensualidad determinada como retribución por los servicios brindados. Por otro lado, sin embargo, el contrato educativo tiene una especial relevancia constitucional, que impide dar aplicación automática a la denominada “excepción de contrato no cumplido” del artículo 1546 del Código Civil, y proceder simplemente a la suspensión del servicio educativo por el incumplimiento de los padres, que en muchas ocasiones se debe a circunstancias ajenas a su voluntad (como la pérdida repentina del empleo).

⁶⁰ Así por ejemplo, en el año de 1998, el Observatorio de Justicia Constitucional de la Universidad de los Andes clasificó las sentencias de la Corte Constitucional de 1996 sobre el derecho a la educación en cinco categorías: 1. Contra establecimientos educativos 2. Huelga de trabajadores del sector educativo 3. Ejecución Presupuestal y Eficiencia. 4. Servicios militar obligatorio 5. La educación en zonas de alteración del orden público. Cfr. César Rodríguez (coord.), “Crónica de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional durante 1996”, en Manuel José Cepeda, Isabel Cristina Jaramillo y César Rodríguez Garavito (eds.), *Observatorio de Justicia Constitucional. Balance jurisprudencial de 1996. La Corte Constitucional, el año de la consolidación*, Bogotá, Universidad de los Andes – Siglo del Hombre Editores, 1998, pp. 94-99.

⁶¹ El Observatorio de Justicia Constitucional de la Defensoría del Pueblo tiene 18 documentos estructurados a partir de las sentencias de las Corte Constitucional colombiana e Interamericana de Derechos Humanos, organizadas temáticamente por sujetos y por derechos, en los que se indican las subreglas vigentes a partir de los hechos relevantes, la decisión y su fundamento. Allí se encuentra un amplio catálogo de sentencias proferidas en el contexto de las instituciones educativas. Disponible en: <http://www.defensoria.org/?s=ojc&a=0&es=0>. Último acceso: 28 de julio de 2010.

La Corte, entonces, ha venido a establecer reglas claras y concretas para resolver este tipo de conflictos. Entre muchas otras cosas, la Corte ha resuelto que cuando existe controversia razonable sobre la existencia de obligaciones financieras pendientes con una institución universitaria, y el estudiante ha cumplido con todos los requisitos académicos para la obtención del grado, se debe proceder a la graduación y exigir el pago por los medios civiles y penales ordinarios⁶²; que una institución educativa del nivel básico, medio o superior, no se puede negar a graduar a un alumno que ha cumplido con todos los requisitos académicos y ha incumplido sus obligaciones financieras debido a una imposibilidad fática originada en una justa causa, y ha adelantado gestiones para llegar a un acuerdo de pago⁶³; que los centros de educación básica y media pueden cancelar el cupo educativo a un estudiante cuyos padres han incumplido de manera reiterada sus obligaciones pecuniarias, siempre que haya concluido el año académico⁶⁴; que las centros de educación superior no pueden negar la realización de exámenes supletorios a los estudiantes a los que previamente se les negó la oportunidad de presentarlos por encontrarse en mora de sus obligaciones financieras, pero que posteriormente se han puesto al día⁶⁵; que los colegios tienen la obligación de expedir los certificados de estudio sin anotaciones al margen sobre la existencia de obligaciones en mora cuando existe una calamidad doméstica que afecta gravemente la estabilidad económica familiar⁶⁶; o que los jardines infantiles no pueden impedir la asistencia de los menores al centro educativo con fundamento en el incumplimiento de los padres en el pago de la pensión durante el año escolar⁶⁷.

En segundo lugar, en el ámbito del *derecho al debido proceso en procesos sancionatorios a los estudiantes*, la jurisprudencia es igualmente abundante. La Corte entonces ha tenido que definir dos tipos de cuestiones: hasta qué punto las sanciones y los procedimientos sancionatorios previstos en los manuales de convivencia respetan las garantías mínimas del debido proceso, y hasta qué punto el procedimiento y las sanciones impuestas a los estudiantes han respetado en casos específicos los derechos constitucionales. Nuevamente, la cuestión ha sido problemática porque todas estas cuestiones deben ser enmarcadas dentro de la autonomía de las instituciones educativas, a la vez que en los demás principios constitucionales.

Con fundamento en ello, la Corte ha precisado reglas como las que se enuncian a continuación: que en el marco de la autonomía de las instituciones educativas, las universidades pueden exigir para el otorgamiento de un título académico la acreditación del manejo de un segundo idioma, de modo que

⁶² Sentencia T-041/09, M.P. Jaime Córdoba Triviño, 29 de enero de 2009. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-041-09.htm. Último acceso: 16 de agosto de 2010.

⁶³ Sentencia T-933/05, M.P. Rodrigo Escobar Gil, 7 de septiembre de 2005, en concordancia con la sentencia SU-624/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero, 25 de agosto de 1999. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU-624-99.htm. Último acceso: 16 de agosto de 2010.

⁶⁴ Sentencia T-208/96, M.P. Jorge Arango Mejía, 10 de mayo de 1996. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-208-96.htm. Último acceso: 16 de agosto de 2010.

⁶⁵ Sentencia T-019/99, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 22 de enero de 1999. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-019-99.htm. Último acceso: 16 de agosto de 2010.

⁶⁶ Sentencia T-821/02, M.P. Rodrigo Escobar Gil, 4 de octubre de 2002, en concordancia con la sentencia SU-624/99, M.P. Alejandro Martínez caballero, 25 de agosto de 1999. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-821-02.htm. Último acceso: 16 de agosto de 2010.

⁶⁷ Sentencia T-356/01, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 39 de marzo de 2001. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-356-01.htm. Último acceso: 16 de agosto de 2010.

cuando esta acreditación se ha obtenido de manera fraudulenta, se puede anular el título respectivo⁶⁸; que las universidades no pueden aplicar retroactivamente el reglamento en detrimento de los estudiantes, imponiendo nuevos requisitos para el otorgamiento del título que no estaban vigentes al momento de concluir sus estudios académicos⁶⁹; que no es indispensable que en los procedimientos sancionatorios en contra de estudiantes universitarios menores de edad participen sus padres a su nombre, cuando el entorno les permite conocer sus obligaciones y actuar de acuerdo con ellas⁷⁰; que las universidades pueden imponer a los estudiantes la sanción de expulsión frente a conductas especialmente graves que afecten los principios fundamentales de la institución, como lo es el fraude académico en la presentación de proyectos o trabajos académicos⁷¹; o que aunque los procedimientos sancionatorios en instituciones educativas no tienen las mismas garantías de los procesos judiciales, en cualquier caso se requiere al menos que se agoten las siguientes etapas: comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario, formulación de cargos, calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias, traslado al imputado de las pruebas que fundamentan los cargos en su contra, y la indicación del término para la formulación de sus descargos, para controvertir pruebas y presentar o solicitar unas nuevas⁷².

Y por último, la jurisprudencia de la Corte en materia de *autonomía personal en el contexto de las instituciones educativas* es igualmente abundante e interesante. Se trata fundamentalmente de casos en los que la apariencia personal o las opciones de vida de los estudiantes entran en conflicto con disposiciones expresas del manual de convivencia o con las directrices ideológicas de la institución. Problemas como el uso de pelo largo o de aretes en varones, la obligación de las niñas de cortarse el pelo para evitar la pediculosis capilar, el estado de embarazo, la vida sexual o las convicciones religiosas, han dado lugar a múltiples conflictos sociales que han sido judicializados mediante la acción de tutela. Los conflictos aquí son igualmente complejos: por un lado, se encuentra la autonomía de los centros educativos para definir su orientación ideológica y su organización interna (como reglas de funcionamiento, gestión administrativa, selección y formación de docentes, administración de bienes, etc.); por otro lado, sin embargo, existe un reconocimiento de la autonomía individual y del derecho al libre desarrollo de la personalidad que faculta a las personas para adoptar el modo que vida que permita la definición de su identidad y su individualidad. ¿Qué sucede cuando entran en conflicto?

Ha sido la justicia constitucional la llamada a dirimir estas disyuntivas a través de la definición de una serie de reglas concretas que proyectan el texto constitucional en estos escenarios específicos. Así, la Corte ha establecido que en la medida en que los actos cívicos (como la izada de bandera o la participación en desfiles para celebrar fiestas patrias) no son actos religiosos ni actos de idolatría, las

⁶⁸ Sentencia T-768/09, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, 29 de octubre de 2009, en concordancia con la sentencia T-669/00, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-768-09.htm. Último acceso: 16 de agosto de 2010.

⁶⁹ Sentencia T-886/09, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, 1 de diciembre de 2009. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-886-09.htm. Último acceso: 16 de agosto de 2010.

⁷⁰ Sentencia T-264/06, M.P. Jaime Araujo Rentería, 4 de abril de 2006. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-264-06.htm. Último acceso: 16 de agosto de 2010.

⁷¹ Sentencia T-264/06, M.P. Jaime Araujo Rentería, 4 de abril de 2006. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/T-264-06.htm. Último acceso: 16 de agosto de 2010.

⁷² Sentencia T-301/96, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-301-96.htm. Último acceso: 16 de agosto de 2010.

convicciones religiosas no son justificativos para incumplir las obligaciones del manual de convivencia sobre participación en actos cívicos⁷³; que los jardines infantiles no pueden exigir a los infantes menores de 7 años el corte de cabello para evitar el contagio de la pediculosis capilar, pues la medida no es idónea para evitar la molestia física, y además existen otras medidas idóneas menos lesivas de la autonomía personal⁷⁴; que los colegios no pueden imponer en el manual de convivencia la obligación de llevar determinada longitud de cabello como mecanismo para garantizar la disciplina estudiantil⁷⁵; que en ejercicio de la autonomía universitaria, las universidades pueden exigir al estudiante la realización de seminarios de ética o de formación moral, más no obligarlo, en desarrollo del misma, a confesar sus convicciones y creencias religiosas⁷⁶; que aunque los colegios pueden prohibir el consumo de sustancias psicoactivas y psicotrópicas en la instituciones, no pueden realizar exámenes de sangre a los estudiantes para determinar si ha existido consumo o no, sin su consentimiento libre e informado⁷⁷; que los planteles educativos de carácter confesional no pueden negar el cupo a un estudiante para continuar sus estudios, por haber tomado la decisión de fundar una familia mediante un matrimonio civil⁷⁸; que los colegios, incluso confesionales, no pueden impedir el reingreso de estudiantes que se han ausentado temporalmente por su estado de embarazo⁷⁹; que los colegios no pueden exigir a una estudiante el uso de un uniforme escolar distinto a la que llevan las demás alumnas, por el hecho de vivir en unión libre, ni adoptar medidas discriminatorias análogas⁸⁰; o que los colegios no pueden expulsar a una estudiante por su estado de embarazo⁸¹.

3.2.2. El impacto de las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia en el marco de las instituciones educativas.

Ahora bien, ¿cuál ha sido el efecto de este conjunto de decisiones? Lo primero que cabe destacar es la difícil situación por la que atraviesa la educación en Colombia, lo que se demuestra con el hecho de que al año 2004, más de dos millones de personas se encontraban excluidos del sistema educativo, más de uno

⁷³ Sentencia T-877/99, M.P. Antonio Barrera Carbonell, 8 de noviembre de 1999, en concordancia con la sentencia T-363/95, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-877-99.htm. Último acceso: 16 de agosto de 2010.

⁷⁴ Sentencia SU-642/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU642-98.htm. Último acceso: 16 de agosto de 2010.

⁷⁵ Sentencia T-578/08, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, en concordancia con las sentencias T-345/08, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-037/02, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-889/00, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-239/00, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-1591/00, M.P. Fabio Morón Díaz; T-695/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-658/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz; SU-642/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-641/98, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-578-08.htm. Último acceso: 16 de agosto de 2010.

⁷⁶ Sentencia T-345/02, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-345-02.htm. Último acceso: 16 de agosto de 2010.

⁷⁷ Sentencia T-266/06, M.P. Jaime Araujo Rentería. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-266-06.htm. Último acceso: 16 de agosto de 2010.

⁷⁸ Sentencia T-853/04, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-853-04.htm. Último acceso: 16 de agosto de 2010.

⁷⁹ Sentencia T-420/92, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-420-92.htm. Último acceso: 16 de agosto de 2010.

⁸⁰ Sentencia T-516/98, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-516-98.htm. Último acceso: 16 de agosto de 2010.

⁸¹ Sentencia T-272/01, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-272-01.htm. Último acceso: 16 de agosto de 2010.

no aprobaba el grado que está cursando, cerca de cuatro obtenían resultados medio-bajos y bajos en el Examen de Estado y en Competencias Ciudadanas, 7.89% de colombianos de 15 y más años de edad eran analfabetas, y los índices de baja calidad en los programas de educación superior habían sido demostrados⁸².

El reciente informe de la Procuraduría General de la Nación muestra la panorámica general de la educación en el país: a partir de siete indicadores, evalúa la situación de la educación colombiana a partir de una perspectiva de derechos humanos. Estos indicadores son: acceso, permanencia, calidad, modernización del sistema educativo, inversión, gratuidad y profesionalidad docente. En general todos estos indicadores demuestran que a pesar de algunos avances en la materia, la situación de la educación en Colombia sigue siendo crítica y que el Estado está lejos de satisfacer sus obligaciones con respecto al derecho a la educación⁸³.

Es en este marco donde debe ser evaluado el impacto de las sentencias de la Corte Constitucional. Si bien las decisiones de la Corte está muy lejos de alterar esta realidad, es indiscutible que en cambio sí ha logrado transformar y redimensionar las relaciones entre los actores del sistema educativo, a través de lo que se ha denominado “la constitucionalización de la vida cotidiana”, tal como se explicará a continuación.

3.2.2.1. El impacto de las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia en los manuales de convivencia.

En primer lugar, la Corte ha promovido y guiado la reformulación de los manuales de convivencia que establecen las “reglas del juego” para los participantes del sistema educativo. Estos manuales de convivencia juegan entonces un papel protagónico en la vida cotidiana, pues guían la totalidad del proceso educativo: las conductas permitidas y prohibidas, el tipo y nivel de exigencia a los estudiantes, el sistema de evaluación, la permanencia en las instituciones, el régimen disciplinario, los incentivos a los estudiantes, los derechos y los deberes de los padres, estudiantes, docentes y personal administrativos y directivo, entre muchos otros. En últimas, estos manuales guían y reflejan la vida cotidiana en las instituciones educativas.

Pues bien, un breve recorrido por los manuales de convivencia revela de manera clara e indiscutible la “huella” de los precedentes de la Corte en este sentido. Para tal efecto, se hizo una revisión general de alrededor de cincuenta (50) manuales de convivencia de colegios públicos y privados, confesionales y no

⁸² Pedro Antonio Pinilla Pacheco, *El derecho a la educación. La educación en perspectiva de los derechos humanos*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación – USAID, 2006, p 14 (evaluando el cumplimiento de las obligaciones del Estado colombiano en materia del derecho a la educación en el período 1992-2004, y midiendo el impacto de la Constitución Política de 1991 en las formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas en esta materia). Disponible en: www.procuraduria.gov.co/imgs/eventos/05052006_libroeducacion.pdf. Último acceso: 15 de agosto de 2010.

⁸³ Pedro Antonio Pinilla Pacheco, *El derecho a la educación. La educación en perspectiva de los derechos humanos*, nota *supra* 82.

confesionales, de todos los estratos socio económicos de las ciudades de Barranquilla, Bogotá, Bucaramanga, Cartagena y Medellín y de municipios menores, y se examinaron las siguientes cuestiones:

1. ¿Han sido modificados recientemente en función de las sentencias de la Corte Constitucional?
2. ¿Existen menciones explícitas a las sentencias de la Corte Constitucional?
3. ¿El contenido del Manual de Convivencia respeta las directrices jurisprudenciales de la Corte, de acuerdo con las siguientes consideraciones?:
 - 3.1. ¿Se prevé el embarazo como causal de sanción a los estudiantes?
 - 3.2. ¿Se establecen medidas específicas sobre la apariencia personal que según la Corte Constitucional se encuentra prohibidas (como longitud del cabello o similares)?
 - 3.3. ¿El proceso sancionatorio prevé las etapas mínimas previstas por la Corte (comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario, formulación de cargos, calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias, traslado del imputado de las pruebas que fundamentan los cargos en su contrato, la indicación del término para la formulación de sus descargos, para controvertir pruebas y presentar o solicitar unas nuevas, el pronunciamiento definitivo y la imposición de la sanción)?
 - 3.4. ¿Se prevé el incumplimiento en las obligaciones pecuniarias a cargo de los padres de familia como causal de cancelación del cupo durante el año escolar?

El análisis de este documento es bien revelador.

En primer lugar, sorprendentemente se encontró que la mayor parte de manuales de convivencia han sido expedidos o modificados en los últimos años, y que uno de los motivos para ello ha sido la necesidad de su adecuación a las directrices de la Corte. Este es el caso, por ejemplo, del Manual de Convivencia del colegio Montessori de Cartagena⁸⁴, expedido en el año de 2009, y en cuya presentación se destaca la jurisprudencia de la Corte Constitucional como directriz en la elaboración del texto; explícitamente se sostiene que dentro de los criterios orientadores en la elaboración del Manual de Convivencia está la jurisprudencia de este organismo, y se mencionan de manera explícita algunos de sus fallos; es particularmente destacable que se incluyen no solo las prerrogativas de los colegios, sino también los derechos que la Corte ha reconocido a los estudiantes, y que existe cierto nivel de rigurosidad en la citación jurisprudencial.

Al respecto se sostiene lo siguiente: *“Han sido fuentes legales, para la elaboración y adopción del Manual de Convivencia o Reglamento Interno del Colegio Montessori de Cartagena, las siguientes (...) los conceptos jurisprudenciales orientadores (...) sentencias T-658/99 (...) T-065/93 (...) T-386/94 (...) T-02/92 (...) T-043/97 (...) T-641/98 (...) T-271/01 (...) T-067/98 (...) T-618/98 (...) T-207/98 (...)”*. Dentro de las múltiples referencias a las sentencias de la Corte dentro del manual de convivencia, se encuentran las siguientes:

⁸⁴ El Manual de Convivencia respectivo se encuentra en: http://www.montessoricartagena.edu.co/publicaciones/mc_montessori.pdf. Último acceso: 15 de julio de 2010.

- La necesidad de que el manual se ajuste a los preceptos constitucionales, y en caso contrario, su inaplicabilidad.
- La existencia y relatividad de la facultad de autoregulación de los colegios, por la necesidad de respetar el marco constitucional.
- La necesidad de respetar los derechos de los estudiantes, y en particular, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el debido proceso y el derecho a la educación.
- La necesidad de establecer un trato igualitario entre los estudiantes, sin discriminar por razones de embarazo o maternidad.
- La autonomía de los estudiantes para definir cuestiones relativas a su apariencia personal, como adornos, vestidos y maquillaje.
- Participación de los estudiantes en la toma de decisiones.

En segundo lugar, llama la atención el hecho de que con mucha frecuencia se hacen referencias explícitas a la jurisprudencia de la Corte, bien sea en la presentación del respectivo Manual de Convivencia para indicar que se recogen las directrices establecidas por esta, o bien sea en el cuerpo mismo del texto.

Este es el caso, por ejemplo, del Manual de Convivencia del Colegio La Salle de la ciudad de Bello⁸⁵. El capítulo 3 es denominado “Sentencias y fallos de la Corte”, y allí se extraen varias de las reglas definidas por este órgano relativas a las reglas de convivencia en las instituciones educativas. Aunque el rigor en la citación no es el deseado, y aunque se tienden a citar las doctrinas que otorgan prerrogativas especiales a los colegios y no tanto aquellas que favorecen a los estudiantes, en todo caso revelan su incidencia en el contenido del texto normativo. Entre otras cosas, se destaca lo siguiente: *“La Corte Constitucional advirtió que los colegios no están obligados a mantener en sus aulas a quienes en forma constante y reiterada desconocen las directrices disciplinarias (...) destacó a la vez que los estudiantes tienen la obligación de mantener las normas de presentación en los colegios, así como los horarios de entrada y salida de clases descansos, salidas pedagógicas, y las diferentes actividades realizadas en la institución (...) permite la exclusión de la institución por bajo rendimiento y por mal disciplina bajo el cumplimiento de dos condiciones: que dicha sanción esté contemplada en el Manual de Convivencia y que se lleve el debido proceso (...) el derecho a la educación no es absoluto, es derecho – deber (...) si los padres escogen para sus hijos la educación privada, quedan obligados al pago de las pensiones, por lo tanto la Corte no encuentra configurado violación a los derechos fundamentales la no renovación del contrato de matrícula con base en la causal de atraso y no pago de pensiones por parte de los padres de familia”*.

En tercer lugar, en términos generales los manuales de convivencia respetan las reglas de convivencia establecidas por la Corte Constitucional.

En cuanto al indicador de embarazo como causal de sanción a los estudiantes, debe tenerse en cuenta que muchos colegios, especialmente los que tienen un carácter confesional, anteriormente expulsaban a las

⁸⁵ El Manual de Convivencia del colegio La Salle Bello se encuentra en: http://bello.delasalle.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=24&Itemid=53. Último acceso: 13 de julio de 2010.

estudiantes que se encontraban en estado de embarazo. Normalmente el argumento en que se fundaba la decisión, era que los embarazos de mujeres solteras (como normalmente son las niñas de los colegios) eran incompatibles con la filosofía de vida de dichas instituciones.

Sin embargo, esta práctica reiterada ha venido cambiando a lo largo del tiempo, debido en gran parte a las definiciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional. Una revisión de los manuales de convivencia revela que esta tendencia se ha modificado. En términos generales los manuales adoptan una de cuatro (4) posiciones:

- Los colegios que aceptan con mayor rigor la directriz de la Corte, explícitamente disponen explícitamente que el embarazo no genera la desescolarización, y en su lugar establecen algunas reglas de procedimiento para viabilizar este derecho a la permanencia⁸⁶.
- Otros manuales, en cambio, guardan silencio sobre el tema, caso en el cual, y en virtud del principio de legalidad, estado de embarazo no puede ser considerado por la institución educativa como causal de expulsión. Esta parece ser la tendencia dominante en los colegios colombianos.⁸⁷
- En un tercer nivel, otros manuales reconocen el derecho a continuar en el colegio, pero se “sugiere” la desescolarización; en este último caso se ejerce alguna forma de “presión” sobre las estudiantes para su retiro, pero en cualquier caso se “acepta a regañadientes” el precedente de la Corte. Aunque en esta última hipótesis se resta alguna eficacia a esta regla de la permanencia, en todo caso se materializan los límites a la discrecionalidad de los colegios en esta materia.
- Por último, en cuarto nivel se encuentran los colegios que desconociendo directamente el precedente jurisprudencial, disponen que el embarazo genera la desescolarización. Aunque en estricto sentido esta norma carece de validez y es inaplicable, en todo caso sí revela la ausencia de recepción a las directrices de la Corte Constitucional. En cualquier caso, del universo de casos analizados, únicamente uno de ellos dispone la desescolarización⁸⁸.

Algo semejante ha ocurrido con el proceso sancionatorio. Básicamente se presentan tres (3) tendencias:

- En primer lugar, la mayor parte de manuales no especifican detalladamente el procedimiento sancionatorio, sino que únicamente establecen unas directrices generales. En muchos casos se alude

⁸⁶ Así por ejemplo, el colegio Cardenal Sancha dispone en el capítulo XI que cuando una estudiante se encuentre embarazada, debe comunicar de dicha circunstancia a la Rectoría de manera verbal y escrita anexando el examen de gravidez, pues “*de no hacerlo el Colegio NO se hace responsable de lo que pueda suceder*”; una vez comunicada la situación, el colegio cita a una reunión para “*sostener un diálogo reflexivo*”, para comunicarles que se mantendrá a la estudiantes dentro del procedimiento regular, y para acordar los “*mecanismos a seguir*”. El Manual de Convivencia respectivo se encuentra en: <http://www.colegiocardenalsancha.edu.co/MANUAL%20CONVIVENCIA%202010.pdf>. Último acceso: 16 de julio de 2010.

⁸⁷ En internet aparece una lista de colegios de distintas ciudades colombianas cuyos manuales de convivencia guardan silencio sobre el embarazo. Dentro de ellos se encuentran los reconocidos colegio Helvetia , Italiano “Leonardo Da Vinci”, Gimnasio Josefina Castro de Escobar, Gimnasio Iragua o La Candelaria. Información disponible en: pelaezmarcela.googlepages.com/LISTADOCOLEGIOSBOGOT.doc . Último acceso: 19 de julio de 2010.

⁸⁸ Este es el caso, por ejemplo, del colegio Gimnasio Fidel Cano, cuyo manual de convivencia dispone en el artículo 11.7: “*En el momento que una estudiante inicie un proceso de embarazo debe informar antes que sea notorio; se desescolariza para garantizar su estabilidad emocional, física, académica, la vida de su bebé y su imagen frente a la comunidad educativa. En caso de que sea aspirante a ingresar al colegio se le informa del proceso de desescolarización. En caso de que no haya aviso oportuno será excluida (Art. 96 ley 115/94 capítulo 1 título uno)*”. El manual se encuentra en: <http://www.gfc.edu.co/manualconvivencia/book277.html>. Último acceso: 19 de julio de 2010.

al “debido proceso”, pero no se indica cómo se materializa este debido proceso en estos casos específicos. En la práctica, sin embargo, la estructura de estos procedimientos respeta las directrices generales de la Corte, particularmente cuando la sanción a imponer reviste algún nivel de gravedad.

- En otros casos, aunque se especifica el procedimiento a seguir, no se siguen plenamente las directrices de la Corte, generalmente debido a que se omite una etapa relevante. Este es el caso, por ejemplo, del procedimiento para las faltas graves del colegio Quinta del Puente, en el que únicamente se prevén como etapas del procedimiento la de escuchar los descargos o justificaciones del estudiante y la citación de los padres de familia o acudiente para la notificación de la falta grave y la sanción⁸⁹. Esta hipótesis, sin embargo, hace parte de la tendencia minoritaria dentro de los manuales de convivencia.
- Por último, otros manuales explicitan el procedimiento disciplinario bajo los parámetros de la Corte. Este es el caso, por ejemplo, del manual del colegio Montessori de Cartagena; en él se distingue entre faltas leves, graves y gravísimas, y para cada una de ellas establece un catálogo de sanciones y un procedimiento específicos. El artículo 55 se refiere directamente a la sentencia T-917/06 de la Corte, y en función de ella establece las siguientes etapas del procedimiento disciplinario:
 - Comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario por parte de la Dirección del colegio.
 - Formulación de cargos de manera verbal o escrita, con indicación clara y expresa de las conductas presuntamente constitutivas de las faltas, de las faltas a que dan lugar, y de la calificación provisional de las conductas como faltas.
 - Traslado de las pruebas al estudiante.
 - Término para controvertir formular los descargos y controvertir las pruebas, de manera verbal o escrita.
 - Proposición y resolución de recursos de reposición ante el Comité de Estudio de Casos y de Apelación ante el Consejo.
 - Adopción y ejecución de la sanción.

Por último, en cuanto al manejo del incumplimiento de los padres o acudientes en el pago de las pensiones, la mayor parte de manuales de convivencia han respetado las directrices de la Corte. Hasta hace unas décadas se asumía que el incumplimiento en el pago de la pensión daba lugar a la resolución del contrato educativo, por lo que la institución educativa tenía el derecho de dar por finalizado el servicio.

Nuevamente, la tendencia se ha modificado a lo largo del tiempo con ocasión de las sentencias de la Corte, hasta el punto de que hoy en día existe un consenso generalizado sobre el derecho de los estudiantes de permanecer en la institución educativa al menos durante la vigencia del año lectivo, aun a pesar del incumplimiento de los padres; en este marco, los colegios han entendido que pueden legítimamente acudir a las vías judiciales ordinarias (básicamente al cobro pre-jurídico y jurídico a través

⁸⁹ El manual de convivencia se encuentra disponible en: <http://www.laquintadelpuente.edu.co/basequinta.htm>. Último acceso: 19 de julio de 2010

de los procesos ejecutivos), más no suspender el servicio educativo durante el año escolar. Del mismo modo, debido a la autorización de la Corte, los colegios se han afianzado en la práctica de exigir el paz y salvo financiero como condición para la matrícula en un nuevo año lectivo. Así por ejemplo, el manual del colegio Liceo Boston prevé únicamente la cancelación del contrato educativo el hecho de no estar a paz y salvo con la institución al finalizar las actividades académicas⁹⁰; en igual sentido, el manual del Colegio Calazans de Medellín establece la obligación de los padres de pagar los costos educativos y demás obligaciones académicas dentro del plazo contractual, y la necesidad de estar a paz y salvo con el colegio para realizar la matrícula para un nuevo año lectivo⁹¹.

Las medidas sobre la apariencia personal parecen apartarse de esta tendencia general. Lo primero que cabe destacarse es que la evaluación del nivel de cumplimiento de los precedentes de la Corte reviste una mayor dificultad, debido básicamente a la vaguedad y variabilidad de las reglas jurisprudenciales en esta materia.

Un caso paradigmático es la hipótesis de la prohibición de cabello largo en estudiantes del sexo masculino; hasta el año de 1998, la Corte no consideró como violatorio de los derechos constitucionales la exigencia de llevar el cabello corto; en el mejor de los casos se opuso más bien al tipo de sanciones impuestas por su incumplimiento, o al procedimiento sancionatorio como tal que habían llevado a cabo ciertos colegios⁹²; sin embargo, no existía una prohibición *per se* a este tipo de cláusulas en los manuales de convivencia. Sin embargo, a partir de 1998 la Corte comenzó a considerar que los colegios que este tipo de medidas relativas a asuntos tan íntimos como la longitud del cabello son incompatibles con el derecho al libre desarrollo de la personalidad⁹³.

En términos generales los manuales de convivencia no han aceptado estas reglas jurisprudenciales. Una revisión general ha puesto de presente que los colegios siguen prohibiendo el cabello largo en los hombres. Este es el caso del colegio Los Pinos, cuyo manual de convivencia dispone que *“buscando ante todo el bienestar general comunitario y el buen funcionamiento del Gimnasio, cada miembro de la familia gimnapina debe cumplir las normas de convivencia, a través de la ‘autoregulación personal’. Por ende todo estudiante debe abstenerse de aquellos comportamientos que lesionen los aspectos personales, institucionales y comunitarios, tales como (...) usar el cabello largo o pintado en los varones, el maquillaje en las niñas, el ‘pircing’ y en general todo tipo de accesorios que no correspondan al uniforme”*⁹⁴; algo análogo ocurre con el colegio Americano de Bogotá, que expresamente dispone:

⁹⁰ El Manual de Convivencia se encuentra en: <http://www.liceoboston.edu.co/mconviv.pdf>. Último acceso: 19 de julio de 2010.

⁹¹ El Manual de Convivencia se encuentra en: <http://www.calasanz-medellin.edu.co/Institucional/codaslider.1.1.1/Documentos/MC.pdf>. Último acceso: 19 de julio de 2010.

⁹² *Cfr.* Sentencias T-476/95, M.P. Fabio Morón Díaz; T-248/96, M.P. Jorge Arango Mejía; T-633/97, M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁹³ *Cfr.* sentencias SU-641/98, M.P. Carlos Gaviria Díaz; SU-642/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-658/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-695/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-239/00, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-889/00, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-1591/00, M.P. Fabio Morón Díaz; T-037/02, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-345/08, M.P. Jaime Arango Mejía.

⁹⁴ El Manual de Convivencia se encuentra en: http://www.gimnasiolospinos.edu.co/secciones/quienes/manual_convivencia.htm. Último acceso: 20 de julio de 2010.

“Hombres: no se admite el cabello largo. Se deben visualizar las orejas y el cuello de la camisa; al igual que peinados estrambóticos, rastas, crestas, cabellos parados (despeinados) ni ninguna clase de peinados alternativos, así mismo las tinturas. No se permite el bigote y/o barba, ni el uso de aretes o piercing y demás implementos que no correspondan al uniforme del colegio (...)”⁹⁵.

De manera excepcional, algunos colegios admiten el cabello largo, o al menos con algunas limitaciones. Así ocurre, por ejemplo, con el manual de convivencia del colegio La Colina, que establece una regulación bastante discreta y razonable del tema, en los siguientes términos: *“Son deberes de los padres (...) inculcar en su hijo hábitos de aseo y pulcritud personal. Velar por la adecuada presentación personal de sus hijos (uniformes y zapatos en buen estado, acatamiento a los normas de uso y corte del cabello, uso de piercing, uñas pintadas de color suave en las niñas, etc.) (...) Los hombres deben llevar el cabello bien presentado, teniendo siempre en cuenta el respeto por sí mismos y por los otros. No se acepta el pelo o parte de éste teñido de colores llamativos, ni el uso de cortes y estilos extravagantes”⁹⁶.*

En cualquier caso, incluso en este tema de la apariencia personal, las definiciones jurisprudenciales han servido, en primer lugar, para afianzar la idea de que los colegios sí pueden exigir ciertos “mínimos razonables” de apariencia personal, pero en segundo lugar, para reconocer la existencia de límites a esta intervención de los colegios en los estudiantes. La definición de estos límites, obviamente, es una cuestión problemática y abierta al debate y a la discusión. Lo cierto es que estas cuestiones específicas de la vida cotidiana son ahora entendidas en términos constitucionales.

3.2.2.2. El impacto de las decisiones de la Corte en las concepciones y prácticas de los actores del sistema educativo.

Este cambio normativo explicado anteriormente es en realidad el reflejo de un cambio más profundo en las concepciones y prácticas sociales al interior de las instituciones educativas. Lo que ha ocurrido entonces, al menos en ciertos aspectos, es una especie de “constitucionalización” de la vida estudiantil. Así, las sentencias de la Corte han venido a entender las relaciones de la vida estudiantil en términos constitucionales, y de este modo el texto constitucional se ha filtrado en este espacio de la vida social. En últimas, las sentencias de la Corte, y en particular la fuerza vinculante del precedente judicial, ha servido como mediador entre el texto constitucional como tal, y las prácticas sociales en el marco de las instituciones educativas.

Aunque las manifestaciones de este fenómeno son múltiples y variadas, nos interesa destacar únicamente dos:

⁹⁵ El Manual de Convivencia se encuentra en: <http://www.colamericano.edu.co/MANUAL%20DE%20CONVIVENCIA.pdf>. Último acceso: 20 de julio de 2010.

⁹⁶ El Manual de Convivencia se encuentra en: <http://www.lacolina.edu.co/es/images/stories/pdf/manualconvivencia2009-2010.pdf>. Último acceso: 20 de julio de 2010.

En primer lugar, existe una tendencia clara y tangible en entender las relaciones sociales como relaciones sujetas a la Constitución. Los asuntos disciplinarios son ahora entendidos como problemas relativos al derecho al debido proceso; los “castigos” que se imponen a los estudiantes son entendidas ahora en función del principio de legalidad de las infracciones y sanciones, y en función del principio de proporcionalidad entre el daño provocado y la sanción; los conflictos entre las convicciones personales y las políticas institucionales de los colegios, son ahora entendidas en función del derecho al libre desarrollo de la personalidad y en función de la autonomía de las instituciones educativas; el manejo del incumplimiento de los padres en el pago de la pensión, son entendidos ahora en función del derecho a la educación y en función la autonomía y de la sostenibilidad de las instituciones educativas. En definitiva, se trata de un complejo y profundo proceso cultural en el que se han transformado los imaginarios, las concepciones y los paradigmas en torno a la vida estudiantil.

En segundo lugar, las prácticas imperantes en las instituciones educativas se han transformado gradualmente en algunos sentidos. Mientras que hace algunas décadas resultaba inimaginable hacer prevalecer las convicciones personales sobre la autonomía regulativa de las instituciones educativas, hoy en día los miembros de la comunidad educativa están familiarizados con este tipo de problemas: universitarios que no pueden asistir los sábados a clase en virtud de sus compromisos religiosos o que se oponen a recibir ciertas materias o a participar en ciertos actos cívicos, son hoy en día asuntos que se deben enfrentar con cierta frecuencia. Mientras que anteriormente los colegios y universidades tenían un amplio margen de discrecionalidad para tipificar las faltas e imponer sanciones, hoy en día se trata de una actividad reglada y limitada. Mientras que anteriormente el ingreso y permanencia a las instituciones educativas particulares era un asunto “privado”, hoy en día existen serias restricciones a dicha autonomía.

De igual modo, la jurisprudencia de la Corte ha servido para afianzar algunas prácticas al interior de las instituciones educativas. Hoy en día padres de familia, estudiantes y directivos de colegios saben que aunque el incumplimiento de las obligaciones económicas no da derecho a la terminación automática del contrato educativo durante la vigencia del año lectivo, sí da derecho a suspender la prestación del servicio de transporte y alimentación; hoy en día padres de familia, estudiantes, docentes y directivos saben que aunque los colegios no pueden imponer prohibir el uso de piercings en el cuerpo, sí pueden exigir el uso de uniformes; hoy en día padres de familia, estudiantes, docentes y directivos saben que aunque toda sanción a los estudiantes debe estar precedida de un riguroso proceso que garantice el derecho de defensa y la presunción de inocencia, también en casos de faltas especialmente graves se puede desvincular a los alumnos de la institución educativa.

Es esto lo que explica que con mucha frecuencia los directivos de los colegios, los docentes, los padres de familia y los estudiantes acudan a las sentencias de la Corte para definir el curso a seguir frente a problemas específicos: cuando uno de los docentes es homosexual y teme ser desvinculado, cuando se tienen serias sospechas sobre el consumo de drogas por parte de un estudiante, cuando existen evidencias de que ha existido plagio, cuando un padre de familia incumple de manera reiterada sus obligaciones económicas con la institución educativa, cuando existen divergencias entre los miembros de la comunidad

educativa sobre el manejo de asuntos específicos, entre muchas otras. En todas estas hipótesis las sentencias de la Corte se han convertido en un referente obligado para definir la ruta de acción.

De este modo, la jurisprudencia de la Corte ha servido para definir los comportamientos admisibles y no admisibles en este escenario de la vida social, en el marco de un estado constitucional de Derecho. En otras palabras, ha existido una “constitucionalización de la vida cotidiana” en este espacio de la vida social, gracias en gran parte a la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁹⁷.

3.3. EL IMPACTO DE LAS DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA EN EL MARCO DEL “ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL” EN MATERIA DE DESPLAZAMIENTO FORZADO.

Por último, el tercer ejemplo se refiere al impacto de las decisiones de la Corte Constitucional en el marco del estado de cosas inconstitucional por el desplazamiento forzado en Colombia.

3.3.1. Las decisiones de la Corte Constitucional en materia de desplazamiento forzado.

Sin lugar a dudas, dentro de los fallos más controvertidos de la Corte colombiana se encuentran aquellos que han declarado al denominado “estado de cosas inconstitucional” y aquellos que se han dictado con fundamento en esta declaratoria. La Corte ha utilizado esta figura cuando con ocasión de una acción de tutela en la que se alega la violación de derechos constitucionales de una persona o un grupo de personas, encuentran que debido a problemas de estructura, existe una violación masiva, generalizada y reiterada de derechos humanos. En estos casos, la Corte no se limita a pronunciarse sobre el caso específico que se plantea en la acción de tutela, sino que actúa directamente sobre el problema estructural mediante las denominadas “órdenes de ejecución compleja”, supervisa de manera permanente la ejecución integral de la sentencia, y mantiene su competencia sobre el caso hasta que cese la violación crónica de derechos⁹⁸.

Aunque desde su entrada en funcionamiento la Corte Constitucional conoció y resolvió casos de tutela en los que se alegaba la violación de derechos de población desplazada por la violencia, sólo hasta el año 2004 se declaró el denominado “estado de cosas inconstitucional” mediante la sentencia T-025/04. La

⁹⁷ Cfr. Esteban Restrepo Saldarriaga, “Reforma Constitucional y Progreso Social. La constitucionalización de la Vida Cotidiana en Colombia, en Roberto Saba (ed.), *El Derecho como objeto e instrumento de transformación*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003 pp. 73.88 (apartándose de la “visión instrumental” del Derecho que evalúa su eficacia desde un modelo de causalidad directa, adscribiéndose a un modelo más amplio que permita capturar la totalidad de efectos de las decisiones de los jueces, incluso los indirectos y simbólicos no verificables empíricamente ni cuantificables, y aplicando este modelo al caso de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, que ha logrado una “constitucionalización de la vida cotidiana” en diferentes escenarios de la vida social”).

⁹⁸ La Corte ha declarado el estado de cosas inconstitucional en las siguientes sentencias: T-068 de 1998, MP: Alejandro Martínez Caballero (declarando el ECI en el reconocimiento y reliquidación de pensiones y otros derechos laborales en la Caja Nacional de Previsión); T-153/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz (declarando el ECI en los establecimientos carcelarios del país); SU-250/98, M.P. Alejandro Martínez Caballero (declarando el ECI en la carrera notarial); T-590/98, M.P. Alejandro Martínez Caballero (declarando el ECI en materia de protección a defensores de derechos humanos); T-606/98, M.P. José Gregorio Hernández Galindo (declarando el ECI en la asistencia médica y suministro de medicamentos a los reclusos de establecimientos carcelarios); SU-090/00, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz (declarando el ECI en el pago de pensiones en el departamento del Chocó); T-847/00, M.P. Carlos Gaviria Díaz (confirmando el ECI en los establecimientos carcelarios).

Corte constató, entre otras, cosas, que el 92% de la población desplazada tenía sus necesidades básicas insatisfechas, que el 80% vivía en condiciones de indigencia, que el 63.5% tenía una vivienda inadecuada, que el 23% de los menores tenía una mala alimentación, entre muchos otros datos escalofriantes. Pero no solo se verificó esta grave situación en la población desplazada, sino que además se logró demostrar que esta situación era el resultado de una total y absoluta indiferencia del Estado, al existir una parálisis y un bloqueo institucional de grandes dimensiones, y una asignación presupuestal más que insuficiente para responder a esta grave situación.

En virtud de esta declaratoria, y al constatar la existencia de problemas estructurales en la formulación, implementación y evaluación de la política pública en materia de desplazamiento forzado interno y en la asignación de recursos, la Corte ha podido convertirse en un actor fundamental de este problema.

Para efectos del presente trabajo, interesa únicamente destacar tres características de las decisiones de la Corte en esta materia⁹⁹:

En primer lugar, en cuanto al *contenido de los fallos*, éstos tienen cuatro particularidades:

- Primero, los fallos no se han limitado a declarar la violación de derechos, como tradicionalmente corresponde a los jueces, sino también a especificar y detallar las obligaciones positivas y negativas a cargo de cada una de las partes involucradas, y las condiciones de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse. Así por ejemplo, mediante una serie de autos, la Corte ha adoptado decisiones encaminadas directamente a proteger la vida y la seguridad personal de la población desplazada¹⁰⁰, a garantizar el enfoque diferencial en el diseño y ejecución de las políticas públicas, en función de factores como el género¹⁰¹, la edad¹⁰², la pertenencia étnica¹⁰³ y la discapacidad¹⁰⁴.
- Segundo, la parte resolutoria de los fallos no sólo se limitan a exigir el respeto de los derechos constitucionales de la población desplazada (por ejemplo, garantía del derecho a la alimentación, vivienda, educación o salud), sino que se han involucrado directamente con la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas que hacen posible su vigencia real y efectiva por parte de la

⁹⁹ Cfr. Clara Elena Reales y Juan Torres Mantilla (eds.), *Los caminantes invisibles*, Bogotá, Consejo Noruego para los Refugiados, 2010 (identificado, explicando y sistematizando las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia en el marco del estado de cosas inconstitucional por el desplazamiento forzado).

¹⁰⁰ Cfr. Autos 200 de 2007 (medidas cautelares para la protección de los derechos a la vida y a la seguridad personal de algunos líderes de la población desplazada y ciertas personas desplazadas en situación de riesgo) y 009 de 2009 (para proteger los derechos a la vida y a la seguridad personal de algunas líderes de la población desplazada y ciertas personas desplazadas en situación de riesgo).

¹⁰¹ Cfr. Autos 092 de 2008 (medidas con el objeto de proteger los derechos fundamentales de las mujeres afectadas por el desplazamiento forzado por causa del conflicto armado) y 237 de 2008 (medidas con el objeto de ejercer el control constitucional sobre el cumplimiento de las órdenes impartidas en el Auto 092 del 14 de abril de 2008 para proteger los derechos fundamentales de las mujeres en situación de desplazamiento forzada por causa del conflicto armado”).

¹⁰² Cfr. Auto 251 de 2008 (con el objeto de proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes afectados por el desplazamiento forzado).

¹⁰³ Cfr. Autos 004 de 2009 (con el objeto de proteger los derechos fundamentales de las personas y los pueblos indígenas desplazados por el conflicto armado) y 005 de 2009 (Con el objeto de proteger los derechos fundamentales de las comunidades afro colombianas afectadas por el desplazamiento forzado interno).

¹⁰⁴ Cfr. Auto 006 de 2009 (con el objeto de proteger los derechos fundamentales de las personas con discapacidad afectadas por el desplazamiento forzado interno).

población desplazada. Tanto la sentencia T-025 de 2004 como los autos de seguimiento se han encargado no solo de verificar el respeto de los derechos constitucional, sino de revisar la idoneidad y pertinencia de las acciones y políticas gubernamentales en esta materia.

- Tercero, mientras en algunos casos la Corte participa directamente en el contenido de las políticas públicas, en otros casos únicamente se limita a establecer condiciones de tipo formal y procedimental para que las agencias estatales se encarguen de establecer su contenido.
- Cuarto, el contenido de los fallos ha tenido un alto nivel de variabilidad y de adaptabilidad. Así, mientras entre el 2004 y el 2006 los autos estuvieron encaminados a hacer un diagnóstico de las políticas públicas y a establecer lineamientos generales para su formulación y ejecución, entre el 2007 y el 2008 estos autos se encaminaron a establecer indicadores de gestión para medir de manera objetiva e imparcial los avances en las políticas públicas, y los avances en el goce de los derechos por parte de la población desplazada, y finalmente a partir del 2008 se han encaminado a adoptar medidas concretas y específicas para garantizar los derechos de la población desplazada¹⁰⁵.

En segundo lugar, en cuanto al *ámbito personal de los fallos*, las decisiones de la Corte han tenido un espectro bastante amplio. Por un lado, las decisiones de la Corte no se han extendido únicamente a los demandantes en la acción de tutela que dio lugar a la sentencia T-025, sino a toda la población desplazada actual y potencial, y reconocida y no reconocida oficialmente por el Estado en el Registro Único de la Población Desplazada (RUPD); en algunos casos, incluso, ha identificado núcleos específicos de la población desplazada que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad manifiesta, como ha ocurrido con las mujeres, los menores de edad, los discapacitados y los indígenas. Por otro lado, las decisiones de la Corte han involucrado a todos las agencias relacionadas directa o indirectamente con la garantía de los derechos de la población desplazada: agencias estatales como la Defensoría del Pueblo, Acción Social, Consejo Nacional de Atención a la Población Desplazada, defensoría del Pueblo, entidades territoriales, Organizaciones no Gubernamentales nacionales, extranjeras e internacionales como la Iglesia Católica, ACNUR, entre otras. Es decir, las sentencias de la Corte han servido para articular a todos los actores involucrados directa e indirectamente en el conflicto.

En tercer lugar, en cuanto al *ámbito temporal de los fallos*, cabe destacar que la Corte Constitucional ha mantenido su jurisdicción sobre el caso desde su declaratoria en el año 2004 hasta la fecha, al considerar que aún no se ha superado el “estado de cosas inconstitucional”. Siguiendo los lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para quien los casos únicamente concluyen cuando se ha ejecutado integralmente la sentencia, la Corte colombiana ha adoptado una política semejante y ha realizado un seguimiento permanente y continuo a ejecución de la sentencia T-025/04, y ha adoptado a lo largo del tiempo órdenes específicas mediante autos, para permitir la superación del estado de cosas

¹⁰⁵ Cfr. César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Colección Dejusticia, 2010, pp. 84-90.

inconstitucional. En este sentido, la Corte ha expedido alrededor de veinte (20) autos entre el año 2004 y el año 2009.

3.3.2. El impacto de las decisiones de la Corte Constitucional en materia de desplazamiento forzado.

Ahora bien, ¿cuál ha sido el impacto de estas decisiones? La reciente publicación *Cortes y cambio social. Cómo la Corte transformó el desplazamiento forzado en Colombia*¹⁰⁶ identifica y explica el impacto de las decisiones en la Corte, en al menos siete (7) niveles: un efecto creativo, en el que se constituye al desplazamiento forzado como un verdadero problema de violación de derechos humanos y no simplemente como un efecto colateral de la violencia en el país, el “desbloqueo institucional” en el que se logra activar nuevamente la actividad gubernamental, un “efecto coordinador” en el que se logra articular la actividad de las instituciones públicas y privadas ligadas al desplazamiento, un “efecto deliberativo” en el que se logra que las políticas públicas sean el resultado de procesos participativos, un efecto en el diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas en materia de desplazamiento forzado, y por último, un efecto en el goce efectivo de los derechos de la población desplazada.

Para efectos de esta investigación nos concentraremos únicamente en el último de estos efectos: el impacto de las decisiones de la Corte Constitucional en el goce efectivo de los derechos por parte de la población desplazada.

La determinación de este impacto es por obvias razones una labor extremadamente compleja: por un lado, la identificación de los efectos sociales de la sentencia requiere conocer claramente la situación de la población desplazada antes y después de la sentencia T-025 de 2004; sin embargo, precisamente una de las falencias detectadas en 2004 por parte de la Corte Constitucional, radicaba en la ausencia de información confiable sobre el número de desplazados, su ubicación geográfica o sobre el tipo de necesidades insatisfechas; frente a este desconocimiento, y ante la falta de un patrón de comparación, es difícil evaluar los efectos reales de los fallos de la Corte.

En cualquier caso, la información existente en 2004 que permitió a la Corte declarar el estado de cosas inconstitucional, puede ser utilizada para contrastarla con la situación de la población desplazada en 2008 y en 2010: por un lado, se encuentra la información arrojada por la II Encuesta Nacional de Verificación realizada por la Comisión de Seguimiento a mediados del 2008; en ella se mide el “goce efectivo de los derechos” por parte de la población desplazada incluida en el RUPD (Registro Único de la Población Desplazada”) como la que no se encontraba inscrita, a partir de entrevistas a 8.442 hogares ubicados en la zona urbana de 61 municipios del país. Por otro lado, se encuentra la encuesta realizada por el Gobierno Nacional a mediados del año 2010 al 96.5% del total la población desplazada inscrita en el RUPD,

¹⁰⁶ César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010 (identificando y explicando los efectos y el impacto de las decisiones de la Corte Constitucional en el marco del estado de cosas inconstitucional en materia del desplazamiento forzado).

ubicados en 421 municipios¹⁰⁷. Así pues, es posible hacer una comparación entre el 2008 y el 2010, y aunque con menor rigor, entre el 2004 y el 2008.

Por otro lado, existe una dificultad al establecer la *relación de causalidad* entre las decisiones de la Corte y los cambios en la situación de la población desplazada, pues podría argumentarse que esta transformación es debida a los cambios en la política pública del gobierno nacional, que en todo caso hubieran sido realizadas por éste aún sin la intervención de la Corte. Sin embargo, el análisis de este proceso en particular demuestra que antes de la sentencia T-025/04 existía un absoluto “bloqueo institucional” en el que no existía ningún tipo de compromiso real y efectivo por parte del gobierno, y mucho menos, un diseño, ejecución y evaluación de políticas públicas idóneas y efectivas dirigidas específicamente a la población desplazada. Ha sido el seguimiento permanente de la Corte el que ha constreñido a las distintas agencias gubernamentales a realizar una cierta movilización institucional, y a efectuar un importante esfuerzo presupuestal para aliviar la situación de los desplazados. De modo que a pesar de las dificultades, sí es posible establecer una relación de causalidad entre los fallos de la Corte y el cambio en el goce efectivo de los derechos por parte de población desplazada.

En resumidas cuentas, los resultados son los siguientes:

En primer lugar, con respecto al *derecho a la salud*, el indicador principal utilizado fue el acceso al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). Para el año 2008 se encontró que respecto de la población inscrita en el RUPD, el 69.7% se encuentra en el régimen subsidiado y el 5.8% en el régimen contributivo; respecto de la población desplazada no inscrita en el RUPD, el 57.4% se encuentra en el régimen subsidiado y el 6.7% en el régimen contributivo. Por su parte, al año 2010 el 89% de la población inscrita en el RUPD se encontraba vinculada al SGSSS. De este modo, en esta materia se ha logrado un cambio positivo significativo.

En segundo lugar, con respecto al *derecho a la educación*, el indicador principal que se utilizó fue el acceso a la educación formal entre los 6 y los 17 años. Para el año 2008, el 86.2% de esta población inscrita en el RUPD y el 79.4% no inscrita, asiste a un establecimiento educativo formal. Para el año 2010 el porcentaje de asistencia de los inscritos en el RUPD se eleva a un 89.24%.

En tercer lugar, con respecto al *derecho a la alimentación* se tuvieron en cuenta dos criterios básicos: la diversidad y la frecuencia en la alimentación, y la percepción de seguridad alimentaria. Mientras para el año 2008 el 53.05% de la población desplazada inscrita en el RUPD tuvo una alimentación adecuada a partir de estos criterios, para el año 2010 este indicador se redujo al 52.89%.

En cuarto lugar, con respecto al *derecho a la vivienda*, los criterios de medición fueron la seguridad jurídica, la utilización de materiales adecuados, la existencia de un espacio adecuado según el número de

¹⁰⁷ Informe del Gobierno Nacional a la Corte Constitucional sobre la superación del estado de cosas inconstitucional declarado mediante la sentencia T-025 de 2004, del 1 de julio de 2010.

habitantes, la inexistencia de riesgos geológicos o de otros similares, y el acceso a los servicios públicos. A partir de estos criterios, en 2008 se encontró que únicamente 12.41% de los inscritos en el RUPD y el 6.9% de los no inscritos tiene garantizado el derecho a la vivienda, mientras que en 2010 esta proporción se elevó al 14.95%.

En cuarto lugar, con respecto al *derecho a generar y percibir ingresos adecuados*, el criterio que se tuvo en cuenta fue el número de hogares cuyo gasto total está por encima de la línea de indigencia. De acuerdo con esto, en el año 2008 se encontró que el 7.62% de los hogares inscritos en el RUPD tiene garantizado este derecho, mientras que en el año 2010 esta proporción es del 9.53%.

En quinto lugar, con respecto al *derecho a tener un documento de identidad*, el indicador principal que se tuvo en cuenta es la posesión de documentos de identidad completos. En el 2008 se encontró que el 90% de los inscritos en el RUPD satisfacía estos requerimientos, y en 2008 esta proporción se elevó al 95.4%.

En sexto lugar, con respecto al *derecho a la subsistencia*, que comprende la satisfacción de la *ayuda inmediata* (alojamiento, alimentación y salud de emergencia) como la *Atención Humanitaria de Emergencia* (AHE) (alimentación, alojamiento, kit de cocina, aseo, habitación, salud o auxilio en dinero), se encontraron los siguientes resultados: para el año 2008 únicamente el 29.63% tenía satisfecha la denominada “ayuda inmediata”, y el 5.5% la AHE. En el año 2010, en cambio, el 63.5% tenía garantizada la ayuda inmediata, y el 16.86% la AHE.

El análisis anterior permite obtener algunas conclusiones sobre el impacto social de los fallos de la Corte: en primer lugar, si bien es cierto que éste ha sido claramente limitado, pues en muchos en muchos sentidos la situación de la población desplazada no se ha modificado dramáticamente, lo cierto es que existe un mejoramiento sostenido desde el 2004 hasta la fecha. En segundo lugar, estos adelantos son bien dispares entre sí: así por ejemplo, mientras en materia del derecho a la salud, la educación y a la identificación los adelantos son evidentes, en casos como el derecho a la vivienda, el derecho a la alimentación, el derecho a la verdad, la justicia y la reparación o la generación de ingresos, la situación sigue siendo dramática y alarmante. Por último, aunque el camino por recorrer es aún muy largo, lo cierto es que los adelantos logrados en esta materia son el resultado de la especial atención y vigilancia que ha ejercido la Corte sobre este problema, y de la “presión” que ha ejercido sobre las distintas agencias gubernamentales para lograr el desbloqueo institucional, la formulación y ejecución de políticas públicas idóneas y eficaces, y unas asignaciones presupuestales acordes con la dimensión de este grave problema social.

4. CONCLUSIONES GENERALES.

Las consideraciones y análisis anteriores ofrecen algunos elementos de juicio para resolver las cuestiones propuestas al inicio de este trabajo.

En primer lugar, ¿cuál es la eficacia de la justicia constitucional? ¿tiene la justicia constitucional la potencialidad para transformar realidades e inducir el cambio social? ¿o se trata más bien de una institución que en lugar de materializar la Constitución cumple una función ornamental y legitimadora del sistema económico, político y social? ¿su función se circunscribe a solucionar de manera puntual casos marginales de violación de derechos humanos, o puede incidir en el funcionamiento social?

El estudio anterior permite concluir que esta es una pregunta que no puede ser resuelta en abstracto. La justicia en general, y la justicia constitucional en particular, no son *per se* eficaces o ineficaces. La capacidad de transformación social será siempre limitada y restringida, pero en cualquier caso se trata de una cuestión que no puede ser respondida de antemano y de manera general. Aunque probablemente la ineficacia de la justicia constitucional sea la regla general, el estudio de casos puntuales revela que esta no es una regla indefectible, y que en muchas ocasiones el impacto de una decisión judicial llega a límites insospechados.

El análisis del impacto de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativos en cuestiones como los límites al poder punitivo en relación con la libertad de expresión, el alcance de fuero penal militar o en la validez de los indultos y amnistías respecto de las violaciones graves a los derechos humanos, revela que las consecuencias del fallo han trascendido por mucho la mera declaración y resolución de casos puntuales y marginales, y que por el contrario han tenido consecuencias insospechadas: reformas normativas estructurales, transformaciones culturales, variaciones jurisprudenciales en toda la región, hacen parte del repertorio de efectos de los fallos de la Corte. En el mismo sentido, los fallos de la Corte Constitucional colombiana han logrado transformaciones más que significativas en la vida cotidiana de importantes escenarios de la vida social (la familia, las instituciones educativas, las relaciones entre las instituciones públicas y los particulares o entre los prestadores del servicio de salud y los pacientes, entre muchos otros), y han producido transformaciones significativas en el entendimiento, la percepción y el tratamiento de graves problemas sociales, como el desplazamiento forzado, el hacinamiento en las cárceles, entre muchos otros. Se trata entonces de casos que son claramente incompatibles con la idea de una justicia constitucional meramente simbólica e ineficaz.

La anterior observación lleva entonces a reformular la pregunta por la eficacia de la justicia constitucional. En este sentido, la cuestión ahora no es si éste es eficaz o no, sino los factores y condiciones que inciden en su nivel de eficacia.

A pesar de que este trabajo tampoco es conclusivo en este sentido, pues aunque de manera general se pueden enunciar algunos de estos factores, en todo caso su peso relativo es variable. Así, mientras en un caso la estructura institucional puede tener una incidencia significativa en la eficacia de la justicia constitucional, en otros casos este factor puede no ser determinante; análogamente, mientras que en

algunos casos el entorno económico, social y político puede tener una mayor incidencia en la eficacia de la justicia constitucional, en otros puede no ocurrir así. De igual modo, estos factores se encuentran interconectados entre sí: así por ejemplo, el entorno político y económico y la estructura institucional pueden incidir en mayor o menor grado el nivel de activismo judicial de las cortes.

A pesar de la dificultad anterior, este trabajo ofrece dos conclusiones sobre la eficacia de la justicia constitucional. Primero, permite establecer una conexión entre eficacia y activismo judicial: la justicia constitucional puede tener una mayor incidencia en el cambio y la transformación social en la medida en que el propio cuerpo judicial así lo decida y adopte las políticas y mecanismos de decisión encaminados directamente a alterar el curso de los acontecimientos sociales. Aunque existe la tendencia a suponer que la eficacia depende de factores que escapan al ámbito de decisión de los jueces, un examen minucioso del problema revela que esta cuestión depende en buena parte de las decisiones y políticas judiciales: cortes y tribunales ineficaces lo son porque así lo han decidido; cortes y tribunales con alto impacto lo son porque así lo han decidido. En alguna medida, entonces, se trata de una cuestión que depende de los propios operadores jurídicos.

El análisis del impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional colombiana, pone en evidencia la estrecha relación entre la configuración y el impacto de sus fallos. Si las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han logrado trascender los casos individuales de violaciones de derechos humanos, ha sido precisamente porque la Corte ha adoptado decisiones concretas y específicas que rebasan este estrecho marco, y han llevado hasta sus últimas consecuencias las garantías de no repetición en la reparación integral: órdenes de reformas legales e incluso constitucionales, de elaboración y ejecución de políticas públicas en determinadas materias, de realización de cursos y capacitaciones permanentes, de difusión de información, de transformaciones institucionales estructurales, entre muchas otras. Análogamente, las decisiones de la Corte Constitucional colombiana han sido configuradas de tal modo que han logrado tener un efecto ampliado; cuestiones como la formulación precisa de precedentes judiciales con efectos *inter pares*, la supervisión permanente de la ejecución de sentencias, la declaratoria del estado de cosas inconstitucional cuando se presentan violaciones de derechos humanos a gran escala, entre otros, han permitido ampliar la eficacia de la justicia constitucional. De este modo, existe una conexidad directa y estrecha entre decisión judicial y eficacia de la justicia constitucional.

Pero además, el análisis precedente no sólo permite establecer una conexión genérica entre activismo judicial y eficacia de la justicia constitucional, sino que además permite identificar los mecanismos específicos por medio de los cuales se amplía el espectro de la decisión judicial. Aunque en la ciencia política y en la teoría jurídica existe la tendencia a hablar genéricamente de “activismo judicial”, resulta indispensable precisar los dispositivos a través de los cuales se materializa dicho activismo y se potencializan los efectos de las sentencias.

En este trabajo se identificaron tres (3) mecanismos fundamentales: en primer lugar, las garantías de no repetición en la reparación integral, y dentro de ellas el denominado “control de convencionalidad”; a través de este control se ha logrado no sólo la reforma normativa en distintos países de la región, sino que además ha permeado los imaginarios, las prácticas y las decisiones de los operadores jurídicos. En segundo lugar, el establecimiento de una verdadera “disciplina jurisprudencial”, que implica no sólo la capacidad para formular con precisión y rigor reglas jurisprudenciales, sino también la decisión para ampliar su fuerza vinculante; gracias a esta disciplina jurisprudencial la Corte ha logrado la constitucionalización de las relaciones sociales, como lo demuestran las transformaciones ocurridas en las prácticas de las instituciones educativas en ámbitos como el alcance de la autodeterminación de los menores en su apariencia personal, los procedimientos sancionatorios de los estudiantes o la suspensión en la prestación del servicio educativo por el incumplimiento en el pago de la pensión. Finalmente, el análisis de los fallos de la Corte colombiana en el marco del denominado “estado de cosas inconstitucional”, revela el impacto que tienen las decisiones judiciales cuando intervienen en casos de violaciones generalizadas y reiteradas de derechos humanos debido a problemas de tipo estructural y sistémico; estas intervenciones logran transformaciones importantes en la percepción de estos problemas sociales, en la coordinación institucional, en la priorización de la agenda gubernamental, y finalmente, en el goce efectivo de derechos.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

Alda Facio, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, en Alda Facio y Lorena Fries (eds.), *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999.

Carlos Mario Beristain, *Diálogos sobre la Reparación. Qué reparar en casos de violaciones de derechos humanos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Colección Dejusticia, 2010.

César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, “Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia”, en Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 328-334.

Clara Elena Reales y Juan Torres Mantilla (eds.), *Los caminantes invisibles*, Bogotá, Consejo Noruego para los Refugiados, 2010.

Claudia Escobar García, “Entre identidad e intercambio jurídico. El caso del constitucionalismo ecuatoriano”, en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi, *La Justicia Constitucional y su Internacionalización*, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (en proceso de publicación).

Claudia Escobar García, “El rol de las reglas en la era de los principios”, en Claudia Escobar García (ed), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Bogotá, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, pp. 207-252.

Claudia Escobar García, *Estudio comparativo del proceso de judicialización constitucional en Colombia y en el Ecuador*, 2006 (no publicado).

Claudia Escobar García, “Prácticas judiciales y discrecionalidad judicial”, en Revista Foro Nro. 6, Quito, Corporación Editora Nacional, 2006.

Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985.

Erica Posner y John C. Yoo, *Judicial Independence in International Tribunals*, 93 CAL. L. REV 1, 8, 2005.

Esteban Restrepo, “Reforma constitucional y progreso social: la constitucionalización de la vida cotidiana en Colombia”, en Roberto Saba (ed.), *El Derecho como objeto e instrumento de transformación*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, pp. 73-88.

Laurence R. Helfer % Anne Marie Slaughter, *Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication*, 107 YALE L. 273, 1997.

Helfer & Slaughter, *Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo*, 93 CAL. L. REV 899, 2005, 931.

Juan Antonio García Amado, “Jurisprudencia simbólica”, en Revista *Ámbito Jurídico*, Nro. 226, Bogotá, junio de 2007, p. 15.

Julieta Lemaitre, “Fetichismo legal: Derecho, violencia y movimientos sociales en Colombia”, en Claudia Escobar García (ed), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Bogotá, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, pp. 23-43.

Laurence R. Helfer, Karen J. Alter y M. Florencia Guerzovich, *Islands of Effective International Adjudication: Constructing and Intellectual Property Rule of Law in The Andean Community*, 103, AM. J. INT’L L. 2009, pp. 1-46.

Manuel José Cepeda, Isabel Cristina Jaramillo y César Rodríguez Garavito (eds.), *Observatorio de Justicia Constitucional. Balance jurisprudencial de 1996. La Corte Constitucional, el año de la consolidación*, Bogotá, Universidad de los Andes – Siglo del Hombre Editores, 1998.

Marcelo Neves, “Estado Democrático de Direito e Constitucionalismo na América do Sul”, en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração na América do Sul*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen, 2010, pp. 203-222.

Marcelo Neves, *Transconstitucionalismo*, Rio de Janeiro, Ed. Martin Fontes, 2009.

Mauricio Bocanumnet Arbeláez, “Efectos del control constitucional en la macro-economía. Estudio de caso: el sistema pensional colombiano”, en Revista Borradores de Investigación Nro. 73, Universidad del Rosario, julio de 2005, pp. 2-19.

Pedro Antonio Pinilla Pacheco, *El derecho a la educación. La educación en perspectiva de los derechos humanos*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación – USAID, 2006.

Robert Keohane, Andrew Moravcsik & Anne-Marie Slaughter, *Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational*, 54 INT’L ORG 457, 2000, PP. 458-460.

Rodrigo Uprimny Reyes, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, en Revista de Derecho Público, Nro. 12: Justicia constitucional y política económica, Universidad de los Andes, 2001, pp. 145-195.

Salomón Kalmanovitz Krauter, “*La Corte Constitucional y la capitalización de intereses*”, Mimeo, 2000.

Sergio Clavijo, “Fallos y fallas económicas de las Altas Cortes. El caso de Colombia 1999-2000”, en Claudia Escobar García (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Bogotá, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, pp. 45-87.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Convención Americana de Derechos Humanos

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Resolución A/RES/60/147 del 24 de octubre de 2005 de la Asamblea General de la ONU, mediante la cual se aprobaron los “Principios y Directrices Básicas sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (Documento E/CN.4/2005/59).

DECISIONES JUDICIALES

Decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, sentencia del 20 de enero de 1989. Serie C Nro. 5.

Corte IDH, caso Suárez Rosero vs Ecuador, sentencias del 12 de noviembre de 1997 y 20 de enero de 1999, Serie C Nros. 35 y 44 respectivamente.

Corte IDH, caso Del Caracazo vs Venezuela, sentencias del 11 de noviembre de 1999 y 29 de agosto de 2002, Serie C Nros. 58 y 95 respectivamente.

Corte IDH, caso “Niños de la Calle” vs Guatemala, sentencias del 19 de noviembre de 1999 y 26 de mayo de 2001, Serie C Nros. 63 y 77 respectivamente.

Corte IDH, caso “La Última Tentación de Cristo” vs Chile, sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C Nro. 73.

Corte IDH, caso Ivcher Bronstein vs Perú, sentencia del 6 de febrero de 2001, Serie C Nro. 74.

Corte IDH, caso Barrios Altos vs Perú, sentencias del 14 de marzo de 2001 y 30 de noviembre de 2001, Serie C Nros. 75 y 87 respectivamente.

Corte IDH, caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C Nro. 107.

Corte IDH, caso Ricardo Canese vs Paraguay, sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C Nro. 111.

Corte IDH, caso Ximenes Lopez vs Brasil, sentencia del 4 de julio de 2006, Serie C Nro. 149.

Corte IDH, caso Boyce y otros vs Barbados, sentencia del 20 de noviembre de 2007, Serie C Nro. 169.

Corte IDH, caso Kimel vs Argentina, sentencia del 2 de mayo de 2008, Serie C Nro. 177.

Corte IDH, caso Tristán Donoso vs Panamá, sentencia del 27 de enero de 2009, Serie C Nro. 193.

Corte IDH, caso Dacosta Cadogan vs Barbados, sentencia del 24 de septiembre de 2009, Serie C Nro. 204.

Corte IDH, caso Radilla Pacheco vs México, sentencia del 23 de noviembre de 2009, Serie C Nro. 209.

Corte IDH, caso Manuel Cepeda Vargas vs Colombia, sentencia del 26 de mayo de 2010, Serie C Nro. 213.

Decisiones judiciales de cortes y tribunales nacionales.

Decisiones judiciales de la Corte Constitucional de Colombia.

Año 1992: Sentencias T-420/92 (M.P. Simón Rodríguez Rodríguez).

Año 1995: Sentencias T-363/95 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo); T-476/95 (M.P. Fabio Morón Díaz).

Año 1996: Sentencias T-208/96 (M.P. Jorge Arango Mejía); T-248/96 (M.P. Jorge Arango Mejía); T-301/96, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-690/96 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Año 1997: Sentencias T-633/97 (M.P. Hernando Herrera Vergara).

Año 1998: Sentencias T-068/98 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-153/98 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); SU-250/98 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-590/98 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-606/98 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo); SU-641/98 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); SU-642/98 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Año 1999: Sentencias T-019/99 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-171/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-516/98 (M.P. Antonio Barrera Carbonell); SU-624/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-658/99 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); T-695/99 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); T-847/00 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); T-877/99 (M.P. Antonio Barrera Carbonell); T-899/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-1591/00 (M.P. Fabio Morón Díaz).

Año 2000: Sentencias SU-090/00 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-239/00 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo); T-669/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-889/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-1591/00 (M.P. Fabio Morón Díaz).

Año 2001: Sentencias T-272/01 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa); T-356/01 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Año 2002: Sentencias T-037/02 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández); T-345/02 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa); T-821/02 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

Año 2004: Sentencias T-853/04 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Año 2005: Sentencias T-933/05 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

Año 2006: Sentencias T-264/06 (M.P. Jaime Araujo Rentería); T-266/06 (M.P. Jaime Araujo Rentería).

Año 2007: Auto 200/07.

Año 2008: Sentencias T-345/08 (M.P. Jaime Araujo Rentería); T-578/08 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla). Autos 092/08, 251/08 y 237/08.

Año 2009: Sentencias T-041/09 (M.P. Jaime Córdoba Triviño); C-417/09 (M.P. Juan Carlos Henao); T-768/09 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla); T-886/09 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez). Autos 004/09, 006/09 y 009/09.

Otras decisiones judiciales de tribunales y cortes internas.

Sentencia del Tribunal Federal de Brasil del 30 de abril de 2009, por medio de la cual se declara la inconstitucionalidad de la Ley de Prensa de 1967 de Brasil.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec de casación e inconstitucionalidad, 13 de julio de 2007, M. 2333 XLII y otros.

Sentencia de la Corte de Justicia de la Nación, exp. 02044/2008-00, sentencia del 17 de junio de 2009 (México).

DERECHO LEGISLADO INTERNO

Anteproyecto de Código de Garantías Penales, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009 (Ecuador).

Código Penal (Argentina).

Constitución Política de Chile.

Decreto por el que se derogan diversas disposiciones del Código Penal federal y se adicionan diversas disposiciones (México).

Exposición de Motivos al Proyecto de Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen (Distrito Federal de México).

Exposición de Motivos al Decreto por el que se derogan diversas disposiciones del Código Penal federal y se adicionan diversas disposiciones (México).

Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen (Distrito Federal de México).

Ley 26.551 (“Ley Kimel”) (Argentina).

Ley de Prensa de 1967 (Brasil).