Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

XV

LA DOCTRINA COLOMBIANA DE LA CONEXIDAD COMO REGLA CONSTITUCIONAL DE DECISIÓN

Mitchell N. Berman*

Sumario: I. *Introducción.* II. *El debate sobre la creación judicial de las "reglas profilácticas" en los Estados Unidos.* III. *Las reglas constitucionales de decisión y el modelo de dos resultados [outputs].* IV. *La conexidad como una regla de decisión.* V. *Conclusión.*

I. Introducción

Muchas de las características de la jurisprudencia constitucional colombiana resultan interesantes para los neófitos. Estoy seguro que ustedes saben de un gran número de constitucionalistas norteamericanos obsesionados con los derechos económicos, sociales y culturales y la manera como son concebidos y aplicados en gran parte del mundo, incluyendo Colombia. Es probable que un especialista del Derecho constitucional comparado también se sorprenda por, entre otras cosas, la tutela, el alcance de las decisiones de la Corte Constitucional colombiana, y por la doctrina del estado de cosas inconstitucional. Mi interés en este trabajo es la doctrina colombiana de la conexidad.

Entiendo los antecedentes de la siguiente forma. La acción de tutela puede ser usada para proteger sólo un subconjunto de los muchos derechos garantizados por la Constitución de 1991. Como lo establece el artículo 86, la tutela está instituida para la protección de los derechos fundamentales y el Capítulo 1 del Título II de la Constitución pretende fijar el catálogo de

* Estoy muy agradecido con Jorge Fabra Zamora por invitarme a Colombia a presentar este escrito, por los comentarios en un borrador anterior y por una excelente traducción. También agradezco a Francisca Pou Giménez for comentarios extremadamente útiles y generosos. Traducción de Jorge Luis Fabra Zamora.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

derechos fundamentales, una colección muy diversa que incluye derechos contra la tortura y la esclavitud, libertad de culto y de expresión, debido proceso, igualdad y derechos de participación política. Parece derivarse de ello que los derechos comprendidos en el Capítulo 2 (derechos económicos, sociales y culturales) y en el Capítulo 3 (derechos colectivos) no tienen el carácter de fundamental y por ello no pueden ser protegidos vía tutela.

Sin embargo, la Corte Constitucional colombiana tempranamente rechazó esa conclusión. Como lo explicó en una sentencia de 1992 concerniente al derecho a la educación contenido en el artículo 67:

> El hecho de limitar los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran en la Constitución Política bajo el título de los derechos fundamentales y excluir cualquier otro que ocupe un lugar distinto, no debe ser considerado como criterio determinante sino auxiliar, pues él desvirtúa el sentido garantizador que a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos humanos otorgó el constituyente de 1991 (T-002/92).[1]

Una importante sentencia referente al derecho a la salud (garantizado por el artículo 49, en el Capítulo 2 del Título II) fallada ese mismo año, sienta las bases de la doctrina de la conexidad:

> Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio un derecho fundamental, pasa a gozar de esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su vida. (T-492/92).

Como prontamente fue reiterado por la Corte Constitucional colombiana, "[e]l derecho a la salud, cuando su vulneración o amenaza compromete otros derechos fundamentales como la vida, la integridad o el trabajo, goza de carácter fundamental y es susceptible de ser protegido por vía de la acción de tutela" (T-499/92). Jácome trae una lista de cerca de 80 casos hasta 2002 en

[1] Para las traducciones a inglés de las decisiones de la Corte, me he basado en Jorge Gonzáles Jácome, "The Political and Legal Struggle for the Determination of Economic, Social and Cultural Rights: The Colombia and International Contexts," *Universitas*, vol. 106, 2003, pp. 123–145. Jácome observa que la doctrina de la conexidad también es usada para determinar la permisibilidad de determinados ejercicios de poder político durante los estados de emergencia (n. 9). Que este uso de la conexidad sea análogo al uso de la conexidad en derechos fundamentales se escapa al alcance de este escrito.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

donde la Corte Constitucional aplica la conexidad para lograr la protección de derechos que están por fuera del Título II del Capítulo 1.

A primera vista, y para los constitucionalistas americanos, esta doctrina es enigmática. En particular, podría parecer innecesaria o ilegitima.

Para ver por qué la doctrina de la conexidad podría ser innecesaria, supóngase una acción de tutela en donde el demandante alega que ciertas acciones estatales ponen en peligro su salud. O la amenaza es tan grave que también pone en peligro su vida, o la amenaza a su salud no es tan grave, por ejemplo, sólo amenaza causar o prolongar una enfermedad. Si la Corte Constitucional concluye que la acción es una amenaza para su vida, la conexidad está establecida. Por la misma razón, sin embargo, el demandante no necesita interponer una acción con base en su derecho a la salud, sino que en lugar de eso, o adicionalmente, el demandante podría interponer una acción directamente con base en su derecho a la vida. En este tipo de caso, la doctrina de la conexidad parece innecesaria.

Supongamos en vez de ello que la Corte Constitucional no puede concluir que esta medida particular impugnada ponga en peligro la vida del peticionario. En este caso, parecería falso que el fracaso "en la protección inmediata de los primeros ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos." (T-492 /92) Y si la acción de tutela es aceptada sobre la base de que este *tipo* de daño a un individuo puede a menudo, *en otros casos*, amenazar la vida del individuo, parece ser que la doctrina de la conexidad efectivamente permite a un demandante a entablar una tutela incluso en casos donde sus *propios* derechos constitucionales fundamentales no estén siendo amenazados, incluso si *otros* derechos constitucionales lo están. De forma desconcertante, sin embargo, esto se parece a la creación judicial del derecho en vez de la fiel interpretación y aplicación de la propia norma constitucional, la cual restringe la acción de tutela a la protección por violación o amenaza de los derechos fundamentales. Por supuesto, una respuesta posible, recurriendo a la T-002/92, sería que los Títulos de la Constitución son sólo generalizaciones diseñadas para comunicar un sentido amplio de la temática de cada sección, y no pretenden proporcionar un catalogo cerrado y riguroso. De acuerdo con esta posición, se podría decir que el derecho a la salud, aunque figura en el Título II, Capítulo 2, es realmente fundamental. Creo que esta es la posición que la Corte tomó en el año 2008 referente únicamente a la salud. Pero si es así, no está claro qué papel tiene la doctrina de la conexidad en este análisis[2].

[2] En la sentencia T-760/08, la Corte Constitucional sostuvo que el derecho a la salud es fundamental. En este análisis, la doctrina de la conexidad no juega ningún papel. Por lo tanto asumo que la sentencia T-760/08 refleja un cambio significativo en curso, como una

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

En este trabajo, exploraré una solución a este problema, una solución que muestre que la doctrina de la conexidad no es innecesaria ni ilegitima. Este enfoque depende de ver la doctrina de la conexidad como un ejemplo de lo que yo y otros académicos norteamericanos hemos llamado "reglas constitucionales de decisión[3]". Sin embargo, antes de explicar que son las reglas constitucionales de decisión y por qué la doctrina de la conexidad podría ser útilmente concebida como un muy buen ejemplo de ellas, quiero ser claro en que no sostengo que el marco analítico que mostraré brinda la única solución posible al problema que he señalado, o incluso que sea necesariamente la mejor manera de abordar la problemática. Francamente, no tengo aún el suficiente manejo de las sentencias sobre conexidad o sobre la literatura secundaria para llegar a conclusiones definitivas sobre el Derecho colombiano. Mi esperanza es que, incluso si los expertos en Derecho constitucional colombiano concluyen que la conceptualización que ofrezco no es particularmente adecuada o útil para pensar acerca de doctrina de la conexidad, algunos lectores podrían encontrar, a pesar de todo, que este acercamiento a la estructura lógica de la adjudicación constitucional ilumina la práctica en una manera que podría resultar útil para otros propósitos, bien sean teóricos o prácticos.

El análisis se desarrolla en tres partes. En la primera parte se presenta una visión general de un antiguo debate en el Derecho constitucional norteamericano que tiene que ver con la conveniencia o legitimidad de lo que jueces y académicos suelen llamar "reglas profilácticas". La segunda parte presenta mi esfuerzo para justificar las "reglas profilácticas" contra los cuestionamientos escépticos, un cuestionamiento expresado famosa y enérgicamente por el juez de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, Antonin Scalia. En mi opinión, cuando la Corte realiza el examen de constitucionalidad de la acción legislativa o ejecutiva no sólo anuncia normas de Derecho constitucional que obligan a los funcionarios estatales que están por fuera de la judicatura, sino que también dictamina la manera como los jueces deben proceder para establecer si una norma dada viola o no la Constitución. Estas indicaciones que están dirigidas los jueces mismos —es lo que llamo "reglas constitucionales de decisión" — son complementos necesarios a las reglas judicialmente anunciadas del Derecho constitucio-

cuestión analítica o conceptual, aunque no en términos de las consecuencias. (Estoy agradecido con Jorge Fabra por haber llamado mi atención sobre esta decisión).

[3] Vease, por ejemplo, Mitchell N. Berman, "Constitutional Decision Rules," *Virginia Law Review*, vol. 90, núm. 1, 2004, pp. 1–168; Kermit Roosevelt III, "Constitutional Calcification: How the Law Becomes What the Court Does," *Virginia Law Review*, vol. 91, núm. 7, 2005, pp. 1649–1720.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

nal que surgen de la actividad que nosotros usualmente llamamos interpretación constitucional. Por último, brevemente explico por qué podría ser posible y útil para entender la doctrina de la conexidad como una regla constitucional de decisión.

II. El debate sobre la creación judicial de las "reglas profilácticas" en los Estados Unidos

Si han visto películas o programas norteamericanos de policías, probablemente han escuchado la advertencia que los policías les hacen a los sospechosos de la siguiente forma:

> Tiene el derecho de guardar silencio. Todo lo que diga o haga puede y será usado en su contra en una corte de derecho. Tiene el derecho de hablar con un abogado, si no puede pagar uno, se le asignará de oficio. ¿Entiende usted estos derechos que le he leído?

Estas son llamadas "advertencias Miranda", y son el producto de una sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, *Miranda v. Arizona*.[4] *Miranda* hizo más que exigir una revisión del ejercicio policial en toda la nación. También provocó un intenso debate sobre la legitimidad del poder judicial que aún resuena cerca de medio siglo después.

Por muchos años antes de *Miranda*, la Suprema Corte había luchado para proteger a los acusados de la práctica de interrogatorios coercitivos por parte de la policía. Inicialmente, apoyándose en las clausulas del debido proceso de la quinta y decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos*, la Corte había sostenido que las cortes de primera instancia no podían admitir como prueba declaraciones que habían sido obtenidas de

[4] 384 U.S. 486 (1966).

* *N. del T.* Es importante tener en cuenta que la quinta enmienda establece: "nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará su propiedad privada para uso público sin una justa indemnización". Por su parte, el aspecto relevante de la decimocuarta enmienda es la sección 1 que establece: "[t]ampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria".

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

prácticas policiales que doblegaran la "libre voluntad" del acusado y debían declarar las confesiones como "involuntarias". Desafortunadamente, las cortes de instancia encontraron esta regla extremadamente difícil de aplicar por varias razones: no estaba claro el significado que una declaración fuese "involuntaria" o en qué momento un acusado es "doblegado"; incluso estando claro, en abstracto, el concepto de involuntariedad, era diabólicamente difícil determinar la verdad de los hechos de un caso particular en relación a la cuestión de la involuntariedad; y muchos jueces y académicos llegaron a sostener que las cortes no deberían admitir las declaraciones que habían sido obtenidas por interrogatorios demasiado intrusivos (como un interrogatorio de una duración muy extensa), que sin embargo no llegaban a la aplicación brutal de fuerza física que constituye la violación paradigmática al debido proceso .

Por todas estas razones, la Corte del de caso *Miranda* centró su atención no en las cláusulas del debido proceso sino en otra cláusula de la quinta enmienda: la cláusula de auto-incriminación. Esta cláusula ordena que "nadie… será compelido a declarar contra sí mismo". En la interpretación extendida de esta cláusula, este lenguaje les prohíbe a las *cortes* "compeler" a los acusados a declarar con amenazas de imponer sanciones de desacato a quienes se negaran a hacerlo. En parte basándose en un precedente de hace 70 años[5], la Corte sostuvo en *Miranda* que la clausula de auto-incriminación también prohíbe la incorporación a una investigación la declaración del acusado que haya sido compelida por una autoridad oficial por fuera de un proceso formal de investigación. Esta decisión invita a un segundo interrogante: ¿bajo qué circunstancias un policía "compele" a un sospechoso a confesar? Dicho de otra forma ¿qué constituye "compulsión" en el sentido de la cláusula de prohibición de la autoincriminación?

Las advertencias citadas surgieron como respuesta de la Corte a esta pregunta. Antes de iniciar cualquier interrogatorio de un sospechoso bajo custodia policial, dictaminó la Corte, la policía debe informar al sospechoso.

> que tiene el derecho a guardar silencio, que cualquier cosa que diga puede ser usada en su contra ante una corte de derecho, que tiene el derecho a la asistencia de un abogado, y que si no puede pagar un abogado uno le será designado a él antes de cualquier interrogatorio, si así lo desea.[6]

[5] *Bram v. United States*, 168 U.S. 532 (1897).

[6] 384 U.S. , p. 479.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

La Corte sostuvo que si la policía no hace estas advertencias, o si el acusado no renunció válidamente a la protección anunciada, el privilegio de la quinta enmienda de no autoincriminación convierte a las declaraciones en inadmisibles contra el acusado en el subsecuente juicio. En resumen, *Miranda* no sostuvo que la policía debe proferir las advertencias en todos los casos. Sostuvo que las declaraciones hechas por un acusado en juicio penal durante la custodia policial serían inadmisibles en el juicio subsecuente del causado, en virtud de la cláusula de prohibición de la auto-incriminación, a menos que la policía le haya advertido al sospechoso de sus derechos antes de interrogarlo.

La decisión provocó una tormenta de protestas por parte de los funcionarios de aplicación del Derecho, quienes pronosticaron que el fallo "maniataría a la policía" y de los críticos académicos, quienes denunciaron que la decisión era un ejercicio totalmente ilegítimo del poder judicial. Esto no es interpretación constitucional, dijeron los opositores, sino legislación desde los estrados[7]. Después de todo, parece evidente que pueden surgir casos en los que ocurran las siguientes tres cosas: la policía no hizo las advertencias requeridas, el sospechoso confesó, y la confesión no fue "compelida" en el sentido habitual del término. Imaginemos, por ejemplo, que un juez de la Suprema Corte o un profesor de Derecho penal que conoce plenamente sus derechos y confiesa espontáneamente después de la detención sin que la policía se haya tomado la molestia de avisarle acerca de lo que él ya sabe. En el juicio, sin embargo, el acusado ha replanteado su posición frente a la confesión y se ha declarado inocente. Parecería evidente que la admisión de la confesión anterior no violaría la cláusula de auto-incriminación. Pero de todos modos sería inadmisible porque viola la directiva emitida en *Miranda*. Los críticos señalan que la Corte ha creado una "regla profiláctica" —es decir, una regla de creación judicial que puede ser violada bajo circunstancias en las cuales la regla constitucional que protege no es violada— y que dichas reglas son ilegítimas, porque imponen, sobre las ramas del gobierno nacional, y de los estados, obligaciones que exceden lo que la Constitución dispone. En palabras de uno de los críticos, "la Corte ha permitido que sus juicios morales se introduzcan más allá de la interpretación de la Constitución y lleguen al ámbito de la enmienda[8]".

[7] El juez Harlan manifestó esta tesis en su salvamento de voto a Miranda. Vease, 384 U.S., pp. 504-14 (Harlan, J., disidente).

[8] Raymond L. Spring, "The Nebulous Nexus: Escobedo, Miranda, and the New 5th Amendment"," *Washburn Law Journal*, vol. 48, 1987, pp. 428–442.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

En atención a estas críticas, el Congreso respondió casi inmediatamente a la sentencia *Miranda* con la promulgación de una nueva ley, la 18 U.S.C. sección 3501, la cual establecía que en las investigaciones penales a nivel federal (pero no a nivel estatal, que es donde la gran mayoría de crímenes son investigados) una confesión será admisible si es voluntaria y que "el juez competente para determinar lo referente a la voluntariedad deberá tomar en consideración todas las circunstancias que rodearon la emisión de la confesión[9]". Pero la mayoría de los comentaristas consideró a la sección 3501 como un esfuerzo para revocar legislativamente el precedente *Miranda*, por lo tanto, es nula en virtud de los principios básicos del control de constitucionalidad, anunciado por primera vez en el caso *Marbury v. Madison*. En consecuencia, fue deslegitimada por el Departamento de Justicia de Estados Unidos e ignorada por las cortes.

Mientras los académicos debatían la prevalencia y legitimidad de las reglas profilácticas (*Miranda* había sido el ejemplo más notorio, pero está lejos de ser el único), la controversia pública en torno a *Miranda* decayó. En cierta medida esto se debió a que la Corte Suprema redujo el alcance de su decisión al sostener, por ejemplo, que las declaraciones sin aviso en la custodia pueden ser admitidas para efectos de la acusación[10] y que cualquier prueba que la policía descubra como resultado de declaraciones sin la advertencia en la custodia no sería excluida[11]. Aún más importante, con el tiempo los Departamentos de policía habían asimilado que los sospechosos que habían sido informados de sus derechos a guardar silencio y sus abogados raramente los invocaban. Por estas razones, la policía había hecho las paces con *Miranda*.

En resumen, treinta años después de *Miranda*, las dudas sobre la legitimidad de la decisión habían pasado a un segundo plano aunque no quedaron completamente resueltas. Las cosas cambiaron cuando, en 1999, una Corte Federal de Apelaciones desempolvó la ley 18 USC sección 3501, para poder admitir la confesión de un acusado a pesar de que la primera instancia había sostenido que la policía obtuvo la confesión durante el interrogatorio policial sin haber emitido los avisos requeridos por *Miranda*. El acusado apeló la decisión ante la Suprema Corte de Estados Unidos y, en *Dickerson*

9 18 U.S.C. sección 3501(b) (2000). La legislación procedió a ofrecer una lista no exhaustiva de los factores que merecen consideración, y enfatizó que esta era un análisis exhaustivo que conducía a la conclusión que "la presencia o ausencia de los factores anteriormente señalados (…) no debe ser concluyente de la involuntariedades de la confesión". *Idem.*

10 *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971).

11 *E.g.*, *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433 (1974); *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

v. United States[12], la Corte anuló el fallo de la Corte de apelaciones con un sorprendente margen de 7-2.

De forma sorpresiva, el presidente de la Suprema Corte William Rehnquist, uno de los jueces más conservadores y crítico por mucho tiempo de *Miranda*, se adhirió a la posición mayoritaria. El caso, escribió, plantea el problema de "si el congreso está constitucionalmente autorizado para (…) anular el precedente *Miranda*"[13]; a lo que responde "depende de si la Corte en *Miranda* fijó una regla constitucional o simplemente ejerció su autoridad de supervisión [sobre las cortes federales] para regular la evidencia en ausencia de la dirección reguladora del congreso"[14]. La sección 3501 es una norma válida en el segundo caso porque las normas de supervisión están sujetas a control total por parte del Congreso. Pero si ocurre la primera situación, la sección 3501 está en contradicción con *Marbury*.*

El presidente de la Suprema Corte reconoció que el texto de *Miranda* se podía interpretar para apoyar ambos puntos de vista. El factor decisivo que demuestra "que *Miranda* es una decisión de rango constitucional", no obstante, "es que en *Miranda* y los dos casos que lo acompañan se aplicó esa regla para revisar las actuaciones de las cortes estatales[15]" y que en lo sucesivo la Suprema Corte ha aplicado regularmente el precedente *Miranda* a las cortes federales[16]. Considerando que "está fuera de toda duda que no se falló bajo el poder de supervisión sobre las cortes de varios estados[17]", la mayoría se vio obligada a concluir "que *Miranda* está fundamentado cons-

[12] 530 U.S. 428 (2000).

[13] *Id.* p. 437.

[14] *Id.*

* *N. del T.* Aunque se puede inferir del texto, es importante hacer una claridad de esta exposición. Basándose en el artículo III de la Constitución de Estados Unidos que garantiza un poder a las cortes federales de regular el procedimiento al momento de decisión, la Suprema Corte regularmente prescribe reglas de procedimiento y prueba a las cortes inferiores. Esto se llama "poder" o "autoridad de supervisión". Cuando la Corte ejercita poder de supervisión, regula los procedimientos de las demás cortes federales. (Ver. *Dickerson v. United States* 530 U.S. 428, 437 (2000)) El aspecto relevante para la exposición es saber que las reglas creadas mediante el poder de supervisión pueden ser derogadas por el congreso. Una situación muy diferente es cuando se está en el control de constitucionalidad que es regulado por *Madbury v. Madison* (5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)). Cuando se está controlando si una norma está en oposición a la Constitución, es la "misma esencia del deber judicial", dice *Marbury*, "que las cortes deben consideración a la Constitución, como superior a cualquier acto ordinario del legislativo, y es la Constitución y no tal acto ordinario el que debe gobernar el caso al cuál ambos se aplican". En ese sentido, la directrices emitidas en los casos de control de constitucionalidad [judicial review] no pueden ser derogadas por la autoridad legislativa ordinaria.

[15] *Id.* p. 438.

[16] *Id.* p. 438 & 439 n.3.

[17] *Id.* p. 438.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

titucionalmente[18]". El Congreso, por lo tanto, carece de la capacidad constitucional para anular *Miranda* mediante la legislación. La sección 3501 fue declarada inválida.

Escribiendo a nombre propio y en el del juez Clarence Thomas, el juez Scalia discrepó. Mientras que la mayoría presumió que *Miranda* era legítimo y, al descartar que fuera una regla de supervisión sobre las corte federales, concluyó además que era una regla de rango constitucional, el juez Scalia se preguntó si las advertencias establecidas en Miranda estaban realmente blindadas con el precedente de interpretación constitucional de *Marbury*:

> La corte hoy insiste en que la *decisión Miranda* es "constitucional", que tiene una "base y un origen constitucional", que "estaba basada en la Constitución", y que "estableció una regla constitucional". Este es un dijo juego de palabras; pero lo que hace que una decisión sea "constitucional" en el sentido que importa aquí –en el sentido que no pueda ser reemplazado por la legislación del congreso como la sección 3501– es la determinación que la Constitución contiene el resultado que la sentencia establece, pero que la ley ignora.[19]

Y el Juez Scalia concluyó que la mayoría no dijo que *Miranda* era "constitucional" *en ese sentido* porque ellos así no lo creían así. Al menos, desde su punto de vista fue algo bueno del fallo, dado que "si el fallo *Miranda* se lee como una explicación de lo que la Constitución exige es absurdo".[20]

Si *Miranda* no es interpretación constitucional (incluso una mala interpretación constitucional), la siguiente pregunta es si es aceptable de otra forma. Pero si lo es, el juez Scalia afirmó, "la única cosa que puede significar en el contexto de este caso es que esta Corte tiene el poder, no sólo para aplicar la Constitución, sino para ampliar, imponer lo que considere útiles restricciones profilácticas al Congreso y a los Estados[21]". En respuesta a la afirmación hecha tanto por el acusado como por la fiscalía en el sentido de que "no hay nada excepcional, ni mucho menos inconstitucional, en que la Corte adopte reglas profilácticas para reforzar los derechos constitucionales y exigir su cumplimiento al Congreso y a los Estados",[22] el juez Scalia concluyó que era excepcional e inconstitucional: "Este es un inmenso y aterrador poder anti-democrático, y tal poder no existe".[23]

---

[18] *Id*. p. 440.

[19] Dickerson, 530 U.S. p. 454 (Scalia, J., disidente) (citas omitidas).

[20] Id. p. 448 (Scalia, J, disidente).

[21] Id. p. 446 (Scalia, J., disidente).

[22] Id. p. 457 (Scalia, J., disidente).

[23] Id. p. 446 (Scalia, J., disidente). El Juez Scalia fue más lejos de lo que había ido la Corte de instancia. Lo que la Corte manifestó es que el congreso podría modificar *Miranda*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Desafortunadamente, la mayoría no participó del ataque del juez Scalia. Al tomar nota del argumento disidente de que "es una extralimitación judicial de esta Corte considerar la sección 3501 inconstitucional, a menos que sostengamos que las advertencias *Miranda* son exigidas por la Constitución, en el sentido de que se impone mucho más de lo necesario para satisfacer los requisitos constitucionales", la mayoría se adhirió a la convicción de que "no es necesario ir más allá de *Miranda* para decidir este caso[24]". Teniendo en cuenta que la sección 3501 sólo restableció el examen en conjunto para determinar la voluntariedad, examen que en *Miranda* se había rechazado por inadecuado, la mayoría llegó a la conclusión de que la ley "no puede ser mantenida si *Miranda* sigue siendo norma[25]". Y, para la mayoría, si *Miranda* sigue siendo norma aplicable, esto es simplemente una simple cuestión de *stare decisis*. "Estemos o no de acuerdo con el razonamiento de *Miranda* y su regla resultante", explicó el presidente de la Suprema Corte Rehnquist, "los principios de la cosa juzgada pesan en contra de modificar el precedente ahora[26]".

Pero la fuerza de la cosa juzgada en este caso era discutible por varias razones. Primero, el juez Scalia no había simplemente cuestionado el *razonamiento* utilizado en *Miranda*. Él había insistido en que la Corte en *Miranda* carecía del poder constitucional para anunciar la regla (al menos una vez admitida la verdadera naturaleza de esa regla como "regla profiláctica" extra-constitucional). Y si esa corte había actuado *ultra vires*, la regla podría ser considerada inválida *ab initio*, lo que hace el análisis del precedente judicial innecesario.

Por estas razones, el fracaso de la mayoría para resolver si en primera instancia *Miranda* fue un ilegítimo ejercicio del poder judicial es realmente frustrante. Al ignorar los argumentos de Scalia, la mayoría dejo sobre la mesa una serie de preguntas que parecen exigir una respuesta: ¿Fue *Miranda* una regla profiláctica o no? Si así es, ¿qué la hace legítima? Y si no, ¿qué es una regla profiláctica? y ¿por qué *Miranda* no lo es? Es decir, una vez que nos apartamos de las referencias confusas que la mayoría hizo a la "dimensión constitucional" o "base constitucional" de *Miranda*, ¿cuál es la naturaleza exacta de las exigencias de las advertencias constitucionales y de qué mane-

---

a través de legislación. En la perspectiva de Scalia, el requisito de las advertencias Miranda no sólo eran "modificables" mediante la legislación, sino inválidas *ab initio* –al menos en su aplicación frente a los estados–.

[24] Dickerson, 530 U.S. p. 442.

[25] Dickerson, 530 U.S. p. 443.

[26] *Id.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

ra difieren de una regla profiláctica? ¿Qué hace este tipo de reglas legítimas si una regla profiláctica no lo es (o puede que no lo sea)?

II. Las reglas constitucionales de decisión y el modelo de dos resultados [outputs]

1. *Dos modelos de adjudicación constitucional*

Los críticos de lo que de lo que ellos mismos llaman "activismo judicial", que proclaman que las decisiones como *Miranda* crean "reglas profilácticas" y que dichas normas son ilegítimas, parecen entender la revisión constitucional en una forma simple de dos pasos: en primer lugar, las cortes interpretan la Constitución para producir esas normas de aplicación general que denominamos Derecho constitucional; en segundo lugar, aplican esas normas generales a los hechos de un caso particular para llegar a una determinación sobre el caso. En las controversias constitucionales, el fallo tomará la forma de una determinación acerca de si la ley o la acción del Ejecutivo cuestionada está constitucionalmente permitida o no.

Para dejar el punto claro, este no es el final de la historia. Si la legislación o la acción del ejecutivo se consideran inconstitucionales, corresponde a la Corte emitir una orden [*ruling*] sobre lo que deberá hacerse. A menudo, la orden toma una forma sencilla e indiscutible —por ejemplo, se ordena resarcir un daño a la persona cuyos derechos fueron vulnerados, o se anula una condena penal o se rechaza la acusación o se ordena un nuevo juicio—. En algunos casos, sin embargo, una corte concluye que no existe una forma simple reparar una vulneración existente de la Constitución, por lo que su orden incluye alguna forma compleja de decreto remedial. Esta situación es cada vez más rara en los Estados Unidos, pero es prevalente en la Corte Constitucional colombiana. Para ser claro en este punto, me estoy centrando por ahora sólo en aquellas actividades y resultados [o *outputs*] judiciales que se producen como consecuencia de una determinación según la cual una determinada acción estatal es o no constitucionalmente admisible. Por lo tanto, las órdenes de preventivas [*injunctions*], aunque inmensamente complicadas e interesantes, están fuera del escenario por ahora. El punto importante es que, desde esta visión de la estructura lógica de la adjudicación constitucional, sólo surge una norma general entre la Constitución y la determinación de la Corte en casos específicos. A este modelo lo llamo el modelo de la adjudicación constitucional de "un resultado" o "un *output*".

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Una familia de puntos de vista opuestos respalda lo que yo llamo la "tesis de dos resultados" o "dos *outputs*[27]". Desde este punto de vista, las cortes actúan correctamente cuando elaboran las doctrinas para administrar o implementar las normas constitucionales que son producto de un proceso adecuadamente denominado "interpretación". Por ejemplo, la cláusula de igualdad de la decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos establece que "[n]ingún Estado podrá (…) negar a cualquier persona dentro de su jurisdicción un tratamiento igual ante las leyes". Sin embargo, las demandas por violación a este derecho, nunca son juzgadas con referencia a este fragmento, sino decididas sobre la base de una elaborada serie de "tests" que han surgido a lo largo del tiempo a través de decisiones judiciales. La legislación que discrimine o clasifique por causa de raza, religión o nacionalidad se declarará inconstitucional a menos que sea "estrictamente ajustada para poder lograr un interés del Estado considerado como muy importante". Por otro lado, las clasificaciones basadas en el sexo, y la mayoría de las discriminaciones contra extranjeros, se mantienen sólo si están "sustancialmente relacionados con un interés estatal importante," mientras que la mayoría de los otros tratamientos desiguales (como las leyes que tratan a las personas de manera diferente en función a su edad, o las que dan un trato favorable o desfavorable a ciertos tipos de negocios, o a negocios de cierto tamaño) son considerados acordes con el requerimiento constitucional de "igualdad anta la ley" pues mantienen "una relación racional con un interés legítimo para el Estado".

Dado que es difícil ver cómo esta doctrina de múltiples partes de doctrina de creación judicial pueda ser defendida como una "interpretación" del texto constitucional, los defensores de la tesis de los dos *outputs* creen que estos "niveles de escrutinio de la igualdad" se entienden mejor como tests manejables judicialmente creados por las cortes para administrar más efectivamente una norma jurídica más general que ellos (los jueces) creen están contempladas o creadas en la cláusula de igualdad, pero que las cortes no se han molestado en explicar. Sólo para efectos ilustrativos, podría ser cierto que el verdadero Derecho constitucional que precisamente surge a través del proceso de interpretación constitucional (lo que sea, que esto signifique) incorpora un principio de proporcionalidad: el Estado cumple con su obligación de proporcionar el mismo trato ante la ley sólo en la medida que persiga un objetivo estatal legítimo que no dependa de razones arbitrarias,

[27] Mitchell N. Berman, "Aspirational Rights and the Two-Output Thesis", *Harvard Law Review Forum*, vol. 119, 2006, p. 220 (disponible online www.harvardlawreview.org/forum/issues/119/mar06/berman.pdf)

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

injustas o irracionales, no cree mayores desigualdades que las que razonablemente sean necesarias, y los avances resultan suficientemente importantes si se compara con el grado de desigualdad producida. Pero incluso si esto es una aproximación bastante razonable de la norma constitucional subyacente, dista de ser una norma jurídica ideal desde la perspectiva de los valores del ordenamiento jurídico como la previsibilidad y uniformidad. Por lo tanto, dicen los partidarios de la tesis de los dos *outputs*, se podrá entender la labor de las cortes si se tiene en cuenta que deben hacer dos cosas en el espacio lógico, donde, de acuerdo con la tesis de una salida, ocurre o debe ocurrir sólo una cosa: ellos han interpretado la Constitución para obtener una norma constitucional[28], y han creado los tests para aplicar esta norma que, de acuerdo a uno o más *desiderata,* está mejor adaptado para la aplicación judicial.

Muchos académicos han avanzado en la elaboración de ligeras variantes de la tesis de dos salidas[29]. Pero todos reconocen dos normas complejas que median entre la Constitución y el fallo: la norma legal interpretada y la doctrina creada por la Corte que permite la implementación. Además, todos ellos provocan a la misma objeción de los críticos de las normas profilácticas. Una regla profiláctica es una doctrina creada por los jueces que extralimita la interpretación judicial de la norma constitucional, es decir, que la doctrina puede ser violada incluso cuando la verdadera norma constitucional (como fue interpretada por la Corte) no lo es. Como hemos visto, los críticos objetan que, incluso si la tesis de los dos *outputs* es una descripción precisa de lo que las cortes norteamericanas hacen, o de lo que la Suprema Corte de los Estados Unidos hace, el hecho es que no está plenamente establecido que el actuar de la rama judicial esté permitido. Por el contrario, dicen los críticos, la creación y aplicación de la doctrina de sobre-protección es antidemocrática y por lo tanto, es activismo judicial ilegitimo.

---

[28] De forma importante: por "norma constitucional", no quiero decir algo que carece de naturaleza jurídica. Esta norma no es, por ejemplo, "simplemente aspiracional". La tesis de los dos *outputs* se puede acomodar a la idea de que la norma que emerge de la interpretación constitucional es una regla y la doctrina creada para administrar la norma también es una regla.

[29] Vease, por ejemplo, Henry P. Monaghan, "The Supreme Court, 1974 Term—Foreword: Constitutional Common Law", *Harvard Law Review*, vol. 89, 1975, p. 1; Lawrence Gene Sager, "Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms", *Harvard Law Review,* vol. 91, 1978, p. 1212; Richard H. Fallon, Jr., "The Supreme Court, 1996 Term—Foreword: Implementing the Constitution", *Harvard Law Review,* vol. 111, 1997, p. 54

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

2. *Regla de decisión constitucional*

La perspectiva de las reglas constitucionales de decisión es una interpretación particular de la tesis de los dos *outputs* que tiene como objetivo hacer un mejor trabajo que otros enfoques dentro de la misma familia de ideas que tratan de refutar la acusación de ilegitimidad. La mayor parte de los defensores de la tesis de los dos *outputs* asumen o quieren dar a entender que tanto la norma interpretada como la doctrina construida se aplican, o que están dirigidas, a los mismos actores. Es decir, por ejemplo, que la norma constitucional que prohíbe el trato desigual ante la ley está dirigida a los legisladores y funcionarios del poder ejecutivo por igual, y también lo están los niveles de escrutinio que constituyen la doctrina constitucional construida judicialmente. Para simplificar un poco, mi conceptualización preferida de la estructura lógica de la adjudicación constitucional sostiene que las normas interpretadas regulan a los actores no judiciales, mientras que las reglas de decisión constitucional les dicen a las cortes cómo decidir si esas normas son cumplidas.[30]

Para entender esta afirmación, obsérvese que, con independencia de la naturaleza de la norma en cuestión, una corte debe determinar, en un caso dado, si esa norma es respetada. El artículo 2 de la Constitución de los Estados Unidos se refiere a la presidencia. Entre otras cosas, se establece que ninguna persona "será elegible para el cargo de presidente (…) si no ha cumplido treinta y cinco años[31]". Esta es una disposición en forma de regla particularmente clara. Pero esta norma no se aplica automáticamente. Si un caso en el que se alega una violación de esta disposición llega a las cortes, es el juez o los jueces los llamados a determinar si el candidato en cuestión tiene por lo menos 35 años de edad. O consideremos la prohibición de la cuarta enmienda de "registros y aprehensiones irrazonables[32]". En un caso que surge de la interpretación de esta disposición, la Corte debe determinar los hechos subyacentes y debe determinar, teniendo en cuenta estos hechos, si el registro o la aprehensión en cuestión era constitucionalmente "razonable". Estos no son ejemplos inusuales. El punto simple y obvio que estoy

[30] Esta es una sobresimplificación porque algunas normas constitucionales se dirigen a las cortes en primer lugar. Por ejemplo, mientras que los derechos constitucionales relacionados con la expresión, la religión, la igualdad y similares principalmente regulan lo que los legislativos y los agentes ejecutivos pueden hacer, los derechos constitucionales para los juicios –como el privilegio contra la auto-incriminación discutida en Miranda, gobiernan lo que las cortes pueden o deben hacer.

[31] U.S. Const. Art. II, sec. 1, cl. 5.

[32] U.S. Const. amdmt IV.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

tratando de mostrar aplica a toda norma, ya sea constitucional o infra-constitucional, se refiera a las estructuras o a los derechos, tenga estructura de regla (como la edad mínima para ser presidente) o estructura de principio (como el de la cuarta enmienda). Y este punto es que una corte se enfrenta a la obligación de resolver los asuntos convertidos que se hacen relevantes por la norma rectora incluso cuando los jueces no tienen acceso directo a los hechos jurídicamente relevantes. La pregunta que se desprende de esta observación es: ¿cómo puede una corte realizar esta tarea?

Se podría pensar, claro, que la respuesta es obvia. Sólo bajo la superficie, se podría decir, está una directiva tácita inconscientemente entendida por todos. Dicha directiva establece que la Corte debe concluir que la norma rectora es violada sólo si está convencida, con base en todas las pruebas, que es más probable que improbable que la norma rectora fue violada*. Volviendo a los ejemplos anteriores, la Corte debe concluir que un candidato presidencial cuya elegibilidad se cuestiona es elegible puede ser presidente si y sólo si la Corte cree, con base en las pruebas, que es más probable que improbable que el candidato tenga por lo menos 35 años de edad. Del mismo modo, la Corte debe concluir que la aprehensión era razonable si y sólo si cree que, de forma más probable que improbable, la aprehensión era razonable. Llamemos a esta directiva de adjudicación de los casos que surgen en virtud de disposiciones constitucionales como la el estándar de prueba más-probable-que-improbable "regla constitucional de decisión". De esto se desprende que las cortes involucradas en la jurisdicción constitucional deben operar con dos normas generales: la norma particular que dispone o establece una consecuencia jurídica, y la regla constitucional de decisión generalmente aplicable más-probable-que-improbable.

Ahora llegamos a la pregunta interesante: ¿deben las cortes aplicar siempre esta regla simple no anunciada en todos los contextos o, en vez de ello, pueden reemplazar la regla de decisión por otras reglas más ajustadas (según el criterio de la Corte) a la norma constitucional particular en cuestión? Yo creo que es legítimo que las cortes elaboren reglas de decisión para normas constitucionales particulares, y que tales reglas de decisión son el segundo *output* de la tesis de los dos *outputs*.

---

* *N. del T.* El autor hace referencia al estándar de prueba que se aplica en los Estados Unidos en todos los procedimientos por fuera del Derecho penal. El estándar "más probable que improbable" es el mismo estándar que en *civil law* se conoce como "preponderancia de la evidencia". Según este estándar, la preponderancia se basa en que exista evidencia más convincente (no mayor cantidad de evidencia) que hagan más probable que los hechos ocurrieron de la forma señalada. El estándar de preponderancia se opone al estándar de Derecho penal donde se requiere que la acusación esté probada "más allá de toda duda razonable".

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Una buena manera de abordar esta cuestión es preguntarse por qué la regla de decisión por defecto es la "más probable que improbable" o de "preponderancia de evidencia" (en adelante MPQI)[33]. La respuesta más probable, creo, es que este es el estándar epistémico que se instituye para minimizar los errores de la adjudicación. Es por eso que es el estándar adoptado por la mayoría de los litigios civiles. Pero, por supuesto, el estándar MPQI no siempre minimiza los errores en relación con otras alternativas. Así que, en la medida en que ese es el fundamento de esta regla de decisión, parece que las cortes deben estar autorizadas para cambiar esta regla por una regla de decisión diferente que reduzcan al mínimo de mejor forma los errores totales en la adjudicación. Recuérdese *Miranda* mismo. Si, como es muy posible, los jueces de conocimiento tienen un perjuicio general a favor de los testimonios de la policía y en contra del testimonio de los acusados en proceso penales, adjudicar las demandas bajo la cláusula de prohibición de auto-incriminación bajo la regla constitucional de decisión MPQI predeciblemente produciría más errores totales que una regla de decisión diseñada para contrarrestar los prejuicios cognitivos –por ejemplo, una regla que ordene a las cortes concluir que una declaración del acusado fue forzada a menos que sea persuadido de lo contrario por evidencia clara y convincente–. Es difícil imaginar el argumento persuasivo que establecería que una corte se compromete en activismo ilegitimo al crear una regla de decisión de esta clase.

Pero, ¿por qué debe permitirse a las cortes crear reglas de decisión no estándar sólo para propósitos de minimizar los errores adjudicatorios? Después de todo, el fundamento más común para adoptar un estándar diferente de MPQI es minimizar los errores *calificados*, en contextos en los cuales el costo de los falsos positivos y falsos negativos es diferente. Esto es, por supuesto, la justificación común para el estándar más-allá-de-toda-duda-razonable empleado en los juicios angloamericanos: una condena errónea es un

[33] También vale la pena pensar acerca de qué parte lleva la carga de la prueba cuando la regla decisión es MPQI. Supongamos que una corte decidiendo una demanda de que un candidato presidente no tiene aún 35 es presentada con certificados de nacimientos opuestos y no hay ninguna razón para otorgar mayor credibilidad a unos que a otros. De acuerdo a la regla constitucional de decisión que he señalado en el texto, la Corte estaría obligada a fallar en contra del candidato. ¿Es tan obvio? ¿Existe alguna razón para creer que, tal inusual caso, la Corte carecería de discreción para decidir cuál parte se encuentra con el riesgo de no-persuasión? Si se acuerda que una corte puede decidir en quién yace la carga de la prueba, es un pequeño pasado para acordar que la Corte puede cambiar el estándar de prueba, y otro pequeño pasado para acordar que la Corte puede reemplazar una regla de decisión que toma la forma de un estándar fortalecido (o disminuido) de prueba con una regla más compleja que incorpora presunciones de hecho o derecho.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

mal mayor que una absolución errónea. Me parece que está enteramente dentro de la competencia judicial legítima concluir que los costos sociales de negar erróneamente una demanda válida es mucho más que el costo social de hacer cumplir erróneamente una demanda inválida y, por lo tanto, ordenar que algún conjunto de derechos constitucionales será adjudicado bajo una regla de decisión más exigente.

Pero si hemos establecido que las cortes pueden desplegar una nuevas reglas de decisión "al por menor" para minimizar el total de errores o de errores calificados[34], es difícil ver qué razones le impedirían perseguir otros fines generalmente legítimos cuando creen reglas de decisión o por qué estas otras reglas de decisión no podrían tomar la forma de presunciones de Derecho. Ilustraré esta afirmación con otros caso real de Suprema Corte, *Atwater v. City of Lago Vista.*[35]

3. *Un ejemplo*

El caso surgió después de que un oficial de policía en Lago Vista, Texas, detuviera a una mujer, Gail Atwater, por conducir sin tener abrochado el cinturón de seguridad de su asiento y de los asientos de sus dos hijos menores. Aunque el oficial Bart Turek podría haber simplemente proferido una multa para Atwater, la arrestó, la esposó y la transportó a la estación de policía. Atwater demandó al funcionario, al jefe de policía y a la ciudad, arguyendo que el arresto fue una aprehensión irrazonable dentro del significado de la cuarta enmienda.

Cuatro jueces hubieran fallado a favor de la demanda de Atwater, bajo el fundamento que la detención es una aprehensión, que la cuarta enmienda proscribe las "aprehensiones irrazonables" y que el hecho que determinada aprehensión es razonable depende completamente de los detalles particulares de la situación; que esta particular aprehensión fue patentemente irrazonable porque los intereses legítimos del Estado hubieran podido ser adecuadamente salvaguardados mediante el expedición de una multa[36].

Cinco jueces discreparon y apoyaron el fallo escrito por del juez David Souter, donde se decidió que el arresto no violaba los derechos de Atwarer bajo la cuarta enmienda. La mayoría no dijo en ningún momento que las acciones del oficial fueron razonables. De hecho, ellos sugirieron que no lo

[34] Mediante "al por menor" en este contexto, quiero decir reglas de decisión creadas para normas constitucionales específicas.

[35] 32 U.S. 318 (2001)

[36] 532 U.S. p. 369-71 (O'Connor, J., disidente).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

eran: "La demanda de Atwarer de vivir libre de la indignidad y el confinamiento claramente es más importante que cualquier objetivo que la ciudad pudo haber tenido en su caso específico[37]". Pero esta no era la clase de investigación que la mayoría quiso que las adjudicaciones bajo la cuarta enmienda se convirtieran, dado que:

> [u]na ponderación responsable de la cuarta enmienda no está bien servida por estándares que requieran determinaciones delicadas de la necesidad del gobierno caso por caso, y mucho menos que cada determinación discrecional en el campo se convierta en una ocasión para el control de constitucionalidad. Muy a menudo, la cuarta enmiende debe ser aplicada sin mucha reflexión y en el calor del momento, y el objeto de implementar esta orden de razonabilidad es generar un estándar suficientemente claro y simple que sea aplicado con un prospecto de sobrevivir una segunda revisión meses y años después que el arresto o la aprehensión fue hecha. Para que las cortes puedan generar un balance razonable de la cuarta enmienda así, deben dar crédito al lado del gobierno con un interés especial en reglas rápidamente administrables.[38]

En resumen, la mayoría quiso una regla y no un estándar. Y la regla anunciada fue: "Si un oficial tiene una causa probable para creer que un individuo ha cometido incluso una ofensa penal menor en su presencia, este puede, sin violar la cuarta enmienda, arrestar al ofensor".[39] Existen al menos dos formas de dar sentido o explicar esta doctrina.

Podríamos simplemente decir que esta es la regla o este es el Derecho, y debe seguirse así: es *per se* razonable dentro del significado de la cuarta enmienda para un policía arrestar a cualquier persona que cometa cualquier tipo de ofensa criminal bajo cualquier circunstancia, en tanto la ofensa ocurra en presencia del funcionario. Alternativamente, podíamos interpretar que la decisión hace dos cosas, no una. Primero, la mayoría en *Atwarer,* como los disidentes, interpreta que la cuarta enmienda dispone que una aprehensión es inconstitucional si es irrazonable, lo cual hace inescapablemente necesaria una determinación judicial que considere todos los factores.[40] Se-

[37] Id. p. 346-47.

[38] Id. p. 347 (citación interna omitida).

[39] Id. p. 354.

[40] La corte había previamente precisado esto en diversos fallos que *Atwater* no pretendía derogarlo. Véase, *Illinois v. Rodriguez*, 497 U.S. 177, 185-86 (1990) ("Para satisfacer el requisito de 'razonabilidad' de la cuarta enmienda, lo que generalmente se demanda de las muchas determinaciones fácticas que deben hacer regularmente los agentes del gobierno (…) no es que ellas sean siempre correctas, sino que ellas sean siempre razonables (…). El que la base de la autoridad de [arresto] exista es la case de pregunta fáctica recurrente en la que los fun-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

gundo, crea una directiva –una "regla constitucional de decisión" – según la cual las cortes deben presumir de derecho de que el arresto para detención preventiva es razonable si ellos concluyen (mediante una preponderancia de la evidencia) que el funcionario tuvo una causa probable para suponer que el arrestado había cometido una ofensa en su presencia. Esta caracterización de la doctrina puede explicar por qué Atwarer perdió, incluso cuando ningún miembro de la Corte parece dudar que *ella* fue sujeta a una aprehensión irrazonable. No es esencial ahora establecer que esta última propuesta refleja necesariamente la mejor forma de reconstruir o revertir o conceptualizar esta doctrina particular. El punto de este ejemplo es simplemente ilustrar que las cortes pueden tener una buena razón para adoptar reglas constitucionales de decisión que tomen la forma de presunciones de derecho para servir fines legítimos diferentes de minimizar la suma de errores (calificados o no calificados).

El ejemplo ilustra otra cosa de importancia. Algunos críticos objetan que esta visión de los dos *outputs* es demasiado abstracta y conceptual, y que es mejor decir que aquí existe sólo una cosa aquí, no dos. En vez de decir, como los teóricos de dos *outputs* pueden decir, que la norma constitucional es "no ejecute indagaciones o aprehensiones irrazonables" y que la regla de decisión (como es aplicada a este contexto es), "las cortes concluirán que una aprehensión es razonable si deriva de una ofensa penal cometida en la presencia de un policía", todo lo que necesitamos decir es que existe una regla constitucional que dispone que un policía no viola la cuarta enmienda si arresta a un sospechoso que ha cometido una ofensa en su presencia. Contra este desafío, manifiesto que existen tres aspectos en los cuales la presentación más complicada es preferible a la más simple.

En primer lugar, la creación de la decisión tiene una relevancia expresiva diferente de la lectura del único *output* y puede por lo tanto generar diferentes respuestas por parte de los actores no judiciales. Los ciudadanos, los legisladores y los Departamentos de Policía podrían desarrollar diferentes visiones acerca de la conducta policial adecuada, y podrían producir diferentes clases de mecanismos regulatorios de control, si ellos entienden que la Suprema Corte ha afirmado que los arrestos *sí están en realidad* en contra de una orden constitucional a menos que sean razonable considerando todos los factores, y han optado por sub-aplicar este mandato particular debido a razones relacionadas con la institución.

En segundo lugar, la caracterización de regla de decisión probablemente abre más espacio para el desarrollo legislativo en la formación de la doc-

cionarios de aplicación del derecho deben aplicar su juicio, y todo lo que la cuarta enmienda requiere es que ellos la respondan razonablemente")

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

trina constitucional. Supongamos que el Congreso discrepa con la Corte acerca del juicio predictivo de la Corte en cuanto cuán bien intencionados los funcionarios de policía es *ad hoc,* o acerca de la totalidad de las circunstancias que la razonabilidad de la cuarta enmienda abarcaría, o que acerca que el juicio evaluativo de la Corte acerca de cómo el litigio en la cuestión era excesivo. Porque se podría razonablemente concluir que la determinación del Congreso acerca de la cuestión debería triunfar sobre los razonamientos de la Corte, es plausible suponer que anunciar la doctrina *Atwater* como una regla de decisión empleando a una presunción de derecho es una forma particularmente efectiva (aunque no una forma esencial) de señalar dónde y cómo el Congreso podría intervenir si así lo elige.

Tercero y de forma relacionada, caracterizar la doctrina como una regla de decisión que implementa una norma interpretada de contenido diferente puede hacer más fácil para la Corte misma revisitar la doctrina si lo considera apropiado. Cuando se hace un balance de los costos de sobre-disuadir a la policía de cometer arrestos razonables con aquellos de sub-disuadirles de cometer en arrestos irrazonables, la Corte expresamente observó "una escasez de demandas de compensación[41]". Pero, ¿qué tal si la Corte substancialmente subestimó la incidencia de arrestos irrazonables por contravenciones menores sin garantías? ¿O si la Corte estaba en lo cierto al momento de emitir su opinión, pero los hechos cambiaron? No hay ninguna duda que la Corte podría revisar la doctrina a la luz de la experiencia sin considerar la forma en la cual la doctrina fuera clasificada. Aunque es plausible suponer que las demandas contrarias de estabilidad y flexibilidad podrían ser más efectivas para la reconciliación en el desarrollo de las prácticas de *stare decisis* que permiten a la Corte superior modificar o abandonar sus reglas de decisión constitucional de forma más rápida que sus interpretaciones constitucionales genuinas.

4. *Regreso a reglas profilácticas*

La decisión *Atwater* fue lo opuesto a una regla profiláctica. Una regla de decisión profiláctica se asegura de que determinadas acciones sean consideradas inconstitucionales incluso cuando ellas en realidad están acordes con la norma constitucional. El resultado de *Atwater* fue asegurar que determinadas acciones serían consideradas constitucionales incluso cuando ellas vayan en contra de la norma constitucional. No obstante la diferencia, es

[41] *Atwater,* 532 US p. 353.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

claro que *Atwater* proporciona un modelo de lo que una regla de decisión profiláctica es y por que puede ser legítimo.

Ahora podemos ver por qué *Miranda* puede ser interpretado de forma adecuada como el anuncio de una regla constitucional de decisión y por qué, así entendida, la decisión es legítima. Al comienzo de su análisis la Corte advierte que, "una comprensión de la naturaleza y configuración de… la detención preventiva es esencial para nuestras decisiones actuales".[42] La característica crítica, por supuesto, es que "el interrogatorio parece tomar lugar en privacidad. La privacidad resulta en secreto y esto a su vez resulta en un vacío en nuestro conocimiento de que factores en realidad ocurren en las salas de interrogatorio".[43] Y debido a que las cortes no pueden saber lo que ha ocurrido en el interrogatorio, no pueden saber si la declaración resultado fue compelida. Esto es cierto sin considerar como se defina la compulsión, pero debido a que la Corte ha interpretado la compulsión de forma bastante expansiva, sería especialmente difícil para una corte determinar en cada caso concreto si una declaración determinada fue de hecho compelida. Algunas declaraciones serían verdaderamente libres, otras no lo serían, y la respuesta del juez de conocimiento sería sólo un poco mejor que una adivinanza.[44]

Bajo circunstancias como estas, ¿cómo alcanzar un grado tolerable de exactitud adjudicatoria? Una respuesta obvia sería presumir que todas las declaraciones bajo custodia son forzadas. Si la interrogación ejerce la clase de presiones que *probablemente* provocan declaraciones incriminatorias que no son "verdaderamente libres" y la exactitud de la averiguación caso por caso es cercana a lo aleatorio, entonces las cortes pueden maximizar respuestas correctas simplemente presumiendo que *todas* las declaraciones de este tipo han sido compelidas por tanto inadmisibles. Sí, tal regla de decisión conduce a muchos falsos positivos, pero concebiblemente menor que la suma de falsos positivos y falsos negativos generados mediante el uso de la regla de decisión MPQI. La Suprema Corte no adoptó esta solución, y en vez de ello buscó reducir la naturaleza "inherentemente compelente[45]" del interrogatorio. Esto es precisamente lo que las advertencias se supone hacen, dando conciencia a los sospechosos de que ellos pueden guardar silencio o pedir un abogado, y que la policía lo sabe. El hecho de proferir

[42] *Miranda*, 384 U.S. p. 465.

[43] Id. p. 488.

[44] Esta fue una crítica común de los esfuerzos antes de *Miranda* para determinar si una confesión por fuera de la Corte era "involuntaria" para propósitos del debido proceso. Véase, "Developments in Law – Confessions", *Harvard Law Review*, vol. 79, p. 935, en 954-86.

[45] *Miranda*, 384 U.S. p. 467

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

las advertencias se espera que reduzca la proporción de declaraciones bajo detención que sean compelidas (en lo que la Corte asumió es el sentido constitucional relevante), y *por lo tanto haciendo plausible suponer que una corte de conocimiento podría cumplir una mayor exactitud adjudicatoria mediante la investigación caso por caso que presumiéndola globalmente.*

En otras palabras, la Corte ha concluido que las cortes de conocimiento minimizarían el error en la adjudicación de la norma constitucional mediante (a) la presunción de derecho que una declaración por fuera de la Corte es compelida si fue dada una detención sin el beneficio de las advertencias, y (b) la evaluación caso por caso bajo el estándar MPQI de si *otras* declaraciones por fuera de la Corte fueron compelidas (sean en por fuera de la detención o bajo custodia pero con advertencia). Esta es una regla compleja que instruye a las cortes acerca de cómo proceder para minimizar el error adjudicatorio. A pesar de su forma inusual, hablando en términos conceptuales es quinta esencialmente una regla de decisión. Y sea una regla sabia o una ingenua, no es una forma ilegítima de activismo judicial en tanto apreciemos que las cortes no funcionar sin reglas de decisión, y que no debería prohibírseles cambiar la regla predeterminada MPQI por otras en contextos determinados.

IV. La conexidad como una regla de decisión

Con lo dicho, ustedes puedes saber hacia dónde voy. El artículo 86 de la Constitución colombiana dispone que "toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces… la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública". Supongamos (contrario a lo que sugiere la sentencia T-002/92) que los únicos derechos constitucionales fundamentales son aquellos enlistados en las secciones designadas bajo el Título "De los derechos fundamentales" –es decir, los derechos especificados en los artículos 11-41–. Cualquier acción de tutela individual alegando una violación o una amenaza de un derecho enlistado en uno de esos artículos –por ejemplo, invocando el derecho individual a la vida– se requerirá a la Corte que decide el caso determinar si la acción u omisión de cualquier autoridad pública ha dañado o amenazado el derecho fundamental demandado.

Supongamos además que la regla constitucional de decisión aplicable dispone que la Corte que decide el caso debe concluir que la tutela es válida si y sólo si concluye que hay una mayor probabilidad probatoria de que el

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

derecho fundamental en cuestión sea "dañado o amenazado mediante la acción u omisión de la autoridad pública". Como cualquier regla de decisión, predeciblemente produciría errores: algunas veces las cortes fallarían a favor de demandantes cuando sus derechos fundamentales no estuvieran en peligro; en otras ocasiones fallarían en contra de demandantes cuando sus derechos fundamentales estuvieran en peligro. Presumiblemente, la regla de decisión MPQI probablemente minimice los errores totales e iguale los dos tipos de errores: las sentencias negatorias erróneas de la tutela serían tan comunes como las sentencias afirmativas erróneas.

Pero la Corte Constitucional debería querer minimizar el número total de errores adjudicatorios, e igualar su distribución (entre falsos positivos y falsos negativos) sólo si cada tipo de error es igualmente malo. Y parece ser razonable concluir que esto no es así. Parece razonable creer que una negatoria errónea de una demanda de derechos fundamentales es peor que concederle erróneamente una demanda incorrecta de derechos fundamentales. En realidad, el primer tipo de error puede ser peor que el segundo no sólo desde el punto de vista moral del juez particular de la Corte Constitucional, sino también desde el punto de vista adecuadamente atribuible a la Constitución como con carta progresiva y altamente respetuosa de los derechos. Si esto es así, entonces la Corte Constitucional puede tener una buena razón para escoger desplazar la regla constitucional predeterminada MPQI por una regla de decisión diferente diseñada para reducir substancialmente las negatorias erróneas de la tutela.

Una regla de decisión obvia que cumpliría este objetivo ordenaría a la Corte emplear un estándar de prueba reducido. Aquí está un ejemplo: una corte debe considerar que el derecho constitucional en cuestión está siendo "dañado o amenazado por la acción u omisión de cualquier autoridad pública" a menos que sea sustancialmente cierto que la acción no daña o amenaza el derecho constitucional demandado. Pero ajustar el estándar de prueba no es la única forma de cumplir el mismo fin. Una vía alternativa sería sostener que las cortes deben considerar que el derecho fundamental reclamado ha sido dañado o amenazado en la medida en que crea que es más probable que improbable que el derecho fundamental esté siendo dañado o amenazado o que un derecho no fundamental tiene una íntima relación con el derecho fundamental que está siendo dañado o amenazado. Para ser claros, una regla de decisión como esta permitiría a los demandantes prevalecer en la tutela incluso cuando su demanda no amenaza derechos fundamentales. Tiene por lo tanto un efecto profiláctico. Pero –y este es el punto crítico– una regla de esta clase no sería un cambio judicial de norma constitucional. Sería una regla de decisión que permite a la Corte errar en

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

el momento de la aplicación de los derechos fundamentales. Quizá esta sea la mejor forma –o, al menos, a una forma– de reconceptualizar la doctrina de la conexidad.

V. Conclusión

Comencé este ensayo notando una posible preocupación acerca de la sorprendente doctrina colombiana de la conexidad. Para los ojos de un jurista de los Estados Unidos, la doctrina de la conexidad parece innecesaria (porque en cada caso donde un derecho no fundamental tiene el requisito de la relación "intima e inseparable" con un derecho fundamental, el daño o amenaza al segundo es un daño o amenaza al primero también) o ilegítima (porque si se permite una tutela en casos en los cuales un daño a un demandante por fuera del Título II, Capítulo 1 no involucra una amenaza a un derecho que se encuentre dentro del Título II, Capítulo 1, entonces la Corte Constitucional Colombiana está expandiendo de forma impropia la tutela más allá de los límites especificados por la Constitución de 1991). Espero haber mostrado una salida de este dilema. Si la doctrina de la conexidad es vista como una regla de decisión creada por los jueces, haría una diferencia importante dado que permitiría conceder tutelas que no serían permitidas sin ella, pero no implicaría la reescritura ilegítima y antidemocrática de la Constitución.

Para repetir el punto que manifesté anteriormente, no estoy afirmando que ésta sea la mejor forma de conceptualizar la doctrina de la conexidad. Dado el pobre estado de mi conocimiento actual de la jurisprudencia constitucional colombiana, esta sería una afirmación extremadamente arrogante. Sin embargo, quizá esta clase de exploración de algunas características de la estructura lógica de la adjudicación constitucional podría ser útil para los académicos y juristas colombianos, incluso si las sugerencias particulares de este ensayo son infundadas.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas